

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I DRUŠTVENI IMPERATIVI



29

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 11 • BEOGRAD • 2016 • TOM III

29
godina



Izdavanje ove publikacije omogućilo je nemačko Savezno ministarstvo za privrednu saradnju i razvoj (BMZ) kroz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Program za pravnu i pravosudnu reformu u Srbiji



Sprovedeno od strane:

giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Program za pravne i pravosudne reforme

www.pravnareforma.rs



Nalazi, stavovi, mišljenja i preporuke autora izneti u ovoj publikaciji ne odražavaju nužno stavove 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 11/2016 / Godina LXV / Knjiga 585

1-694

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 18
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Dragana Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2016. godinu iznosi: za fizička lica – 4.000 dinara,
za pravna lica – 8.000 dinara, za inostranstvo – 200 Eura,
Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

TREĆA KATEDRA

**PRAVO
NA IMOVINU**

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

ZORAN ISAILOVIĆ

OBAVEZE PORESKIH DUŽNIKA

U V O D

Pribavljanje novčanih sredstava putem fiskalnog instrumentarija je nesumnjiva neminovnost u savremenim državama. S tim u vezi, u arsenalu brojnih dažbina, porezima se kao glavnim fiskalnim prihodima u teoriji i praksi pridaje primaran značaj. Pomno se ispituje prava lepeza poreskih obeležja kao što su: pravna, ekonomska, politička, sociološka, psihološka i druga. Za potrebe ovog rada ispitaću pravni aspekt opterećenja pravnih i fizičkih lica, manifestovanih kroz njihove brojne obaveze utvrđene poreskim propisima.

Poresko-pravni odnosi između države (poreskog poverioca, aktivnog poreskog subjekta) i poreskih dužnika nastaju na osnovu zakona ili podzakonskih akata donesenih na osnovu njih. Preko parlamenta država donosi zakone 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.

Pod državom kao poveriocem podrazumevamo sve nivoe vlasti koji se pojavljuju u konkretnoj zajednici (centralnu vlast, federalne jedinice i lokalne vlasti). Pored njih, kao aktivni poreski subjekti (poreski poverioci) figuriraju i brojne parastatalne institucije kao što su npr. javni fondovi socijalnog osiguranja. Naj-

žad, u nekim državama se kao poreski poverilac pojavljuje i crkva. S druge strane, pod poreskim dužnicima (pasivnim subjektima poreskog imovinskog i poreskog upravnog odnosa) definišemo širi krug poreskih subjekata: obveznike poreza, poreske platce, poreske destinatare, poreske jemce, lica koja su dužna da trpe pretres stambenih ili poslovnih prostorija i dr. Od pomenutih subjekata u praksi prirodno su najznačajniji poreski obveznici, koji se i najčešće pojavljuju u poresko pravnom odnosu. Po pravilu to su fizička i pravna lica koja se podvrgavaju brojnim poresko pravnim dužnostima vezanim za plaćanje poreza.

Iz izloženog, možemo zaključiti da je svaki poreski obveznik i poreski dužnik ali kao što smo primetili postoje i drugi poreski dužnici koji nisu poreski obveznici. Oni u određenim situacijama utvrđenim poreskim propisima, imaju neke poreske obaveze prema državi radi omogućavanja optimalnog prikupljanja javnih prihoda.

Poreskopравни odnos se manifestuje kroz prava i obaveze koje imaju poreski poverilac i poreski dužnik. U pomenutom odnosu, glavnu komponentu predstavlja poresko imovinski odnos. On sadrži zahteve i obaveze imovinske prirode, koji mogu biti raznovrsni, od kojih je najvažniji glavni poreski zahtev (poresko potraživanje), odnosno glavna poreska obaveza (poreska obaveza u užem smislu).¹

Pored poreskog imovinskog odnosa, komponentu poreskopravnog odnosa u širem smislu čini i poreski upravni odnos. Javlja se u teoriji i praksi zbog potrebe poštovanja pored materijalno pravnih i formalno pravnih normi. Drugim rečima, poreska vlast je dužna da poštuje poresku proceduru – brojne obaveze utvrđene zakonom kojim se utvrđuju pravila igre u postupku utvrđivanja i naplate poreza. S tim u vezi, u određenim slučajevima se propisuju ograničenja njenog delovanja, utvrđuju prava poreskih dužnika i utvrđuju njihove obaveze da u okvirima propisa saraduju sa poreskom vlašću. Dakle, potpuni poreskopравни odnos iskazuje se kroz ostvarenje u praksi pored poresko imovinskog i poresko upravnog odnosa. Osetljivost materije zahteva rafiniranu pravnu regulativu obe navedene komponente, koja će omogućiti poreskoj vlasti da efikasno utvrdi i naplati porez u optimalnoj meri u zavisnosti od ekonomske snage poreskih obveznika.

Materija poreske procedure kod nas je regulisana Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji (u daljem tekstu – ZPPPA).² Ambicija pomenutog propisa je da uredi celokupni postupak utvrđivanja, naplate i kontrole

¹ Detaljnije videti: Dejan Popović, Poresko pravo, osmo izmenjeno izdanje, Pravni fakultet, Beograd, 2012, str. 103.

² “Službeni glasnik RS”, br., 80/02, 84/02 - ispravka, 23/03 - ispravka, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 –dr. zakon, 62/06 –dr. zakon, 63/06 – ispr.drugog zakona, 61/07, 20/09, 72/09 - dr. Zakon, 53/10, 101/11, 2/12 (ispravka) , 93/12 , 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/15 atentično tumačenje, 112/15 i 15/16.

javnih prihoda, prava i obaveze poreskih obveznika, registraciju poreskih obveznika i poreska krivična dela i prekršaje i dr. Prema tome, namera je zakonodavca da se u ostalim zakonskim tekstovima koji tangiraju oporezivanje nalaze samo specifičnosti poreskog postupka za konkretni poreski oblik.

U kontekstu izloženog, proizilazi da je opšta i osnovna dužnost svih poreskih obveznika plaćanje poreza. U tom smislu, Ustavom Republike Srbije od 2006. godine (čl. 91 st. 2)³ propisano je "obaveza plaćanja poreza i drugih dažbina je opšta i zasniva se na ekonomskoj moći obveznika". Slična rešenja nalazimo i u ustavima drugih država (Italije, Belgije i dr.).⁴ Ovo plaćanje obveznici su dužni da izvršavaju u rokovima i na način utvrđenim zakonima i propisima donetim na osnovu njih. Postupak utvrđivanja i naplate poreza može se razlikovati, zavisno od vrste poreza - poreza građana, poreza na ostvarenu dobit (profit) pravnih lica, poreza na imovinu itd. Kod svih vrsta prilikom utvrđivanja i plaćanja obaveza mora se voditi računa o poštovanju zakonitosti i zaštiti ličnosti i dostojanstva obveznika. S tim u vezi, moderne države posvećuju naročitu pažnju brojnim zakonskim pravima poreskih obveznika i njihovom doslednom primenom u praksi.

Pored izloženog, u savremenim uslovima, položaj poreskih dužnika u velikoj meri zavisi i od rada poreske administracije. Zato, u uređenim državama ona po pravilu prati promene koje se dešavaju u društvu i kompetentno odgovora na brojne izazove modernog vremena poštujući demokratska načela, pravičnost i pravdu dosledno primenjujući dostignuća civilizacije.⁵ Međutim, nažalost, to nije slučaj u zadovoljavajućoj meri u zemljama u razvoju zbog brojnih objektivnih i subjektivnih razloga. Praktična iskustva govore, da u praksi često puta ovi drugi razlozi preovladavaju. Kao aktuelni primer bi nam mogla poslužiti praksa primene našeg poreza na prihode od samostalne delatnosti. Naime, po Zakonu o porezu na dohodak građana (čl. 40. st. 1),⁶ "preduzetnik koji s obzirom na okolnosti nije u stanju da vodi poslovne knjige, osim poslovne knjige o ostvarenom prome-

³ "Službeni glasnik RS", br. 98/06.

⁴ U poreskoj teoriji se ističe da opštost poreske obaveze znači raskid sa pređašnjim privilegijama koje su imali određeni slojevi u društvu. Ali, razvijanjem modernog društva princip opštosti se pretvara u formalan i u svakodnevnoj praksi se po pravilu smatra podrazumevajući. Zašto se onda i danas insistira na ovom principu. Po mom mišljenju uzrok tome je taj, što se u praksi u velikoj meri odstupa od njegove dosledne primene. Preciznije rečeno, veliki broj subjekata ne plaća porez iako bi po svojoj ekonomskoj snazi to morao da čini (tzv. nezakonitim izbegavanjem poreza). Pored toga, ne treba zanemariti i određena pravno dozvoljena odstupanja od principa opštosti plaćanja iz socijalnih, ekonomskih, političkih i drugih razloga.

⁵ Local and Regional Tax Administration in Transition Countries, Edited by Mihaly HCGue, Local Government and Public Service Reform Initiative, Budapest, 2000, str. 34.

⁶ "Službeni glasnik RS", 24/01, 80/02, 80/02 – dr. zakon, 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) ,

tu, ili kome njihovo vođenje otežava obavljanje delatnosti ima pravo da podnese zahtev da porez na prihode od samostalne delatnosti plaća na paušalno utvrđen prihod". Zahtev za paušalno oporezivanje se podnosi do 30. novembra tekuće godine za narednu godinu (kada obveznik obavlja delatnost), odnosno u roku od 15 dana od dana upisa u registar nadležnog organa, odnosno u roku od 15 dana od dana prijema akta nadležnog poreskog organa kojim se potvrđuje brisanje iz evidencije za porez na dodatu vrednost (PDV) u skladu sa zakonom kojim se uređuje PDV. Nadležni poreski organ može odobriti ili odbiti zahtev obveznika ali je obavezan da o podnetom zahtevu odluči (donošenjem rešenja) u roku od 30 dana od dana podnošenja zahteva. Ako to ne uradi, smatraće se da je zahtev za paušalno oporezivanje pozitivno rešen. Preduzetnik će porez plaćati paušalno sve dok mu nadležni poreski organ rešenjem ne utvrdi da su prestali razlozi za ostvarivanje tog prava, odnosno da su stvoreni uslovi za oporezivanje prema stvarno ostvarenom prihodu. S tim u vezi, nadležni poreski organ naložiće rešenjem preduzetniku vođenje poslovnih knjiga od polovine tekuće godine ili od početka naredne godine.

Dakle, kao što se može primetiti Poreska uprava porez na prihode od samostalne delatnosti koje plaćaju paušalisti utvrđuje donošenjem rešenja. Ono se za svakog obveznika donosi za svaku godinu. Međutim, ni posle dve godine Poreska uprava u našoj Republici preduzetnicima koji paušalno plaćaju porez nije donela i dostavila rešenja o iznosima duga koji su u obavezi da plate državi. Zbog te nemarnosti, pojavljuju se značajni negativni efekti. Tako, npr. svaki poslodavac koji je na ivici dobiti ili minusa ne može da planira unapred, znajući kakve ga dažbine čekaju tokom godine. Posebno su u teškom položaju poslodavci koji su tek otvorili firmu a nisu dobili rešenja za porez. Bez njih, oni ne mogu da konkuriraju kod banaka za kredite i dr. Dakle, nužno je da poreskim dužnicima pomoć za uredno plaćanje poreza mora u optimalnoj meri pružiti Poreska uprava. Međutim, kao što se može videti u pomenutom primeru, ona radi suprotno. Poreska vlast neopravdano nalazi razloge za pomenuto nečinjenje potrebom izmene i dopune Uredbe o bližim uslovima, kriterijumima i elementima za paušalno oporezivanje obveznika poreza na prihode od samostalne delatnosti i neslaganjem advokata sa potrebom donošenja rešenja na osnovu važećih propisa.

Navedeni procesi nefunkcionisanja pravne države nisu bezazleni. Jer, neplaćanje i/ili neuredno plaćanje poreza za poreske dužnike predstavlja suočavanje sa neugodnim pravnim posledicama. Konkretnim rečima kazano, nepoštovanjem pravnih propisa vezanih za izmirivanje dažbina usloviće da, potencijalni poreski dužnici budu podvrgnuti nekim od ovih sankcija: plaćanju kaznene kamate

8/13 (usklađeni dinarski iznos), 47/13, 48-13 – ispr., 108/13, 6/14 (usklađeni dinarski iznos), 57/14, 68/14 (dr. zakon), 5/15 –usklađeni din.izn., 112/15 i 5/16 –usklađeni din.izn.

i troškova izvršenja; oduzimanju imovine i njena prodaja radi namirenja obaveze; zabrani bavljenja određenim zanimanjem (privremeno ili trajno); prekršajnoj i krivičnoj odgovornosti, itd. Prema tome, izuzetno je značajno da poreska administracija dosledno primenjuje sve što je propisima obvezana i tako poreskim dužnicima omogućiti da uredno izvršavaju svoje poreske obaveze utvrđene propisima. S druge strane, poreska vlast očekuje kooperativan odnos poreskih dužnika u borbi protiv sive ekonomije, koji se nažalost u praksi često puta ne ostvaruje. Tako, primera radi, i pored brojnih apela poreske vlasti, prema istraživanjima Nacionalne alijanse za lokalni ekonomski razvoj – NALED, 79 odsto građana ne uzima fiskalni račun. S tim u vezi, ističe se: iako 89 odsto njih podržava borbu protiv sive ekonomije, većina ipak nije spremna da učestvuje u njenom suzbijanju, uglavnom verujući da je to samo posao poreske vlasti. Zbog toga, naša država je pokušavala i ubuduće će pokušati da podstakne lojalnost poreskih dužnika državi putem organizovanja lutrije, kao mere borbe protiv sive ekonomije. Suština “igre” je u sakupljanju fiskalnih računa koji su bili i ubuduće će biti dovoljni u određenoj vrednosti za učešće i kandidovanje za neku, od vrednih nagrada.

POSEBNE OBAVEZE PORESKIH DUŽNIKA

Osim opšte dužnosti plaćanja poreza, u poreskim propisima Republike egzistira i prava lepeza posebnih obaveza poreskih dužnika. Najvećim delom one figuriraju u pomenutom ZPPPA. Te obaveze poreskog dužnika su da:

- u propisanom roku podnese prijavu za registraciju Poreskoj upravi, osim obveznika za čiju je registraciju, odnosno upis u registar, nadležna Agencija za privredne registre i prijavi sve kasnije izmene podataka u prijavi koji se ne prijavljuju Agenciji za privredne registre;
- podnese poresku prijavu Poreskoj upravi na propisanom obrascu, u roku i na način uređen poreskim propisima;
- podnese dokumentaciju i pruži informacije koje zahteva Poreska uprava, u skladu sa poreskim propisima;
- vodi propisane poslovne knjige i evidencije radi oporezivanja;
- u zakonskim rokovima tačno obračunava porez, kada je po zakonu dužan da to sam čini;
- ne ometa i ne sprečava službena lica koja učestvuju u poreskom postupku u obavljanju zakonom utvrđene dužnosti;
- obavesti Poresku upravu o otvaranju ili zatvaranju računa kod banke, druge finansijske organizacije, poštanske štedionice ili druge organizacije koja obavlja platni promet u AP Kosovu i Metohija ili u inostranstvu - u roku od 15 dana od dana otvaranja, odnosno zatvaranja računa;

- bude prisutan tokom poreske kontrole;
- izvršava i druge obaveze utvrđene ZPPPA i drugim poreskim zakonima.

Teorijski uopštavajući, pomenute obaveze poreskih dužnika moguće je podeliti na obaveze činjenja, obaveze nečinjenja i obaveze trpljenja. Pod obavezom činjenja podrazumeva se pozitivno odnošenje poreskog dužnika u odvijanja procesa vezanim za plaćanje poreza (npr., obaveza poreskog dužnika da podnese dokumentaciju i pruži informacije koje zahteva Poreska uprava, u skladu sa poreskim propisima, i/ili da vodi propisane poslovne knjige i evidencije radi oporezivanja, itd.). Obaveza nečinjenja se manifestuje kroz pravne zabrane poreskom dužniku da vrši neke radnje zbog potrebe države da optimalno naplati porez (tako primera radi, zabrana poreskom obvezniku da napušta mesto dok traje poreska kontrola ili zabrana upisa prava na nepokretnosti u zemljišnim, katastarskim i drugim javnim knjigama, bez dokaza o plaćenom porezu na prenos apsolutnih prava. Najzad, obaveza trpljenja se sastoji u dopuštanju aktivnosti poreskog organa, koje zadiru u autonomnu sferu koju pravni poredak priznaje poreskom dužniku po kojima bi poreski dužnik da nije poreski propis, imao pravo da se suprostavi (npr. obaveza poreskog dužnika da dopusti pregled poslovnih knjiga, evidencija i dr.).⁷

Zbog naročitog značaja u praksi, u ovom rada analiziraću obaveze poreskog dužnika vezane za podnošenje prijave i obaveze vođenja poslovnih knjiga.

Podnošenje prijave

Složenost utvrđivanja i naplate poreza u savremenim uslovima diktira potrebu identifikacije poreskih dužnika kroz dodeljivanje poreskog identifikacionog broja (PIB) od strane Poreske uprave. ZPPPA (čl. 27), taksativno su utvrđeni subjekti koji su dužni da imaju PIB i dosledno tome obavezu da podnesu prijavu u cilju dobijanja pomenutog broja. To su: 1) rezidentno pravno lice; 2) državni organ i organizacija, organ i organizacija teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, bez svojstva pravnog lica; 3) rezidentni preduzetnik; 4) rezidentno fizičko lice; 5) stalna poslovna jedinica nerezidentnog pravnog lica; 6) nerezidentno pravno lice koje određuje punomoćnika u skladu sa ZPPPA (član 14. stav 2); 7) nerezidentno fizičko lice koje određuje punomoćnika (u skladu sa ZPPPA (član 14. stav 2).

Rezidentna pravna lica za čiju registraciju, odnosno upis u registar, nije nadležna Agencija za privredne registre i organ ili organizacija iz člana 27. stav 2. tačka 2) ZPPPA podnose prijavu za registraciju Poreskoj upravi prema mestu sedišta. Stalne poslovne jedinice nerezidentnih pravnih lica podnose prijave za

⁷ Detaljnije videti: Dejan Popović, Poresko pravo, op. cit., str. 159.

registraciju Poreskoj upravi prema mestu sedišta tih stalnih poslovnih jedinica. Rezydentni preduzetnici za čiju registraciju nije nadležna Agencija za privredne registre, podnose prijave za registraciju Poreskoj upravi nadležnoj prema sedišti-ma radnji. Nerezidentno pravno lice i nerezidentno fizičko lice iz člana 27. stav 2. tač. 6) i 7) ZPPPA podnose prijavu za registraciju sedištu Poreske uprave. Pravna lica koja su svrstana u velike poreske obveznike, vode se u registru organizacione jedinice Poreske uprave nadležne za velike poreske obveznike. Pravno lice, stalna poslovna jedinica nerezidentnog pravnog lica i preduzetnik, podnose prijavu za registraciju u roku od pet dana od dana upisa u sudski ili drugi registar. Po izvršenoj registraciji, Poreska uprava izdaje poreskom obvezniku dokaz o izvršenoj registraciji. U slučaju da poreski dužnik ne podnese prijavu za registraciju, Poreska uprava će po službenoj dužnosti dodeliti PIB, na osnovu raspoloživih podataka, odnosno faktičkih okolnosti.⁸

Pored izloženih razloga obaveze poreskih dužnika na podnošenje poreske prijave, racionalnost pomenutih činjenja je potreba pomoći poreskoj vlasti u postupku utvrđivanja poreza. Naime, objektivno, poreske vlasti ne mogu saznati sve relevantne činjenice koje su neophodne za iznalaženje osnovice za oporezivanje poreskih obveznika. Stoga je široko opredeljenje u savremenim državama sveta, da se utvrđivanje poreske obaveze vrši na osnovu činjenica koje poreski obveznici daju nadležnim poreskim organima putem podnošenja poreske prijave. Prihvatanjem ovakvog koncepta nezaobilazno uključuje potrebu davanja važnih kontrolnih ovlašćenja poreskoj administraciji. Dosledno tome neminovna je primena oštrih sankcija za nepravilnosti vezanih za podnošenje prijave i vođenja poreskih knjiga i evidencija propisanih zakonom. Komplementarno, navedenim pravima države, jeste davanje prava poreskim obveznicima da se ne slože sa činjenicama utvrđenim u postupku kontrole. Svoje neslaganje poreski obveznik može izraziti pokretanjem postupka instancione upravne kontrole i postupka za sudsku zaštitu.⁹

U ovom drugom slučaju (potrebe pomoći poreskoj vlasti u postupku utvrđivanja poreza), poreska prijava predstavlja izveštaj poreskog obveznika Poreskoj upravi o ostvarenim prihodima, izvršenim rashodima, dobiti, imovini, prometu dobara i usluga i drugim transakcijama od značaja za utvrđivanje poreza. Prema tome, prijava ima značajnu funkciju za utvrđivanje (razrez) poreza, kada je zakonom propisana.

Pored izloženih zakonskih rezona potrebe podnošenja prijave, u našoj teoriji se isticalo da ona treba da uvrsti jedno fizičko ili pravno lice u red obveznika

⁸ Videti: čl. 28, ZPPPA.

⁹ Miroslav Popović, Upravni postupak u oblasti javnih prihoda, Savremena praksa, Beograd, br. 8, 1993., str. 22.

određenog društvenog prihoda a obveznici koji počnu da vrše određenu privrednu ili neprivrednu delatnost ili počinju da stiču prihod od imovine tzv. početnom (inicijalnom) prijavom obaveštavaju nadležni organ da je "otpočela njihova dužnost plaćanja" prihoda.¹⁰

Obveznik koji je podneo početnu prijavu i delatnost obavlja trajno dužan je da u određenim rokovima stalno podnosi prijavu (tzv., redovna godišnja prijava). Kada obveznik iz određenih izvora pribavlja prihod povremeno (npr., kod plaćanja poreza na nasleđe i poklon i poreza na promet apsolutnih prava) podnosi povremene prijave. Postoje i naknadne - dopunske prijave koje se podnose u slučaju kada u godišnjoj prijavi nisu prezentirani svi neophodni podaci itd. Ova prijava se podnosi inicijativom nadležnog poreskog organa i poreskog obveznika. Prijava se podnosi i u slučaju prestanka delatnosti. Svrha njenog podnošenja je potreba konačnog utvrđivanja poreza.

Poreska prijava se podnosi na obrascu, koji propisuje ministar finansija, uz koji se prilažu odgovarajući dokazi. U roku od 15 dana od dana nastanka poreske obaveze se podnosi prijava Poreskoj upravi, osim ako nije drukčije propisano ZPPPA.

Prirodno, kao i drugim oblastima društvenog života, kod poreza u Srbiji, kao i u drugim savremenim državama se odvijaju procesi korišćenja elektronske tehnike. S tim u vezi, ZPPPA, poreska prijava se podnosi isključivo u elektronskom obliku za poreze koji se plaćaju po odbitku¹¹ u skladu sa Zakonom kojim se uređuje porez na dohodak građana i Zakonom kojim se uređuju doprinosi za obavezno socijalno osiguranje¹², za porez na dodatu vrednost¹³ kao i za neke druge poreske oblike taksativno utvrđene Zakonom. Za neke druge poreze obaveznost podnošenja prijave u elektronskom obliku odložena je za određeno vreme. Do dana prelaska na podnošenje poreske prijave isključivo u elektronskom obliku u skladu sa ZPPPA, prijava se može podneti neposredno ili putem pošte. Izuzet-

¹⁰ Videti detaljnije, Miodrag Matejić, Javne finansije, Zavod za obrazovanje administrativnih kadrova Srbije, Beograd, 1975. str., str. 234.

¹¹ Kod poreza po odbitku utvrđivanje osnovice ne vrši se ni od strane poreske vlasti, niti je obveznik dužan da podnese prijavu. Ovde je treće lice poreski dužnik (poreski platac) koje isplaćuje prihod obvezniku propisom obavezan da podnese prijavu, utvrdi osnovicu i da na osnovu nje odredi visinu poreza i da ga uplati poreskoj vlasti. Ovaj metod u velikoj meri onemogućava izbegavanje poreza od strane poreskog obveznika. No, njemu se olakšava, 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.

¹² "Službeni. glasnik RS", br. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 47/13, 108/13, 57/14, 68/14 - dr. zakon, 112/15.

¹³ "Službeni. glasnik RS", br. 84/04, 86/04 - ispravka, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14 - dr.zakon, 142/14 i 83/15.

no od izloženih rešenja, poreski obveznici – fizička lica koja su dužna da podnesu prijavu koja nije u vezi sa obavljanjem delatnosti, mogu tu prijavu da podnesu u elektronskom obliku ili u pismenom obliku – neposredno ili putem pošte¹⁴

U Poreskoj upravi Republike Srbije se očekuje da će proces prevođenja svih poreskih prijava u elektronskom obliku biti završen sledeće godine. On će u praksi omogućiti poboljšanje naplate fiskalnih prihoda, rasta efikasnosti rada Poreske uprave kao i racionalizaciji ukupnih troškova poslovanja poreskih dužnika i poreske vlasti. Pored toga, podnošenje poreske prijave elektronskim putem i uspostavljena daljinska kontrola dovešće u Poreskoj upravi do izmene strukture zaposlenih. U značajnoj meri će doći do reduciranja dosadašnjeg broja šalterskih službenika i drugih radnika koji se bave papirologijom. Namera je da se ti radnici prekvalifikuju na poslovima pružanja usluga i kontrolu poreskih obveznika, unakrsnu proveru imovine i dr.

U slučaju da poreski obveznik ustanovi da poreska prijava koju je podneo sadrži grešku ili propust, dužan je da odmah, a najkasnije do isteka roka zastarelosti podnese izmenjenu poresku prijavu, u kojoj su greška ili propust otklonjeni.

Našim propisima obveznik tzv., korektivnog godišnjeg poreza na dohodak građana dužan je da za ostvareni dohodak godine za koju se vrši utvrđivanje poreza podnese prijavu po isteku te godine, a najkasnije do 15. maja naredne godine.

Po zakonu o porezu na dohodak građana (čl. 99), po odbitku od svakog pojedinačno ostvarenog prihoda utvrđuju se i plaćaju porezi na sledeće prihode:

- zarade,
- prihode od autorskih i srodnih prava i prava industrijske svojine, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik,
- prihode od kapitala, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik,
- prihode od davanja u zakup pokretnih stvari, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik,
- dobitke od igara na sreću,
- prihode od osiguranja lica,
- prihode sportista i sportskih stručnjaka,
- ostale prihode, ako je isplatilac prihoda pravno lice ili preduzetnik.

U cilju plaćanja pomenutih poreza po odbitku podnosi se pojedinačna poreska prijava koja predstavlja izveštaj koji poreski platac kao poreski dužnik, podnosi Poreskoj upravi. Po ZPPPA pojedinačna poreska prijava sadrži:

1) zbirne podatke o obračunatom porezu po odbitku od strane jednog poreškog placa za sve primaocae prihoda;

¹⁴ Videti: čl. 38, ZPPPA

2) pojedinačne podatke o obračunatom porezu po odbitku od strane jednog poreskog placu za svakog primaoca prihoda.

Pojedinačna poreska prijava podnosi se pre svake isplate prihoda na koji se obračunava i plaća porez po odbitku u skladu sa zakonom kojim se uređuje porez na dohodak građana, kao i pre svakog plaćanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje kada se ti doprinosi plaćaju bez isplate zarade, odnosno u drugim slučajevima kada postoji obaveza obračunavanja i plaćanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje u skladu sa Zakonom kojim se uređuju doprinosi za obavezno socijalno osiguranje.

Izuzetno od navedenog, kod isplate kamate na štedne uloge svojim deponentima, banka je dužna da podnese pojedinačnu poresku prijavu, obračuna i plati porez po odbitku na dan isplate kamate, a najkasnije prvog narednog dana kada radi platni promet, ako u momentu isplate kamate platni promet nije radio.

Ako pojedinačna poreska prijava sadrži nedostatke u pogledu formalne ispravnosti i matematičke tačnosti, Poreska uprava u elektronskom obliku obaveštava podnosioca pojedinačne poreske prijave o tim nedostacima.

Pojedinačna poreska prijava smatra se podnetom kada Poreska uprava potvrdi formalnu ispravnost i matematičku tačnost iskazanih podataka, dodeli broj prijave, broj odobrenja za plaćanje ukupnog iznosa obaveze po tom osnovu i u elektronskom obliku dostavi te informacije podnosiocu pojedinačne poreske prijave. U vezi s izloženim, novčanom kaznom od 10.000 do 100.000 dinara kazniče se za prekršaj odgovorno lice u banci koja dozvoli isplatu zarada, naknada zarada, kao i drugih prihoda fizičkih lica po osnovu kojih se plaća porez po odbitku, ako nalog kojim se banci nalaže isplata tih prihoda, kao i plaćanje poreza po odbitku ne sadrži poziv na broj odobrenja za plaćanje ukupne obaveze po tom osnovu koji je dodelila Poreska uprava na način utvrđen ZPPPA (član 41), osim isplate kamate na štedne uloge svojim deponentima (član 30a ZPPPA).

Određena lica podnose informativnu poresku prijavu koja sadrži podatke od posebnog značaja za fiskalni sistem Republike. Kao relevantni, smatraju se naročito podaci o imovini u vrednosti većoj od 35.000.000 dinara, o statusnim promenama, poslovnim aktivnostima i novčanim transakcijama lica koje podnosi informativnu poresku prijavu. S tim u vezi, na osnovu člana 42. ZPPPA, Ministar finansija doneo je Pravilnik o informativnoj poreskoj prijavi. Poreski obveznik - fizičko lice koje Poreskoj upravi ne podnese informativnu poresku prijavu ili u njoj ne navede svu svoju imovinu, kazniče se za prekršaj novčanom kaznom u visini od 3% tržišne vrednosti neprijavljene imovine. Dostavljanjem pomenute prijave omogućava se poreskoj vlasti da vrši unakrsnu proveru dohotka građana, kao jednog od metoda procene poreske osnovice.

Vođenje poslovnih knjiga i evidencija

Pomoću redovnih i povremenih prijava se saznaju relevantne činjenice neophodne za utvrđivanje poreza. Međutim, da bi podaci iz prijave odrazili pravu ekonomsku snagu obveznika, za određene poreske obveznike pojavljuje se jedna posebna dužnost. To je dužnost vođenja poslovnih knjiga. Ova obaveza regulisana je odredbama više propisa.

Po ZPPPA (čl. 37), poreski dužnici koji su obavezni da vode poslovne knjige i evidencije u cilju oporezivanja su: pravna lica, stalne poslovne jedinice nerezidentnih pravnih lica, stalne poslovne jedinice rezidentnih poreskih obveznika u inostranstvu i preduzetnici.

Poslovne knjige predstavljaju zakonom propisane evidencije o stanju i promenama na imovini, obavezama i kapitalu, prihodima, rashodima i rezultatima poslovanja navedenih subjekata. One se vode po sistemu dvojnog ili prostog knjigovodstva. Konkretno, Zakonom o porezu na dohodak građana (čl. 43 i 43a), na primer, preduzetnici vode poslovne knjige po sistemu prostog knjigovodstva, u skladu sa ovim zakonom ili po sistemu dvojnog knjigovodstva u skladu sa zakonom kojim se uređuje računovodstvo i revizija. Preduzetnici koji porez plaćaju na paušalno utvrđen prihod dužni su da vode samo poslovnu knjigu o ostvarenom prometu.

Značaj poslovnih knjiga za utvrđivanje osnovice poreza je u tome što će obvezniku omogućiti da na osnovu njih podnese prijavu koja bi bila pravovaljana, potpuna i dokumentovana. Da bi poslovne knjige mogle odgovoriti navedenim zadacima, Zakonom je propisana obaveza da se one ažurno i uredno vode i određena procedura vođenja. Nepoštovanje tih odredaba zakona čini poslovne knjige nevažećim i obveznik može zbog toga snositi sankcije. Po završetku poslovne godine, posle knjiženja svih poslovnih promena, poslovne knjige se zaključuju. Obveznik je dužan da poslovne knjige i druge knjigovodstvene isprave drži u odgovarajućoj poslovnoj prostoriji. Kada je vođenje knjigovodstva povereno profesionalnoj računovodstvenoj firmi, knjige i druge isprave o finansijskom poslovanju mogu se čuvati u prostorijama te firme.

UTVRĐIVANJE PORESKE OBAVEZE

Svodno govoreći, da bi se utvrdila poreska obaveza neophodno je da se u poreskom postupku utvrde relevantne činjenice. Njih je moguće utvrditi na osnovu dokaza. Prema ZPPPA, kao dokaz u poreskom postupku se može upotrebiti: poreska prijava, poreski bilans, poslovne knjige i evidencije, računovodstveni iskazi, poslovna dokumentacija i druge isprave i informacije kojima raspolaže Poreska uprava, prikupljene od poreskog obveznika ili trećih lica, iskaz svedoka, nalaz veštaka, uvidaj i svako drugo sredstvo kojim se činjenice mogu utvrditi. Ako apstrahujemo

poreze po odbitku, u savremenim uslovima utvrđivanje poreza je delatnost Poreske uprave, odnosno poreskog obveznika, koja se sastoji u izdavanju upravnih akata, odnosno u preduzimanju zakonom propisanih radnji, kojima se ustanovljava postojanje pojedinačne poreske obaveze i određuju poreski obveznik, poreska osnovica i iznos poreske obaveze.

Poreski obveznik utvrđuje porez samooporezivanjem. To je danas kod nas slučaj, kod oporezivanja dobiti pravnih lica, PDV i kod poreza na dohodak građana na prihode taksativno utvrđene Zakonom o porezu na dohodak građana. To su: 1) prihodi od samostalne delatnosti preduzetnika koji vodi poslovne knjige; 2) prihodi koje isplaćuje isplatilac koji nije pravno lice ili preduzetnik, i to: (1) prihodi od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine; (2) kamate; (3) prihodi od izdavanja nepokretnosti i davanja u zakup pokretnih stvari; (4) drugi prihodi iz člana 85. Zakona o porezu na dohodak građana.

Ako isplatilac prihoda nema obavezu da obračuna i plati porez po odbitku, obavezu utvrđivanja i plaćanja poreza samooporezivanjem ima obveznik koji ostvaruje zarade i druge prihode u ili iz druge države, kod diplomatskog ili konzularnog predstavnštva strane države, odnosno međunarodne organizacije ili kod predstavnika i službenika takvog predstavnštva, odnosno organizacije, kao i u drugom slučaju kada isplatilac prihoda nema obavezu da obračuna i plati porez po odbitku.

Poreska vlast takođe utvrđuje porez donošenjem rešenja u dva slučaja:

– u postupku poreske kontrole - ako obveznik, suprotno zakonu, ne obavi utvrđivanje poreske obaveze ili ga izvrši netačno ili nepotpuno; i

– u slučajevima kada je zakonom propisano da se ne sprovodi samooporezivanje¹⁵, ili kada je zakonom propisano da se, uprkos samooporezivanju, poresko rešenje mora doneti.

Poreska uprava donosi rešenje o utvrđivanju poreza u postupku poreske kontrole po ZPPPA¹⁶ na osnovu podataka iz poslovnih knjiga i evidencija poreskog obveznika, i činjeničnog stanja utvrđenog u postupku kontrole. Poresko rešenje u slučajevima kada je zakonom propisano da se ne sprovodi samooporezivanje, Poreska uprava donosi na osnovu podataka iz evidencije nadležnog organa, podataka iz poreske prijave, odnosno izmenjene poreske prijave a, po potrebi, i na osnovu podataka iz poslovnih knjiga i evidencija poreskih obveznika. U slučaju da poreski obveznik ne podnese poresku prijavu, poresko rešenje o utvrđivanju poreza doneće se na osnovu podataka iz poslovnih knjiga i evidencija poreskog obveznika, i činjeničnog stanja utvrđenog u postupku kontrole. Ako se poresko rešenje ne može doneti na izložene navedene načine, to će se učiniti

¹⁵ Na primer kod poreza imovinu, poreza na prenos apsolutnih prava, paušalni prihod od samostalne delatnosti, poreza na kapitalni dobitak, godišnjeg poreza na dohodak građana.

¹⁶ Videti: čl. 55, 122 st.4 i čl. 129 ZPPPA.

na osnovu procene poreske osnovice. Procena poreske osnovice može se utvrditi primenom jednog od sledećih metoda: metoda parifikacije i metodom unakrsne procene, na način uređen ZPPPA.¹⁷

Metodom parifikacije Poreska uprava utvrđuje poresku osnovicu na jedan osledećih načina:

– procenom polazeći od raspoložive uredne poslovne dokumentacije o poslovanju kraćem od perioda oporezivanja (dnevnom, nedeljnom ili mesečnom) tako što se na osnovu podataka o tom delu poslovanja procenjuje poreska osnovica za period za koji se utvrđuje porez;

– procenom na bazi podataka i činjenica o ostvarenom prometu (dnevnom, nedeljnom ili mesečnom) utvrđenim uviđajem ili kontrolom, tako što se na osnovu tih podataka i činjenica procenjuje poreska osnovica za period za koji se utvrđuje porez;

– upoređivanjem sa podacima drugih obveznika, koji obavljaju istu ili sličnu delatnost na istoj ili sličnoj lokaciji, pod približno jednakim uslovima.

Kod poreza na dohodak građana osnovica poreza se može utvrditi metodom unakrsne procene poreske osnovice. Pomenuta osnovica se utvrđuje kao razlika između vrednosti imovine na kraju i na početku kalendarske godine, umanjena za iznos prijavljenog dohotka i za vrednost imovine pribavljene sredstvima stečenim nasleđem, poklonom ili na drugi zakonit besteretan način, kao i za iznos prihoda koji podležu oporezivanju porezom na dohodak građana a koji ne ulaze u oporezivanje godišnjim porezom na dohodak građana, za koju to poreski obveznik, odnosno drugo lice ističe i o tome pruži odgovarajuće materijalne dokaze. Pomenuta imovina koja predstavlja osnovicu Zakonom je taksativno utvrđena.¹⁸

Poreska osnovica (tzv. neprijavljeni prihod) utvrđena na navedeni način, oporezuje se kao drugi prihod, u smislu zakona kojim se uređuje porez na dohodak građana po stopi od 20%, bez priznavanja normiranih troškova.¹⁹

ZAKLJUČAK

I pored brojnih nezadovoljstava plaćanje poreza je opšte prihvaćeni društveni imperativ koji se ne osporava u savremenim zemljama sveta. S tim u vezi, poresko zakonodavstvo je predmet posebne pažnje naučnika, stručnjaka, privred-

¹⁷ Videti: čl. 58 - 60 ZPPPA.

¹⁸ Videti: čl. 59 ZPPPA.

¹⁹ U teoriji se pojavljuju mišljenja da se deo prirasta imovine koji se ne može objasniti prijavljenim prihodima ili zaduženjem oporezuje po progresivnoj skali pri čemu bi početna stopa bila 20%, a najviša stopa 100%. Ovim putem bi bilo nepotrebno donošenje zakona o poretku imovine.

nika i širokih slojeva građana. Danas je nemoguće započeti privrednu i društvenu aktivnost bez iscrpnih informacija o poreskim obavezama koje očekuju privredne i druge društvene subjekte. Zbog toga propisi o poreskim obavezama poreskih dužnika moraju im omogućiti da rade, zarade i plate porez. S druge strane, poreski propisi i poreska administracija treba da omoguće državi izdašno prikupljanje prihoda radi zadovoljenja prave lepeze javnih potreba (podsticanje privrednog rasta, reduciranje budžetskog deficita i zaduživanja, isplate plata, penzija itd).

Dakle, pojavljuju se legitimni zahtevi koje je u praksi teško istovremeno ostvariti bez određenih kompromisa. Da bi se to postiglo u praksi poreska vlast se mora oslobađati formalno – represivnog odnosa prema poreskim dužnicima pružajući im pomoć u ispunjavanju njihovih pravnih obaveza vezanih za plaćanje poreza. U tom smislu, pravedni, jasni i jednostavni propisi i profesionalna poreska administracija su najvažnije pretpostavke za dobrovoljno plaćanje poreza od strane poreskih obveznika i optimalno prikupljanje javnih prihoda od strane države.

ZORAN ISAILOVIĆ, Ph.D.,
Professor at the Faculty of Law
University of Priština

OBLIGATIONS OF THE TAX-DEBTORS

Summary

It is impossible to start any economic and social activity nowadays without thorough information about tax obligations awaiting economic and other social subjects. That is the reason that regulations of tax obligations of the tax-debtors have to enable them to work, earn, and pay taxes. At the same time, as a result of the applications of these obligations, there is a necessity of productive collection of income taxes, for the sake of satisfaction of the full spectrum public needs (inducing economic growth, reducing budget deficiency and indebtedness, payment of salaries, pensions etc.)

Thus, there are legitimate demands that are hardly achievable simultaneously in practice, without certain compromises. To achieve that, tax control has to be free of formal-repressive relation towards tax-debtors, providing help in accomplishment their legal obligations considering payment of taxes. In that sense, rightful, clear and simple regulations and the professional tax administration are the most important premises for willful tax payment by the tax-debtors and the optimal collection of public earnings by the state.

MILOŠ MILOŠEVIĆ

OSLOBOĐENJA BEZ PRAVA NA ODBITAK PRETHODNOG POREZA

– Tuđin u sistemu poreza na dodatu vrednost –

U V O D

Oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza čine najznačajniju grupu odstupanja od standardnog režima oporezivanja porezom na dodatu vrednost (u daljem tekstu: *PDV*). Ona u biti predstavljaju “strani element” u sistemu *PDV* budući da narušavaju gotovo sve fundamentalne principe na kojima je on zasnovan. Nuspojave njihovog postojanja su složeniji poreski tretman i očekivani manjak u državnoj kasi. Stoga je eliminacija oslobođenja poželjna. Ostaje sporno da li je moguća.

U radu ćemo ukazati na razloge koji su inicirali uvođenje oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza u evropski sistem *PDV*. Analiziraćemo nedostatke koji su posledica njihove primene i upustiti se u razmatranje opravdanosti njihovog opstanka.

Dr Miloš Milošević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad je nastao u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: “Identitetski preobražaj Srbije”.

Pregled oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza

Sve do donošenja Šeste direktive¹ komunitarnim zakonodavstvom nisu bila propisana oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza. Druga direktiva² jeste regulisala osnovne elemente poreskog činjeničnog stanja, ali je formulacija i implementacija oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza bila diskreciono pravo svake države članice. Harmonizacija je u ovom segmentu inicirana Odlukom Saveta ministara od 21. aprila 1970. godine koja je predvidela da se od 1975. godine napusti sistem finansiranja institucija Evropske unije putem doprinosa država članica i da se pređe na finansiranje sopstvenim sredstvima, među kojima su i prihodi od PDV.³ Pravična distribucija poreskog tereta među državama članicama ostvarila bi se primenom jedinstvene poreske stope na jedinstvenu osnovicu PDV propisanu komunitarnim zakonodavstvom. Kako i oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza neposredno utiču na obuhvat oporezivanja (šira osnovica pretpostavlja malobrojna oslobođenja i vice versa) Šestom direktivom ova oblast detaljno je uređena.⁴ Važeća Direktiva 2006/112/EZ⁵ preuzela je ranije odredbe koje su uz manje izmene i dalje na snazi.

S obzirom da su oslobođenja od PDV bez prava na odbitak prethodnog poreza veoma brojna i složena na ovom mestu ćemo u sažetom obliku (bez navođenja eventualnih posebnih uslova pod kojima se pružaju) izdvojiti najznačajnija.⁶ Imajući u vidu njihov *raison d'être* možemo razlikovati:

¹ 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.

² Second Council Directive 67/228/EEC of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes – Structure and procedures for application of the common system of value added tax, OJ 71 of 14 April 1967.

³ Council Decision 70/243/ECSC, EEC, EUROATOM of 21 April 1970, OJ L 94 of 28 April 1970. O izmenama u oblasti finansiranja institucija Evropske unije koje su usledile, vid.: Ben Terra, Julie Kajus, *A Guide to the European VAT Directives*, Vol. 1, IBFD, Amsterdam 2010, 77-79.

⁴ Preambula Direktive 77/388/EEZ i obrazloženje Predloga Direktive 77/388/EEZ (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, 20 June 1973, Supplement to Bulletin of the European Communities No. 11-1973) na više mesta potvrđuju predložene motive za usaglašavanje oslobođenja.

⁵ 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.

⁶ Oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza iz čl. 136 i 371 Direktive 2006/112/EZ nisu obuhvaćena radom.

– oslobođenja od oporezivanja prometa dobara i usluga koja su od javnog značaja⁷ – usluga javnih poštanskih službi; bolničke i medicinske zaštite kao i medicinske nege u okviru medicinske ili paramedicinske profesije; usluga stomatologa i zubnih tehničara; isporuka ljudskih organa, krvi i mleka; pružanja usluga i isporuka dobara tesno povezanih sa radom u sferi blagostanja i socijalne sigurnosti, zaštite dece i mladih osoba, uključujući usluga koje pružaju starački domovi, javnopravna i druga tela posvećena socijalnoj dobrobiti; usluga obrazovanja; obezbeđivanja personala za bolničku i medicinsku negu, socijalno staranje, zaštitu dece i mladih i obrazovanje od strane verskih ili filozofskih institucija, u kontekstu duhovnog blagostanja; određenih usluga tesno povezanih sa sportom i fizičkim vaspitanjem; određenih usluga iz oblasti kulture; usluga prevoza obolelih ili povređenih lica vozilima specijalizovanim za te namene, od strane ovlašćenih tela; aktivnosti, osim onih komercijalne prirode, koje obavljaju javne radio i televizijske institucije.

– oslobođenja od oporezivanja isporuka dobara i pružanja usluga koje je iz administrativno-tehničkih razloga teško podvrgnuti PDV⁸ – finansijskih usluga; usluga osiguranja i reosiguranja, uključujući prateće usluge posrednika i zastupnika u osiguranju; usluga priređivanja igara na sreću; isporuka objekata i ekonomski deljivih celina u okviru objekata i zemljišta na kojem je smešten, osim prvog prenosa; isporuka neizgrađenog zemljišta, osim isporuke građevinskog zemljišta; davanje u zakup nepokretnosti, s izuzetkom smeštaja u hotelskom sektoru ili u sektoru sa sličnom funkcijom, iznajmljivanja prostora za parkiranje vozila, sefova i stalno ugrađene opreme i mašinerije.

U čl. 25 Zakona o porezu na dodatu vrednost⁹ pobrojana su oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza. Zapazićemo da se gotovo u potpunosti preklapaju sa onima iz komunitarnog propisa ukoliko ih uporedimo,¹⁰ te ih stoga nećemo posebno navoditi.

⁷ Propisana u čl. 132 Direktive 2006/112/EZ koja u verziji na engleskom jeziku govori o *exemptions for certain activities in the public interest*.

⁸ Upor.: Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 455-457. Radi se o oslobođenjima iz čl. 135(1) Direktive 2006/112/EZ.

⁹ Zakon o porezu na dodatu vrednost – ZPDV, "Sl. glasnik RS", br. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14, 142/14 i 83/15.

¹⁰ Upor.: Miloš Milošević, "Značajnija odstupanja Zakona o porezu na dodatu vrednost od komunitarne PDV regulative", *Pravni zapisi* 2/2014, 523-524.

*Razlozi za uvođenje oslobođenja bez prava na odbitak
prethodnog poreza*

Osnovano je bliže razmotriti razloge koji su inicirali uvođenje oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza u evropski sistem PDV. Sagledavanje istih u nacionalnim okvirima smatramo izlišnim s obzirom da je ZPDV koncipiran s osloncem na komunitarni propis. Uverenje da su identifikovani razlozi vremenom prevaziđeni ojačalo bi argumentaciju u prilog napuštanja važećeg rešenja.

Razlozi socijalne prirode. – Tako se oslobođenja od oporezivanja prometa dobara i usluga koja su od javnog značaja prevashodno pravdaju ublažavanjem regresivnog efekta PDV. Neophodna dobra i usluge (npr. zdravstvena zaštita ili obrazovanje) postaju dostupnija siromašnijem stanovništvu ukoliko su izuzeta od oporezivanja (eng. merit exemptions). Pored toga, poreska olakšica mogla bi podstaći potrošnju društveno poželjnih proizvoda (poput kulturnih događaja ili sportskih aktivnosti).¹¹

Administrativno-tehnički razlozi. – Druga grupa oslobođenja, pak, nije stvar principa, već potrebe. Praktične teškoće sprečavaju oporezivanje aktivnosti koje zaslužuju da budu podvrgnute PDV te se oslobođenje prihvata kao neizbežno.¹²

Kod finansijskih usluga otežano je utvrđivanje dodate vrednosti koju treba oporezovati. Banke tradicionalno posreduju između štediša (zajmodavaca) i zajmoprimaca za proviziju koja je kod bezrizičnih plasmana u osnovi jednaka razlici između aktivne i pasivne kamatne stope umanjenoj za iznos pripadajućih nabavki dobara i usluga.¹³ Čak i kada ove stope variraju između transakcija, obračun agregatne dodate vrednosti¹⁴ ne bi trebalo da predstavlja problem. Do iste je moguće doći bilo kojom od direktnih metoda za utvrđivanje dodate vrednosti pa

¹¹ Rita de la Feria, *EU VAT principles as interpretative aids to EU VAT rules: the inherent paradox*, WP 16/03, Oxford University Centre for Business Taxation, February 2016, 4.

¹² U odnosu na finansijske i osiguravajuće usluge, vid.: Rita de la Feria, "The EU VAT treatment of insurance and financial services (again) under review", *EC Tax Review* 2/2007, 75. Vid. i: Rita de la Feria, Herman van Kesteren, "Introduction to This Special Issue – VAT Exemptions: Consequences and Design Alternatives", *International VAT Monitor* 5/2011, 300.

¹³ Pretpostavimo, primera radi, da banka na štednju plaća kamatu od 3% dok se njeni klijenti zadužuju po stopi od 8%. Ako je 5% visina "čiste" kamatne stope – one po kojoj bi zajmodavac, odričući se svih sporednih usluga koje banka pruža, novac pozajmio, a zajmoprimac uzeo na zajam, kada bi mogao da pronađe odgovarajućeg zajmodavca bez posredničke pomoći – onda je dodata vrednost banke (vrednost posredničke usluge) 5% iznosa zajma, od kojih je 2% realizovano prema štediši (pozitivna razlika između "čiste" kamatne stope i one po kojoj je deponovao novac), a preostalih 3% prema zajmoprimcu (pozitivna razlika između kamatne stope po kojoj je odobren zajam i "čiste" kamatne stope).

¹⁴ Agregatnu dodatnu vrednost generiše ukupnost transakcija u posmatranom periodu. Za njeno utvrđivanje irelevantni su parametri pojedinačne transakcije.

bi takav model PDV bio adekvatan za oporezivanje finansijskog sektora. Međutim, vladajući oblik PDV počiva na indirektnoj metodi kojoj je inherentan institut odbitka prethodnog poreza iz konkretne transakcije. Odsustvo saznanja o elementima neophodnim za utvrđivanje posredničke provizije u određenoj transakciji (poput podataka o stvarnim subjektima u čijem odnosu banka posreduje i visini kamatnih stopa) onemogućava ispravno iskazivanje odbitne PDV komponente i oporezivanje posredničkih finansijskih usluga u okvirima postojećeg sistema. Naravno, banke pružaju i usluge u odnosu na koje je iznos naknade transparentan (npr. mesečno održavanje računa ili podizanje gotovine sa bankomata). Tada se oporezivanje odvija bez teškoća.¹⁵

Kod igara na sreću ulog predstavlja naknadu koja se organizatoru plaća za pruženu uslugu – šansu da se ostvari dobitak. Međutim, PDV koji se obračuna na uloge i po odbitku prethodnog poreza po osnovu učinjenih nabavki neće biti srazmeran dodatoj vrednosti koju organizator igara na sreću ostvaruje s obzirom da se isplaćeni dobitci zanemaruju.¹⁶ Ispravan poreski tretman podrazumeva delimičnu modifikaciju indirektno metode utvrđivanja dodate vrednosti u okviru koje bi se PDV obračunao na razliku između uplaćenih uloga i isplaćenih dobitaka uz pravo na odbitak prethodnog poreza na kupljena dobra i usluge ili primenu direktne metode.¹⁷ U odsustvu posebnih pravila za oporezivanje igara na sreću oslobođenje se činilo prikladnim.¹⁸ Pored toga, u literaturi se navodi da su u poslovanju organizatora igara na sreću moguće malverzacije zarad smanjenja poreskog opterećenja koje je teško kontrolisati. Zbog toga je poželjnija primena jednostavnijeg poreza odmerenog na bazi opipljivih kriterijuma – npr. broja aparata i stolova za kocku.¹⁹

¹⁵ Vid.: Alan Schenk, Howell H. Zee, "Financial services and the value added tax", *Taxing the financial sector: concepts, issues, and practices* (ed. Howell H. Zee), International Monetary Fund, Washington, D.C. 2004, 61-64. Vid. i: Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin, Victoria Summers, *The modern VAT*, International Monetary Fund, Washington, D.C. 2001, 95-98.

¹⁶ Evropski sud pravde kazao je da se isplaćeni dobitci uzimaju u obzir i isključuju iz poreske osnovice kada se igre na sreću priređuju pomoću kockarskih aparata, ECJ, Case C-38/93 (*Kommanditgesellschaft in Firma K.G.H.J. Glawe Spiel- und Unterhaltungsgeräte Aufstellungsgesellschaft mbh & CO. – Finanzamt Hamburg-Barmbek-Uhlenhorst*) [1994] ECR I-1679.

¹⁷ Igre na sreću organizuju se za potrebe krajnjih potrošača. Organizator igara na sreću nije dužan da u konkretnoj transakciji izda račun koji bi omogućio odbitak prethodnog poreza. Zbog toga je oporezivanje moguće vršiti na nivou agregatne dodate vrednosti.

¹⁸ Upor.: Alan Schenk, Oliver Oldman, *Value Added Tax, A Comparative Approach*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, 301-302.

¹⁹ Vid.: Alan A. Tait, *Value Added Tax, International Practice and Problems*, International Monetary Fund, Washington, D.C. 1988, 106.

Identične probleme zapazićemo i kod usluga osiguranja i reosiguranja. PDV bi u ovom slučaju trebalo obračunati na premije koje plaća osiguranik. Kako bi, međutim, poreski dug osiguravača bio srazmeran realizovanoj dodatoj vrednosti neophodno je odbitak dozvoliti (pored prethodnog poreza na druge nabavke) i u odnosu na “fingiranu PDV komponentu” sadržanu u isplatama osiguravača na ime odštetnih zahteva. Drugim rečima, ovakve isplate treba posmatrati kao naknadu za uslugu koju osiguranik pruža osiguravaču. Nezavisno od činjenice da su u mnogim slučajevima osiguranici krajnji potrošači, čak i kada bi se radilo o obveznicima, nemoguće je zamisliti kakvu to uslugu osiguranik vrši kada potražuje osiguranu sumu na osnovu ugovora o osiguranju.²⁰ Što se usluga posrednika i zastupnika u osiguranju tiče, one su oslobođene kako bi se ublažio teret nepovratnog ulaznog PDV za osiguravajuće kompanije.²¹

I poreski tretman nepokretnosti posledica je teškoća pri odmeravanju poreske osnovice. Tako bi, s ekonomske tačke gledišta, poželjno bilo da se svi vlasnici stambenog prostora evidentiraju za potrebe PDV, s obzirom da se radi o subjektima koji pružaju stambene usluge krajnjim potrošačima – trećim licima za ugovorenu ili sebi za imputiranu zakupninu. U oba slučaja vlasnik objekta ima pravo na odbitak prethodnog poreza i obavezu obračuna PDV na zakupninu u fazi krajnje potrošnje. Međutim, oporezivanje imputirane zakupnine onemogućeno je arbitrarnostima pri njenom utvrđivanju što vodi poreskoj favorizaciji vlasnika u odnosu na zakupce.²² Različiti poreski tretman otklonio bi se izuzimanjem ugovorenih zakupnina od oporezivanja. Drugim rečima, položaj zakupodavca izjednačio bi se s položajem vlasnika kada bi novoizgrađeni²³ stambeni objekti bili oporezovani, a zakup oslobođen bez prava na odbitak prethodnog poreza. To je bila

²⁰ Isto tako, dobitak koji ostvaruje učesnik u igrama na sreću ne može se tretirati kao naknada za uslugu koju je pružio organizatoru. S druge strane, kada privatna lica deponuju novac u banku ona doista pružaju uslugu za koju ostvaruju naknadu u vidu ostvarene kamate. Iako zaslužuju da budu tretirana kao obveznici (reč je o licima koja samostalno i trajno vrše promet usluga u cilju ostvarivanja prihoda) iz praktičnih razloga nemaju takav status, vid.: Peter Melz, “Activities outside the Scope of VAT and Exempt Activities”, *International VAT Monitor* 5/2011, 330.

²¹ Vid.: Joep Swinkels, “EU VAT Exemption for Insurance Transactions”, *International VAT Monitor* 4/2007, 262.

²² Ako je reč o poslovnim objektima argumenat favorizacije nije validan. Vlasnik i zakupac imali bi pravo da PDV na imputiranu, odnosno ugovorenu zakupninu, odbiju kao prethodni porez. Problemi oko utvrđivanja imputirane zakupnine ne bi po automatizmu doveli do nejednakog tretmana.

²³ Pretpostavljamo da bi pokušaj da se oporezuju objekti koji su stečeni pre uvođenja PDV naišao na brojne probleme principijelne i praktične prirode. O tome je gotovo izlišno razmišljati. Verujemo da se upravo zbog toga porezu podvrgavaju isključivo *novoizgrađeni* objekti.

najbolja alternativa opisanom poreskom režimu.²⁴ Štaviše, PDV plaćen pri nabavci može se sagledati i kao unapred izmiren poreski ekvivalent za buduće uživanje oslobođenih stambenih usluga (eng. prepayment method). Preprodaja stambenog objekta tada predstavlja oporezivi događaj (kako bi se obuhvatila predstojeća kupčeva korist), dok prodavac ima pravo na povraćaj prvobitno plaćenog poreza (kako bi se rasteretio od neiskorišćenog iznosa poreza koji je platio pri nabavci nepokretnosti). Međutim, iz praktičnih razloga je opšteprihvaćeno oslobođenje daljeg prometa stambenog prostora.²⁵

Ista je i ekonomska percepcija poreskog tretmana zemljišta. Porez plaćen pri nabavci zemljišta predstavljao bi odbitnu stavku. Ako se zemljište koristi za poslovne svrhe treba ga poreski rasteretiti. Ako se, pak, koristi za potrebe krajnje potrošnje, od strane vlasnika ili zakupca, upotrebu treba oporezovati. Izuzimanje od oporezivanja ugovorene zakupnine tada počiva na iznetoj argumentaciji u pogledu stambenih objekata.²⁶

Mane oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza

Oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza kolidiraju sa bezmalo svim fundamentalnim principima sistema PDV proklamovanim u čl. 1(2) Direktive 2006/112/EZ. Ona umnogome komplikuju administriranje PDV i mogu se negativno odraziti na stanje u državnoj kasi. Svaki od navedenih nedostataka poželjno je bliže analizirati.

Krajnja potrošnja izmiče oporezivanju. – Zahvaljujući oslobođenjima deo krajnje potrošnje je izopšten iz poreskog obuhvata što je suprotno kvalifikaciji PDV kao “poreza na potrošnju”. S obzirom na nemogućnost odbitka prethodnog poreza, PDV neposredno pogađa obveznika. Istovremeno, narušene su “opštost” i “svefaznost” ovog poreskog oblika.

Narušavanje principa fiskalne neutralnosti PDV. – Načelo fiskalne neutralnosti PDV kompromitovano je na više načina. Primena oslobođenja u poslednjoj fazi prometnog ciklusa – transakciji sa krajnjim potrošačem – ublažice poresko opterećenje i pojeftiniti dobra i usluge čiji se promet vrši. Do toga dolazi jer doda-

²⁴ Vid.: Sijbren Cnossen, “VAT Treatment of Immovable Property”, *Tax Law Design and Drafting* (ed. Victor Thuronyi), Vol. 1, International Monetary Fund, Washington, D.C. 1996, 237-239. O daljim razlozima kojima se pravda ovo oslobođenje, uključujući i socijalne, vid.: Christian Amand, Gottfried Schellmann, Rob Vermeulen, “Immovable Property and VAT – Lessons from Past Experience”, *International VAT Monitor* 5/2005, 333.

²⁵ Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin, Victoria Summers, 98-99.

²⁶ Sijbren Cnossen, 237-238.

ta vrednost oslobođenog učesnika transakcije izmiče oporezivanju.²⁷ Što je učesnije ljudskog rada u vrednosti prometa izraženije (npr. usluge lekara, knjigovođa, advokata i sl.), to je i poresko rasterećenje značajnije. Međutim, primena oslobođenja u nekoj od ranijih faza prometnog ciklusa – B2B (eng. business to business) transakciji – izazvaće kumuliranje poreskog opterećenja i nastanak kaskadnog efekta.²⁸ Drugim rečima, dodata vrednost generisana u prometnom ciklusu do oslobođene transakcije efektivno se oporezuje više nego jednom.²⁹ Na ovaj način moguće je neupadljivo, u duhu Kolberovog viđenja “umetnosti oporezivanja”, pri stopama koje ne izazivaju otpor kod obveznika, bitno uvećati poresko opterećenje.³⁰ Poželjno je da “olakšica” bude vešto pozicionirana u smislu da je oslobođeni sektor značajan i to prevashodno za privredu (tj. da su obveznici i to u velikom broju sektorski klijenti), a da je funkcionisanje tog sektora omogućeno nabavkama koje akumuliraju visoke iznose nepovratnog ulaznog PDV. Takav je npr. finansijski sektor.³¹

Oslobođenja dejstvuju distorzivno. Ona stimulišu vertikalnu integraciju – oslobođeni subjekti će u nastojanju da izbegnu teret nepovratnog poreza težiti samostalnom zadovoljenju poslovnih potreba umesto da angažuju eksterna lica.

²⁷ Tako će PDV trošak krajnjeg potrošača pri nabavci dobara i usluga po bruto-ceni od 120 n.j. redovno iznositi 20 n.j. pri poreskoj stopi od 20%. U transakciji sa oslobođenim subjektom trošak PDV biće prepolovljen ukoliko učesnije marže vršioca prometa u neto-ceni od 100 n.j. iznosi 50%.

²⁸ Ako oslobođeni subjekt iz prethodnog primera promet vrši poreskom obvezniku, PDV udeo iz svojih nabavki (10 n.j.) kao “skriveni element” (eng. *hidden VAT*) cene (110 n.j.) prevaliće na kupca. Pod pretpostavkom da je poreski obveznik bez marže izvršio dalju prodaju krajnjem potrošaču doći će do porasta poreskog opterećenja u visini od 12 n.j. u poređenju sa redovnim režimom oporezivanja (20 n.j.). Od toga 10 n.j. otpada na dodatnu vrednost već oporezovane inicijalne nabavke dok su 2 n.j. posledica kaskadnog efekta, odnosno naplate “poreza na porez”.

²⁹ Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin, Victoria Summers, 85. Evropski sud pravde u dosadašnjoj praksi više puta istakao je da je duplo oporezivanje protivno fiskalnoj neutralnosti PDV, vid.: npr. ECJ, Case C-415/98 (*Laszlo Bakcsi v Finanzamt Fürstfeldbruck*) [2001] ECR I-1831, par. 46; 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; ECJ, Case C-193/91 (*Gerhard Mohsche v Finanzamt München III*) [1993] ECR I-2615, par. 9.

³⁰ Pojedini autori u tome prepoznaju stvaran razlog za oslobođenje finansijskog sektora danas, vid.: Arthur Kerrigan, “The Elusiveness of Neutrality – Why Is It So Difficult To Apply VAT to Financial Services?”, *International VAT Monitor* 2/2010, 103.

³¹ Svako povećanje stope PDV odraziće se *per se* na potrošačke cene. S obzirom da obveznici PDV duguju po osnovu izvršenog prometa nezavisno od naplate, ukoliko je privreda u problemima s likvidnošću, kredit predstavlja najčešće rešenje za pravovremeno izmirenje poreske obaveze. Međutim, troškovi finansijskih usluga će usled promene poreske stope porasti i zbog toga što je finansijskom sektoru povećan iznos nepovratnog ulaznog PDV. U konačnom ishodu i to će dodatno koštati potrošače.

Banka će pre zaposliti obezbeđenje umesto da odnosne usluge kupuje na tržištu.³² Isto tako, obveznici će imati podsticaj da dobra i usluge nabavljaju od inostranih subjekata (pod okriljem oslobođenja s pravom na odbitak prethodnog poreza) umesto da nabavke vrše od domaćih subjekata (pod okriljem oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza) i tako izbegnu netransparentni PDV iz ranijih faza prometnog ciklusa. Zbog toga su oslobođeni subjekti veštački podstaknuti da izvoze svoje proizvode kako bi domaćim obveznicima (kroz naknadni uvoz) omogućili izbegavanje posrednog poreskog opterećenja koje potiče od nabavki u okviru oslobođenog sektora.³³

Odstupanje od principa oporezivanja u državi odredišta. – Usled nastanka kumulativnog efekta, protivno zahtevima iz čl. 1(2) Direktive 2006/112/EZ, PDV ne može više biti “tačno proporcionalan ceni dobara i usluga”. Štaviše, ako su dobra i usluge opterećene nepovratnim PDV, koji je posledica prekida u lancu PDV transakcija, porez neće biti neutralan u međunarodnim transakcijama na uštrb principa oporezivanja prema zemlji odredišta.³⁴ Ovaj princip neće biti povređen isključivo kada do krajnje potrošnje dođe u zemlji porekla, tj. kada je ona ujedno i zemlja odredišta. Iz opisanog razloga pojedini autori oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza smatraju nepomirljivim sa primarnim zakonodavstvom EU.³⁵

Uslozňjavanje poreskog tretmana. – Oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza znatno komplikuju administriranje PDV.³⁶ Najpre, prisutan je kvalifikatorni problem. Potrebno je utvrditi da li se u konkretnom slučaju radi o oslobođenom ili oporezivom prometu dobara i usluga. Evropski sud pravde tradi-

³² Alan Schenk, Howell H. Zee, 63-64. Čl. 18 Direktive 2006/112/EZ sadrži *inter alia* odredbe čiji je cilj da eliminišu evazione efekte vertikalne integracije (eng. *self-supply rule*).

³³ Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin, Victoria Summers, 88.

³⁴ Čl. 169(c) Direktive 2006/112/EZ dopušta odbitak prethodnog poreza u odnosu na finansijske usluge iz čl. 135(b)-(f) i usluge osiguranja i prateće usluge iz čl. 135(a) ako je kupac usluge van Zajednice ili ako su ove transakcije neposredno povezane sa dobrima namenjenim izvozu. Na ovaj način stvara se efekat oslobođenja s pravom na odbitak prethodnog poreza, što je ispravno, s obzirom da se radi o “izvozu” pomenutih usluga i poštuje se princip oporezivanja prema mestu odredišta. Ujedno se štiti konkurentnost obveznika iz EU koji pružaju ovakve usluge u odnosu na inostrane.

³⁵ Christian Amand, “Are VAT Exemptions Compatible with Primary EU Law?”, *International VAT Monitor* 6/2010, 413-414.

³⁶ U literaturi se navodi da oslobođenja i njihov uticaj na pravo odbitka prethodnog poreza verovatno čine najkompleksniji aspekt PDV sistema Evropske unije. Na to ukazuje i činjenica da se Evropski sud pravde u gotovo 35% slučajeva (iz oblasti PDV) bavio ovom tematikom, Ine Lejeune, Jeanine Daou, Stein De Maeijer, “The European Commission’s Communication on the Future of VAT: A Recipe for Growth?”, *International VAT Monitor* 2/2012, 101.

cionalno je oslobođenja striktno tumačio s obzirom da je reč o izuzetku od opšteg pravila. Verujemo da je Sud prvobitno želeo da spreči eroziju poreske osnovice PDV i doprinese pravičnom finansiranju institucija Evropske unije iz sopstvenih sredstava. Međutim, poslednjih godina je u praksi Suda prisutan suprotan trend. Obuhvat oslobođenja se proširuje kako slične situacije ne bi imale različit poreski tretman. Ovaj pristup inspirisan je zaštitom fiskalne neutralnosti PDV.³⁷ Dodatnim komplikacijama izloženi su obveznici koji istovremeno vrše oslobođeni i oporezivi promet. Ispravna alokacija izvršenih nabavki tada je presudna za odbitak prethodnog poreza. Opisani problemi uzrokuju teškoće kako poreskim obveznicima, tako i poreskim administracijama.³⁸

Implikacije na budžet. – Oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza sužavaju poresku osnovicu. No, diskutabilno je da li uzrokuju finalno umanjenje poreskog prihoda. Ako je do oslobođenja došlo u transakciji sa krajnjim potrošačem poreski rashodi su evidentni. Dodata vrednost drugog učesnika transakcije izmiče oporezivanju. S druge strane, posledica oslobođenja u nekoj od ranijih faza prometnog lanca zapravo je rast poreskog prihoda. Inicijalno oslobođena dodata vrednost biće naknadno podvrgnuta porezu i to kao sastavni deo vrednosti prometa sledbenika u prometnom ciklusu. Štaviše, to važi i za već oporezovanu dodatnu vrednost koja potiče iz faza koje prethode oslobođenoj. Nažalost, u odsustvu empirijskih podataka nismo u stanju da kažemo koji će efekat prevladati.

Prosečni indeks izdašnosti prihoda od PDV (eng. *VAT revenue ratio*)³⁹ je u članicama OECD (s izuzetkom SAD) u 2009. godini iznosio 55%.⁴⁰ Pojedini autori mišljenja su da se za ovako loše rezultate u značajnoj meri mogu okriviti i oslobođenja s pravom na odbitak prethodnog poreza.⁴¹ Međutim, budući da se u proračunu indeksa apstrahuje oslobođenjima svojstven kumulativni efekat – čije je dejstvo upravo kompenzatorno – mišljenja smo da su paušalne ocene veoma nezahvalne. Tako je, primera radi, indeks izdašnosti PDV na Novom Zelandu u 2003. godini iznosio čak 107% što se u teoriji upravo može objasniti viškom

³⁷ Trade-off između principa striktnog tumačenja i načela fiskalne neutralnosti PDV detaljno je razmotren u: Rita de la Feria, *EU VAT principles as interpretative aids to EU VAT rules: the inherent paradox*, WP 16/03, Oxford University Centre for Business Taxation, February 2016.

³⁸ Upor.: Arthur Kerrigan, 103.

³⁹ Indeks izdašnosti prihoda od PDV je pokazatelj razlike između ostvarenog prihoda od PDV i onog koji bi hipotetički bio realizovan da se PDV naplaćuje po opštoj stopi na sveobuhvatnu potencijalnu poresku osnovicu u "čistom" PDV režimu i da ukupan prihod bude naplaćen.

⁴⁰ OECD, *Consumption tax trends 2012, VAT/GST and excise rates, trends and administration issues*, Paris 2012, 113.

⁴¹ Rita de la Feria, Herman van Kesteren, 300.

poreskog prihoda koji je posledica kumulativnog efekta oslobođenja nad troškom samog oslobođenja.⁴²

*Da li su oslobođenja bez prava na odbitak
prethodnog poreza neophodna?*

U prethodnom poglavlju opisali smo nedostatke svojstvene oslobođenjima bez prava na odbitak prethodnog poreza. Oni bi bili eliminisani ako bi se oslobođenja ukinula. Treba, stoga, razmotriti da li je njihov opstanak u sistemu PDV i dalje neophodan.

Oporezivanje prometa dobara i usluga čije oslobođenje prevashodno počiva na socijalnim razlozima bez teškoća bi se odvijalo u granicama postojećeg sistema. Stoga je pitanje njihovog opstanka isključivo vezano za dalju opravdanost tih razloga.⁴³ Imajući u vidu značajne razlike u životnom standardu građana Evropske unije teško je očekivati jedinstven odgovor na postavljeno pitanje. No, čak i ukoliko bi se pojedina država-članica opredelila za oporezivanje, jednostrani pristup je u direktnoj koliziji sa čl. 132(1) Direktive 2006/112/EZ. Implementacija ovih oslobođenja predstavlja obavezu država-članica.⁴⁴ Jedini izuzetak u tom smislu predstavljaju čl. 132(2) i 133 koji dopuštaju da se primena određenih oslobođenja diskreciono ograniči.

Nažalost, dostupna naučna građa nije nam omogućila da kažemo da li se socijalni razlozi i dalje mogu smatrati validnim širom Evropske unije. Mišljenja smo da to važi za našu zemlju imajući u vidu i dalje skroman životni standard njenih građana.⁴⁵ Međutim, u literaturi se osporava opravdanost nižih poreskih stopa čije je uvođenje u Evropskoj uniji bilo, takođe, delimično socijalno motivisano – tako se posebnom stopom oporezuju npr. isporuke osnovnih životnih namirnica, lekova, stambenih objekata, usluge putničkog transporta ili određene komunalne usluge.⁴⁶ Pokazalo se da je učešće izdataka za hranu i bezalkohol-

⁴² OECD, 110, 113.

⁴³ Evropska komisija predlagala je oporezivanje usluga javnih poštanskih službi, vid.: Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards value added tax on services provided in postal sector, COM(2003) 234 final. Predlog je kasnije izmenjen, vid.: Amended proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards value added tax on services provided in postal sector, COM(2004) 468 final.

⁴⁴ Napominjemo da čl. 134 predviđa dva slučaja kada se oslobođenja iz čl. 132(1)(b), (g), (h), (i), (l), (m) i (n) moraju uskratiti.

⁴⁵ Prosečna neto zarada po zaposlenom u maju 2016. godine u Srbiji je iznosila svega RSD 43.951,00, vid.: <http://www.cekos.rs/prose%C4%8Dne-neto-zarade-plate-jun-2016-godine>, 22. avgust 2016. godine.

⁴⁶ Čl. 23, st. 2 ZPDV i čl. 98(2) Direktive 2006/112/EZ.

na pića u potrošnji domaćinstva u relativno kratkom periodu (od 2000. do 2005. godine) opalo u većini država-članica. Ovakav trend naročito je upečatljiv na duži vremenski period. U 1980. godini trošak navedenih dobara italijanskog, finskog ili domaćinstva iz Ujedinjenog Kraljevstva respektivno je iznosio 25,4%, 21,2% i 17,7% ukupne potrošnje. Dve i po decenije kasnije on opada na 14,8%, 12,5% i 8,7% ukupne potrošnje respektivno.⁴⁷ Smatramo da je legitimno na isti način argumentovati i u prilog ukidanja analognih oslobođenja.

Iako čl. 135(1) Direktive 2006/112/EZ načelno obavezuje države-članice da predvide tehnička oslobođenja, nije sporno da je reč o slučajevima koje treba oporezovati.⁴⁸ Diskutabilno je na koji način. Verovatno zbog toga već sama Direktiva 2006/112/EZ u čl. 137(1) *de facto* derogira prethodno propisanu obavezu. Države-članice mogu dopustiti poreskim obveznicima da optiraju za oporezivanje u pogledu određenih finansijskih transakcija; isporuke objekta ili delova objekta i zemljišta na kojem je objekt smešten osim prvog prenosa; isporuke neizgrađenog zemljišta, osim isporuke građevinskog zemljišta i davanja u zakup nepokretnosti.

Pravo opcije je u domenu finansijskih usluga 1. januara 2011. godine⁴⁹ postojalo u Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Nemačkoj, Estoniji, Francuskoj i Litvaniji. Za oporezivanje isporuke objekta ili delova objekta i zemljišta na kojem se objekt nalazi osim (inače oporezivog) prvog prenosa moglo se optirati u svim državama-članicama osim Belgije, Kipra, Češke, Danske, Grčke, Finske, Mađarske, Malte i Švedske. Isporuka neizgrađenog zemljišta, sem (inače oporezive) isporuke građevinskog zemljišta mogla se oporezovati u Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Nemačkoj, Estoniji, Španiji, Francuskoj, Ujedinjenom Kraljevstvu, Mađarskoj, Irskoj, Litvaniji, Luksemburgu, Letoniji, Holandiji, Rumuniji i Sloveniji. Oslobođenje se uopšte nije primenjivalo kod davanja u zakup nepokretnosti u poslovne svrhe u Bugarskoj, Španiji, Letoniji, Malti i Poljskoj. Za oporezivanje u oslobođenim slu-

⁴⁷ Prezentovani podaci predstavljaju osnov za zaključak da je gotovo nestala potreba da se domaćinstva s nižim dohotkom rasterete primenom niže poreske stope u cilju zadovoljenja "osnovnih potreba", vid.: Frans H. Oosterhuis, Marije Schaafsma, "Value Added Tax as an Environmental Policy Instrument?", *Critical Issues in Environmental Taxation, International and Comparative Perspectives* (eds. Claudia Dias Soares, Janet E. Milne, Hope Ashiabor, Larry Kreiser, Kurt Deketelaere), Vol. VIII, Oxford University Press, Oxford 2010, 404-405.

⁴⁸ Evropska komisija nastojala je da unapredi važeći poreski tretman usluga osiguranja i finansijskih usluga, vid.: Proposal for a Council Regulation laying down implementing measures for Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, as regards the treatment of insurance and financial services, COM(2007) 746 final i Proposal for a Council Directive amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, as regards the treatment of insurance and financial services, COM(2007) 747 final.

⁴⁹ U uporednom pregledu izostavljena je Hrvatska koja je Evropskoj uniji pristupila 2013. god.

čajevima davanja nepokretnosti u zakup moglo se opredeliti u Austriji, Češkoj, Nemačkoj, Danskoj, Estoniji, Grčkoj, Finskoj, Francuskoj, Ujedinjenom Kraljevstvu, Mađarskoj, Irskoj, Italiji, Litvaniji, Luksemburgu, Holandiji, Portugaliji, Rumuniji Švedskoj, Slovačkoj i Sloveniji.⁵⁰

Ugovori o osiguranju i klađenje i kockanje mogu se jedino podvrgnuti posebnim porezima u skladu sa uslovima iz čl. 401 Direktive 2006/112/EZ. Međutim, iskustva u primeni PDV na ove usluge postoje u zemljama van Evropske unije. Primera radi, Novi Zeland oporezuje sve vidove osiguranja osim životnog.⁵¹ Pored ove zemlje, Australija, Singapur i Južnoafrička Republika oporezuju kockanje i/ili lutrije.⁵²

ZPDV ne predviđa mogućnost da obveznici optiraju za oporezivanje finansijskih usluga. Isto važi i za isporuku i davanje u zakup zemljišta (poljoprivrednog, šumskog, građevinskog,⁵³ izgrađenog ili neizgrađenog) kao i uslugu zakupa stanova, ako se koriste za stambene potrebe. Davanje u zakup nepokretnosti (s izuzetkom zemljišta) u poslovne svrhe predstavlja oporeziv promet usluga. U odnosu na isporuku objekta ili delova objekta pod uslovima iz čl. 25, st. 2, tač. 3) ZPDV i ako nije reč o prvom prenosu ovih dobara, obveznik se može opredeliti za oporezivanje.

Od oporezivanja se bez izuzetka izuzimaju i usluge osiguranja i reosiguranja, uključujući prateće usluge posrednika i agenta (zastupnika) u osiguranju, kao i usluga priređivanja igara na sreću.

ZAKLJUČAK

Oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza prisutna su u PDV zakonodavstvu Evropske unije već gotovo četiri decenije. Srpski zakonodavac preuzeo ih je po ugledu na evropsko rešenje. Mogu se podeliti u dve grupe – oslobođenja čija je implementacija motivisana prevashodno socijalnim razlozima i administrativno-tehnička oslobođenja. Međutim, mane oslobođenja toliko su izražene da potencijalno premašuju koristi od njihovog uvođenja. Oslobođenja

⁵⁰ *EU VAT Compass 2011/2012*, (eds. Walter van der Corput, Fabiola Annacondia), IBFD, Amsterdam 2011, 557-560. Napominjemo da dozvoljen obim rada nije dopustio bliže razmatranje obuhvata opcije i uslova pod kojima se pruža u pojedinim državama-članicama.

⁵¹ Walter van der Corput, Fabiola Annacondia, "Financial Services under New Zealand's GST", *International VAT Monitor* 5/2011, 311.

⁵² Alan Schenk, "Gambling and Lotteries", *Taxing VAT in Africa* (ed. Richard Krever), Pretoria University Law Press, Pretoria 2008, 47-48.

⁵³ Na ovom mestu ZPDV odstupa od čl. 135(1)(k) Direktive 2006/112/EZ prema kojem je promet građevinskog zemljišta oporeziv.

kolidiraju sa bezmalo svim fundamentalnim principima sistema PDV proklamovanim u čl. 1(2) Direktive 2006/112/EZ. Stoga ih u suštini i ne možemo pojmiti kao "integralni deo sistema PDV". Naprotiv, oslobođenja su tradicionalna personifikacija "nedovršenosti sistema PDV". Usložnjavaju poreski tretman i mogu se negativno odraziti na stanje u državnoj kasi. Zbog toga je eliminacija oslobođenja poželjna. Ostaje sporno da li je moguća.

Ukidanje prve grupe oslobođenja zavisi od socijalnih prilika u konkretnoj zemlji. Videli smo da su se one mahom poboljšale te da je vremenom njihova opravdanost ponegde postala diskutabilna. Međutim, jedinstven pristup na nivou Evropske unije onemogućen je i dalje prisutnim bitnim razlikama u životnom standardu njenih građana. S druge strane, jednostrana akcija je suprotna procesu harmonizacije. Kompromisno rešenje, koje dobrim delom ublažava nedostatke oslobođenja, vidimo u proširenju obuhvata niže poreske stope. Mišljenja smo da je teško objašnjivo zbog čega bi npr. medicinske usluge imale povoljniji poreski tretman od prometa životnih namirnica. Štaviše, ukidanje socijalnih oslobođenja moglo bi stvoriti prostor za prihodno neutralno smanjenje posebne stope u korist socijalno ugroženih. Još bolja alternativa ovom predlogu sastojala bi se primeni opšte stope pri čemu bi više poresko opterećenje bilo kompenzovano direktnim subvencijama. Tada bi od olakšice koristi imala isključivo ona lica kojima je realno neophodna.

Kada su administrativno-tehnička oslobođenja u pitanju nemamo principijelnih dilema. Uporedna iskustva naročito u oporezivanju finansijskih usluga, usluga osiguranja i reosiguranja i priređivanja igara na sreću predstavljaju dobru polaznu osnovu za izradu alternative postojećem poreskom režimu. Pored toga, sistemu PDV nisu strani ni posebni postupci oporezivanja za slučaj da je oporezivanje navedenih kategorija prometa skopčano sa nepremostivim specifičnostima.

Vremenom su se stekli uslovi za sveobuhvatno preispitivanje i eventualno (parcijalno) ukidanje oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza. Do tada, ona ostaju tuđin u sistemu PDV.

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

EXEMPTIONS – ALIEN IN THE VALUE ADDED TAX SYSTEM

Summary

Exemptions traditionally fall into two groups – those motivated by mainly social reasons, and those owed to administrative-technical reasons. Even though they are dedicated to legitimate causes, their implementation comes at a great cost. We shall see that exemptions essentially represent “an alien” in the value added tax (VAT) system, because they distort almost all fundamental principles it is based on. The side effects of their existence are a more complex tax treatment and the expected deficit in the treasury. Therefore, it is desirable to eliminate exemptions. We shall attempt to demonstrate whether that is possible.

SPECIFIČNI ASPEKTI PORESKIH AKATA

U V O D

Primjena apstraktnih i opštih normi materijalnog poreskog zakonodavstva na konkretna fizička i pravna lica vrši se u poreskom postupku. Poreski postupak predstavlja vrstu posebnog upravnog postupka. U savremenim državama poreski postupak je uređen specijalnim zakonom o poreskom postupku, koji se primarno primjenjuje na rješavanje poreske stvari¹. Ako tim specijalnim zakonom neko pitanje iz oblasti poreskog postupka nije uređeno, na poreski postupak supsidijarno se primjenjuju norme opšteg upravnog postupka i inspekcijuskog nadzora².

Teorija javnih finansija formulisala je stav da poreski postupak poreska administracija redovno vodi u vezi naplate svih javnopravnih prihoda (porezi, socijalni doprinosi, takse, naknade za korišćenje prirodnih dobara, novčane kazne). Izuzetak su carine i druge uvozne dažbine, kao i akcize i porez na dodatu vrijednost pri uvozu, koje naplaćuje carinska administracija na osnovu poreskih zakona³.

Poreska administracija u rješavanju poreske stvari svoju volju u formi konkretne odluke ispoljava kroz određene akte. Tih akata ima više i svaki od njih

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

¹ U Crnoj Gori to je Zakon o poreskoj administraciji (Službeni list RCG, br. 65/01, 80/04, 29/05 i Službeni list CG, br. 73/10, 20/11, 28/12, 8/15).

² Zakon o upravnom postupku (Službeni list CG, br. 56/14, 20/15, 40/16) i Zakon o inspekcijuskom nadzoru (Službeni list RCG, br. 39/03 i Službeni list CG, br. 76/09, 57/11).

³ D. Popović, Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, CEKOS IN, Beograd, 2003, str. 5.

ima poseban oblik, sadržaj, pravnu prirodu i značaj u poreskom postupku. Ovdje ćemo se baviti analizom specifičnih aspekata poreskih akata koje poreska administracija donosi ili preduzima u različitim poreskim situacijama i fazama poreskog postupka.

POJAM, OBLIK I SADRŽAJ PORESKOG AKTA

Sve akte u poreskom postupku možemo označiti kao poreske akte u širem smislu. Poreski akt je svaki akt poreskog organa kojim se, primjenom poreskih i drugih propisa, utvrđuju prava i obaveze poreskog obveznika ili drugog fizičkog odnosno pravnog lica, ili se preduzima neka radnja u poreskom postupku⁴. Ili, još preciznije, svaki akt kojim se pokreće, dopunjava, mijenja ili dovršava neka radnja u poreskom postupku⁵. U tom smislu, poreski akt je rješenje, zaključak, zapisnik o inspekcijskom nadzoru, nalog za vršenje inspekcijskog nadzora, zapisnik o saslušanju, poziv i drugi akt.

Poreski akt se donosi u pisanom obliku. Od ovog pravila propisan je izuzetak da poreski inspektor i drugo ovlašćeno službeno lice može donijeti usmeni poreski akt i narediti njegovo izvršenje bez odlaganja (npr. rješenje o mjerama u toku poreskog inspekcijskog nadzora), pod uslovom da postoje okolnosti u nivou osnovane sumnje koje bi ugrozile odnosno osujetile naplatu poreza. Međutim, takav usmeni poreski akt mora se "konvalidirati" odgovarajućim pisanim aktom u roku od tri dana od dana njegovog donošenja⁶.

Zakonom je ustanovljen obavezni zakonski sadržaj poreskog akta, i to: 1) naziv poreskog organa, broj i datum; 2) ime, odnosno naziv lica kome se dostavlja; 3) pravni i činjenični osnov za odlučivanje; 4) potpis ovlašćenog službenog lica, odnosno poreskog inspektora; 5) otisak pečata.

Ukoliko se poreskim aktom nalaže neko činjenje ili uzdržavanje od činjenja, on mora da sadrži i upozorenje na posljedice nepostupanja.

Imajući u vidu njihov pravni karakter i ulogu u poreskom postupku, sve poreske akte klasifikujemo na poreske upravne akte i poreske tehničke akte.

PORESKI UPRAVNI AKTI

Poreski upravni akt predstavlja pravni akt koji je rezultat rješavanja poreske upravne stvari od strane poreske administracije u poreskom postupku, odnosno

⁴ S. Božović, *Finansijsko pravo sa osnovima javnih finansija*, Pravni Fakultet Univerziteta Mediteran, Podgorica, 2011, str. 219.

⁵ Član 21. Zakona o poreskoj administraciji.

⁶ Član 22. Zakona o poreskoj administraciji.

rješavanja o konkretnim pravima i obavezama poreskog obveznika iz poresko-pravnog odnosa. Ova definicija ukazuje na sljedeće bitne karakteristike poreskog upravnog akta:

1. da rješava poresku upravnu stvar. Poreska upravna stvar je individualna pravna situacija poreskih obveznika, fizičkih ili pravnih lica, sastavljena od poreskih prava, obaveza ili pravnih interesa o kojima treba odlučiti u postupku neposredne primjene procesnopравnih i materijalnopravnih propisa iz oblasti poreske, ali i druge materije⁷;

2. da je donosilac poreskog upravnog akta stvarno i mjesno nadležan organ za rješavanje poreske upravne stvari. Poreski organ je organ državne uprave⁸ ili organ jedinice lokalne samouprave u čijoj nadležnosti su poslovi utvrđivanja, naplate i kontrole poreza;

3. da je posebni oblik pravnog akta. Kao takav on je materijalizovani izraz volje donosioca (poreske administracije), kojim se na obavezujući način odlučuje o poreskoj upravnoj stvari;

4. da je pojedinačni pravni akt. Njime se rješava o određenom poreskom pravu ili obavezi konkretnog i po pravilu individualnog poreskog obveznika- fizičkog ili pravnog lica;

5. da je zakonom vezan. To znači da je donijet od nadležnog organa za rješavanje poreske upravne stvari, po proceduri i u formi definisanom zakonom kojim se uređuje poreski postupak. U postupku odlučivanja o određenoj upravnoj poreskoj stvari, poreski organ će primijeniti materijalnopravni propis, odnosno poreski zakon koji je mjerodavan i odnosi se na konkretno činjenično stanje i individualizovanog poreskog obveznika;

6. njime se autoritativno i, po pravilu, jednostrano odlučuje o poreskoj upravnoj stvari. Nadležni poreski organ, koristeći ovlašćenja koja su mu propisana pravnim propisima, sa pozicija vlasti odlučuje o pravima i obavezama poreskih obveznika. Pri tome, poreski upravni akt se donosi jednostrano, što znači samostalno i bez miješanja sa strane;

7. da je izvršiv. Poreski upravni akt, po pravilu, izvršava se dobrovoljno. Međutim, ako poreski dužnik kome je poreskim upravnim aktom utvrđena obaveza činjenja, nečinjenja ili trpljenja u postupku utvrđivanja i naplate poreza svojom voljom ne odgovori takvom "nalogu", takva obaveza se može ostvariti prinudnim putem, saglasno odgovarajućim zakonskim mogućnostima.

Poreski upravni akti su poresko rješenje i zaključak.

⁷ Uporediti: Z. Tomić, *Upravno pravo - Sistem*, Službeni list SRJ, Beograd, 1988, str. 276-279.

⁸ U Crnoj Gori to je Poreska uprava. Izuzetno, PDV kod uvoza kao i akcizu kod uvoza akciznih proizvoda obračunava Uprava carina u skladu sa carinskim propisima.

Poresko rješenje

Poresko rješenje je ključni pravni akt u poreskom postupku. Njime se odlučuje o predmetu poreskog postupka (meritumu) i rješava poreska upravna stvar, ustanovljavanjem postojanja pojedinačne poreske obaveze i određivanjem konkretnog poreskog obveznika, poreske osnovice i iznosa poreske obaveze. Poreskim rješenjem se utvrđuje poreska obaveza od strane poreskog organa u svim slučajevima: 1) kada poreski obveznik ne obračuna ili netačno obračuna porez i 2) kada je propisano da se ne sprovodi samo oporezivanje ili kada je zakonom propisano da se, uprkos samooporezivanju, poresko rješenje mora donijeti (npr. kod paušalnog oporezivanja prihoda od samostalne djelatnosti)⁹.

Različita su gledanja na sadržaj i pravnu prirodu prava i obaveza iz poreskog rješenja u postupku utvrđivanja poreza. Stojimo na opredjeljenju da poresko rješenje nije ni tipičan konstitutivni, ali ni originarni deklarativni upravni akt. On je specifičan kombinovani upravni akt jer ima elemente konstitutivnosti i deklarativnosti. Aspekt konstitutivnog akta, i to obavezujućeg (oneroznog) akta, poresko rješenje ima zbog njegovog sadržaja kojim se poreskom obvezniku nameće dužnost plaćanja poreza. S druge strane, okolnost da poreska obaveza ne nastaje u momentu utvrđivanja poreza, već onda kada se ostvari zakonski opis poreskog činjeničnog stanja (na primjer, obaveza plaćanja poreza na promet nepokretnosti nastaje danom zaključenja ugovora, odnosno drugog pravnog posla kojim se stiče nepokretnost, a ne kada poreski organ donese rješenje o utvrđivanju poreza) svjedoči deklarativnom elementu pravnog karaktera poreskog rješenja¹⁰.

Rješenje o utvrđivanju poreza zasniva se na podacima iz poslovnih knjiga i evidencija poreskog obveznika. Ako poreski organ rješenje ne može donijeti na osnovu poslovnih knjiga i evidencija poreskog obveznika, on će poresko rješenje donijeti na osnovu procjene poreske osnovice. Pri procjeni poreske osnovice, poreska administracija uzima u obzir neproknjiženu raspoloživu urednu poslovnu dokumentaciju; dnevnu, nedeljnu ili mjesečnu raspoloživu urednu poslovnu dokumentaciju o poslovanju; podatke i činjenice o ostvarenom dnevnom, nedeljnom ili mjesečnom prometu koje su utvrđene inspekcijskim nadzorom; podatke dobijene upoređivanjem sa drugim poreskim obveznicima koji obavljaju istu ili sličnu djelatnost, na istoj ili sličnoj lokaciji, pod približno jednakim uslovima (metod parifikacije), kao i ostale relevantne podatke i činjenice¹¹.

⁹ Član 52. Zakona o poreskoj administraciji.

¹⁰ Uporediti: D. Popović, Komentar Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, op. cit., str. 95.

¹¹ Član 53. Zakona o poreskoj administraciji

Poresku obavezu rješenjem utvrđuje poreski organ i u slučaju kada teren-skom kontrolom ustanovi da određeno lice obavlja neregistrovanu, odnosno ne-legalnu djelatnost. To čini primjenom metode procjene poreske osnovice sa li-cima koja obavljaju istu ili sličnu djelatnost. Ovom prilikom poreski organ ima veću slobodu u postupku pribavljanja dokaza za utvrđivanje poreske obaveze, jer pored neposrednih dokaza, može koristiti i posredne dokaze- indicije. Izvjesni znakovi, podaci ili informacije, u statusu indicija, mogu poslužiti poreskom or-ganu za utvrđivanje poreske obaveze svih vrsta poreza. Tako, na primjer, na osno-vu kretanja sredstava preko računa poreskog obveznika u banci i iznosa sredsta-va na tim računima, imovine poreskog obveznika i promjena u njenoj vrijednosti, ostvarenog prometa poslovanja poreskog obveznika, preko broja lica koje upo-šljava i vrste i broja poslovnih klijenata poreskog obveznika, do profita i dohot-ka drugih lica koja obavljaju sličnu ili istu djelatnost pod istim ili sličnim uslovi-ma kao poreski obveznik¹², poreski organ izvlači zaključak o pravno relevantnim činjenicama bitnim za utvrđivanje poreske obaveze. To je moguće zbog kauzalne veze koje ove indicije imaju sa pravno relevantnim činjenicama u postupku utvr-đivanja poreza, pa sa određenim stepenom vjerovatnoće dokazuju njihovo postoj-anje. Ovaj način utvrđivanja poreske obaveze u teoriji (ali i u nekim zakonodav-stvima) naziva se indicijarnim metodom¹³.

Poresko rješenje donosi se u pisanom obliku. Kao takvo, ono je strogo for-malni akt čiji su sastavni djelovi i redosljed djelova određeni zakonom. Time se obezbjeđuje jednoobraznost njegove forme i sadržine, olakšava pravna zaštita stranke (poreskog obveznika), ali i kontrola zakonitosti i pravilnosti rješenja¹⁴. Poreski procesni zakoni uređuju integralni sadržaj poreskog rješenja. Tako, po-resko rješenje, prvostepeno i drugostepeno sadrži: 1) naziv poreskog organa, broj i datum rješenja; 2) uvod, dispozitiv i obrazloženje; 3) uputstvo o pravnom sred-stvu; 4) potpis ovlašćenog lica i pečat poreskog organa¹⁵.

Uvod poreskog rješenja sadrži: naziv organizacione jedinice poreske upra-ve koja donosi rješenje, poziv na zakon kao osnov nadležnosti poreske uprave, označenje poreskog obveznika i njegovog zakonskog zastupnika ili punomoćnika, ako ga ima i kratko označenje poreske stvari.

¹² Član 83. Zakona o poreskoj administraciji

¹³ Pojedine države u poreskom zakonodavstvu (npr. Srbija, Francuska) imaju veoma razu-đen i razrađen indicijarni metod, istina, najčešće za utvrđivanje minimalnog poreza na dohodak fi-zičkih lica. Tako, primjenom određenih indeksa na faktore koji predstavljaju indicije luksuznog ži-votnog stila poreskog obveznika utvrđuje se minimalni iznos obaveza ovog poreza

¹⁴ R. Marković, *Upravno pravo*, Beograd, 2002, str. 401.

¹⁵ Član 54. Zakona o poreskoj administraciji.

Dispozitivom poreskog rješenja, kao njegovim najvažnijim dijelom, rješava se sam predmet postupka, odnosno poreska stvar u cjelini. Sadrži naročito naziv (ime) poreskog obveznika, PIB, vrstu poreza, poresku osnovicu, poresku stopu, iznos utvrđenog poreza, poreski period, olakšice, račun na koji se vrši uplata, nalog i rok za uplatu, kamatnu stopu i iznos kamate i naznaku da žalba ne odlaže izvršenje rješenja.

Obrazloženje poreskog rješenja sadrži utvrđeno činjenično stanje (činjenični dio), razloge koji su bili odlučni pri ocjeni dokaza, razloge zbog kojih nije uvažen neki od zahtjeva stranke, pravne propise i razloge koji s obzirom na utvrđeno činjenično stanje upućuju na rješenje kakvo je dato u dispozitivu (pravni dio). U obrazloženju se navodi propis koji predviđa po kome žalba ne odlaže izvršenje rješenja¹⁶.

Uputstvom o pravnom sredstvu stranka (poreski obveznik) se obavještava o mogućnosti izjavljivanja žalbe protiv poreskog rješenja ili pokretanja upravnog spora. Ako se radi o prvostepenom poreskom rješenju, kada je žalba protiv rješenja dopuštena, u uputstvu se navodi kome će se izjaviti i u kom roku (npr. u Crnoj Gori u roku od 15 dana od dana prijema rješenja). U drugostepenom poreskom rješenju u uputstvu se navodi da se protiv toga rješenja može pokrenuti upravni spor pred nadležnim sudom i rok u kome se to može učiniti.

Od poreskog rješenja kojim se utvrđuje poreska obaveza meritornim rješavanjem poreske upravne stvari, treba razlikovati rješenje u poreskom postupku kojim se izriču određene naredbe. Rješenjem-naredbom poreski organ, kada u toku inspekcijskog nadzora utvrdi povredu procesnih ili materijalnih poreskih propisa, nalaže preduzimanje zakonom taksativno zapriječenih mjera. To su: 1) dostava potrebne dokumentacije i podataka; 2) privremeno oduzimanje dokumentacije, opreme i sredstava rada; 3) prinudno otvaranje ili zatvaranje objekta radi vršenja inspekcijskog nadzora; 4) zabrana raspolaganja sredstvima na račun; 5) zabrana obavljanja djelatnosti, odnosno obavljanja pojedinih poslova za određeno vrijeme; 6) privremeno oduzimanje nezakonito ostvarene imovinske koristi; 7) privremeno oduzimanje sirovina, repromaterijala, poluproizvoda, gotovih proizvoda i robe koja nema dokaz o porijeklu; 8) izdavanje prekršajnog naloga, podnošenje zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka, odnosno krivične prijave¹⁷.

Rješenje-naredba u poreskom postupku izraz je specifičnosti poreske upravne stvari, koja se stvar "proteže" i manifestuje u posebnoj formi u sferi upravnog

¹⁶ M. Kulić, Poresko procesno pravo-poreski postupak, Megatrend univerzitet, Beograd, 2007, str. 118.

¹⁷ Član 87, 87a, 88 i 90. Zakona o poreskoj administraciji.

nadzora poreskog organa. Na prvi pogled može da izgleda da naredba u poreskom postupku i nije upravni akt formalizovan u odgovarajućem rješenju, bar onako kako se on generički zamišlja i iskazuje. Međutim prilikom kvalifikovanja naredbi o mjerama izdatih u procesu inspekcijskog nadzora poreskog organa mora se imati u vidu ispoljena upravnopravna volja koja predmetnom aktu daje pravnu snagu upravnog akta u pravnom obliku rješenja u poreskom postupku. I da je zakonom izricanje mjera inspekcijskog nadzora poreskog organa kvalifikovano samo naredbom ni tada ne bi moglo biti upitno da li je riječ o upravnom aktu ili nije, a pogotovo kada je takav akt s pravom označen rješenjem, jer se njime odlučuje o obavezama poreskog dužnika.

Da formalni naziv i nije presudan za ocjenu pravne snage i pravne prirode prethodnog rješenja govori i zakonsko određenje da se mjere inspekcijskog nadzora poreskog organa mogu narediti i u zapisniku o izvršenoj kontroli, odnosno usmenim rješenjem, kada se ocijeni da se na taj način otklanja šteta veće vrijednosti i kad je to u javnom interesu. Istina, u ovim slučajevima poreski organ dužan je u roku od tri dana donijeti rješenje u pisanoj formi.

Poresko rješenje izaziva posljedice i ima dvostruko pravno dejstvo. To pravno dejstvo je jednovremeno i ima značaj koji se ne može gradirati. U odnosu na poreskog obveznika, donijetim poreskim rješenjem se stvaraju, mijenjaju ili ukidaju njegova prava i obaveze. S druge strane, poreska administracija donešenjem poreskog rješenja aktivira svoja ovlašćenja i preduzima mjere i radnje na njegovoj implementaciji. Za poresko rješenje je karakteristično da žalba ne odlaže njegovo izvršenje, a može se izjaviti u roku od 15 dana od dana prijeme rješenja. Ono postaje izvršno istekom roka u kome je poreski obveznik bio dužan da plati porez, tj. u roku od 10 dana od dostavljanja rješenja, ukoliko poreskim zakonom nije drugačije propisano¹⁸.

ZAKLJUČAK U PORESKOM POSTUPKU

Zaključak u poreskom postupku jeste poreski upravni akt kojim se odlučuje o procesnopravnim pitanjima, tj. o pitanjima koja se tiču isključivo vođenja i organizovanja poreskog postupka. Kao takav, odgovarajući zaključak se može donijeti tokom čitavog poreskog postupka, kada službeno lice koje vrši određenu radnju u postupku o tom pitanju treba odlučiti aktom takve snage, a ne rješenjem.

Pored tipičnih situacija kojim se rješavaju procesnopravna pitanja ili pitanja koja se kao sporedna pojavljuju u vezi sa sprovođenjem poreskog postupka, na koja se shodno primjenjuju odredbe opšteg upravnog postupka, ima jedan broj

¹⁸ Član 54. i 55. Zakona o poreskoj administraciji

karakterističnih situacija koje su uređene poreskom procesnom legislativom, što ćemo ovdje apostrofirati.

Sasvim je očekivano da najviši prioritet među tim pitanjima zavređuje ono koje se odnosi na prinudnu naplatu poreza. Smisao oporezivanja iscrpljuje se plaćanjem poreza, koje se u redovnom toku stvari vrši dobrovoljno prilikom podnošenja poreske prijave, odnosno izvršnošću poreskog rješenja. U protivnom, poreski organ pokreće postupak prinudne naplate donošenjem zaključka o prinudnoj naplati poreske obaveze. Poresko procesno zakonodavstvo u nekim državama (tako i u Crnoj Gori) definiše formalne elemente ovog zaključka¹⁹.

Zaključak o prinudnoj naplati poreza prije svega sadrži: 1) naznaku poreske prijave, odnosno izvršnog rješenja i datum evidentiranja poreske prijave, odnosno izvršnosti poreskog rješenja; 2) iznos poreskog duga po vremenu dospelosti, iznos kamate i troškove postupka; 3) nalog poreskom obvezniku da u roku od 10 dana plati poreski dug; 4) naznaku predmeta i sredstava prinudne naplate (novčana sredstva, novčana potraživanja, nenovčana potraživanja, zarada, penzija i sl. poreskog obveznika); 5) broj računa u čiju se korist vrši uplata; 6) naznaku dužnika poreskog obveznika; 7) bližu identifikaciju nepokretnosti po podacima iz javne knjige; 8) naznaku da troškovi postupka prinudne naplate padaju na teret poreskog obveznika; 9) naziv isplatioca i njegovo sjedište²⁰.

Protiv zaključka o prinudnoj naplati poreza dopuštena je mogućnost izjavljivanja žalbe u roku od 3 dana od dana njegove dostave, ali ona ne odlaže njegovo izvršenje, tj. nema suspenzivno dejstvo.

Kao posebna podvrsta zaključka o prinudnoj naplati poreske obaveze jeste onaj kojim se zasniva založno pravo u tom postupku, radi obezbjeđenja poreskog potraživanja, ali i upis založnog prava u odgovarajući registar po izvršenom popisu pokretnih stvari ili nepokretnosti²¹.

PORESKI TEHNIČKI AKTI

Poreski tehnički akti su određena pismena o izvršenim radnjama u poreskom postupku, kao i o službenoj komunikaciji poreske administracije sa po-

¹⁹ Teorijski je sporno, a u praksi postoje različiti pristupi, da li aktom nivoa zaključka ili rješenjem urediti pitanje prinudne naplate poreza. Ima osnova da se prinudna naplata poreza vrši rješenjem, a ne zaključkom. Pojedinačno određivanje predmeta i sredstava prinudne naplate nadilazi karakter procesnih pitanja i takav poreski upravni akt može se svrstati u akt pravne snage i forme rješenja u generičkom značenju, jer neposredno zadire u ekonomsku snagu poreskog obveznika, odnosno u meritum poreske upravne stvari.

²⁰ Član 57. Zakona o poreskoj administraciji.

²¹ Član 60. Zakona o poreskoj administraciji.

reskim obveznicima, koji su značajni za odlučivanje u poreskoj upravnoj stvari. Poreskom procesnom legislativom uređeni su najvažniji takvi akti, kao poziv, zapisnik o saslušanju, nalog za vršenje inspekcijskog nadzora i zapisnik o inspekcijskom nadzoru.

Poziv predstavlja akt kojim se obezbjeđuje prisustvo učesnika u poreskom postupku (poreski obveznik, svjedok, vještak, drugo lice), čije je prisustvo u postupku potrebno. Pozivanje lica poreski organ vrši kada postoji potreba saslušanja, svjedočenja, vještačenja, predočavanja dokumenata, knjiga, evidencija i predmeta potrebnih za provođenje poreskih propisa, dostavljanja rješenja odnosno zaključaka ili radi saopštenja koja se licu ne mogu izvršiti poštom ili na drugi pogodan način. Pozivanje se vrši pisanim pozivom (ako zakonom nije predviđen drugi način), u kojem se označava naziv poreskog organa koji je izdao poziv; ime i prezime, odnosno naziv lica koje se poziva i poreski identifikacioni broj; mjesto, dan i čas dolaska pozvanog; predmet zbog koga se poziva i u kom svojstvu (stranka, svjedok, vještak, tumač, itd.); koja pomoćna sredstva kao dokaze pozvanih treba da pribavi, odnosno donese, a u slučaju kada se lice poziva radi predočavanja dokumentacije, knjiga, evidencija i drugih predmeta u pozivu će se to konkretizovati. U pozivu se mora navesti da li je pozvano lice dužno da dođe lično ili može poslati punomoćnika, koji će ga zastupati, a zatim će se upozoriti na posljedice ako se ne odazove pozivu ili ne izvršiti organ koji je izdao poziv da je spriječen da dođe. Po pravilu, pozivanje se vrši u radnom vremenu poreskog organa, osim ako se radi o hitnim i neodložnim mjerama²².

Zapisnik je pisani trag i pisani dokaz o izvršenim radnjama u poreskom postupku (o ispitivanju odnosno saslušanju pozvanog lica, o postupku inspekcijskog nadzora, o važnim usmenim izjavama učesnika u poreskom postupku od kojih zavisi pravilnost primjene zakona ili drugog poreskog propisa), koji sačinjava ovlašćeno službeno lice poreskog organa ili lice koje on ovlasti. Zakonom je propisan oblik i sadržaj poreskog zapisnika, tako što se u njemu unosi naziv poreskog organa koji vrši određenu službenu radnju, mjesto u kome se vrši radnja, dan i čas vršenja radnje, predmet poreskog postupka i imena službenih lica i drugih lica-učesnika u poreskom postupku. U zapisnik se kratko, jasno i tačno prezentira tok i sadržaj izvršenih radnji i datih izjava u postupku, ograničavajući se na konkretnu poresku stvar i što se odnosi na odlučujuće činjenice u predmetu postupka. Zapisnik mora biti vođen uredno, čitko i u njemu se ne smije ništa brisati. S obzirom da je zapisnik svojevrsni oblik "protokola", radi njegove valjanosti on se prije zaključenja mora pročitati licima koja su učestvovala u postupku, s tim što ta lica imaju parvo da i sama pregledaju zapisnik i stave svoje primjed-

²² Član 7. Zakona o poreskoj administraciji.

be. Po upisu kratkog sadržaja primjedbi ili ako nema nikakvih primjedbi, zapisnik potpisuju lica koja su učestvovala u postupku, a nakon toga ovjerava ga ovlašćeno službeno lice i zapisničar²³. Treba naglasiti da zapisnik ima pravni karakter javne isprave, jer je zakonom propisan njegov oblik i sadržaj, da je sačinjen u okviru zakonom povjerenog javnog ovlašćenja i njime se potvrđuju ili dokazuju činjenice i okolnosti sadržane u njemu, al ii zbog toga što je dozvoljeno dokazivanje njegove netačnosti.

Kao posebni oblik zapisnika o poreskom postupku ističe se zapisnik o inspekcijskom nadzoru. Pored elemenata koje sadrži "generički poreski zapisnik" ovaj zapisnik sadrži predmet kontrole, opis radnji kontrole, činjenice i dokaze koji su provedeni u postupku i druge podatke o toku i ishodu kontrole, a naročito činjenice koje su bitne da se izmijeni poreska obaveza i zbirni iznos utvrđenih izmjena poreskih obaveza. Kako su činjenice utvrđene u ovom zapisniku osnov inoviranog rješenja u utvrđivanju poreske obaveze "ojačana" je njegova pravna snaga i dejstvo. Zato je postupak njegove pripreme prolongiran, a formalna dostava kontrolisanom poreskom obvezniku oročena na tri dana od dana izvršene kontrole, uz ostavljanje mogućnosti da se na zapisnik mogu dati primjedbe u roku od tri dana od dana dostave. Zapisnik o inspekcijskom nadzoru dobiće i definitivnu, konačnu formu njegovom transformacijom u dopunski zapisnik, u situaciji kada službeno lice (poreski inspektor), na osnovu novih činjenica i dokaza iznesenim u primjedbama poreskog obveznika, izmijeni činjenično stanje i promijeni ranije pravne ocjene i to prezentira u taj dopunski zapisnik²⁴.

Nalog za inspekcijski nadzor ima svoje mjesto u spektru poreskotehničkih akata poreske administracije. Njime poreski organ u pisanom obliku određuje predmet i period inspekcijskog nadzora. Predmet inspekcijskog nadzora obuhvata provjeru svih ili pojedinih činjenica bitnih za oporezivanje, ali i provjeru odnosa između vlasnika društva i društava bitnih za oporezivanje kao i nadzor nad obavezom finansijskog izvještavanja. Period inspekcijskog nadzora je svaki period za koji nije nastupila zastara prava na utvrđivanje poreske obaveze. Pored opšteg sadržaja koje ima svaki poreski akt, nalog za inspekcijski nadzor sadrži period za koji se vrši nadzor, vrstu poreza, mjesto i vrijeme početka nadzora, ime poreskog inspektora, kao i poziv za učešće poreskog obveznika u postupku inspekcijskog nadzora. Zbog potrebe da se subjekat kontrole pripremi i organizuje, nalog se velikom poreskom obvezniku dostavlja 30 dana prije početka inspekcijskog nadzora, a ostalim- 15 dana prije početka inspekcijskog nadzora. Međutim, ukoliko bi

²³ Vidjeti član 17, 18 i 19. Zakona o poreskoj administraciji.

²⁴ Član 86. Zakona o poreskoj administraciji.

se ovakvom dostavom ugrozila svrha nadzora, nalog se dostavlja poreskom obvezniku neposredno prije početka inspekcijuskog nadzora²⁵.

MOGUĆNOSTI KORIŠĆENJA UPRAVNOG UGOVORA U PORESKOM POSTUPKU

U ostvarivanju javnog interesa javna uprava dužna je ulagati stalne napore da postane bliža i otvorenija za "konzumente" svojih usluga i da bude njihov svojevrsni servis. Iznalaženje novih modela i načina rada vodi javnu upravu ka izgradnji fleksibilnih, efikasnih i demokratskih instituta u njenom funkcionisanju. Jedan od takvih je i upravni ugovor. Postojbina upravnog ugovora je Francuska, koja je ovaj institut ustanovila još krajem XIX i početkom XX vijeka, a i do dan danas ima najizgrađeniju praktičnu primjenu. U međuvremenu i mnogi drugi pravni sistemi u najrazvijenijim evropskim državama (Njemačka, Austrija, Italija, Španija), ali i angloamerički pravni sistemi institucionalizovali su upravni ugovor.

U teoriji se mogu sresti raznovrsne definicije pojma upravnog ugovora²⁶. Sve one ističu da se radi o dvostranom pravnom aktu i posebnoj vrsti ugovora zaključenoj sa državom (upravom), koji ima sljedeće karakteritike: najmanje jedna strana ugovora uvijek je javnopravno tijelo; svrha i cilj upravnog ugovora je ispunjenje nekog šireg društvenog interesa; javnopravno tijelo nastupa kao nosilac autoriteta javne vlasti i ima posebna ovlašćenja; pri sklapanju i izvršavanju upravnih ugovora vrijede posebni uslovi, koji su, po pravilu, predviđeni posebnim propisima; sporovi koji proizilaze iz upravnih ugovora rješavaju specijalizovani upravni sudovi ili nezavisna upravna tijela koja uvažavaju standarde iz člana 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda²⁷.

Pored klasičnih vrsta upravnih ugovora poznatih u mnogim savremenim državama (kao što su nabavljajući i preduzimački ugovori, ugovori o prevozu, o koncesiji, o najmu za službu)²⁸, upravni ugovori se primjenjuju i u poreskom postupku. Takva mogućnost ostavljena je i donijetim (još ne primijenjenim) crnogorskim Zakonom o upravnom postupku. Njime je predviđeno da se posebnim zakonom može urediti pitanje zaključenja upravnog ugovora između javnoprav-

²⁵ Član 76. i 77. Zakona o poreskoj administraciji.

²⁶ Vidjeti: Lj. Radovanović, Upravni ugovor, Arhiv za pravne i društvene nauke, br.3/1926; D. Kavran, Upravni ugovori - obilježja, vrste i razvoj, Pravni život, br. 11-12/1993; S. Popović, Specifičnosti upravnih ugovora u romanskom pravu, Pravni život, br. 11-12/1993; V. Ivančević, Teorija administrativnog ugovora, Zagreb, 1969; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1930.

²⁷ B. Ljubanović, Upravni ugovori i upravno sudovanje, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1/2010, str. 39-40.

²⁸ R. Marković, Upravno pravo, op. cit., str. 289.

nog organa i stranke, kada je zaključenje takvog ugovora u javnom interesu i kad se tim ugovorom ne ugrožavaju prava trećih lica, a radi uspostavljanja, mijenjanja ili raskidanja konkretnog pravnog odnosa u upravnoj stvari iz nadležnosti javno-pravnog organa²⁹.

Naplata poreza je složen i kompleksan zadatak svake države i drugih javnih kolektiviteta, odnosno poreske administracije još od najranijih dana. Preventivne metode u jačanju poreske discipline i pospješivanju dobrovoljnog izvršavanja poreske obaveze, uvijek i svuda kombinovane su sa prinudnim oblicima ubiranja poreza. U svakom slučaju, izgradnja poreskog morala je dugotrajan proces koji treba stalno snažiti novim djelotvornim formama ohrabriranja odgovornosti poreskih vlasti i poreskih obveznika za uredno punjenje državne kase, sa naglaskom na principu dobrovoljnosti. Mnoge države već odavno postale su zavidan uspjeh i rezlatate u tom pogledu, dovodeći obavezu plaćanja poreza u red prvorazrednih građanskih dužnosti i poštovanja zakona.

S druge strane, nije mali broj onih zemalja, među kojima je i Crna Gora, gdje se izbjegavanje plaćanje poreza bezmalo smatra "poslovnim" i ličnim uspjehom. Visoki poreski dugovi u Crnoj Gori očigledno teško su naplativi primjenom sada raspoloživog "arsenala" metoda prinudne naplate, iako je nesumnjivo da je poreska administracija podbacila po mnogim linijama rada, bez obzira što i nepovoljno ekonomsko-finansijsko okruženje a priori ugrožava ovaj proces.

Danas se čini da bi rezultati naplate poreza bili bolji ukoliko bi se uspostavio odgovorni partnerski odnos poreske vlasti sa poreskim obveznicima. Primjena upravnog ugovora u poreskom postupku, kao akt djelatnosti koja je zasnovana na saglasnosti volja poreske vlasti i poreskih dužnika, a ne na autoritativnom i jednostranom upravnom aktu, mogla bi doprinijeti uspješnijem izvršavanju poreske obaveze. U redefinisaju upravnih akata, kojima se vrše određene upravne aktivnosti, što je učinjeno uvođenjem upravnog ugovora u novom upravnom procesnom zakonu, nameće se, po našem mišljenju primarna potreba njegove institucionalizacije u oblasti poreskog postupka.

Nema ništa prirodnije od orijentacije da se zakonom kojim se uređuje poreski postupak u Crnoj Gori, na osnovama utvrđenim sistemskim zakonom o upravnom postupku, bliže stipuliše mogućnost sklapanja upravnog ugovora, kao akta kojim se izmiruje poreski dug.

Od zemalja iz okruženja, Republika Hrvatska je 2015.godine ustanovila i primijenila ovaj institut³⁰. Poreski upravni ugovor tamo podrazumijeva obročno plaćanje dospjelog poreskog duga u više mjesečnih rata, a najduže na rok od 24

²⁹ Član 27. Zakona o upravnom postupku.

³⁰ Član 91b, 91c i 91d Općeg poreznog zakona, N.N. br. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13, 26/15.

mjeseca, uz obračun zakonske zatezne kamate od 12% na cijeli iznos reprogramirane glavnice duga. Zaključuje ga rukovodilac poreske administracije s poreskim obveznikom u pismenom obliku, na pisani predlog poreskog obveznika. Poreski upravni ugovor sklapa se slobodnom voljom, ne smije biti protivan prinudnim propisima, javnom interesu niti izreci rješenja kojim je utvrđena poreska obaveza, a ni sklopljen na štetu trećih lica. Ima snagu izvršnog rješenja donesenog u poreskom postupku.

Pored instituta poreskog upravnog ugovora, radi kompletiranja “dogovornih odnosa” poreske vlasti sa poreskim dužnicima u poreskom postupku, Hrvatska je paralelno sa poreskim upravnim ugovorom uvela i institut poreske nagodbe. Naime, poreska uprava i poreski obveznik mogu za novoutvrđene obaveze u postupku poreskog nadzora, do uručjenja zapisnika o obavljenom poreskom nadzoru, sklopiti poresku nagodbu. Predmet ove nagodbe može biti novoutvrđena poreska obaveza u postupcima gdje je ona utvrđena procjenom, rok plaćanja novoutvrđenih obaveza, smanjenje obaveze po osnovu utvrđene zatezne kamate, kao i odricanje poreske uprave od naplaćivanja prekomjernih kazni, uz uslov da se poreski obveznik odrekne prava na korišćenje pravnih lijekova.

ZAKLJUČAK

Poreski upravni postupak u određenim svojim fazama i po pojedinim pitanjima rezultira donošenjem odgovarajućih pravnih akata, koji imaju značajne specifičnosti u odnosu na tipične upravne akte, kako u pravnoj prirodi, tako i u nomenklaturi i unutrašnjem sadržaju. Dužničko-povjerilački odnos između poreske vlasti i poreskog obveznika sa sobom nosi mnogobrojna prava, obaveze i odgovornosti poreskih subjekata, koje je tokom poreskog postupka nužno pravno uobličiti, donošenjem i preduzimanjem poreskih akata kojima se formuliše njihov nastanak, izmjene ili završetak. Moderno poresko zakonodavstvo poznaje više oblika pravnih akata koji se donose u poreskom postupku.

Najznačajniji pravni akti donijeti u poreskom postupku imaju karakter jednostranih upravnih akata (poresko rješenje i zaključak). Međutim, poreski postupak nije moguće voditi bez određenih poreskih tehničkih akata, kojima se “ozvaničavaju” pojedine radnje u poreskom postupku ili vodi službena komunikacija poreske administracije sa poreskim obveznicima (poziv, zapisnik o saslušanju, nalog za vršenje inspeksijskog nadzora, zapisnik o inspeksijskom nadzoru).

Reforma uprave u Crnoj Gori u svojim novim koracima nameće potrebu inoviranja procesnog upravnog zakonodavstva, a sljedstveno tome i njegovog važnog segmenta-poreskog postupka. Treba uzeti u obzir da se taj postupak po-

jednostavi, bude ujedno efikasniji i ugodan za poreske obveznike. U tom smislu, tradicionalni poreski pravni akti, i po formi i sadržini, mogu biti značajno unaprijeđeni. Uz to, težnja Crne Gore da postane članica EU, u dijelu postizanja standarda evropske javne uprave kroz učešće građana u poreskim upravnim stvarima, može se obezbijediti uvođenjem novog instituta poreskog upravnog ugovora i sličnih poreskih akata.

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

SPECIFIC ASPECTS OF TAX LAWS

Summary

Certain phases and some issues of administrative tax procedure result in the enactment of appropriate legal acts, which are highly specific compared to typical administrative acts, both in terms of their legal nature and the nomenclature and its content.

The most significant acts adopted in tax procedure have the character of unilateral administrative acts (tax decision and conclusion). However, tax procedure cannot be carried out without specific tax technical acts, which make certain actions in the tax procedure official or maintain official communication of the tax administration with taxpayers (the record of hearing, an order to carry out inspection order, the minutes on inspection order).

The administration reform in Montenegro should improve significantly in terms of the form and substance of traditional tax legal acts in order to make the tax procedure simpler, more efficient, and more pleasant for taxpayers. In addition, Montenegro's aspiration towards EU membership involving the compliance with European public administration standards through participation of citizens in tax administrative issues can be provided by introducing a new institute of administrative tax contracts and similar tax legal acts.

SNEŽANA R. STOJANOVIĆ

GLOBALIZACIJA I OPOREZIVANJE DIGITALNE PRIVREDE

U V O D

U savremenom svetu sveopšte povezanosti, uloga interneta i elektronski pruženih usluga postaje sve značajnija. Dok je pre dvadesetak godina posedovanje kompjutera i mobilnih telefona predstavljalo “privilegiju” bogatijeg sloja ljudi; danas je postalo gotovo nezamislivo da neko nema i ne koristi mobilni telefon, kompjuter i internet, itd. Sve niži troškovi proizvodnje; pojava sve većeg broja proizvođača mobilnih i digitalnih uređaja, učinili su da ponuda bude velika i raznovrsna, što je značajno snizilo kupovnu cenu i učinilo ove uređaje dostupnim “običnim” građanima. Čak su i troškovi upotrebe interneta i mobilnih telefona toliko umanjeni (u poređenju sa troškovima od pre samo nekoliko godina), da su u mnogim domovima mobilni telefoni zamenili fiksne telefonske linije, a internet se koristi za svakodnevnu komunikaciju. Funkcionisanje mnogih poslovnih ljudi, kompanija, ali i čitavog društva postalo je “nezamislivo” bez interneta: mnogi poslovi i uobičajena komunikacija obavljaju se putem *e-mailova*; pojava elektronskih izdanja (knjiga, novina, časopisa, itd.) umanjila je korišćenje odštampanih publikacija, a često su *e-knjige* i *e-novine* jeftinije od odštampanih; komunikacija putem društvenih mreža, kao što su: *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *LinkedIn*, itd. deo su svakodnevice velikog broja ljudi; puno je studenata i đaka koji se školuju *on-line* (tzv. “školovanje na daljinu”); veliki broj proizvoda i usluga kupuje se *on-line*; mnogi poslovni ljudi,

Dr Snežana R. Stojanović, profesor Fakulteta za poslovno industrijski menadžment Univerziteta Union – Nikola Tesla, Beograd.

profesori, naučnici, itd. upotrebljavaju tzv. “tehnologiju oblaka” (eng. *cloud computing*) kako bi sačuvali obimne elektronske podatke i lako mogli da ih prenose i upotrebljavaju u bilo kom delu sveta; pojava *e-banking*-a učinila je da računari mogu da se plaćaju *on-line* i da upotreba šaltera i dugačkih redova postane prošlost, da novac može “jednim klikom” da se prebaci sa jednog bankovnog računa na drugi, itd. Sveopšta digitalizacija ubrzala je globalizaciju, ali i sama globalizacija učinila je da digitalna tehnologija postane dostupna najobičnijim građanima, a time i da teritorijalna udaljenost i državne granice postanu nevažne za međusobnu komunikaciju i poslovanje. Savremena tehnologija otvorila je nove poslovne mogućnosti i učinila da kompanije “bez prelaženja granica” mogu da posluju u više država sveta i na više kontinenata. Ovo dovodi do značajne uštede vremena, pogotovo danas kada se “brzo živi” i “vreme” je značajan resurs.

Koliko god da je poboljšala život savremenog čoveka, digitalizacija je otvorila i mogućnosti za brojne zloupotrebe pojedinaca i kompanija, i to naročito kompanija koje posluju u više država (multinacionalnih kompanija, MNK) i koje korišćenjem različitih tehnika lako mogu da izbegnu da plate porez u nekoj od država svog poslovanja. Zbog ovoga se postavlja pitanje adekvatnosti primene pravila oporezivanja ustanovljenih u 20. veku: pravila “skrojena” po meri konvencionalne privrede kada je jedna država uvek bila rezidentna, a druga (ili druge) – država izvora; kada su kompanije radi prodaje proizvoda i usluga bile primorane da prelaze teritorijalne državne granice; kada se komunikacija odvijala putem fiksnih telefonskih linija, faksa i papirnih pisama; kada su poslovni ljudi morali da putuju kako bi održavali sastanke, itd. Još krajem 20. veka uvidelo se da će internet i razvoj elektronskih uređaja komunikacije dovesti do neslućenih poslovnih mogućnosti, do značajnog ubrzanja poslovanja, ali i do toga da je potrebno menjati “uhodanu” praksu u primeni međunarodnih poreskih pravila. Devedesetih godina 20. veka Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (eng. *Organisation for Economic Development and Cooperation, OECD*) započela je rad na oporezivanju “e-trgovine” (eng. *e-commerce*) i principima koje treba ispoštovati u ovoj oblasti. Rad je nastavljen u 21. veku, a izbijanje velike svetske ekonomske krize 2008. godine praćene brojnim finansijskim skandalima, i pojava sve većeg broja MNK koje izbegavaju da plate porez, učinili su da pitanje oporezivanja digitalne privrede postane još aktuelnije.

KONVENCIONALNA TRGOVINA VERSUS E-TRGOVINA

Nastanak i razvoj međunarodnog poreskog prava vezuje se za početak prelaženja državnih granica radi poslovanja. Nakon I svetskog rata, kada su države ponovo počele da uspostavljaju trgovačke odnose, došlo je do pojave preduzeća i pojedinaca koji su svoju poslovnu i trgovačku aktivnost počeli da obavljaju i van

teritorija svojih matičnih država. S obzirom na to da je poslovanje u inostranstvu često donosilo značajne prihode, bilo je neophodno rešiti pitanje njihovog oporezivanja, tj. utvrditi koja država će biti nadležna da vrši oporezivanje – matična država ili država u kojoj su prihodi ostvareni. Tako je dvadesetih godina 20. veka započet rad na ustanovljavanju pravila koja bi se primenjivala u slučajevima prekograničnog obavljanja poslovne aktivnosti i posedovanja imovine i izvora prihoda pojedinaca izvan država gde su živeli. Rad koji je započela Liga nacija, nastala je Organizacija za evropsku ekonomsku saradnju, od koje je kasnije nastala Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (*OECD*); postepeno su razvijeni i ustanovljeni osnovni principi i pravila međunarodnog oporezivanja, kao i modeli ugovora o otklanjanju dvostrukog oporezivanja¹. Rezidentstvo i izvor² su postali osnovni principi na kojima se zasniva međunarodno oporezivanje.

Ipak, reč je o principima “skrojenim” po meri konvencionalnog načina poslovanja i trgovine, koji su zbog toga često neprimenjivi na današnji način *on-line* poslovanja i *e-trgovine*: u uslovima konvencionalnog načina poslovanja i obavljanja trgovine kompanija je “vezana” za državu čije rezidentstvo poseduje, dok su sve druge države poslovanja – države izvora. Kako bi kompanija legalno mogla da posluje izvan države rezidentstva, neophodno je da se u drugoj državi (jednoj ili više njih) ustanovi filijala (eng. *subsidiary*) ili stalna poslovna jedinica (eng. *permanent establishment*) – dok je u prvom slučaju reč o pravnom licu, povezanom sa stranom matičnom kompanijom, dotle se u drugom slučaju radi o stalnom mestu poslovanja strane matične kompanije, koje kao takvo nema pravni subjektivitet. Postojanje, odnosno nepostojanje pravnog subjektiviteta povlači i odgovarajuće pravne posledice – filijala je pravno lice, a time i poreski obveznik u državi u kojoj posluje; stalna poslovna jedinica nije pravno lice, pa tako ne može biti ni poreski obveznik. Kako bi se omogućilo da kompanija plati porez i u državi izvora u kojoj svoje poslovanje obavlja putem stalne poslovne jedinice, u nacionalnim zakonodavstvima većine savremenih država zahteva se da se poslovna aktivnost stalne poslovne jedinice beleži u poslovnim knjigama odvojenim od poslovnih knjiga centrale (matične kompanije). S obzirom na to da profit (stalne poslovne jedinice) koji je ostvaren u državi izvora, u stvari, predstavlja profit matične kompanije, primenom odgovarajućih pravila predviđenih ugovorima o otklanjanju

¹ Više vid. S. Stojanović, *Međunarodno poresko pravo*, Fakultet za poslovno industrijski menadžment, Beograd, 2016, str. 59-64.

² Rezidentstvo podrazumeva univerzalnu poresku obavezu: za fizička lica, reč je najčešće, o stalnom ili uobičajenom prisustvu na određenoj teritoriji, tj. postojanju određenog stepena povezanosti sa konkretnom državom; za pravna lica se uglavnom zahteva registracija i/ili stvarno upravljanje u određenoj državi. O rezidentstvu i izvoru pisali su brojni autori; primera radi, vid. R. Rohatgi, *Basic International Taxation, Volume One: Principles of International Taxation*, Richmond Law & Tax Ltd., Richmond, 2005, str. 196-227.

dvostrukog oporezivanja izbegava se situacija da ovaj prihod bude dva puta oporezovan (kada se repatriira matičnoj kompaniji u vidu dividendi ili u formi drugog prihoda)³.

Za razliku od konvencionalnog poslovanja koje podrazumeva povezanost sa određenom teritorijom (lat. *nexus*), poslovanje preko interneta i *e*-trgovina ne zahtevaju fizičko prisustvo u svim državama u kojima kompanija posluje. *E*-trgovina podrazumeva svaku transakciju u svrhu prodaje ili kupovine dobara i usluga koja se obavlja preko kompjuterskih mreža upotrebom metoda posebno ustanovljenih u svrhu primanja ili vršenja narudžbina⁴. Kompanija može biti registrovana u jednoj državi, a da posluje u velikom broju država; čak je moguće i da se čitavo poslovanje odvija kao prekogranično, a da se iz države inkorporacije samo šalju instrukcije *on-line* ili da se *e*-usluge pružaju i da se digitalni proizvodi isporučuju korisnicima u različitim državama. Na ovaj način, digitalizacija je učinila da fizičko prisustvo kompanije na konkretnoj teritoriji bude irelevantno, a time i pitanje *nexus*-a. Tako su i ulaganja u proizvodnju, infrastrukturu i inventar, zapošljavanje određenog broja radnika i isplata zarada, plaćanje poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje; troškovi reklamiranja; itd. postali nevažni. *On-line* poslovanje i *e*-trgovina doveli su do značajnog snižavanja troškova poslovanja u poređenju sa troškovima konvencionalnog načina poslovanja i trgovine. Pored toga, kompanije koje posluju preko interneta imaju pristup znatno većem broju potrošača i korisnika, za razliku od kompanija koje posluju na konvencionalan način koje moraju biti fizički prisutne u svakoj od država svog poslovanja, što zbog troš-

³ Koncept stalne poslovne jedinice stvoren je u međunarodnom poreskom pravu, kako bi se omogućilo oporezivanje prihoda koje kompanije ostvaruju izvan svojih matičnih država, ali i kako bi se izbegla situacija da prihodi ostvareni u inostranstvu budu dvostruko oporezovani (kada se uključe u poslovni rezultat kompanija). Za postojanje stalne poslovne jedinice zahteva se da se poslovanje odvija u određenoj formi (što se u ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja i nacionalnim poreskim zakonima reguliše tako što se navodi šta se smatra stalnom poslovnom jedinicom, kao i šta nikako ne predstavlja oblik poslovanja u formi stalne poslovne jedinice); zatim, da poslovanje traje određeni vremenski period (najčešće, šest ili dvanaest meseci); da se poslovanje odvija u celini ili delimično preko stalne poslovne jedinice, kao i da se radi o formi poslovanja koja je vezana za određenu teritoriju (geografsku tačku). Više vid. član. 5. i komentare uz član 5. *OECD Model konvencije o porezu na dohodak i kapital (OECD Model Tax Convention on Income and on Capital)* 2014.

⁴ U pitanju je definicija koju je *OECD* sačinila 2009. godine, zamenivši definiciju iz 2001. godine. Pitanje je da li, nakon sedam godina, i ova definicija adekvatno može da se primeni na sadašnji stepen razvoja elektronskog poslovanja i trgovine, jer se danas često, umesto kompjutera, mnoge transakcije obavljaju korišćenjem aplikacija ili jednostavnom upotrebom interneta preko mobilnih telefona – tzv. “pametnih telefona” (eng. *smart phones*). Vid. *OECD*, “Electronic and Mobile Commerce”, *OECD Digital Economy Papers*, No. 228, *OECD Publishing* 2013, str. 6. <http://dx.doi.org/10.1787/5k437p2gwxw6g-en>.

kova sužava tržište i povećava finalnu cenu proizvoda⁵. Osim toga, konvencionalno poslovanje podrazumeva da se kompanije u svakoj od država u kojoj posluju pridržavaju nacionalnih propisa, dok to nije slučaj sa kompanijama koje posluju *on-line*. Dostupnost proizvoda i usluga znatno većem broju potrošača i nevažnost fizičkog prisustva na određenoj teritoriji doveli su do efikasnijeg funkcionisanja privrede u globalnim razmerama. Time je i sama tržišna konkurencija između kompanija postala izraženija: dok male kompanije koje posluju *off-line* ne mogu da se "takmiče" sa kompanijama koje čitavo svoje poslovanje obavljaju elektronski, dotle je konkurencija između ove druge grupe kompanija veoma oštra – kupci pristupom određenim *web*-stranicama i platformama upoređuju cene i kvalitet proizvoda i usluga različitih kompanija, međusobno razmenjuju iskustva i donose odluku o kupovini. Na ovaj način, poslovanje preko interneta važno je kako u odnosima između samih kompanija (eng. *business-to-business*, *B2B*), tako i u odnosima između kompanija i potrošača (eng. *business-to-customers*, *B2C*) – u prvom slučaju uštede ostvaruju entiteti uključeni u lanac poslovanja, a u drugom slučaju uštede ostvaruju i kompanije i potrošači – za kompanije su smanjeni troškovi proizvodnje i isporuke proizvoda, odnosno pružanja usluge, dok su za potrošače smanjeni troškovi koji se odnose gubitak vremena i ulaganje napora da nađu i kupe željeni proizvod ili odu do kompanije koja se bavi pružanjem potrebnih usluga.⁶

Međutim, irelevantnost fizičkog prisustva, dovela je do koncentracije obavljanja poslovne aktivnosti na jednom mestu i centralizacije poslovanja⁷. Ovde se posebno imaju u vidu međusobni odnosi kompanija, tj. odnos *B2B*, za koji je poslovanje putem interneta od izuzetne važnosti i u stalnom je porastu: brojni podaci važni za poslovanje razmenjuju se putem *e-mailova* ili određenih digitalnih platformi; ponekada se i čitave transakcije odvijaju korišćenjem internet – platformi. Elektronska razmena podataka (eng. *electronic data interchange*, *EDI*) odvija se kroz automatski proces razmene dokumenata između kompanija registrovanih na internetu, bez ljudskog prisustva, čime se razmena značajno ubrzava i

⁵ Iako posluju preko interneta, često kompanije u državama čiji građani uglavnom kupuju njihove proizvode, osnivaju stalne poslovne jedinice ili imaju svoje agente, jer tako mogu bolje upoznati njihove ukuse i reklamirati se lokalno (ne samo preko interneta, nego i preko nacionalnih/lokalnih TV mreža, bilborda, itd.).

⁶ *Ibidem*, str. 6-15.

⁷ Upored. P. Ademi, *PE Threshold for Business Profits in E-Commerce Context: To what extent does the present Permanent Establishment threshold influence the taxation of Electronic Commerce cross-border transactions?*, Lund University, School of Economics and management – Department of Business Law: European and International Tax Law, Master thesis, 2014, str. 35.

čini jeftinijom u poređenju sa konvencionalnim načinom razmene koji se odvija upotrebom faksa i slanjem papirnih dokumenata putem pošte.⁸

Kod korišćenja elektronskih uređaja i upotrebe interneta u svrhe kupovine proizvoda ili pružanja usluga u odnosu između kompanija i potrošača (B2C), potrebno je praviti razliku između: (1) proizvoda i usluga koji se samo kupuju (i, eventualno, plaćaju) *on-line*, dok se sama isporuka vrši na tradicionalan način, dopremanjem do kupca (*off-line*) i (2) proizvoda i usluga koji se i kupuju i čija se isporuka odvija *on-line*. U drugom slučaju, radi se o pravim digitalnim proizvodima: na primer, kupovina *e*-knjiga ili filmova, igrice, muzike, itd. – kupac često samo ispuni određeni formular postavljen na internet stranicu kompanije, izvrši plaćanje korišćenjem platne kartice, a za uzvrat dobije mogućnost da plaćeni digitalni proizvod “skine” (eng. *download*) sa određene *web*-stranice ili da mu taj proizvod bude poslat na *e-mail* adresu. Često se tako pružaju i usluge: primera radi, pojedinci ili kompanije kupuju *on-line* uslugu korišćenja određenog softvera ili opreme koja im omogućuje da putem interneta prenesu veliki broj podataka i upotrebe ih u bilo kom delu sveta (eng. *cloud computing*), što inače ne bi bilo moguće korišćenjem memorijskih diskova ili kartica (USB).

Digitalizacija u svim sferama, kupovina proizvoda i usluga *on-line* otvorili su brojna pitanja koja se tiču poreskog tretmana ovakvog načina poslovanja. Ne samo što se postavlja pitanje oporezivanja isporuke proizvoda i usluga naručenih (a, često, i isporučenih) *on-line*, nego se postavlja i pitanje poreskog tretmana prihoda koje kompanije ostvaruju na ovaj način. Potrebno je utvrditi pravila i principe koje treba primeniti u oblasti oporezivanja potrošnje, najčešće u formi poreza na dodatu vrednost (PDV), ali i u oblasti poreza na dobit korporacija – da li u prvom slučaju oporezivanje zasnovati na principu porekla (eng. *principle of origin*) ili na principu odredišta (eng. *principle of destination*) i da li je u konkretnom slučaju kompanija i poreski obveznik i poreski platac ili treba primeniti mehanizam “obrnutog obračuna” (eng. *reverse charging*); kako oporezovati profite koje kompanija ostvari izvan mesta svog sedišta i gde se smatra da se nalazi sedište kompanije koja čitavo svoje poslovanje obavlja *on-line*, itd.

Pomenuto je da je još krajem 20. veka, na međunarodnom planu, uočena potreba da se oblast poslovanja i trgovanja korišćenjem mreža elektronske komunikacije posebno reguliše. Polazeći od činjenice da se od pojave kompjutera i nastanka interneta poslovanje ubrzano prebacivalo sa konvencionalnog na *on-line*, još tada se uvidelo da dolazi period kada će elektronska trgovina i poslovanje upotrebom interneta doživeti ekspanziju. Ali tada se još nije ni slutilo da će di-

⁸ *Ibidem*, str. 16-18.

gitalna privreda postati privreda sama po sebi (*sui generis*).⁹ Na međunarodnom nivou, *OECD* je postala ključna organizacija koja se bavi pitanjem oporezivanja poslovanja preko interneta, *e*-trgovine i digitalne privrede. U vezi sa tim, u različitim fazama rada na ovom problemu, postavljana su različita pitanja, pa se tako rešenja koja su predlagana krajem 20. i početkom 21. veka, u nekim svojim bitnim elementima, razlikuju od rešenja koja se predlažu danas. Takođe, dok je u ranijem periodu broj nedoumica i pitanja bio manji, danas je njihov obim znatno veći, što je povezano sa ekspanzijom digitalizacije i interneta.

OPOREZIVANJE E-TRGOVINE

Poreski okvir ustanovljen na konferenciji u Otavi i rad nakon toga

Početak rada na pitanju oporezivanja *e*-trgovine vezuje se za 1998. godinu, kada je u organizaciji *OECD*-a održana ministarska konferencija u kanadskom gradu Otavi (*Ottawa*). S obzirom na to da je trgovanje elektronskim putem otvorilo pitanja iz potpuno različitih oblasti, odlučeno je da se rad na njihovom rešavanju podeli u pet tehničko-savetodavnih grupa (eng. *Technical Advisory Groups, TAGs*), sa zadatkom da redovno izveštavaju *OECD* o postignutim rezultatima. Oformljene su grupe za pitanja: tehnologije; profesionalnog pristupa podacima; oporezivanja potrošnje; oporezivanja poslovnih profita i karakterizacije prihoda od *e*-trgovine. S obzirom na to da je najviše nedoumica bilo u oblasti poreskog tretmana poslovnih aktivnosti, transakcija, proizvoda i usluga koji se prodaju i/ili isporučuju elektronskim putem (administriranje porezima; oporezivanje potrošnje; primena ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja; transferne cene), čak tri grupe bile su zadužene za poreska pitanja. Najviše zaduženja dobila je grupa određena za oporezivanje potrošnje, i to iz razloga što se najveći broj savremenih država oslanja na prihode od oporezivanja potrošnje, te bi neoporezivanje trgovine izvršene elektronskim putem za njih predstavljalo značajan gubitak budžetskih prihoda¹⁰. Zauzet je stav da principe koji se primenjuju u oporezivanju konvencionalne trgovine treba primeniti i kod oporezivanja *e*-trgovine: tako je formulisano pet ključnih principa koji, ujedno, služe i za ocenjivanje funkcionir-

⁹ Upored. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Executive Summaries 2015 Final Reports. *OECD*, 2015, str. 5.

¹⁰ Dok Sjedinjene Američke Države najveći deo svojih budžetskih prihoda ostvaruju oporezivanjem dohotka, dotle se evropske države najviše oslanjaju na oporezivanje potrošnje; čak je i u Evropskoj uniji PDV glavni izvor finansiranja rashoda EU budžeta. Upored. R. Jones and S. Basu, "Taxation of Electronic Commerce: A Developing Problem", *International Review of Law Computers & Technology*, Vol. 16, No. 1, 2002, str. 39.

sanja poreskih sistema¹¹. Reč je o principima: neutralnosti; efikasnosti; sigurnosti i jednostavnosti; efektivnosti i pravičnosti, kao i fleksibilnosti koji, preneti na nivo poreskog tretmana trgovine dobijaju sledeća značenja¹²:

(1) *Neutralnost* znači da oporezivanje treba da bude neutralno i da omogućiti jednaku raspodelu poreskog tereta između različitih formi elektronske trgovine, kao i između konvencionalnog i elektronskog načina trgovanja. Na nivou kompanija, neutralnost zahteva da se u donošenju poslovnih odluka kompanije rukovode ekonomskim, a ne poreskim razlozima – tako su poreski obveznici koji se nalaze u sličnim situacijama i obavljaju slične transakcije podvrgnuti sličnim nivoima oporezivanja.

(2) *Efikasnost* podrazumeva da i troškovi plaćanja poreza i svi sporedni troškovi poreskih obveznika u vezi sa izvršavanjem poreske obaveze, kao i administrativni troškovi poreskih organa, treba da budu svedeni na najmanju moguću meru.

(3) *Sigurnost i jednostavnost* se odnose na pravila koja direktno pogađaju poreske obveznike – poreska pravila treba da budu jasna, razumljiva i jednostavna za primenu jer tako obveznici mogu da predvide poreske posledice svojih postupaka i transakcija. Kod prekograničnog poslovanja i trgovanja, obveznici treba da budu upoznati sa mestom, vremenom i načinom obračuna i plaćanja poreza.

(4) *Efektivnost i pravičnost* stoje u direktnoj vezi sa principima sigurnosti, jednostavnosti i efikasnosti: oporezivanje treba vršiti tako da omogućiti naplatu tačnog iznosa poreza u tačno vreme, a mogućnosti za izbegavanje plaćanja poreza treba svesti na minimum uz primenu adekvatnih mera.

(5) *Fleksibilnost* podrazumeva da politika oporezivanja prati razvoj tehnologije i elektronske trgovine: ukoliko se ustanove “kruta” pravila koja je teško menjati, ni oporezivanje neće biti u skladu sa novim pojavama u oblasti poslovanja. Poreska pravila treba kreirati tako da budu fleksibilna i ostavljaju dovoljno prostora za izmene u skladu sa vremenom u kome se primenjuju. Ipak, fleksibilnost ne treba da bude tolika da omogućiti diskreciono postupanje poreskih organa.

Na konferenciji u Otavi istaknuto je da tehnologije koje se primenjuju u e-trgovini otvaraju mogućnosti i za poboljšanje komunikacije i pružanje usluga od strane poreske uprave poreskim obveznicima i da bi te mogućnosti trebalo istra-

¹¹ Vid. J. Owens, “Electronic Commerce and Taxation”, paper presented at the Technical Conference *Taxation vis-a-vis International Relations and the Use of New Technologies*, Inter-American Center of Tax Administrations – CIAT, Oporto, Portugal, 20-23 September 1999 str. 4-10. i <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/3890-3884-1-PB.pdf> (21.06.2016.)

¹² Upored. OECD, *Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*, 2001, str. 230. i OECD, *Consumption Tax Aspects of Electronic Commerce – A Report from Working Party No. 9 on Consumption Taxes to the Committee on Fiscal Affairs*, February 2001, str. 4-5.

žiti. Skoro dvadeset godina kasnije, u mnogim državama komunikacija između poreske uprave i obveznika odvija se *on-line*, poreske prijave uglavnom se podnose elektronskim putem preko posebnih portala na internet stranicama nacionalnih poreskih uprava, a i samo plaćanje poreza najčešće se vrši elektronski, itd. Pomenute principe (ustanovljene u oblasti konvencionalne trgovine) treba primeniti i u oblasti *e-trgovine*, ali postojeća poreska pravila prilagoditi tako da doprinesu ostvarenju ovih principa i u novonastalim uslovima, a da to ne dovede do diskriminatornog tretmana *e-trgovine* u odnosu na konvencionalnu. S druge strane, imajući u vidu da poslovanje i trgovina preko interneta zalaze u domen međunarodnog poreskog prava i primene poreskih ugovora, treba voditi računa o poreskoj suverenosti pojedinačnih država i omogućiti pravičnu raspodelu poreske osnovice između država, kao i pronaći pravu meru u oporezivanju da bi se izbegla pojava dvostrukog oporezivanja ili nenameravanog neoporezivanja.¹³

U oblasti oporezivanja potrošnje, postavlja se pitanje mesta oporezivanja i određivanja lica koje je poreski obveznik i/ili poreski platac. U Otavi je istaknuto da trgovinu elektronskim putem treba tretirati kao pružanje usluga, što bi prema opšteprihvaćenom pravilu značilo da se oporezivanje vrši u mestu gde se nalazi pružalac usluge (princip porekla). Međutim, poreskim okvirom ustanovljenim na ovoj konferenciji utvrđeno je da oporezivanje treba vršiti u mestu potrošnje, odnosno primenom principa odredišta, kako bi se sprečila pojava dvostrukog oporezivanja ili nenameravanog neoporezivanja u situaciji kada dve poreske jurisdikcije primenjuju različita pravila kod oporezivanja potrošnje¹⁴.

Međutim, pojedini proizvodi i usluge kojima se trguje *on-line* ili koji se isporučuju korišćenjem digitalne tehnologije zahtevaju drugačiji način oporezivanja, tj. u mestu gde se nalazi pružalac usluge ili isporučilac proizvoda, a ne u mestu gde se vrši isporuka ili obavlja potrošnja. Upravo zbog toga, vrlo rano je istaknuto da, s jedne strane, treba praviti razliku između transakcija koje se odvijaju između poslovnih subjekata (*B2B*) i onih koje se odvijaju između kompanija i potrošača (*B2C*), dok sa druge strane treba praviti razliku između transakcija koje se u potpunosti odvijaju *on-line* i onih kod kojih se samo narudžbina (eventualno, i plaćanje) vrši *on-line*, a isporuka se odvija na konvencionalan način, te u skladu sa ovim razlikama i primenjivati odgovarajuća poreska pravila.

¹³ Upored. J. Owens, "Electronic Commerce and Taxation", str. 3-4.

¹⁴ Uglavnom se smatra da postoje tri razloga koja dovode do dvostrukog oporezivanja transakcija elektronskim putem: (1) razlike između jurisdikcija u klasifikovanju iste transakcije; (2) upotreba različitih kriterijuma u određivanju mesta isporuke; (3) razlike u tumačenju sličnih kriterijuma (npr. kada najmanje jedna jurisdikcija proširi delokrug kriterijuma da bi osigurala adekvatno oporezivanje poreske osnovice). Vid. P. Rendhal, *Cross-Border Consumption Taxation of Digital Supplies: A Comparative Study of Double Taxation and Unintentional Non-Taxation of B2C E-Commerce*, (Summary of the thesis), Jonkoping University, Sweden, 2009, str. 14.

Predlagano je nekoliko načina naplate poreza na potrošnju: (1) prethodnom registracijom nerezidentnih isporučioaca ili poreskih obveznika u državi kojoj pripada poreska nadležnost; (2) vršenjem samooporezivanja, odnosno primenom mehanizma "obrnutoг obračuna"; (3) naplatom od strane carinskih organa ili trećih lica; (4) oporezivanjem na izvoru i transferisanjem naplaćenog poreza i (5) mehanizmom zasnovanim na posebnoj tehnologiji¹⁵. *Sistem registracije* zahteva da se nerezidentni prodavac ili isporučilac digitalnih proizvoda registruje u jurisdikciji u kojoj prodaje i/ili isporučuje svoje proizvode. Nakon registracije, prodavac bi bio dužan da obračuna, naplati i transferiše porez na potrošnju poreskoj upravi države u kojoj se odvija potrošnja. *Sistem samooporezivanja ili "obrnutoг obračuna"* podrazumeva da primalac proizvoda obračuna dugovani porez i da taj iznos transferiše domaćim poreskim organima. *Naplata od strane carinskih organa ili trećih lica* znači da se obračun i naplata poreza na potrošnju vrše na ulasku u državu u kojoj se isporučuje proizvod (što je moguće samo ako je proizvod naručen *on-line*, a isporučuje se *off-line*) ili od strane lica koja su ovlašćena da nadziru transakcije između prodavaca i kupaca, obračunaju i naplate porez i da zatim naplaćeni iznos transferišu poreskim organima države potrošnje. Lica ovlašćena da vrše nadzor i naplatu poreza bila bi na posebnoj listi ovlašćenih trećih lica, poznatoj poreskoj upravi. *Oporezivanje na izvoru i transfer poreza* znači da sama kompanija koja prodaje proizvod ili isporučuje uslugu naplaćuje porez pre isporuke, a zatim taj iznos transferiše domaćim poreskim organima. *Mehanizam koji se zasniva na tehnologiji* je rešenje koje podrazumeva upotrebu određenih tehnoloških rešenja (npr. odgovarajućeg softvera) za automatsko obračunavanje poreza, koji bi se putem finansijskih posrednika, transferisao poreskoj upravi države potrošnje. Svako od predloženih rešenja ima i prednosti i mane, zbog čega je svako pogodno za primenu u određenim situacijama, dok u drugima nije. Treba voditi računa o pojedinačnim transakcijama i odrediti koji od mehanizama primeniti. Uglavnom, kada je reč o B2C transakcijama, OECD se zalagala za primenu mehanizma koji počiva na registraciji nerezidentnih prodavaca/isporučilaca.¹⁶

Kao što je pomenuto, kod oporezivanja *e-trgovine*, treba rešiti i pitanje oporezivanja potrošnje, i pitanje oporezivanja dohotka kompanije ostvarenog *on-line* poslovanjem. U vezi sa tim, različiti predlozi izneti su u Otavi. S obzirom na to da je mesto gde se odvija potrošnja označeno kao mesto gde treba da se vrši oporezivanje, značajno pitanje kod B2C transakcija je određivanje tog mesta (da li je to mesto gde je proizvod/usluga isporučena ili se oni mogu isporučiti na jednom

¹⁵ Više vid. OECD, *Consumption Tax Aspects of Electronic Commerce*, str. 26-27. i S. Basu, "To Tax or Not to Tax? That is the Question? Overview of Options in Consumption Taxation of E-Commerce", *Journal of Information, Law and Technology*, Issue 1, 2004, str. 18.

¹⁶ Upored. S. Basu, "To Tax or Not to Tax? That is the Question? Overview of Options in Consumption Taxation of E-Commerce", str. 18-20.

mestu /u jednoj jurisdikciji/, a trošiti na drugom /u drugoj jurisdikciji/). Uglavnom, smatralo se da to treba da bude “uobičajeno mesto rezidentstva potrošača”, ali problem je predstavljalo određivanje šta se podrazumeva pod “uobičajenim”. U vezi sa tim predlagana su različita rešenja i sačinjene su *Smernice za definisanje mesta potrošnje* (eng. *Guidelines on the Definition of the Place of Consumption*) u pogledu prekograničnog pružanja usluga i isporuke bestelesnih stvari, naročito imajući u vidu međunarodnu prekograničnu e-trgovinu koja se može obavljati sa različitih lokacija.¹⁷

Pored rešenja predloženih u Otavi postojali su i veoma radikalni predlozi kao što je uvođenje poreza na količinu preuzetih podataka sa interneta – tzv. *porez na “bajtove”* (eng. *bit tax*). Ovaj predlog prvi put je iznet 1994. godine, da bi u narednim godinama i u vreme pre i posle konferencije u Otavi bio aktualizovan. Ipak, ovakvo rešenje nije usvojeno, čak je od strane Ujedinjenih nacija (UN) bilo odbačeno isticanjem da bi predstavljalo nepotrebno opterećenje upotrebe interneta, naročito kada su u pitanju države u razvoju. Sličan stav zauzela je i EU. *OECD* nije zvanično izrazila svoj stav, ali s obzirom na predloge iznete na konferenciji, trebalo bi smatrati da ni *OECD* nije prihvatila pomenuti radikalni predlog.

Projekat o eroziji poreske osnovice i prebacivanju profita

Najveći pomaci u radu na rešavanju pitanja oporezivanja poslovanja upotrebom interneta i digitalne tehnologije učinjeni su započinjanjem Projekta o eroziji poreske osnovice i prebacivanju profita (eng. *Base Erosion and Profit Shifting, BEPS*). Akcioni plan za sprovođenje projekta sačinjen je i predstavljen javnosti 2013. godine kao plan usmeren ka rešavanju 15 ključnih pitanja u vezi sa oporezivanjem MNK. Velika svetska ekonomska kriza koja je izbila 2008. godine i finansijski skandali koji su usledili, između ostalog, usmerili su pažnju međunarodne javnosti i na problem izbegavanja plaćanja poreza (legalnog i nelegalnog) od strane MNK. Razlog za ovo treba tražiti u okolnosti da se najveći deo poslovne aktivnosti u svetu obavlja upravo od strane MNK, koje veštım poreskim planiranjem i upotrebom različitih tehnika uspevaju da ostvare veliki profit i da na njega plate što niži porez, tako da njihova neto dobit bude što je više moguće maksimizirana. A sveopšta digitalizacija i raspidan razvoj poslovanja putem interneta samo su još više podstakli ovakvo ponašanje. S obzirom na to da su MNK često registrovane u državama gde je stopa poreza na profit visoka, to one nastoje da prilode koje ostvare u različitim delovima sveta usmere na račune ili u povezane entitete u državama sa izrazito niskim ili čak nikakvim stopama oporezivanja profita (države

¹⁷ Vid. *OECD, Implementation Issues for Taxation of Electronic Commerce*. <http://www.oecd.org/tax/consumption/5594899.pdf> (21.06.2016).

poreski rajeve). Na ovaj način dolazi do erozije poreske osnovice kako u državama u kojima se profiti ostvaruju, tako i u državama u kojima je matična kompanija registrovana. Krajnji rezultat predstavlja nejednaka raspodela svetskog dohotka – dok se s jedne strane nalaze države čiji se resursi troše radi stvaranja profita, s druge strane nalaze se države u kojima se ti profiti “gomilaju”. S obzirom na to da se poslednjih godina, kao kompanije koje izbegavaju da plate porez, najviše pojavljuju MNK koje svoje poslovanje obavljaju preko interneta putem koga i isporučuju svoje proizvode (kompanije kao što su *Google*, *Facebook*, *Amazon*, itd.), u mnogim državama započete su istrage u vezi sa neplaćenim porezima.

Međutim, često se ne može uopšte ući u trag lancu transakcija i mehanizmima upotrebljenim da se profiti prebace u poreske rajeve. Ovakvo ponašanje, uz postojeću svetsku ekonomsku i finansijsku krizu, predstavljalo je “zvono za zabunu”. Imajući u vidu da je *OECD* na međunarodnom planu najaktivnija po pitanju oporezivanja, to je ova organizacija, uz podršku grupe 20 najrazvijenih država sveta (G-20) započela pomenuti *BEPS* projekat. U skladu sa sačinjenim akcionim planom, istraženo je 15 različitih problema koji doprinose eroziji poreske osnovice i premeštanju profita iz jurisdikcija gde se profit stvara u druge jurisdikcije, te su konačni izveštaji sa predlozima za rešavanje podneti u oktobru 2015. godine. Prva u nizu 15 tačaka akcionog plana je tačka koja se odnosi na oporezivanje digitalne privrede. Iako digitalna privreda i poslovni modeli na njoj zasnovani, sami po sebi, direktno ne dovode do erozije poreske osnovice i premeštanja profita, ipak karakteristike *on-line* poslovanja predstavljaju značajan podsticaj nastanku ovog problema. U uskoj vezi sa oporezivanjem digitalne privrede stoji i rešavanje pitanja navedenih u drugim tačkama akcionog plana – naročito, (1) pitanje definisanja stalne poslovne jedinice i sprečavanja da se na “veštački način” izbegne da se određena forma poslovanja identifikuje kao stalna poslovna jedinica (čime se vrši izbegavanje plaćanja poreza u državi gde se obavlja poslovanje i stvara profit) i sužavanje liste izuzimanja iz definicije stalne poslovne jedinice; (2) pitanje transfernih cena, kao cena koje se javljaju u vezi sa transakcijama između povezanih lica (što je uobičajeni način poslovanja multinacionalnih kompanija) i (3) pitanje pravila o kontrolisanim stranim korporacijama (eng. *Controlled Foreign Corporations, CFC*).¹⁸ Ipak, kao glavni izazovi za poresku politiku u oblasti direktnog oporezivanja digitalne privrede nameću se sledeća pitanja: (1) povezanost kompanije sa konkretnom poreskom jurisdikcijom (*nexus*); (2) načini pripisivanja vrednosti stvorene umnožavanjem podataka upotrebom digitalnih proizvoda i usluga (karakterizacija u poreske svrhe isporuke podataka u transakciji) i (3) pitanje karakterizacije plaćanja izvršenih u kontekstu novih oblika poslovanja (naročito, u slu-

¹⁸ Više vid. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Executive Summaries 2015 Final Reports*, str. 6.

čaju korišćenja tehnologije “oblaka”).¹⁹ Poseban značaj pridaje se pitanju *nexus*-a – iako u mnogim slučajevima MNK kompanije imaju oporezivo prisustvo u jurisdikciji gde se nalaze potrošači, potrebno je pronaći adekvatno rešenje za situacije kada se prodaja realizuje bez oporezivog prisustva (zbog ovoga je veoma važno definisanje stalne poslovne jedinice za potrebe ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja²⁰). Zbog toga su kod oporezivanja profita kompanija, pored testa “značajnog ekonomskog prisustva” (*nexus*), analizirane i opcije kao što su uvođenje poreza po odbitku na određene vrste digitalnih transakcija i uvođenje “dažbine za ujednačavanje” (eng. *equalisation levy*) poreskog tretmana stranih i domaćih snabdevača²¹.

U pogledu oporezivanja potrošnje, OECD i dalje zastupa stav zauzet u Otavi prema kome oporezivanje treba vršiti u jurisdikciji u kojoj se odvija potrošnja, dok u uslovima međunarodnog prekograničnog oporezivanja u B2C transakcijama treba primeniti principe utvrđene u Smernicama za međunarodno oporezivanje potrošnje (eng. *International VAT/GST Guidelines*) koje je OECD sačinila i objavila 2014. godine. U ovim Smernicama pojedinačno su utvrđeni slučajevi B2B i B2C transakcija i predviđena su posebna pravila za oporezivanje e-trgovine²². U okviru tačke 1 BEPS projekta, posebna pažnja usmerena je na pošiljke i uvoz dobara male vrednosti (eng. *low-value imported goods*) u B2C transakcijama. Kod dobara čija je vrednost (izražena kroz cenu) mala u poređenju sa administrativnim troškovima obračuna i naplate poreza, u većini država primenjuje se poresko izuzimanje umesto oporezivanja. Ovakav poreski tretman može uticati na potrošače da se radije opredeljuju za *on-line* kupovinu proizvoda iz inostranstva umesto za kupovinu u svojoj državi, jer će (zbog poreskog izuzimanja) strani proizvod biti jeftiniji od istog ili sličnog proizvoda domaćeg proizvođača (na koji se ne primenjuje poresko izuzimanje). Time se stranim proizvođačima i prodavcima omogućuje da budu konkurentniji u poređenju sa domaćim, čime se podstiču poremećaji na tržištu.²³

¹⁹ Vid. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015, str. 99.

²⁰ U vezi sa definisanjem stalne poslovne jedinice, posebnu pažnju izazivaju izuzeci među kojima se nalaze i pripremni i pomoćni radovi, koji iako su isključeni iz definicije ipak mogu imati značaja za oporezivanje poslovne aktivnosti u oblasti digitalne privrede. Upored. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, str. 102.

²¹ *Ibidem*, str. 107-117.

²² Vid. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report – Annex D* (OECD International VAT/GST Guidelines, Chapter 3: Determining the Place of Taxation for Cross-Border Supplies of Services and Intangibles), str. 221-274.

²³ Vid. KPMG, *Don't Underestimate BEPS' Impact on Indirect Tax*, KPMG International, 2016, str. 2.

Rad u okviru Evropske unije

I u EU se, radi zaštite Unutrašnjeg tržišta kao zajedničkog tržišta svih država-članica, preduzimaju različite mere kojima se sprečavaju nepravična poreska konkurencija, agresivno poresko planiranje i izbegavanje plaćanja poreza, posebno imajući u vidu oporezivanje MNK.

U vezi sa tim, počev od 2012, usvajanjem više akcionih planova, EU nastoji da obezbedi pravično i efikasno oporezivanje kompanija na Unutrašnjem tržištu, pa se u skladu sa tim usvaja novo zakonodavstvo i menja postojeće. Mnoge preduzete mere inicirane su istragama koje su pokrenule Evropska komisija i pojedinačne države-članice u vezi sa neplaćanjem poreza od strane velikih MNK koje posluju u EU. Naročitu pažnju izazvale su istrage započete protiv kompanija iz sfere digitalnih tehnologija, kao što su: *Facebook, Amazon, Microsoft, Apple, Google*, itd., koje su korišćenjem različitih manipulacija uspele da utaje višemilionske iznose poreza.²⁴ Uglavnom, radi se o korišćenju transfernih cena i prebacivanju profita u povezana lica izvan EU, najčešće lociranim u državama poreskim rajevima. U skladu sa merama predloženim u okviru *BEPS*-a, i EU preduzima mere usmerene na: "veštačko" izbegavanje prikazivanja postojanja stalne poslovne jedinice; rešavanje problema nepravične poreske konkurencije; transferne cene i objavljivanje podataka o poslovanju MNK, imajući u vidu rezultate u svakoj od država u kojoj kompanija posluje; sprečavanje zloupotreba poreskih ugovora; pooštavanje regulative u vezi sa kontrolisanim stranim korporacijama, kao i u vezi sa ograničavanjem iznosa izuzimanja kamata i drugih finansijskih plaćanja iz osnovice poreza na dobit korporacija.²⁵

Pored mera u oblasti poreza na dobit kompanija, značajne izmene usvojene su i u oblasti PDV-a, posebno imajući u vidu odredbe PDV Direktive. Tako se, u vezi sa određivanjem mesta gde se vrši oporezivanje, u *B2C* transakcijama, pravi razlika između isporuka koje se vrše oporezivim licima (registrovanim za plaćanje PDV-a) i isporuka koje se vrše licima koja nisu obveznici PDV-a (nisu registrovana za plaćanje poreza). Uglavnom, u prvom slučaju radi se o poslovnim entitetima, dok se u drugom slučaju radi o fizičkim licima. Za pravna lica uzima se u obzir mesto gde su ustanovljeni (mesto gde se obavljaju funkcije centralne uprave) ili mesto sa određenim stepenom stalnosti, opremljeno tehničkom infrastrukturom i osobljem, što omogućuje da se primaju i koriste usluge pružene za sopstvene potrebe). Pored ovoga, značajno pitanje kod *e*-transakcija je i oporezivanje pružanja digitalnih usluga (telekomunikacionih, medijskih /televizijskih i radio/ i elektronski pruženih usluga), čije su definicije date u posebnim članovi-

²⁴ Više vid. E. Hazdieva, *Tax Challenges in the Digital Economy*, European Parliament, 2016, str. 18-22. <http://www.europarl.europa.eu/studies> (02.07.2016).

²⁵ *Ibidem*, str. 42-49.

ma PDV Direktive, i za koje se počev od 1. januara 2015. godine primenjuje pravilo oporezivanja prema mestu odredišta (mestu gde se nalazi potrošač, tj. kupac), što je razlika u odnosu na prethodni period kada se naplata PDV-a vršila primenom mesta porekla. Opet, naplata PDV-a zavisi od toga da li je pružalac usluge lice koje je ustanovljeno u EU ili lice izvan EU, i od činjenice kome se pruža usluga (oporezivom licu ili ne).²⁶

ZAKLJUČAK

Savremeno doba u kome su se globalizacija i upotreba digitalnih tehnologija nametnuli kao društveni imperativi, donelo je brojne dobrobiti i značajno povećalo standard ljudi na čitavoj planeti. Međutim, koliko god da su povezivanje ljudi i kompanija, ukidanje granica i rapidan razvoj tehnologije učinili da teritorijalna udaljenost i državne granice postanu irelevantni, elektronska trgovina i digitalizacija doneli su i brojne probleme. Jedan od najvećih, svakako, je izbegavanje plaćanja poreza od strane MNK. Izbijanje svetske ekonomske i finansijske krize i brojni finansijski skandali, otkrivanje višemilionskih prevara, itd. i značajni gubici poreskih prihoda za nacionalne budžete, uticali su da se na međunarodnom nivou pokrene Projekat o eroziji poreske osnovice i prebacivanju profita od strane OECD-a uz podršku G-20. Isti takvi problemi, čak i izraženiji javljaju se u EU (zbog postojanja Unutrašnjeg tržišta), koja u skladu sa OECD-ovim projektom, pa čak i oštrije, radi na rešavanju problema izbegavanja plaćanja poreza od strane MNK. Iako mere koje se preduzimaju nisu povezane samo sa digitalnom tehnologijom i e-trgovinom, ipak digitalna privreda koja se nametnula kao privreda *sui generis* koja se ubrzano razvija, zahteva oštro i brzo reagovanje. Nadamo se da će u vremenu koje dolazi, digitalizacija koja je nesumnjivo imperativ savremenog društva, omogućiti mnogo više boljitaka, a mnogo manje ostavljati prostore za zloupotrebe.

²⁶ Upored. M. Volvert, "Who is the Customer?"; "The New 2015 EU VAT Rules on the Place of Supply – the Overview"; "What is a Digital Service", tri prezentacije predstavljene na konferenciji *One-Stop Shop* održanoj 2. juna 2014. godine u organizaciji Evropske komisije

SNEŽANA R. STOJANOVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of business and industrial
management, University Union – Nikola Tesla, Belgrade.

GLOBALIZATION AND TAXATION OF A DIGITAL ECONOMY

Summary

Globalization imposed connectivity and interchange in many spheres. Digitalisation in every field made digital economy becoming economy *sui generis*, bringing many global benefits and many global problems. In the field of business and *e-commerce* taxation, tax avoidance and evasion by multinational enterprises (MNEs) are the main problems. After the world financial system faced with the biggest crisis ever, followed with many financial scandals, G-20 initiated and supported OECD to start and realize Project on the base erosion and profit shifting (BEPS) focused on MNEs and their inclination to minimize tax burden legally avoiding paying taxes. Digitalization as an imperative in the era of globalisation gives the great support to the operation of the MNEs all around the world, but also gave them stimulus for abuses. Within the BEPS, OECD intensively works on 15 different, but interconnected topics (actions). The first action of the project relates to tax challenges of the digital economy. Equivalent, ever more intensive work is undertaken by the European Commission which is trying to solve problems of tax avoidance and aggressive tax planning of the MNEs within the EU – problems that seriously harm Internal Market and level playing field.

MARINA DIMITRIJEVIĆ

PRIMENA PORESKIH ZAKONA I PROMENLJIVE DRUŠTVENE OKOLNOSTI

U V O D

Oporezivanje je vrlo pouzdan barometar društvenog reda budući da ništa pouzdano ne govori o naciji kao njen poreski sistem. Prema tome, ko plaća poreze, zašto se plaćaju porezi, kako se oni razrezuju, prikupljaju i troše prilično pouzdano se može oceniti stanje u jednom društvu.¹

Nesporno je da su, kroz vekove, porezi imali veliki uticaj na celokupnu civilizaciju. Oni su usmeravali aktivnosti ljudi, bitno uticali na prosperitet ekonomije i svekupni društveni napredak. Za oporezivanje se, takodje, vezuju i negativna dešavanja u istoriji – beg stanovništva, konflikti manjeg ili većeg intenziteta, ratovi, pojave i propasti carstva i država, nastanak republika i parlamenata.

Shodno tome, nije iznenadjenje da su poreske strukture država današnjice međusobno različite. Zajedničko im je to da se, u promenljivim društvenim okolnostima, primena poreskih zakona, kojima se one ustanovljavaju, suočava sa dosta poteškoća i izazova.

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, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

¹ Charles W. Adams, *Za dobro i zlo – Utjecaj poreza na kretanje civilizacije*, Institut za javne financije, Zagreb, 2006, str. 452.

ZAKONI O POREZIMA, NJIHOVO POŠTOVANJE I AKTUELNI
DRUŠTVENI KONTEKST

Sistemi oporezivanja savremenih država su, u prvim dekadama ovog veka, fundamentalno determinisani činiocima poput istorijskog razvoja, privredne strukture, karaktera političkog i državnog uređenja i obima finansijske aktivnosti države, odnosno stepenom učešća poreskih (javnih) prihoda u ukupnoj novostvorenoj vrednosti, kao pokazateljem fiskalnih, ekonomskih i socijalnih ciljeva oporezivanja. Umeće je svakog nacionalnog zakonodavca da, u ovakvom kontekstu, osmisli poreska zakonska rešenja koja će biti primenjiva, odnosno prihvaćena od strane obveznika poreza u vidu ispunjavanja poreskih obaveza. Uz to, bitno je da takva rešenja ne predstavljaju prepreku već podsticaj normalnom odvijanju društvenih tokova.

U društvima koja sa pravom nose epitet demokratska vodi se, po pravilu, prilično računa da namene radi kojih se ubiraju poreski prihodi imaju legitimitet u vidu podrške većine biračkog tela. Ova podrška se, najčešće, obezbeđuje posrednim putem – izglasavanjem poreskih zakona u parlamentu, a u pojedinim zemljama, pogotovu kada su u pitanju radikalne izmene u odnosu na prethodnu praksu oporezivanja, na referendumu. Navedeno, međutim, ne znači da svaki građanin podržava uvođenje određenog poreza, niti rashode koji se njime finansiraju: čak bi se moglo dogoditi da i deo onih koji su podržali ovakve mere nerado sebe vidi u ulozi subjekata koji stvarno treba da plate porez. Otuda naplata poreza (primena poreskih zakona) i danas počiva na prisili,² odnosno u biti poreza se ništa značajnije nije promenilo – porezi su i dalje prinudna davanja državi. Ono što, uprkos tome, ne treba staviti po strani, jeste potreba permanentne težnje svake napredne države da, u što većoj meri, realizuje dva, u istoriji oporezivanja potvrđena, važna principa tzv. “pametnog” oporezivanja. Reč je o principu oporezivanja uz saglasnost – oporezivanju koje poreski obveznici prihvataju (posredno – preko svojih predstavnika u parlamentu i neposredno kada treba da ispune konkretne poreske obaveze), kao i principu jednakosti obveznika pred porezima (poreskim zakonima). Naime, poreski organi, u postojećim uslovima, imaju široka ovlašćenja da verifikuju informacije o poreskopravnoj sposobnosti obveznika dobijene od njih samih ili trećih lica, tj. neposredno ili posredno dolaze do ovih informacija. Posebno je značajno da ta ovlašćenja koriste saglasno zakonu, vode računa o postojanju adekvatnog i jednakog postupanja prema obveznicima u poreskom postupku uz poštovanje njihovih zakonom propisanih prava. Ako toga nema teško je ostvariti uspešnu realizaciju poreskog sistema, zavidan nivo koope-

² Dejan Popović, *Poreski sistem*, Dosije, Beograd, 1999, cit. str. 14-15.

rativnosti (saradnje) poreskih obveznika u poreskom postupku i, u krajnjoj liniji, saglašavanja obveznika sa poreskim obavezama.

Ponašanje poreskih obveznika u pogledu poštovanja poreskih zakona formira se pod uticajem raznovrsnih determinanti. U osnovi, pristanak na pokoravanje poreskim zakonima svoj "izvor" nalazi u brizi države (poreske vlasti) za građane kao poreske obveznike, odgovarajućem zadovoljavanju njihovih interesa i potreba, nastalih kao odraz življenja u organizovanom društvu. Znanje o tome zašto je neophodno ispunjavati poreske obaveze i razumevanje funkcionisanja države na poreskoj osnovi, može pomoći poreskim obveznicima da bolje razumeju da li su, i u kojoj meri, opravdana ili neopravdana aktuelna poreska zahvatanja njihove ekonomske snage.

Reakcije poreskih obveznika kako na zakone o porezima, tako i na poreske obaveze javljaju se kao spoljni odraz prihvatanja ili neprihvatanja, odnosno saglašavanja ili odbijanja vladinih fiskalnih mera. Ove reakcije nisu istovetne s obzirom da svaki od poreskih obveznika ima sebi svojstvene osobine. Ne retko, oni poreze doživljavaju kao ugrožavanje, manje ili veće, njihove finansijske autonomije. Jedna grupa poreskih obveznika će, u zakonom propisanim rokovima, bez ikakvog protivljenja ispunjavati svoje poreske obaveze. Druga grupa poreskih obveznika će ispunjavati poreske obaveze jer se plaši zakonom propisanih poreskih sankcija. Treća grupa poreskih obveznika će promeniti svoje ponašanje u smislu da će, zbog velikih poreza, odustati od bavljenja odredjenom delatnošću ili će raditi više kako bi kompenzirala izdatke na ime poreza. Četvrta grupa poreskih obveznika će preći u sferu poreske nesaglasnosti, odnosno nezakonite evazije poreza (poreskih delikata).³ Tokom vremena, reakcije obveznika prema porezima su podložne promeni tako da se svako od poreskih obveznika može naći u nekoj od navedenih kategorija. U dinamičnom društvenom kontekstu, to je prilično izraženo a nesporni interes države je da grupa poreskih obveznika, koji svoje poreske obaveze blagovremeno izvršavaju, bude najbrojnija.

Zahtev, koji se postavlja pred poresku legislativu a čije ostvarenje predstavlja fundamentalnu pretpostavku sprečavanja erodiranja spremnosti obveznika da se povinuju poreskim obavezama, odnosi se na uvažavanje načela opštosti (plaćanje poreza je opšta javna dužnost, definisana zakonom) i pravičnosti (svako treba da plaća porez shodno svojoj ekonomskoj snazi).

Ukoliko je poverenje u poreski sistem slabo i ako su poreski obveznici mišljenja da je država dala primat fiskalnom cilju oporezivanja (izdašnosti poreza), kao i elastičnosti poreza (mogućnosti poreskog sistema da se brzo i uspešno prilagodi promenama u visini javnih rashoda) i da nije, u dovoljnoj meri, vodila ra-

³ Marina Dimitrijević, *Mehanizmi podsticanja poreske discipline obveznika*, Pravni život, br. 11, 2015, str. 19.

čuna da porezi budu pravični, izvesno je da će nepoštovanje poreskih zakona (izbegavanje poreskih obaveza) biti izraženo, kao i da će pad naplaćenih poreskih prihoda biti neminovan. Drugim rečima, kreatori poreske politike, koja se "oživotvoruje" u poreskim zakonskim rešenjima, moraju voditi računa da poresko opterećenje bude umereno jer, u suprotnom, poreska politika dolazi u koliziju sa principom izdašnosti (pod dejstvom apsolutnog poreskog limita poreski prihodi se smanjuju, tj. postoji manjak poreskih prihoda potrebnih za podmirivanje javnih potreba) i sa principom efikasnosti (s obzirom da relativni poreski limit nepovoljno utiče na alokaciju resursa).⁴ Nepravilna i neodmerena poreska presija, koja prevazilazi stvarne ekonomske mogućnosti poreskih obveznika (gradjana i privrednih subjekata), realna je opasnost za uspešnu primenu poreskih zakona i isto takvu implementaciju sistema oporezivanja. Ogromna poreska zahvatanja realociraju sredstva iz tržišnog u javni sektor čime se izvlače sredstva neophodna za normalno poslovanje i razvoj privrednih subjekata, kvalitetan život gradjana, stvaraju preduslovi za recesiona kretanja u ekonomiji i usporen privredni rast. Velika poreska presija je uzrok "bega" poreskih obveznika u nelegalnu ekonomiju a ona, u meri u kojoj je rasprostranjena, jeste pokazatelj prisutnih manjih ili većih problema u oporezivanju. Naročito je značajno pravilno odrediti granicu do koje može ići poresko zahvatanje ekonomske snage poreskih obveznika a da se, pri tome, obezbedi nesmetano finansiranje javnih potreba, ne ugrozi rentabilnost tržišnog sektora i ostvari odnos i medjusobno delovanje tržišnog i javnog sektora koje obezbedjuje stabilno povećanje nacionalnog dohotka i društveni razvoj.

Politika oporezivanja se, u znatnom broju država, formuliše uglavnom bez većeg uzimanja u obzir rashodne strane budžeta. Uprkos takvoj praksi ne treba zapostaviti činjenicu da će sud o pravičnosti poreskog sistema svakako biti tačniji ukoliko se uvažuje, pored poreza koje obveznici plaćaju, i koristi koje uživaju od javnih dobara, čija se isporuka finansira iz naplaćenih poreskih prihoda.⁵ Neracionalna (neefikasna) upotreba ubranih poreskih prihoda može stvoriti nepoverenje obveznika u rad vlade i povećati nespремnost za poštovanje poreskih zakona. Stavovi poreskih obveznika prema državi se poboljšavaju ako se procenjuje da vlada pravilno sledi interese poreskih obveznika.⁶ Eventualnim smanjenjem ukupnih ili pojedinih javnih rashoda, razmatranjem njihove efikasnosti i racionalnosti, ukidanjem nepotrebnih javnih rashoda, modernizacijom javnog sektora, uti-

⁴ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Open Society Institute/Constitutional and Legislative Policy Institute, Budapest, Savremena administracija, Beograd, 1997, str. 281-285.

⁵ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2013, str. 41.

⁶ Roberto Dell' Anno, *Tax evasion, tax morale and policy maker's effectiveness*, The Journal of Socio-Economics 38, 2009, p. 995.

če se na obim poreskih prihoda, potrebnih za finansiranje javnih dobara, i visinu poreskog opterećenja obveznika.

Primenom poreskih zakona obveznicima se nameću brojne poreske obaveze ali i priznaju određena poreska prava čije poštovanje značajno utiče na ispunjavanje poreskih obaveza. Potrebno je, u aktuelnom društvenom kontekstu, težiti koncipiranju poreskih zakona odgovarajućeg nivoa kvaliteta, odnosno razvijati i održavati sveobuhvatni, razumljiv i transparentni okvir poreske regulative. S jedne strane, jasni i precizni poreski zakoni, kao i kvalitetni podzakonski akti olakšavaju ispunjavanje poreskih obaveza. Poreski obveznici očekuju da svoje obaveze po osnovu poreza mogu lako prepoznati, proceniti, locirati u prostoru i vremenu i ispuniti ih, a da pri tome ne postoji ni najmanja sumnja da su eventualno (nenamerno) propustili da ispune neke poreske obaveze, platili porez u iznosu višem ili nižem od stvarno dužnog ili da su, na ime plaćanja poreza platili nešto na šta uopšte nisu bili obavezni. Zapravo, posredstvom klasične poreske maksime koja glasi da poreski propis treba da bude *lex certa* postavlja se zahtev da svi elementi poreske obaveze budu formulisani na nedvosmisleni način. S druge strane, složenost, nerazumljivost i nestabilnost poreskih propisa urušavaju spremnost poreskih obveznika da se povinuju zahtevima poreske vlasti.

Prenormiranost u poreskoj oblasti, najčešće, nepovoljno utiče na obveznike poreza izazivajući kod njih osećaj da su u nezavisnoj poziciji u odnosu na poresku vlast (poreske organe). Iz tog razloga je, u mnogim zemljama, raširen trend preduzimanja posebnih programa za smanjenje administrativnog tereta poreske regulative.⁷ S tim povezano, naročito je važno da poreska vlast pravilno razume poruke koje joj, u postupku primene poreskih zakona, šalje poresko javno mnjenje, kao i da obavlja odgovarajuće konsultacije sa poreskim obveznicima i drugim zainteresovanim subjektima prilikom koncipiranja poreskih promena. Zahtev da poreze (poreske zakone) ne treba često menjati, jer svaka radikalna promena u oporezivanju remeti uslove privredjivanja i izaziva "potrese" u kojima poreski obveznici gube dosta vremena da bi se prilagodili novonastalim okolnostima, najbolje je izražena u poznatoj Kanarovoj maksimi da su *stari porezi dobri, a novi rdjavi*. Princip stabilnosti poreskog zakonodavstva nalaže, dakle, da bez velike potrebe ne treba pribegavati poreskim reformama.⁸ Uostalom, poreska regulativa potvrđuje svoju vrednost kroz osiguranje pravne sigurnosti. Ukoliko važi duži vremenski period, poreski obveznici bivaju na nju priviknuti i mogu dugoročni-

⁷ O programima za smanjenje administrativnog tereta poreske regulative u odabranim zemljama videti opširnije: *Programs to Reduce The Administrative Burden Resulting from Tax Regulations (Follow-up Report)*, Forum on Tax Administration: Taxpayer Services Sub-group, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, March 2010, p. 7-12.

⁸ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, str. 289.

je da planiraju sopstvene aktivnosti, odnosno predviđaju svoju buduću poresku poziciju. Navedeno doprinosi poštovanju poreskih zakona, ispunjavanju poreskih obaveza na efikasan način, uz što manje troškove i nelagodnosti kako za obveznike poreza, tako i za državu.⁹ U ovom smislu, u razvijenim zemljama, potrebna pažnja se posvećuje i konceptu tzv. odgovarajuće poreske regulative, koju karakterišu tri elementa: upotreba pluraliteta regulativnih tehnika i pojedinih stilova koji su taktički odabrani da najbolje odgovore postojećim okolnostima i regulisanju motiva poreskih obveznika; zahtev za pristupom koji ohrabruje dobrovoljno ispunjavanje poreskih obaveza; primena demokratskih principa i vrednosti u regulisanom (poreskom) području.¹⁰

DRUŠTVENA NORMA SAVESNOG PORESKOG PONAŠANJA

Egzistiranje norme savesnog poreskog ponašanja u jednom društvu, kao i njeno poštovanje, fundamentalno su determinisani postojećim stanjem poreskog morala u tom društvu. Poreski moral predstavlja društvenu svest i ekonomsku spremnost poreskih obveznika da, u skladu sa poreskim zakonima, redovno i u celini, tj. savesno ispunjavaju svoje poreske obaveze prema državi. Ovim pojmom obuhvaćene su one norme ponašanja u vezi sa oporezivanjem koje određuju koja je vrsta tog ponašanja korisna, a koja štetna sa društvenog stanovišta. Shvatanja ljudi o poreskim deliktima (poreskim krivičnim delima i poreskim prekršajima), pogodna su osnova za proveru trenutnog stanja poreskog morala. U principu, moral poreskih obveznika se može pravilno razumeti samo u sklopu specifičnosti datog društva, tj. u okviru vremenskih i prostornih granica određene sredine i to kao rezultat delovanja subjektivnih i objektivnih faktora. U subjektivne faktore se ubrajaju poreski mentalitet obveznika, svest o pripadnosti određenoj društvenoj zajednici, potreba izvršenja građanskih obaveza, obrazovna struktura poreskih obveznika. Objektivni faktori su vezani za visinu poreskog tereta, oblike poreza u poreskoj strukturi, tehniku oporezivanja, stručnost i efikasnost poreskih organa, namenu ubranih poreskih prihoda, dosledno primenjivanje poreskih zakona. Takođe, već je istaknuto, otpor plaćanju poreza u konkretnom društvu biće manji ukoliko je svrha trošenja poreskih prihoda bliža interesima poreskih obveznika.¹¹ I zaista, poreska praksa najčešće potvrđuje da se subjektivni stavovi po-

⁹ Marina Dimitrijević, *Pravni položaj poreskih obveznika*, Studentski kulturni centar, Niš, 2012, str. 133.

¹⁰ Michael Wenzel, *The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics*, *Law & Policy*, 1(29), 2007, p. 32.

¹¹ William Crandall, Jean-Paul Bodin, *Revenue Administration Reform in Middle Eastern Countries, 1994–2004*, IMF Working Paper, WP/05/203, 2005, p. 10.

reskih obveznika kao pojedinaca i društvene okolnosti (odnosi) moraju integralno posmatrati jer istovremeno oblikuju poreski moral. Poreski moral reflektuje ne samo subjektivne motive obveznika, egoizam i osećanje pripadnosti obveznika određenoj društvenoj zajednici, već i njihov ekonomski i društveni položaj, što ih nagoni da se prema poreskim obavezama dvojako ponašaju – prihvataju ih ili ne prihvataju.¹² Okolnost da se porezi utvrđuju (razrezuju) pravično i da svako plaća svoj teret finansiranja javne potrošnje pozitivno utiče na poreski moral a time i na saglašavanje obveznika sa porezima.¹³

Drugim rečima, uverenje obveznika da i druga lica poštuju poreske propise (nepostojanje poreske diskriminacije)¹⁴ jača osećaj podržavanja odabranih javnih politika i aktivnosti u javnom sektoru koje treba da odražavaju preferencije građana kao obveznika poreza. Zapravo, poverenje građana u vladu, pravosudni sistem i kvalitet upravljanja društvom, kao i mišljenje da nastali javni rashodi odgovaraju obezbeđenim javnim dobrima, ostvaruju pogodan uticaj na poreski moral. Visok nivo poreskog morala je pokazatelj kvalitetne politike države u poreskoj sferi, ali i odraz “zdravlja” jednog društva u celini. Poreski moral se formira u dužem vremenskom periodu tako da njegova bitna promena, preduzimanjem određenih akcija i mera, nije moguća u kraćem periodu vremena. Neophodno je ukazati i da kultura, tradicija, vera, običaji, godine života i obrazovanje obveznika, (ne)tolerancija državnih organa prema nepoštovanju poreskih propisa, u svakoj konkretnoj zemlji, takodje, vidno utiču i posebno profilisu poreski moral.

Dakle, iako je odluka obveznika o povinovanju porezima prvenstveno uslovljena unutrašnjim doživljavanjem poreskog tereta, ne treba zanemariti ni uticaj koji na ovu odluku ostvaruju društvena sredina i konkretne društvene prilike. Porezi treba da budu prihvatljivi prema standardima zajednice (društva) i

¹² Mileva Andjelković, *Efekti oporezivanja i suzbijanje poreske evazije*, u: Poreske reforme u Republici Srbiji – primena poreza (zbornik radova), knjiga 2, Pravni fakultet u Nišu, 2003, str. 134.

¹³ Mileva Andjelković, *Modeliranje ponašanja poreskih obveznika u savremenoj literaturi*, u: Pravni sistem i društvena kriza (zbornik radova), prva sveska, Pravni fakultet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, 2011, str. 481-482.

¹⁴ U cilju realnog razmatranja pitanja (ne)postojanja poreske diskriminacije u savremenim državama treba se podsetiti i nekih opštepoznatih činjenica iz istorije oporezivanja. Naime, poreska istorija nas uči da jednako odkad postoje porezi, postoje i nepovlašćeni i povlašćeni pri oporezivanju. Na jednoj strani, određene kategorije poreskih obveznika su uvek nepovoljnije prolazile pri oporezivanju od drugih kategorija. Na drugoj strani, oduvek su postojali i povlašćeni, koji uopšte nisu plaćali poreze ili su ih plaćali u manjem iznosu nego što je trebalo. Svaka informacija o tome da u jednom društvu postoje i da nisu adekvatno sankcionisani slučajevi nekorektnog, prema društvu i savesnim poreskim obveznicima, neprihvatanja da se učestvuje u snošenju tereta finansiranja javne potrošnje - tzv. „besplatni korisnici“ (*free riders*), ostvaruje izuzetno nepovoljan uticaj na očuvanje integriteta sistema oporezivanja i kredibilitet poreske vlasti.

neophodno je da poreski organi postupaju unutar prihvaćenih društvenih vrednosti. Navedeno jeste pretpostavka postojanja društvene norme savesnog poreškog ponašanja, odnosno urednog ispunjavanja poreških obaveza. Internalizacija ove norme u svesti poreskih obveznika, u određenoj meri, može predstavljati faktor odvratanja obveznika od neplaćanja poreza, povećanja njihovog uverenja da svako plaća svoje zakonom propisane poreze i smanjivanja interesa za evaziju poreza.¹⁵ Ukoliko poreska praksa ukazuje na nizak nivo poreskih prevara, takvo stanje stvari se može objasniti poštovanjem društvene norme savesnog poreškog ponašanja. Država koja je uspela da odgovarajućim merama stvori ambijent poštovanja ove društvene norme, u svojom "rukama" ima moćno sredstvo umanjivanja prostora za nepoštovanje poreških zakona od strane poreskih obveznika.¹⁶ Uverenje obveznika da i ostali članovi društva ispunjavaju poreske obaveze ostvaruje pozitivan uticaj na njih i podstiče ih na lojalno poresko ponašanje. Drugim rečima, individualno savesno (pošteno) poresko ponašanje se, efektom ugledanja, prenosi na širi krug obveznika.

Poštovanje (nepoštovanje) društvene norme urednog ispunjavanja poreških obaveza ostvaruje uticaj na unutrašnju motivisanost obveznika da pozitivno ili negativno procenjuju izbegavanje poreških obaveza (poresku evaziju). To se posebno odnosi na tip tzv. uslovno kooperativnih poreskih obveznika koji uslovljavaju ispunjavanje svojih poreških obaveza time kako se ponašaju drugi poreski obveznici.¹⁷ Njihovo zapažanje da postoji znatan broj poreskih obveznika koji ne ispunjavaju poreske obaveze može im poslužiti kao povod za razmišljanje o nepoštenom poreškom ponašanju u budućnosti. Ovakav splet okolnosti, posebno karakterističan za društveno dinamične periode, nalaže poreskoj vlasti (poreskim organima) zadatak ozbiljnije analize ispoljenih trendova u poreškom ponašanju obveznika s obzirom da oni mogu značajno da ugroze poresku disciplinu u jednom društvu. U situaciji kada je percepcija poreskih obveznika o stvarnom stanju u oblasti oporezivanja nerealna i pogrešna, poreski organi treba javnosti da učine dostupnim tačne i potpune informacije o realizaciji poreškog sistema i preduze-

¹⁵ Jonas Edlund, Rune Aberg, *Socials norms and tax compliance*, Swedish Economic Policy Review, 9, 2002, p. 224.

¹⁶ Suprotno tome, neprimenjivanje ili nedoslednost u primeni propisanih poreških sankcija šalje „signal“ svakom nepoštenom poreškom obvezniku da se može nekažnjeno ponašati i da je izbegavanje plaćanja poreza u izvesnom smislu društveno prihvatljivo. Neposredna posledica takvih shvatanja ispoljava se u slabljenju društvene norme savesnog poreškog ponašanja. Videti: Mileva Andjelković, *Unapredjenje poreske discipline u savremenim kriznim uslovima*, Srpska politička misao, br. 4, 2015, str. 192-193.

¹⁷ Christian Traxler, *Social norms and conditional cooperative taxpayers*, European Journal of Political Economy 26, 2010, p. 89.

tim aktivnostima u cilju jačanja poreske discipline.¹⁸ Podsticanje poreske lojalnosti podrazumeva permanentnu korektnu komunikaciju poreske vlasti sa poštenim poreskim obveznicima. Upravo preko njih, poreskom javnom mnjenju, treba preneti informaciju o potrebi savesnog poreskog ponašanja,¹⁹ kao bitnoj pretpostavki uspešnog finansiranja države i sveukupnog napretka društva.

ODGOVOR NA NOVE IZAZOVE U PRIMENI PORESKIH ZAKONA

U uslovima globalizacije svetske ekonomije, koja je rezultat tehnološkog napretka i institucionalne liberalizacije tokova roba i kapitala a ispoljava se preko ubrzanog rasta međunarodne trgovine i povećanja mobilnosti kapitala i rada, nameću se novi izazovi savremenom oporezivanju. Primena poreskih zakona postaje složenija jer poreski obveznici postaju prilično osetljivi na međunarodne razlike u stopi inflacije, promene poreskih stopa, razlike u poreskom sistemu, kao i sposobnost poreskih organa da, za potrebe oporezivanja, blagovremeno prate postojeće tokove kapitala i roba. Proces globalizacije povećava mogućnost da poreski obveznici različite vrste dohotka zarade u inostranstvu i pokreće pitanje nivoa sposobnosti poreskih organa da pouzdano provere tačnost podataka u poreskim prijavama obveznika. Iz konfliktnosti sada već "globalizovanog" kapitala i, po svojoj prirodi, nacionalno odredjenih poreskih politika proizilaze važni problemi oporezivanja na međunarodnom planu. Uz dvostruko oporezivanje i porešku konkurenciju, nezaobilazan je i problem nepoštovanja poreskih zakona i evazije poreza.²⁰

Naime, usled poslovanja pojedinaca i kompanija na međunarodnim tržištima i savremenih načina poslovanja putem informacione tehnologije, izbegavanje plaćanja poreza stalno dobija nove modalitete. Kao posledica toga javlja se erozija nacionalnih poreskih osnovica i umanjene fiskalnog radmana u velikom broju država, tako da ovaj društveni fenomen postaje globalni problem. U tom smislu, raskorak između teritorijalne prirode nacionalnih poreskih suvereniteta i intenziviranja poslovanja u širim međunarodnim okvirima, upućuje države na jačanje međusobne razmene poreskih informacija i preduzimanje aktivnosti i mera usmerenih na suzbijanje izbegavanja poreskih obaveza u međunarodnim ekonomskim odnosima. Agresivno poresko planiranje, transferne cene, utanjena

¹⁸ *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. 23.

¹⁹ Marina Dimitrijević, *Odrednice lojalnosti poreskih obveznika*, Pravni život, br. 11, 2014, str. 98.

²⁰ Pero Jurković, *Javne financije*, Masmedija, Zagreb, 2002, str. 153-158.

kapitalizacija, fantomske kompanije, *off shore* kompanije, korišćenje hibridnih finansijskih instrumenata u međunarodnom finansijskom poslovanju, špekulativne transakcije, poznatiji su primeri neprihvatljivog ponašanja poreskih obveznika sa stanovišta savremenog fiskusa.²¹

Da li će i u kojoj meri današnje države adekvatno odgovoriti novim izazovima u domenu implementacije svojih poreskih struktura zavisi, pre svega, od njihove doslednosti da adekvatno ostvare javni interes u poreskoj oblasti, kao nadmoćniji u poredjenju sa interesima obveznika poreza (pojedinaca i kompanija). Unapredjenje primene poreskih zakona zahteva određeno organizaciono prilagodjavanje poreskih organa u načinu ostvarivanja funkcije oporezivanja, kao i razvoj kvalitetnih odnosa sa poreskim obveznicima. U ovom kontekstu, kontrola poreskih obveznika ima poseban značaj. Da bi ostvarila svoju funkciju, poreska kontrola bi trebalo da obuhvata sledeće grupe aktivnosti: pripremanje detaljnih planova i programa kontrole, i isto takvih upustava za kontrolu koja se odnose na različite oblike poreza, vrste poreskih obveznika, poreske rizike i upotrebu resursa; realizaciju planova i programa kontrole preko povezanih provera i ispitivanja sistema poslovanja, procedura, poslovnih izveštaja i transakcija poreskih obveznika; pripremanje zapisnika sa zaključcima kontrole i preporukama za otklanjanje nepravilnosti uočeni u kontroli, dodatno oporezivanje i primenu sankcija prema poreskim obveznicima, koji su prekršili poreske zakone.²² Takođe, povećanje kvaliteta poreske kontrole podrazumeva i usko stručnu specijalizaciju poreskih službenika koji je obavljaju (specijalizacija po vrsti poreza ili granama delatnosti).

Moderna informaciona tehnologija pruža brojne prilike za primenu novih modaliteta poreske kontrole i rešavanje njenih najsloženijih zadataka. Tako je moguće primeniti *e*-kontrolu preko posebnih kompjuterskih programa i unaprediti logistiku (podršku) poreske kontrole umrežavanjem raznih informacionih sistema, u svrhu razmene informacija značajnih za obavljanje ove funkcije, tj. proveru da li se poreski zakoni ispravno primenjuju.²³

Poreski organi treba da nastoje da obezbede da njihove kontrolne aktivnosti budu usmerene prema onim segmentima poreske populacije gde postoji najveći rizik nepoštovanja poreskih propisa.²⁴ Delotvorno upravljanje poreskim rizicima

²¹ Mileva Andjelković, Marina Dimitrijević, *Poreska administracija pred savremenim društvenim izazovima*, Teme, br. 4, 2013, cit. str. 1769-1770.

²² Seth Terkper, *Managing Small and Medium-Size Taxpayers in Developing Economies*, Tax Notes International, 2003, p. 220.

²³ Videti: *Compliance Risk Management – Use of Random Audit Programs (Information Note)*, Prepared by Forum on Tax Administration Compliance Sub-group, Committee on Fiscal Affairs, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, September 2004, p. 7, p. 12.

²⁴ Praćenje i kontrolisanje ponašanja poreskih obveznika sa velikim prihodnim potencijalom (velikih poreskih obveznika), čije se poslovanje najčešće odvija i na međunarodnom planu, za-

znači da su upravljačke strukture poreskih organa (poreske administracije) pravovremeno prepoznale poreske rizike i ugradile upravljanje ovim rizicima u svakodnevno delovanje poreskih organa. Navedeno zahteva metodološki okvir praćenja rizika koji se formuliše kroz dokumentovanje informacija o rizicima, klasifikaciju rizika, procenu verovatnoće rizika i efekata, uvodjenje sistema izveštavanja o rizicima, imenovanje poreskih službenika koji će nadzirati rizike, izradu strategije upravljanja poreskim rizicima sa ciljem njihovog konstantnog identifikovanja i procenjivanja kako bi se donela odluka o najboljem načinu tretiranja istih. Potencijalno je moguće preduzeti aktivnosti poput promene uslova koji omogućavaju pojavu rizika, preduzimanja mera kojima se umanjuju rizici ili njihove posledice, prenošenja rizika u naredni vremenski period, kao i zadržavanja pojedinih rizika u slučaju da se oni ne mogu izbeći ili ako su troškovi njihovog otklanjanja veći od poreskih prihoda koji bi mogli biti ostvareni.

Osavremenjivanje poslovnih procesa u poreskoj administraciji, koje se ostvaruje upotrebom informacione tehnologije, doprinosi razvoju odnosa poreskih organa i poreskih obveznika (*e-poreska komunikacija, call centri, servisi za pružanje poreskih usluga obveznicima i sl.*). Ono, istovremeno, omogućava funkcionisanje organizovanog sistema ukrštanja poreskih podataka i adekvatan odabir poreskih obveznika koje treba kontrolisati. Time se, uz postojanje visokog nivoa profesionalnosti poreskih službenika, poboljšava verovatnoća otkrivanja poreskih rizika i nepoštovanja poreskih zakona. Ispoljeni poreski rizici i kvalitet upravljanja ovim rizicima dobar su pokazatelj stanja u poreskoj oblasti, uticaja koje su aktivnosti preduzete u pravcu dostizanja bolje primene poreskih zakona ostvarile, kao i spremnosti poreske vlasti da obavljanje oporezivih delatnosti u, što većoj meri, vrati u legalne tokove.

ZAKLJUČAK

Poreski zakoni, da bi bili prihvaćeni i da bi se uspešno primenjivali, treba, na svojevrstan način, da odražavaju osnovne vrednosti koje deli velika većina populacije poreskih obveznika. Ukoliko se, na jednoj strani, preko javnih rashoda obezbeđuju javna dobra potrebna za normalno funkcionisanje države i društva to će se pozitivno odraziti na jačanje osećanja zajedništva i solidarnosti i ukupan društveni kapital. Primena poreskih zakona koji, na drugoj strani, predstavljaju pooštavanje postojećih režima oporezivanja, mora biti praćena strogom kontro-

hteva posebnu pažnju. Broj velikih poreskih obveznika u jednoj zemlji predstavlja mali deo ukupnog broja poreskih obveznika ali od njih poreska vlast naplaćuje najviše poreskih prihoda. Kako bi se pravilno upravljalo naplatom poreza od ove kategorije poreskih obveznika (i mogućim poreskim rizicima), poreske administracije, u svojoj organizacionoj strukturi, imaju posebnu organizacionu jedinicuu koja je zadužena za rad sa velikim poreskim obveznicima.

lom trošenja ubranih poreskih prihoda jer, u suprotnom, može predstavljati realnu opasnost za sadašnju i buduću realizaciju poreskih potraživanja države. To je posebno naglašeno u vremenu promenljivih društvenih okolnosti. Tada je izuzetno važno preduzimati aktivnosti u pravcu očuvanja integriteta poreskog sistema kako bi se obezbedio zadovoljavajući nivo poštovanja poreskih zakona i pružio, u susretu sa novim izazovima u poreskoj sferi, odgovarajući odgovor poreske vlasti.

Inovirani procesi i metodi rada poreskih organa, uz ciljani pristup da se pruži pomoć poreskim obveznicima u razumevanju poreskih zakona i da se oni edukuju u pravcu masovnog usvajanja društvene norme savesnog poreskog ponašanja, suštinski su bitan deo nastojanja da se zaštiti javni interes u oblasti opozrezivanja. U tom smislu, institucionalne mere, usmerene na unapredjenje odnosa poreskih organa i poreskih obveznika, treba da signaliziraju veću korist poštovanja poreskih zakona u odnosu na korist koju donosi njihovo nepoštovanje a sve to u nameri reprodukovanja, sa stanovišta društvene korisnosti, poželjnih pravila poreskog ponašanja. Pravne mere treba da obezbede kvalitetnu i postojanu porešku legislativu jer poreski obveznici, naročito u dinamičnim društvenim periodima, žele da vide izvesnost svoje poreskopravne situacije. Socio-ekonomske mere je neophodno usmeriti na jačanje opšteg nivoa morala u društvu, a time i poreskog morala. Medjusobno sadejstvo institucionalnih, pravnih i socio-ekonomskih mera je potrebno kako bi se, kao imperativ opstanka države i društva, bez velikih teškoća, ostvarivala primena poreskih zakona.

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

THE IMPLEMENTATION OF TAX LAWS AND CHANGING SOCIAL CIRCUMSTANCES

Summary

The implementation of legally regulated relations between the tax authorities (fiscus) and tax payers is not simple and, in reality, it is followed by many difficulties. The environment in which tax laws are applied is changing significantly due to the advancement of international economic cooperation, development of modern information technology, presence of complex financial processes and the current financial-economic crisis. The changing social circumstances have a fundamental influence on the successful implementation of tax laws. Taking into consideration the interest of the state to implement the system of taxation in the best possible way, it is necessary to use legislation, which regulates tax procedure, to reduce the chances for tax evasion, to discourage dishonest tax behaviour, that is, to provide support for the orderly fulfilment of tax obligations. At the same time, it is necessary to update the existing organisation and the operation modes of tax authorities, and to develop socially-approved forms of communication with tax payers.

HASIBA HRUSTIĆ

FRAGMENTACIJA VISINE POREZA NA IMOVINU

U V O D

Jedinice lokalne samouprave ovlašćene su da odrede poresko opterećenje poreza na imovinu. Na visinu poreske obaveze po osnovu poreza na imovinu od uticaja je ne samo visina poreske osnovice, već i stopa po kojoj se utvrđuje porez, a kada je u pitanju poreska obaveza obveznika koji ne vodi poslovne knjige – utiče i pravo konkretnog obveznika na poreski kredit. Jedan od elemenata za utvrđivanje poreske osnovice je prosečna cena kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti u zoni u kojoj se nalazi nepokretnost, pri čemu zone određuje nadležni organ jedinice lokalne samouprave prema kriterijumima propisanim Zakonom o porezima na imovinu. Takođe, stope poreza na imovinu utvrđuje skupština jedinice lokalne samouprave, koje ne mogu biti više od maksimalnog iznosa poreskih stopa propisanih Zakonom.

OVLAŠĆENJA JEDINICE LOKALNE SAMOUPRAVE U UTVRĐIVANJU VISINE STOPE POREZA NA IMOVINU

Zakonom o finansiranju lokalne samouprave skupština jedinice lokalne samouprave utvrđuje visinu stope poreza na imovinu,¹ do visine najviše stope pro-

¹ Član 8. Zakona finansiranju lokalne samouprave, "Sl. glasnik RS", br. 62/06, 47/11, 93/12, 99/13, 125/14, 95/15.

pisane Zakonom o porezima na imovinu.² Inače, jedinici lokalne samouprave pripadaju izvorni prihodi ostvareni na njenoj teritoriji, *inter alia*, i prihod od poreza na imovinu.³ Jedinica lokalne samouprave u celosti utvrđuje, naplaćuje i kontroliše javne prihode kao izvorne prihode ostvarene na njenoj teritoriji, a prihode od poreza na imovinu počev od 1. januara 2007. godine.

Stope izvornih prihoda utvrđuje skupština jedinice lokalne samouprave svojom odlukom, koju može menjati najviše jedanput godišnje, i to u postupku utvrđivanja budžeta jedinice lokalne samouprave za narednu godinu. Izuzetno, odluka se može izmeniti i u slučaju donošenja, odnosno izmene zakona ili drugog propisa kojim se uređuju izvorni prihodi jedinice lokalne samouprave. Odluka se objavljuje na način na koji se objavljuju akti jedinice lokalne samouprave.⁴

Za razliku od izvornog prihoda kakav je poreza na imovinu, prihodi od ustupljenih poreza koji pripadaju jedinici lokalne samouprave su od sledećih poreza ostvarenih na njenoj teritoriji:

– porez na dohodak građana, i to na prihode od: poljoprivrede i šumarstva, samostalne delatnosti; nepokretnosti, davanja u zakup pokretnih stvari, osiguranja lica, 80% od poreza na zarade koji se plaća prema prebivalištu zaposlenog, ostali prihodi u skladu sa zakonom;

– porez na nasleđe i poklon i porez na prenos apsolutnih prava.

Izuzetno, gradu Beogradu pripada 70% od poreza na zarade koji se plaća prema prebivalištu zaposlenog.⁵

UTVRĐIVANJE PORESKE OBAVEZE PO OSNOVU POREZA NA IMOVINU

Porez na imovinu plaća se na nepokretnosti koje se nalaze na teritoriji Republike Srbije, i to na:⁶

- 1) pravo svojine, odnosno na pravo svojine na zemljištu površine preko 10 ari;
- 2) pravo zakupa stana ili stambene zgrade konstituisano u korist fizičkih lica, u skladu sa zakonom kojim je uređeno stanovanje, odnosno socijalno stanovanje, odnosno zakonom kojim su uređene izbeglice, za period duži od jedne godine ili na neodređeno vreme;

² Zakon o porezima na imovinu, "Sl. glasnik RS", br. 26/01, "Sl. list SRJ", br. 42/02 - odluka SUS i "Sl. glasnik RS", br. 80/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 - odluka US, 47/13, 68/14.

³ Zakon o finansiranju lokalne samouprave, član 6.

⁴ *Ibid*, član 7.

⁵ Zakon o porezima na imovinu, član 35.

⁶ *Ibid*, član 2. stav 1.

3) pravo korišćenja građevinskog zemljišta površine preko 10 ari, u skladu sa zakonom kojim se uređuje pravni režim građevinskog zemljišta;

4) pravo korišćenja nepokretnosti u javnoj svojini od strane imaooca prava korišćenja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje javna svojina;

5) korišćenje nepokretnosti u javnoj svojini od strane korisnika nepokretnosti, u skladu sa zakonom kojim se uređuje javna svojina;

6) državinu nepokretnosti na kojoj imalac prava svojine nije poznat ili nije određen;

7) državinu nepokretnosti u javnoj svojini, bez pravnog osnova;

8) državinu i korišćenje nepokretnosti po osnovu ugovora o finansijskom lizingu.

Kad na nepokretnosti postoji neko od prava, korišćenja ili državine, porez na imovinu plaća se na to pravo, a ne na pravo svojine.⁷

Nepokretnostima se smatraju:

1) zemljište, i to: građevinsko, poljoprivredno, šumsko i drugo;

2) stambene, poslovne i druge zgrade, stanovi, poslovne prostorije, garaže i drugi (nadzemni i podzemni) građevinski objekti, odnosno njihovi delovi (u daljem tekstu: objekti).

Obveznik poreza na imovinu je pravno i fizičko lice koje je na nepokretnosti na teritoriji Republike Srbije.⁸

1) imalac prava svojine, odnosno prava svojine na zemljištu površine preko 10 ari; prava zakupa stana ili stambene zgrade konstituisano u korist fizičkih lica, za period duži od jedne godine ili na neodređeno vreme; prava korišćenja građevinskog zemljišta površine preko 10 ari; prava korišćenja nepokretnosti u javnoj svojini od strane imaooca prava korišćenja;

2) korisnik nepokretnosti u javnoj svojini;

3) držalac nepokretnosti na kojoj imalac prava svojine nije poznat ili nije određen ili na državinu nepokretnosti u javnoj svojini, bez pravnog osnova;

4) primalac lizinga na državinu i korišćenje nepokretnosti po osnovu ugovora o finansijskom lizingu.

Obveznik poreza na imovinu na pravo svojine na stanu je imalac prava svojine, što znači i fizičko lice koje nije državljanin, odnosno rezident je strane države.⁹

Za objekat za koji je nastala obaveza po osnovu poreza na imovinu, obaveza nije prestala iz razloga što je taj objekat ruiniran i poreski obveznik ga ne kori-

⁷ *Ibid*, član 2. stav 3.

⁸ *Ibid*, član 4. stav 1.

⁹ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-01-00074/2015-04 od 30.3.2015.

sti. Naime, pravo je poreskog obveznika da se opredeli da li će svoj objekat koristiti ili ne, odnosno da li će ga rekonstruisati kako bi ga učinio funkcionalnim za određenu namenu.¹⁰

Zakonom o porezima na imovinu propisano je poresko oslobođenje kad za sve nepokretnosti poreskog obveznika na teritoriji iste jedinice lokalne samouprave ukupna osnovica poreza na imovinu ne prelazi iznos od 400.000 dinara.¹¹ Međutim, Zakonom nije propisan osnov za oslobođenje od poreza na imovinu za objekat koji je oštećen dejstvom zemljotresa, a faktički postoji. Samo ukoliko dođe do rušenja objekta, prestaje obaveza po osnovu poreza na imovinu za taj objekat.¹²

OSNOVICA POREZA NA IMOVINU ZA NEPOKRETNOSTI OBVEZNIKA KOJI NE VODI POSLOVNE KNJIGE

Osnovicu poreza, odnosno vrednost nepokretnosti poreskog obveznika koji ne vodi poslovne knjige utvrđuje organ jedinice lokalne samouprave nadležan za utvrđivanje, naplatu i kontrolu izvornih prihoda jedinice lokalne samouprave (u daljem tekstu: organ jedinice lokalne samouprave).¹³ Vrednost nepokretnosti, osim zemljišta, može (a ne mora) se umanjiti za amortizaciju po stopi do 1% godišnje primenom proporcionalne metode, a najviše do 40%, počev od isteka svake kalendarske godine u odnosu na godinu u kojoj je izvršena izgradnja, odnosno poslednja rekonstrukcija objekta, a na osnovu odluke skupštine jedinice lokalne samouprave o visini stope amortizacije koja važi na dan 15. decembra godine koja prethodi godini za koju se utvrđuje porez na imovinu i koja je objavljena.

Skupštine jedinice lokalne samouprave mogu odlukom utvrditi niže stope poreza na imovinu od najviše poreske stope propisane Zakonom o porezima na imovinu (nižu stopu od 0,40% za nepokretnosti obveznika koji ne vodi poslovne knjige), ali se to u praksi još nije dogodilo.

Ako skupština jedinice lokalne samouprave ne utvrdi visinu stope amortizacije, ili je utvrdi a ne objavi skladu sa Zakonom o porezima na imovinu, kod utvrđivanja poreza na imovinu vrednost nepokretnosti ne umanjuje se za amortizaciju.¹⁴ Skupština jedinice lokalne samouprave isključivo je nadležna da donese odluku kojom se uređuju stope poreza na imovinu, kao i odluku kojom se uređuju

¹⁰ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 413-00-00045/2015-04 od 14.04.2015.

¹¹ Zakon o porezima na imovinu, član 12. stav 2.

¹² Mišljenje Ministarstva finansija, br. 413-00-00139/2014-04 od 23.01.2014.

¹³ Zakon o porezima na imovinu, član 5.

¹⁴ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 011-00-00144/2015-04 od 05.06.2015.

je visina stope amortizacije za koju se umanjuje vrednost nepokretnosti (osim zemljišta), obveznika poreza na imovinu koji ne vode poslovne knjige.

Vrednost nepokretnosti utvrđuje se primenom sledećih elemenata: 1) korisna površina; 2) prosečna cena kvadratnog metra (u daljem tekstu: prosečna cena) odgovarajućih nepokretnosti u zoni u kojoj se nalazi nepokretnost.

Korisna površina zemljišta je njegova ukupna površina, a korisna površina objekta je zbir podnih površina između unutrašnjih strana spoljnih zidova objekta (isključujući površine balkona, terasa, lođa, neadaptiranih tavanskih prostora i prostora u zajedničkoj nedeljivoj svojini svih vlasnika ekonomski deljivih celina u okviru istog objekta).

Zone predstavljaju delove teritorije jedinice lokalne samouprave koje nadležni organ jedinice lokalne samouprave odlukom može odrediti odvojeno za naselja prema vrsti naselja (selo, grad) i izvan naselja ili jedinstveno za naselja i izvan naselja, prema komunalnoj opremljenosti i opremljenosti javnim objektima, saobraćajnoj povezanosti sa centralnim delovima jedinice lokalne samouprave, odnosno sa radnim zonama i drugim sadržajima u naselju. Jedinica lokalne samouprave dužna je da na svojoj teritoriji odredi najmanje dve zone.

Osnovica poreza na imovinu za nepokretnost obveznika koji ne vodi poslovne knjige u jedinici lokalne samouprave koja u skladu sa ovim zakonom nije odredila zone jednaka je osnovici poreza na imovinu za tekuću godinu te, odnosno druge odgovarajuće nepokretnosti obveznika koji ne vodi poslovne knjige, za odgovarajuću površinu.¹⁵

Razvrstavanje nepokretnosti

Za svrhu utvrđivanja osnovice poreza na imovinu, nepokretnosti se razvrstavaju u sledeće grupe odgovarajućih nepokretnosti: 1) građevinsko zemljište; 2) poljoprivredno zemljište; 3) šumsko zemljište; 4) stanovi; 5) kuće za stanovanje; 6) poslovne zgrade i drugi (nadzemni i podzemni) građevinski objekti koji služe za obavljanje delatnosti; 7) garaže i garažna mesta.

Ako objekat čini više posebnih celina koje se mogu svrstati u različite grupe, svaka posebna celina u okviru objekta se, za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu, svrstava u odgovarajuću grupu nepokretnosti.¹⁶ Objekat koji je jedinstvena celina mešovitog karaktera, za potrebe utvrđivanja poreza na imovinu, razvrstava se prema pretežnoj nameni. Na primer, ako u okviru kuće koja je namenjena i služi za stanovanje, jedna od prostorija služi za obavljanje poslovne delatnosti, a čini jedinstvenu celinu sa prostorijama namenjenim za stanovanje (kao pretežnoj na-

¹⁵ Zakon o porezima na imovinu, član 6.

¹⁶ *Ibidem*, član 6a.

meni te kuće) i kao takva ne može biti samostalan predmet pravnog prometa, taj objekat (uključujući i prostoriju koja se koristi za obavljanje poslovne delatnosti) razvrstava se u grupu – kuće za stanovanje.

Ako su u sastavu objekta više posebnih građevinskih celina: stanovi i poslovni prostor (lokali), stanovi se razvrstavaju u grupu – stanovi, a poslovni prostor razvrstava se u grupu – poslovne zgrade i drugi (nadzemni i podzemni) građevinski objekti koji služe za obavljanje delatnosti.¹⁷

Kada se na zemljištu, pored stambenog objekta, nalazi i objekat koji je u funkciji obavljanja poslovne delatnosti, taj objekat se razvrstava u grupu – poslovne zgrade i drugi (nadzemni i podzemni) građevinski objekti koji služe za obavljanje delatnosti (na primer, perionica i sušionica za rublje koje su u funkciji obavljanja poslovne delatnosti).

OSNOVICA POREZA NA IMOVINU ZA NEPOKRETNOSTI OBVEZNIKA KOJI VODI POSLOVNE KNJIGE

Osnovica poreza na imovinu za nepokretnosti obveznika koji vodi poslovne knjige i čiju vrednost u poslovnim knjigama iskazuje po metodi fer vrednosti iskazanoj na poslednji dan poslovne godine, u skladu sa međunarodnim računovodstvenim standardima (MRS), odnosno međunarodnim standardima finansijskog izveštavanja (MSFI) i usvojenim računovodstvenim politikama.

Osnovicu poreza na imovinu poreskog obveznika koji nepokretnosti u svojim poslovnim knjigama ne iskazuje u skladu sa MRS ili MSFI i usvojenim računovodstvenim politikama čini vrednost nepokretnosti primenom sledećih elemenata: korisna površina; prosečna cena kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti u zoni u kojoj se nalazi nepokretnost, za:

1) neizgrađeno zemljište - vrednost zemljišta; 2) ostale nepokretnosti - vrednost objekata uvećana za vrednost pripadajućeg zemljišta.

Izuzetno, vrednost nepokretnosti je vrednost iskazana u poslovnim knjigama na poslednji dan poslovne godine obveznika (u daljem tekstu: knjigovodstvena vrednost) u tekućoj godini, za nepokretnosti opredeljene se prema njihovoj nameni u skladu sa propisima kojima se uređuje klasifikacija delatnosti. i to za:

1) eksploataciona polja i eksploatacione objekte; 2) objekte u kojima su smešteni proizvodni pogoni prerađivačke industrije koji se koriste za obavljanje delatnosti; 3) objekte za proizvodnju, prenos i distribuciju električne energije, osim trgovine i upravljanja; 4) objekte za proizvodnju gasa; 5) objekte za proizvodnju pare, tople vode, hladnog vazduha i leda; 6) objekte za tretman i odlaganje otpa-

¹⁷ Mišljenje Ministarstva finansija, br. 430-00-00021/2014-04 od 07.03.2014.

da; 7) objekte u kojima se odvijaju procesi neophodni za ponovnu upotrebu materijala; 8) skladišne i stovarišne objekte.

Za napred navedene nepokretnosti koje obveznik u poslovnim knjigama iskazuje posebno od vrednosti pripadajućeg zemljišta, osim eksploatacionih polja, osnovicu poreza na imovinu čini zbir knjigovodstvenih vrednosti objekata i vrednosti pripadajućih zemljišta koje su procenjene primenom elemenata: korisna površina i prosečna cena kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti u zoni u kojoj se nalazi nepokretnost.

Za nepokretnost koju obveznik koji vodi poslovne knjige izgradi, stekne, ili mu po drugom osnovu nastane poreska obaveza u toku godine za koju se utvrđuje porez na imovinu (u daljem tekstu: poreska godina), osnovica poreza na imovinu za tu godinu je njena nabavna vrednost iskazana u poslovnim knjigama obveznika, a za naredne godine utvrđuje se po metodu fer vrednosti u skladu sa MRS), odnosno međunarodnim standardima finansijskog izveštavanja i usvojenim računovodstvenim politikama, ili primenom elemenata: korisna površina i prosečna cena kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti u zoni u kojoj se nalazi nepokretnost.

Obveznik - korisnik nepokretnosti u javnoj svojini koji vodi poslovne knjige osnovicu poreza na imovinu za nepokretnosti čiji je držalac utvrđuje primenom elemenata: korisna površina i prosečna cena kvadratnog metra odgovarajućih nepokretnosti u zoni u kojoj se nalazi nepokretnost razvrstana u grupe odgovarajućih nepokretnosti.

Pripadajućim zemljištem smatra se katastarska parcela zemljišta na kojoj se nalazi objekat ili njegov deo, odnosno deo zemljišta određen granicom (međom) - ako takav deo postoji.¹⁸

OBJAVA PROSEČNIH CENA NEPOKRETNOSTI U ZONAMA

Jedinica lokalne samouprave dužna je da objavi akt kojim se utvrđuju prosečne cene odgovarajućih nepokretnosti u zonama do 30. novembra svake tekuće godine, na način na koji se objavljuju njeni opšti akti.

Prosečnu cenu odgovarajućih nepokretnosti po zonama na teritoriji jedinice lokalne samouprave, utvrđuje svaka jedinica lokalne samouprave aktom nadležnog organa, na osnovu cena ostvarenih u prometu odgovarajućih nepokretnosti po zonama u periodu od 1. januara do 30. septembra godine, koja prethodi godini za koju se utvrđuje porez na imovinu (u daljem tekstu: tekuća godina).

Prosečna cena u zoni u kojoj nije bilo najmanje tri prometa (u daljem tekstu: zona u kojoj nije bilo prometa) odgovarajućih nepokretnosti u periodu od 1.

¹⁸ Zakon o porezima na imovinu, član 7.

januara do 30. septembra tekuće godine, za te nepokretnosti utvrđuje se na osnovu proseka prosečnih cena ostvarenih u graničnim zonama u kojima je u tom periodu bilo najmanje tri prometa odgovarajućih nepokretnosti. Granične zone su zone čije se teritorije graniče sa zonom u kojoj nije bilo prometa, nezavisno od toga kojoj jedinici lokalne samouprave pripadaju.

Za nepokretnosti obveznika koji ne vode poslovne knjige, jedinica lokalne samouprave dužna je da do 30. novembra svake tekuće godine objavi prosečne cene odgovarajućih nepokretnosti na osnovu kojih je za tekuću godinu utvrđena osnovica poreza na imovinu i to u zoni koja je, prema odluci nadležnog organa te jedinice lokalne samouprave, utvrđena kao najopremljenija u smislu komunalne opremljenosti i opremljenosti javnim objektima, saobraćajne povezanosti sa centralnim delovima jedinice lokalne samouprave, odnosno sa radnim zonama i drugim sadržajima u naselju (u daljem tekstu: najopremljenija zona).

Za nepokretnosti obveznika koji vode poslovne knjige, u slučaju da u graničnim zonama nije bilo prometa odgovarajućih nepokretnosti, za potrebe utvrđivanja osnovice poreza na imovinu, objavljene prosečne cene množe se koeficijentima koje utvrđuje jedinica lokalne samouprave aktom nadležnog organa, za svaku zonu na svojoj teritoriji, a koji ne mogu biti veći od:

- 1) 1,00 - za nepokretnosti u najopremljenijim zonama;
- 2) 0,80 - za nepokretnosti u zonama koje se u toj jedinici lokalne samouprave graniče sa najopremljenijim zonama;
- 3) 0,40 - za nepokretnosti u zonama seoskih naselja;
- 4) 0,30 - za nepokretnosti u zonama izvan seoskih i gradskih naselja;
- 5) 0,60 - za ostale zone u toj jedinici lokalne samouprave.

Jedinica lokalne samouprave dužna je da objavi akte kojima se utvrđuju zone, najopremljenije zone, kao i koeficijente za nepokretnosti u zonama, do 30. novembra tekuće godine, kao i svaku promenu tih akata.

Ako jedinica lokalne samouprave do 30. novembra tekuće godine ne objavi koeficijente za nepokretnosti u zonama ili ih utvrdi preko maksimalnog iznosa, ili u slučaju da u graničnim zonama nije bilo prometa odgovarajućih nepokretnosti osnovica poreza na imovinu utvrdiće se primenom napred navedenih koeficijenta za nepokretnosti u odgovarajućoj zoni.

Osnovica poreza na imovinu na nepokretnosti obveznika koji vodi poslovne knjige je knjigovodstvena vrednost iskazana na poslednji dan poslovne godine obveznika u tekućoj godini ako jedinica lokalne samouprave ne objavi akt kojim utvrđuje prosečne cene odgovarajućih nepokretnosti u zonama do 30. novembra tekuće godine, kao i akt kojim utvrđuje zone i najopremljenije zone.

Jedinica lokalne samouprave dužna je da donese odluku o stopama poreza na imovinu, odluku o zonama, sa naznakom zona koje se smatraju najopremlje-

nijim, na svojoj teritoriji; akt kojim su utvrdile prosečne cene odgovarajućih nepokretnosti po zonama i akt o koeficijentima za nepokretnosti u zonama, i da ih objavi i na svojoj internet strani.

Osnovica poreza na imovinu za nepokretnosti za koje obveznik nije podneo poresku prijavu utvrđuje se upoređivanjem sa osnovicom poreza na imovinu u poreskoj godini za odgovarajuće nepokretnosti obveznika koji vodi, odnosno koji ne vodi poslovne knjige, kao i drugih podataka kojima raspolaže nadležni organ jedinice lokalne samouprave.¹⁹

Poreske stope

Stope poreza na imovinu iznose:

- na prava na nepokretnosti poreskog obveznika koji vodi poslovne knjige - do 0,4%

- na prava na zemljištu kod obveznika koji ne vodi poslovne knjige - do 0,30%

- na prava na nepokretnosti poreskog obveznika koji ne vodi poslovne knjige, osim na zemljištu:

na poresku osnovicu:

(1) do 10 mil. dinara plaća se porez do 0,40% od osnovice;

(2) od 10 mil. do 25 miliona dinara plaća se porez iz podtačke (1) + do 0,6% na iznos preko 10 mil. dinara;

(3) od 25 mil. do 50 miliona dinara plaća se porez iz podtačke (2) + do 1,0% na iznos preko 25 mil. dinara;

(4) preko 50 mil. dinara plaća se porez iz podtačke (3) + do 2,0% na iznos preko 50 mil. dinara.

Kada skupština jedinice lokalne samouprave ne utvrdi visinu poreske stope, ili je utvrdi iznad napred navedenih maksimalnih iznosa, porez na imovinu, mora se utvrditi primenom poreske stope od 0,4% na prava na nepokretnosti obveznika koji vodi poslovne knjige, odnosno za obveznika koji ne vodi poslovne knjige.²⁰

Poreski kredit

Utvrđeni porez na zgradu ili na stan u kojem stanuje obveznik umanjuje se za 50%, a najviše do 20.000 dinara. Ako na jednoj zgradi ili stanu ima više obveznika, pravo na umanjenje utvrđenog poreza ima svaki obveznik koji u toj zgradi

¹⁹ *Ibid*, član 7a.

²⁰ *Ibid*, član 11.

ili stanu stanuje, u visini srazmernoj njegovom udelu u pravu na toj zgradi ili stanu u odnosu na iznos za koji se porez umanjuje, ali najviše 20.000 dinara.

Utvrđeni porez na prava na zgrade i stanove površine do 60 m², koji nisu na gradskom građevinskom zemljištu, odnosno na zemljištu u građevinskom području i ne daju se u zakup, a u kojima stanuju samo lica starija od 65 godina, umanjuje se za 75%.

Ako se na istoj adresi nalazi više stambenih objekata za koje je obveznik poreza na imovinu isto fizičko lice, umanjeno utvrđenog poreza, odnosno to lice ima pravo na poreski kredit samo za jedan od tih objekata i to onaj u kojem stanuje. Pravo na umanjeno utvrđenog poreza na imovinu ostvaruje obveznik poreza na imovinu na zgradu ili na stan u kojem stanuje što podrazumeva da, prema evidencijama koje (saglasno propisima o ličnoj karti, odnosno prebivalištu) vode nadležni organi, nema prebivalište na drugoj adresi. Saglasno odredbi člana 3. tač. 2. Zakona o prebivalištu i boravištu građana,²¹ prebivalište je mesto u kojem se građanin nastanio sa namerom da u njemu stalno živi, odnosno mesto u kome se nalazi centar njegovih životnih aktivnosti, profesionalnih, ekonomskih, socijalnih i drugih veza koje dokazuju njegovu trajnu povezanost s mestom u kome se nastanio.

UTVRĐIVANJE POREZA

Utvrđivanje poreza na imovinu vrši se na osnovu podataka iz poreske prijave, poslovnih knjiga poreskih obveznika i drugih podataka kojima organ nadležan za utvrđivanje, naplatu i kontrolu poreza raspolaže, a od značaja su za utvrđivanje poreske obaveze.

Za imovinu koju stekne, započne ili prestane da koristi u toku godine, ili mu po drugom osnovu nastane ili prestane poreska obaveza, obveznik poreza podnosi poresku prijavu u roku od 30 dana od dana nastanka promene.²² Poreska prijava podnosi se i za imovinu za koju obveznik ispunjava uslove za poresko oslobođenje. Obveznik koji vodi poslovne knjige dužan je da do 31. marta svake poreske godine podnese poresku prijavu sa utvrđenim porezom za tu godinu, a obveznik koji ne vodi poslovne knjige dužan je da podnese poresku prijavu do 31. januara poreske godine.

Lice koje je nasledilo ili dobilo na poklon nepokretnost dužno je da podnese poresku prijavu poreskom organu u opštini na čijoj teritoriji se nalazi nepokretnost koju nasleđuje ili prima na poklon.²³

²¹ Zakon o prebivalištu i boravištu građana "Sl. glasnik RS", br. 87/11.

²² Zakon o porezima na imovinu, član 34.

²³ *Ibid*, član 35. stav 2.

Porez na imovinu utvrđuje se za kalendarsku godinu, primenom odredaba Zakona o porezima na imovinu, kao i odluke skupštine jedinice lokalne samouprave na čijoj teritoriji se imovina nalazi o stopama poreza na imovinu, odluke kojom su određene zone (uključujući i najopremljenije zone) i akta o koeficijentima za nepokretnosti u zonama, koji važe na dan 15. decembra tekuće godine.²⁴

Obvezniku koji ne vodi poslovne knjige porez na imovinu utvrđuje se rešenjem organa jedinice lokalne samouprave, a plaća tromesečno - u roku od 45 dana od dana početka tromesečja, na propisani uplatni račun javnih prihoda. Do dospelosti poreske obaveze po rešenju o utvrđivanju poreza na imovinu za poresku godinu, obveznik porez plaća akontaciono - u visini obaveze za poslednje tromesečje prethodne poreske godine.²⁵ Na iznose akontacija koje nisu plaćene u roku obveznik je dužan da plati kamatu koja se obračunava u skladu sa Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji.²⁶

Fizičko lice koje postane obveznik koji vodi poslovne knjige, od dana nastale promene dužno je da u roku od 30 dana od dana nastale promene podnese poresku prijavu za nepokretnosti koje čine imovinu u njegovim poslovnim knjigama i utvrđuje porez samooporezivanjem za imovinu, od dana kada organ jedinice lokalne samouprave ne utvrđuje porez po rešenju za period od dana nastale promene za tu imovinu. Tu obavezu da podnese poresku prijavu u roku od 30 dana od nastale promene ima i ako u toku poreske godine prestane da bude obveznik koji vodi poslovne knjige i prestane da vrši utvrđivanje poreza na imovinu samooporezivanjem.

ZAKLJUČAK

Počev o 2007 godine jedinice lokalne samouprave imaju ovlašćenja da utvrđuju porez na imovinu. Ovim rešenjem izvršena je ne samo fragmentacija poreske uprave, tako da sada imamo lokalne poreske uprave i republičku poresku upravu, kao samostalne organe, već i fragmentacija visine poreza na imovinu kojim se narušava prvenstveno princip pravičnosti. Na nivou države ne postoji uporedivost visine poreza na imovinu po jedinicama lokalne samouprave, čime je otvoren prostor za zloupotrebe i nelogične odluke u pogledu visine poreske obaveze. Cilj da se ovakvim rešenjem postigne decentralizacija davanjem ovlašćenja jedinicama lokalne samouprave da utvrđuju porez na imovinu, sam po sebi je ne-

²⁴ *Ibid*, član 38b.

²⁵ *Ibid*, član 39. stav 1.

²⁶ Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji, "Službeni glasnik RS", br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14.

ostvariv. Decentralizacija sa pozitivnim efektima moguća je samo u društvima razvijene demokratije i jakih institucija, dok u društvima sa krhkom demokracijom i slabim institucijama decentralizacija ima negativne efekte.

Pre svega, da bi poreski sistem bio efikasan a porezi lako naplativi neophodno je *primo loco* da taj sistem bude jednostavan.²⁷ Međutim, davanjem ovlašćenja jedinicama lokalne samouprave da određuju porez na imovinu na osnovu njihovih odluka o zonama, o koeficijentima za nepokretnosti u zonama, prosečnim cenama nepokretnosti, poreskim stopama, stopama amortizacije, sistem utvrđivanja poreza na imovinu postao je komplikovan i neefikasan, a efekat naplate ovog poreza slab. Daleko bolje rešenje bi bilo primena jedinstveno utvrđenih elemenata sa većom progresijom i vraćanje datih ovlašćenja republičkoj poreskoj upravi.

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

THE LEVEL FRAGMENTATION OF THE PROPERTY TAX

Summary

Starting from 2007 year local autonomy units are authorized to determinate the property tax. Hereby solution accomplished is fragmentation tax administration, so that now there are the local tax administrations and the republican tax administration, as separated and independent bodies. If we want to have effective tax system and readily chargeable, it is necessarily to have simple tax system. However, giving the attribution to local municipality units the independence to determine the property tax by their decision about zone, immobility average price, tax rates and depreciation rate, system is become complicated, with weak effect of tax collection. Better solution were implementation unique elements for determination the property tax with higher progression and return given tax authorization to the republican tax administration.

²⁷ Hrustić, Hasiba, Poreska politika bez strategije, *Pravo i privreda*, Udruženje pravnik u privredi Srbije, XLX, br. 7-9/2013, str. 623-635.

KOLABORATIVNA EKONOMIJA I OPOREZIVANJE

U V O D

Kolaborativna ekonomija je novi poslovni model koji se ubrzano razvija u svim evropskim zemljama, menjajući tradicionalne načine prometa dobara i usluga. Sama reč “kolaboracija” je kovanica latinskih reči *cokoja* ima značenje “sa” i *laborare* koja ima značenje “raditi”. U tom smislu, kolaboracija označava saradnju pojedinaca ili više njih radi postizanja određenog cilja.¹

Međutim, za pojam “kolaborativna ekonomija” ne postoji univerzalno prihvaćena definicija.

Tako, Evropskacomisija je opisuje kao “ekonomiju saradnje” učesnika na tržištu, dok je Evropski odbor regijavidi kao “ekonomiju deljenja” resursa i troškova odnosno ekonomiju pristupa dobrima, umesto vlasništva nad njima.² Sinonimi kolaborativne ekonomije su, takođe, i: ekonomija na zahtev (On-demand economy), cirkularna ekonomije (Circular economy), ekonomija pristupa (Access economy), ekonomija iznajmljivanja rada ili frilenserska ekonomija (Gig economy), parnjačka ekonomija (Peer-to-peer - P2P economy), reputaciona ekonomija, (Reputation economy), ekonomija poverenja (Trust economy) i sl.

Ljiljana Kovačević, glavni poreski savetnik Ministarstva finansija, Poreska uprava, Centar za velike poreske obveznike, Beograd.

¹ <https://hr.wikipedia.org/wiki/Kolaboracija>

² Evropska Unija, Odbor regija, ECON – VI/005, 2005.

Zajedničko za svako od ovih poimanja kolaborativne ekonomije je da uključuju neke, ili čak sve, od sledećih elemenata: zajednička digitalna platforma, privremeno korišćenje (a ne posedovanje), razmena robe i usluga. Dakle, ona podrazumeva tri kategorije učesnika:

– *provajdera* usluga, koji deli usluge, resurse, vreme ili veštine i to, kao privatni pojedinac koji to čini povremeno ili kao profesionalni servis za pružanje ovih usluga;

– *korisnici* usluga i

– *platforma* kolaborativne ekonomije koja omogućava povezivanje provajdera sa korisnicima, olakšava njihove međusobne transakcije i obezbeđuje kvalitet pruženih usluga.

Nastanak kolaborativne ekonomije

Glavni pokretači nastanka i razvoja novog poslovnog modela kakav je kolaborativna ekonomija su tehnološki i društveno-ekonomski faktori.

Tehnološki faktor gledan kroz prizmu ekspanzivnog razvoja informacione tehnologije je *conditio sine qua non* za nastanak i dalje širenje ovog poslovnog modela. Internet tehnologija je glavni pokretač kolaborativne ekonomije.³ Ona obezbeđuje osnovu za uspostavljanje platforme kolaborativne ekonomije i povezivanje njenih učesnika, nudeći nesagledivo veći obim dostupnosti novih ideja uz veoma nisku cenu. Tehnologija omogućava povezivanje ponude i potražnje, odnosno povezivanje osoba koje se na klasičnim tržištima vrlo teško ili skoro nikako mogu povezati. Zahvaljujući razvijenoj internet tehnologiji minimizirani su troškovi ulaska na tržište kao i vreme potrebno za pristupanje ponudi i obavljanju transakcija. To direktno utiče na razvoj zdrave konkurencije i smanjenje cena pruženih usluga. Zemlje sa visokim nivoom internet pristupa, kao što su Velika Britanija, Holadija i Švedska, beleže brži razvoj kolaborativne ekonomije.⁴ U kolaborativnoj ekonomiji, koja intenzivno koristi digitalnu tehnologiju za prikupljanje podataka, podaci postaju sirovina za rad.

Gledano iz ugla *društveno-ekonomskih faktora* koji su uticali na nastanak kolaborativne ekonomije, primećujemo da se ona pojavila u skorijoj prošlosti, u periodu niskog ekonomskog rasta.⁵ Finansijska i ekonomska kriza iz 2008. godine, dovela je mnoge države sveta do opšteg ekonomskog sloma. Investiranje je naglo opalo, a tržište rada i dalje beleži sve veću nezaposlenost. Potrošačko društvo

³ <http://www.strategyand.pwc.com/media/file/Strategyand-Measuring-Industry-Digitisation-Leaders-Laggards-Digital-Economy.pdf>.

⁴ http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics.

⁵ Prema NESTA studiji, 64% kolaborativnih preduzeća je osnovano od 2010. <http://www.nesta.org.uk/publications/making-sense-uk-collaborative-economy>.

je bilo zatečeno i zbunjeno. Dotadašnja ideja o vlasništvu nad imovinom kao znaku ekonomske snage pojedinca ili preduzeća je stavljena na veliki ispit. Bogati sloj stanovništva koji je svu svoju poslovnu aktivnost usmerio na sticanje imovine, biva suočen sa iznenadnim višestrukim obezvređivanjem iste na tržištu, dok su troškovi njenog održavanja ostali isti ili su čak povećani. Siromašniji deo društva gubi poverenje u trajnost vrednosti imovine u vlasništvu. Shodno tome, mentalitet potrošača se menja u pravcu da prioritet postaje imati nešto na neko vreme, a ne posedovati trajno.

Današnja ekonomska kriza pokazuje da velika nezaposlenost nije prolazna. Mnoge velike korporacije su propale, nova preduzeća se ili ne osnivaju ili imaju vrlo automatizovane procese rada koji ne zahtevaju veliki broj zaposlenih. Ako i zapošljavaju, radni odnos nije trajnog karaktera već traje onoliko koliko je potrebno da se određeni posao završi ili je to rad sa nepotpunim radnim vremenom. Ovakvom situacijom su pogođeni i mladi i oni ne tako mladi koji imaju radnog iskustva ali ne dovoljno da bi ostvarili pravo na penziju. Sve ovo je učinilo da kolaborativni poslovni modeli postanu mnogo atraktivniji.

FUNKCIONISANJE KOLABORATIVNE EKONOMIJE

Kolaborativna ekonomija stvara poslovne modele korišćenja imovine, a ne samo posedovanja. U situaciji kada, na jednoj strani, imamo vlasnika imovine koji je ne koristi je ili je samo povremeno koristi, a na drugoj strani, nekoga ko nema dovoljno sredstava da kupi ili ne želi u trajno vlasništvo određenu imovinu, već samo za privremeno korišćenje, kolaborativna ekonomija ili ekonomija deljenja se pojavljuje u punom svetlu. Naime, onaj ko poseduje imovinu, a ne koristi je, ima mogućnost da je ponudi na zajedničkoj kolaborativnoj platformi (onlajn tržištu) na privremeno korišćenje onome ko za to ima potrebe. Pored robe, mogu se nuditi i usluge, znanja, veštine, vreme... Ne poseduje svako imovinu koju može ili želi iznajmljivati. Neko poseduje određene veštine (znanje jezika, zanatske delatnosti...) koje može ponuditi za određenu novčanu nadoknadu ili protivuslugu.

Deo kolaborativne ekonomije odn. njene platforme su i tzv. "banke vremena". One su se razvile u preko trideset zemalja sveta i predstavljaju odnos ponude i potražnje rada, odnosno usluga gde platežno sredstvo nije novac, već vreme. Primera kako se može "zaraditi i platiti" vreme ima dosta. Jedan od njih je, recimo: član banke vremena može "zaraditi" jedan sat vremena tako što će obučavati nekoga fiziku. "Zarađeni" sat vremena mu neće biti plaćen u novcu, već će ga "čuvati" u Banci i kasnije njime "platiti" jedan sat čuvanja svoje dece.

Deliti (iznajmljivati) se, izgleda, može sve, od alata, bele tehnike, skupe odeće, nakita, preko automobila, mesta u prevoznom sredstvu, radne snage, do poslovnog prostora, stanova ... Internet servisi na kolaborativnoj platformi nude ši-

roki spektar usluga. Najpoznatiji među njima su svakako: Air BnB ili Booking.com koji nude usluge prenoćišta ili kraćeg boravka; BlaBla Car za iznajmljivanje slobodnih mesta u kolima za putnike uz podelu troškova goriva, putarine i sl.; Lending Club za direktno kreditiranje, mimo finansijskih organizacija; Liquid Space za korišćenje poslovnog prostora u kratkom vremenskom periodu, čak samo na par sati; Park At My House za povremeno iznajmljivanje parking mesta ili garaže; Rentez-vous za iznajmljivanje dizajnerske (brendirane) odeće; Uber za prevoz osoba, i mnoge druge.

Tržište rada takođe menja dosadašnji način funkcinisanja. Dolazi do pojave tzv “ekonomije honorarnih poslova” (gig economy) kao delu kolaborativne ekonomije koji se temelji na potencijalnom radu ugovorenom na digitalnom tržištu. Ponuda i potražnja radnih mesta je lako dostupna zainteresovanima koji sada imaju mogućnost rada od kuće, sa nepotpunim radnim vremenom, rad na daljinu.

Dakle, kolaborativna ekonomija je omogućila mnoštvo novih poslovnih prilika, naročito za male privrednike, preduzetnike i pojedince. Bazirana je na digitalnoj internet platformi koja je kreirala onlajn tržište za pružanje niza usluga za kupce i prodavce roba i usluga. Usluge koje se pružaju su najčešće usluge posredovanja, ali mogu biti i pomoćne usluge, npr. olakšavanje plaćanja.

U poslovnim modelima kolaborativne ekonomije ne dolazi do fizičkog kontakta između učesnika platforme niti sa predmetom prometa, stoga je veoma važno pitanje sticanja i održavanja poverenja u kvalitet pruženih usluga. Iz tog razloga, svi servisi korisnicima daju mogućnost pisanja recenzija tj. ocenjivanja, izražavanja pozitivnih i negativnih kritika i davanja sugestija. U cilju veće objektivnosti i zadobijanja trajnog poverenja, ova mogućnost je data samo onima koji su ostvarili određenu transakciju. Na primeru bi to izgledalo ovako: korisnik želi da iznajmi apartman u Parizu na tri dana. Opređeljuje se da isti iznajmi preko Booking.com, odabira smeštajnu jedinicu i pravi rezervaciju. U ovom trenutku još uvek nije u mogućnosti da vrši ocenjivanje. To pravo stiće tek po izvršenoj usluzi, odnosno nakon korišćenja istog. Na ovaj način se obezbeđuje objektivnost u ocenjivnju i minimiziraju namerno date negativne ocene od strane konkurencije. Na osnovu svih ocena i drugih zabeležbi izračunava se prosečna ocena i formira “rejting lista”. Drugi potencijalni korisnici su u mogućnosti da pregledaju dotadašnje ocene budućeg potencijanog saradnika i na osnovu istih donesu odluku da li će sa njim sklopiti poslovni aranžman ili ne. Rejting liste se umrežavaju i ujedinjavaju (npr. TrustCloud), tako da su ocene sa jednog internet servisa vidljive i na svim drugim. Na ovaj način se u kolaborativnoj ekonomiji razvijaju modeli koji prikupljaju recenzije učesnika platforme i formiraju se onlajn reputacije.

Najvažnije prednosti kolaborativne ekonomije se ogledaju u: omogućavanju korišćenja robe i usluga onima koji ih ne bi mogli sebi priuštiti; povećavanju trajnosti proizvoda (obzirom da su dizajneri i proizvođači robe suočeni sa većim ko-

rišćenjem proizvoda od strane većeg broja pojedinaca, prinuđeni su da obezbede bolji kvalitet proizvoda); većoj ponudi i potražnji radnih mesta; smanjenju negativnog uticaja na okolinu usled manje zagađenosti ugljen dioksidom i drugim izduvnim gasovima; manjoj potrošnji prirodnih resursa; jačanju koncepta održive ekonomije.

OPOREZIVANJE U KOLABORATIVNOJ EKONOMIJI

Postojeći poreski propisi su kreirani i prilagođeni tradicionalnim poslovnim modelima. Ekspanzivno širenje različitih poslovnih modela kolaborativne ekonomije dovodi do potrebe preispitivanja postojeće zakonske regulative i mogućnosti njene primene i u ovoj oblasti. Nesporno je da novi poslovni modeli daju nove mogućnosti za zapošljavanje, sticanje prihoda, deljenje troškova, ali je, takođe, važno da usluge koje se nude putem njih ne dovode do izbegavanja plaćanja poreza, neloyalne konkurencije i nepoštovanje nacionalnih zakonodavstava.

Prema dosadašnjem iskustvu, poreske administracije su se suočile sa sledećim problemima:

a) Prvi i osnovni problem koji stoji pred poreskim administracijama je: kako doći do podataka o učesnicima platforme i obimu transakcija koje se na njoj obavljaju. Uočeno je da se u velikom broju slučajeva korisnici platformi profesionalno bave pružanjem usluga, ali se ponašaju kao fizička lica. Naravno, postoje i korisnici koji su zaista fizička lica koja koriste platformu radi deljenja troškova ili radi pružanja pomoći onima kojima je neophodna. Transakcije koje se obavljaju u kolaborativnoj ekonomiji, u najvećem broju, podležu oporezivanju porezom na dodatu vrednost, dobit, dohodak, zarade, kao i na druge javne prihode: doprinose za zdravstveno, penziono, socijalno osiguranje, turističke i druge takse.

b) Učesnici kolaborativne ekonomije, čini se, lako zaobilaze poreske propise ili vešto koriste "rupe" u zakonu kako bi, ili manje platili porez, ili ga uopšte ne bi platili. Na taj način učesnici kolaborativnih platformi mogu da ostvare veći profit od učesnika na tzv. tradicionalnom tržištu čije je poslovanje zakonodavno jasno definisano i lako dostupno poreskoj kontroli. Ali "u današnjoj komplikovanoj stvarnosti čini se da mane u zakonskim propisima koje bi mogli definisati kao klasične zakonske praznine ili rupe u zakonu nastale slabostima prilikom koncipiranja propisa, su manje zastupljene i opasne po širinu izbegavanja plaćanja poreza, od objektivne protivrečnosti i složenosti savremenog privrednog i društvenog života, koje je teško potpuno i tolerantno poreskim propisima obuhvatiti a da ne bi ostale suštinske dileme o ostavljanju velikog prostora za neopravdanu evazi-

ju poreza”.⁶ Mogućnosti za ovakvo postupanje su veće tamo gde poreski zakoni ne prate ekonomske i tehnološke napretke.⁷

c) Pružaoci usluga na kolaborativnoj platformi, u najvećem broju transakcija, ostvaruju prihod za usluge koje nude. Visina prihoda se bitno razlikuje u zavisnosti da li se nude usluge koje podrazumevaju podelu troškova (npr. usluga zajedničkog prevoza radi podele troškova goriva, putarina i sl.) ili su to usluge koje su uporedive sa poslovnim aktivnostima. Pred svakom poreskom administracijom je zadatak da preispita zakonsku regulativu i mogućnost podvođenja ovih aktivnosti pod postojeće poreske propise. Ako su privredne aktivnosti koje se odvijaju na kolaborativnoj platformi takve prirode da se mogu podvesti pod “tradicionalne” privredne aktivnosti onda se mogu oporezivati na isti način i uz primenu postojećih propisa. U onim transakcijama koje se ne mogu podvesti pod već postojeće modele i ne mogu se primeniti postojeći poreski propisi, nužno je da poreske vlasti donesu odgovarajuće izmene i dopune propisa u cilju smanjenja poreskih regulatornih praznina.

d) Pružaocima usluga koji uglavnom ili isključivo posluju preko interneta je putem kolaborativne platforme omogućeno da pružaju usluge korisnicima u različitim državama bez fizičke prisutnosti. Karakteristično za ovu ekonomiju je da je sačinjena od velikog broja pojedinačnih učesnika i relativno malog broja platformi. Platforme imaju sedišta u jednoj državi, mogu imati više izdvojenih poslovnih jedinica u više zemalja, ali nije nužno da ih imaju u svim zemljama u kojima obavljaju delatnost. Na taj način se otežava otkrivanje korisnika usluga sa platformi, obima obavljenih transakcija, kao i određivanje nadležne poreske administraciji pripadnosti prihoda određenoj državi. Postoji velika opasnost da i učesnici kolaborativne ekonomije i poreznici nisu potpuno načisto u pogledu nadležnosti i primene postojećih poreskih propisa.

Oporezivanje kolaborativne ekonomije u evropskim zemljama. – Suočene sa navedenim problemima u oporezivanju u oblasti kolaborativne ekonomije, zemlje Evropske unije, podržane od strane Evropske Komisije i njenih savetodavnih tela, do sada su preduzele niz aktivnosti koje se razlikuju u zavisnosti od stepena razvijenosti internet tehnologije i kulture upotrebe istih, ekonomskih prilika, veličine države, broja stanovnika, privrednika, postojeće zakonske regulative, turističke atraktivnosti... Najveći broj država još uvek primenjuje postojeće poreske propise i za oporezivanje transakcija u kolaborativnoj ekonomiji. Međutim, u ne-

⁶ Dr Zoran Isailović, Evazija poreza, Pravni život, broj 10/2005, Godina LIV, Knjiga 494, str. 728.

⁷ OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2014.

kim državama se razmatra mogućnost menjanja poreskih zakona (Italija, Ukrajina, Francuska, Danska). Poreske vlasti drugih država članica EU, su u velikoj meri razjasnile koja su postojeća pravila primnjiva, a koja nisu. To su objavili na svojim sajtovima ili su donele upustva o pravilima koja se odnose na elektronsku trgovinu.

Veliki broj država je propisalo minimalne godišnje promete kao osnovicu za obračun poreza na dobit i PDV, dok su neke predvidele određene poreske olakšice za pojedine delatnosti (npr. Velika Britanija propisuje da se godišnji promet koji se ostvari od povremenih iznajmljivanja nameštenih soba putem kolaborativnih platformi, a ne prelazi 7500 funti, ne oporezuje. Irska je propisala da privremeno iznajmljivanje objekata preko internet sajtova ne potpada pod pravila za iznajmljivanje istih na duži period. Francuska je dopunila postojeće poresko zakonodavstvo tako što je omogućila internet tržištima da ubiraju tzv. turističke poreze u ime njenih korisnika).

Na polju kreiranja i podizanja svesti o poreskim pravima i obavezama učesnika platformi, države postupaju na različite načine. Neke su svoje aktivnosti usmerile na davanje osnovnih informacija o primeni poreskih pravila (Austrija, Slovačka, Litvanija), dok su se druge opredelile za razmenu podataka (Ukrajina, Francuska, Finska). Estonija je, odmakla, korak ispred svih. Obezbedila je pojednostavljenu poresku prijavu koju su zajednički kreirali sa učesnicima platforme u sektoru deljenja prevoza. Ova usluga je trenutno u fazi testiranja.

Pojedine države članice, na lokalnim nivoima vlasti, sklapaju dogovore sa kolaborativnim platformama u cilju obezbeđivanja potrebnih podataka radi utvrđivanja i naplate javnih prihoda (grad Amsterdam je sklopio ovakav sporazum sa kompanijom Air BnB). Neke države su, u istom cilju, propisale određene obaveze za učesnike platformi (u Francuskoj, od jula 2016. godine, kolaborativne platforme imaju obavezu da pružaocima usluga na kolaborativnoj platformi prezentuju presek njihovih godišnjih poreskih obaveza i upute ih kako i koliko poreza moraju prijaviti poreskim vlastima).

Republika Srbija u ovoj oblasti primenjuje postojeće poresko zakonodavstvo i nema posebna pravila koja se odnose na poslovne aktivnosti na kolaborativnoj platformi.

Budućnost oporezivanja kolaborativne ekonomije. – Imajući u vidu, brzinu kojom se kolaborativna ekonomija širi i razvija u sve novijim oblicima, čini se da je budućnost već počela. “Činjenica da živimo u informacionom dobu u kome se saznanja prenose brzo, pouzdano i jeftino ima svoj uticaj na delatnost oporezivanja.”⁸ Države su svesne promena koje se dešavaju, njihov mogući uticaj

⁸ Mr Marina Dimitrijević, Poreske vlasti i poreski obveznici, Pravni život, broj 10/2005, godina LIV, Knjiga 494, str. 774.

na visinu državnih prihoda i neophodnost prilagođavanja poreskog zakonodavstva novonastalim okolnostima.

Ovo pitanje je postavljeno i pred Evropsku komisiju koja je otvorila javne rasprave i pozvala sve države članice da uzmu aktivno učešće i intenziviraju međusobnu saradnju kako bi se očuvalo jedinstveno tržište. Na nivou saradnje evropskih poreskih administracija ovim pitanjem se bavi Intra-evropska organizacija poreskih administracija - IOTA (Intra-European Organisation of Tax Administrations) i Generalni direktorat poreskih i carinskih unija Evropske komisije - DG TAXUD (The Taxation and Customs Union Directorate General) koji je kroz Fiskalis program oporezivanje u kolaborativnoj ekonomiji dodao kao veoma važno pitanje u okviru foruma za elektronsku kontrolu.⁹

U vezi sa pitanjem oporezivanja u kolaborativnoj ekonomiji, definisani su glavnistrateški ciljevi buduće platforme elektronske kontrole kolaborativnih poslovnih modela: poboljšanje postupka prikupljanja poreza, jednak tretman svih poreskih obveznika, jasna poreska pravila i borba protiv poreskih prevara.¹⁰

Kako bi se ciljevi ostvarili u situaciji kada postoji tendencija širenja poslovnih modela ove ekonomije, potrebno je brzo reagovanje poreskih vlasti za šta su potrebni obučeni resursi, savremena tehnologija, jasna pravna regulativa kao i standardizovana uputstva za poresku kontrolu.

Veliki izazov za poreske administracije je kako doći do podataka potrebnih za vršenje kontrola i utvrđivanje poreza. Neke poreske administracije su pokušale da do potrebnih podataka dođu putem anketa koje su u više navrata dostavljane pravnim i fizičkim licima. Međutim, troškovi koje su imale administracije u vezi sa anketiranjem, nisu opravdali količinu dobijenih, ne tako pouzdanih podataka. S druge strane, kolaborativne platforme su potencijalno vrlo efikasan izvor podataka kako za poresku administraciju, tako i za zvanične statistike. Međutim, neki raniji pokušaji nametanja obaveze provajderima za dostavljanjem podataka su doveli do, neke vrste, sukoba između učesnika kolaborativne platforme, sa jedne strane, i poreskih vlasti i "tradicionalnih" privrednika, sa druge strane. Tako je u glavnom gradu savezne države Njujork, Albaniju, došlo do oštrog sukoba između kompanije AirBnB i poreskih vlasti kada su ove zatražile spisak od oko 2000 vlasnika stanova za koje smatraju da su iznajmljujući ih preko ovog provajdera, izbeglo plaćanje poreza.¹¹

⁹ Poreska uprava Republike Srbije uprava je članica IOTA i ima aktivno učešće u radu Fiskalis programa

¹⁰ Summary Report, E-Audit Contact Persons, European Commission, DG TAXUD, Fiskalis, Limassol, 2016.

¹¹ <http://www.grupa22.hr/ekonomija-dijeljenja-profit/>

Efikasna i organizovana saradnja između platformi i državnih vlasti, može rešiti ovaj problem. Neke države su prenele ovlašćenja na lokalne vlasti da uspostave dogovornu saradnju sa provajderima na kolaborativnim platformama. Ovo je slučaj sa gradom Amsterdamom koji je sa kompanijom Air BnB dogovorio da mu za potrebe oporezivanja dostavlja bazu sa podacima koji se odnose na vrstu nekretnine koja se izdaje (adresa, sprat, stan, sadržaj koji nudi), kada je i koliko puta izdavana, račun u banci na koji se vrši plaćanje, ali ne sadrži podatke koji se odnose na vlasnika nekretnine. Poreska administracija na ovaj način raspolaže sa dovoljnom količinom relevantnih podataka spremnih za dalju analizu. Ako se na osnovu sprovedene analize rizika, određene transakcije ocene kao, potencijalno, rizične, poreska administracija je ovlašćena da za takve transakcije zahteva od banaka podatke o vlasnicima računa.

Nakon dobijenih podataka od banaka, poreska administracija proverava da li je prijavljen i plaćen porez po osnovu ovih transakcija od strane vlasnika. Ako utvrdi da prijavljeni porez odgovara ostvarenom prometu od izdavanja nekretnina, dalja kontrola se neće vršiti. Ali, ako utvrdi da je prijavljen porez u manjem iznosu ili nije uopšte prijavljen, započinje klasičan postupak kontrole radi nalaganja obaveze plaćanja poreza i kažnjavanja neurednog poreskog obveznika.

Ovaj primer ide u prilog tvrdnji da se direktnom saradnjom između poreskih vlasti i platformi može prikupiti više relevantnih podataka kojima će se omogućiti viši stepen poštovanja poreskih propisa i uticati na smanjenje troškova kako poreskih vlastima tako i poreskim obveznicima.

Poreske administracije su istakle potrebu da se u skorijoj budućnosti formira jedinstvena međunacionalna baza podataka koja bi objedinila nacionalne baze sa relevantnim podacima o učesnicima i prometu na kolaborativnim platformama. Međutim, ne treba zanemariti činjenicu da će se na polju elektronske trgovine i kolaborativne ekonomije poreske administracije suočiti sa ogromnim količinama podataka, te je neophodno kreirati odgovarajuće kriterijume za analizu rizika i profesionalno i kadrovski ojačati jedinice za upravljanje rizikom.

Potrebno je nastaviti aktivnosti usmerene na jačanje svesti i širenje znanja o novim poslovnim trendovima i tehnologijama putem medija, propagande, dostavljanjem flajera, cirkularnih pisama, javnog objavljivanja rezultata kontrola na pojedinačnim slučajevima, dostavljanjem automatskih pojednostavljenih poreskih prijava. Takođe je potrebno redizejrirati postojeću poresku kontrolu i izvršiti specijalizaciju inspektora za kontrolu poslovanja učesnika kolaborativne ekonomije.

Intenzivnija međudržavna saradnja je veoma važna radi ujednačavanja poreske politike u ovoj oblasti. Aktivnosti treba usmeriti na smanjenje razlika u visini poreskih stopa i uslova privređivanja između nacionalnih zakonodavstava. Glavni izazov za poreske politike je uspostavljanje ravnoteže u visini poreskog op-

terećenja uz održavanje zdrave konkurencije između “tradicionalnih” i kolaborativnih privrednika.

Evropska komisija je, takođe, istakla potrebu za daljim pojednostavljenjem i modernizacijom poreskih zakonodavstava i prihvatila inicijativu za donošenje opštih smernica koje bi unapredile postupak oporezivanja u ovoj delatnosti.

ZAKLJUČAK

Ekspanzivni razvoj informacione tehnologije je obezbedio osnovu za uspostavljanje platforme kolaborativne ekonomije i povezivanje njenih učesnika nudeći nesagledivo veći obim dostupnosti podataka uz veoma niske troškove. Zapravo, internet platforma sa mnoštvom novih ideja, poslova i usluga koje se nude je moderno, savremeno tržište kome se lako pristupa i gde se mogu obaviti transakcije do kojih na klasičnom tržištu nikada ne bi došlo.

Imajući u vidu brzinu kojom se kolaborativna ekonomija širi i razvija u sve novijim oblicima, brzo reagovanje poreskih vlasti je neophodno. Potrebno je intenzivirati aktivnosti vezane za: saradnju izađu kolaborativnih platformi i poreskih vlasti; pojednostavljenju poreskih prijavi i njihovoj automatizaciji; standardizovanju upustava za kontrolu; specijalizaciji poreskih inspektora; upravljanje rizikom; formiranju jedinstvene međunacionalne baze podataka; jačanju svesti i međunarodne saradnje u ovoj oblasti.

LJILJANA KOVAČEVIĆ
tax adviser Ministry of finance,
Belgrade

THE COLLABORATIVE ECONOMY AND TAXATION

Summary

The rapid advancements in Information technology have secured a solid foundation for the establishment of the collaborative economy (a.k.a. the sharing economy) and the internet networking of its peers, providing an immeasurable wealth of data, at a very reasonable cost. In fact, the internet platforms, with new business ideas surfacing almost daily, area modern and easily accessible marketplace offering the prospect of doing business and performing transactions that would be hard to achieve, in the traditional business models. Keeping in mind the speed with which the collaborative economy is spreading and growing in ever changing forms, it is of immeasurable importance for the Tax Authorities to act promptly and keep pace with developments. It is of equal importance to intensify efforts, in regards to: the cooperation between the collaborative platforms and the Tax Authorities; the simplification of tax filings and having them become more automated; applying standardized instructions for audits; establishing areas of tax expertise of tax auditors; managing risk; the establishment of a unified international database as well as cooperation between Member states in the area of education and the raising of client awareness.

JASMINA LABUDOVIĆ-STANKOVIĆ,
NADA TODOROVIĆ

KONKURENCIJA IZMEĐU DRŽAVA U CILJU PRIVLAČENJA INVESTICIJA

U V O D

Proces globalizacije, između ostalog, karakteriše i takmičenje država u privlačenju stranih direktnih investicija.¹ To takmičenje ima svojih i pozitivnih i negativnih obeležja.² Ova konkurencija je često zasnovana na podsticajima kako bi države bile što atraktivnije stranim investitorima. Podsticaji mogu biti način da se

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

Dr Nada Todorović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Na međunarodnom planu ne postoji opšte prihvaćena definicija stranog ulaganja (Mirko Vasiljević, *Strana ulaganja u srpsku privredu i odgovornost države*, dvadeset drugo savetovanje sudija privrednih sudova Republike Srbije (radni materijal II), Privredni apelacioni sud, Beograd, 2014, str. 31). Međutim, stranu investiciju definišu četiri elementa: postojanje trajnog interesa ili trajanje uloga, postojanje rizika, ulog ili značajno angažovanje sredstava investitora i doprinos razvoju države domaćina. O tome videti: Vojin Draškoci, Problem preširoke definicije pojma investiciju u dvostranim sporazumima o međusobnom podsticanju i zaštiti ulaganja između Srbije i stranih država, *Pravo i privreda*, 5-8/2007, str. 415. i Radovan Vukadinović, Pojam i pravno regulisanje stranih investicija, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2016, str. 147-162.

² Na primer, veliki gubitak fiskalnih prihoda za zemlju prijema investicije (zbog različitih poreskih pogodnosti), što govori o tome da podsticaji mogu biti izuzetno skupi. Gubitak fiskalnih prihoda se procenjuje na 35 milijardi \$ godišnje (Andrew Charlton, *Incentive bidding for mobile investment: economic consequences and potential responses*, OECD, 2003, str. 14).

ukaže ne samo na atraktivnost konkretne lokacije za investiranje, već i način da se ostvare ciljevi razvojne politike konkretne države. S druge strane, ističu se i stavovi da se umesto na podsticaje za privlačenje SDI, državna sredstva mogu utrošiti na potrebne namene, da podsticaji stvaraju nesavršenosti na tržištu i da između država podstiču „trku na dnu”.³ Osim podsticajima, države mogu takmičenje bazirati i na regulatornim standardima. U suštini, i za ovaj oblik konkurencije se može reći da predstavlja neku vrstu takmičenja zasnovanog na podsticajima jer se propisi menjaju u korist investitora, a to je praktično neka vrsta podsticaja.

OBLICI KONKURENCIJE MEĐU DRŽAVAMA

Činjenica je da se države nadmeću kako bi bile što atraktivnije za privlačenje SDI. Konkurencija podsticajima radi privlačenja SDI je često posledica opšte konkurencije na međunarodnom tržištu, potrebe da države budu što konkurentnije (da imaju što niže troškove proizvodnje, niže cene i sl.) i da obezbede privredni rast i razvoj.⁴ U tom smislu, one mogu da menjaju svoju regulativu, što često može voditi ukidanju svih barijera za ulazak stranog kapitala i unapređivati svoju infrastrukturu. Među državama koje se takmiče kako bi bile što atraktivnije za priliv SDI treba posebno izdvojiti one koje su do 80-ih godina XX veka bile planske privrede i zatvorene za ulazak stranog kapitala. Među takvim državama jača potreba za sve većim oslanjanjem na tržište i „oslobađanjem” tržišnih zakona. Mnoge zemlje u tranziciji su, sledeći praksu razvijenih zemalja, obrazovale agencije za promociju te zemlje kao poželjnog mesta za investiranje.⁵ Ovakvi trendovi karakterišu ne samo zemlje centralne i istočne Evrope, već i azijske zemlje (kao na primer, Kinu).⁶ Kina i Singapur⁷ su primeri izuzetnog uspeha u pogledu privlačenja SDI. Tako recimo, Kina ima ogromno tržište, što je prednost sama po sebi. S druge strane, stranim investitorima je omogućeno uživanje odre-

³ Isto, str. 9.

⁴ Konkurencija se obično posmatra kao put koji vodi efikasnoj alokaciji kapitala, tj. efikasnim odlukama, dok se na alokaciju kapitala koju sprovodi država gleda, po pravilu, kao na neefikasnu. Međutim, ima i suprotnih primera, kao na primer u Japanu i Singapuru (Richard Vietor, *Kako se zemlje natječu – strategija, struktura i državno upravljanje u globalnoj ekonomiji*, Mate, Zagreb, 2010, str. 17).

⁵ Fergus Cass, *Attracting FDI to transition countries: the use of incentives and promotion agencies*, Transnational Corporations, Vol. 16, No 2, 2007, 83.

⁶ Charles Oman, *Policy Competition for Foreign Direct Investment - A study of Competition among Governments to attract FDI*, OECD, Paris, 2000, 15.

⁷ Singapur je svoj privredni razvoj bazirao na industriji orijentisanoj ka izvozu i stvaranju slobodnih zona u kojima su kompanije uživale različite pogodnosti (Đorđe Popov, *Podsticaji i kontrola inostranih investicija*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, 2008, str. 45).

đenih podsticaja, kao što su poreski podsticaji, kao i niske zarade zaposlenih, što je značajno snižavalo troškove proizvodnje.⁸

Kao i svaki resurs, kapital ima obeležje oskudnosti (retkosti). Ta njegova osobina doprinosi da se zemlje takmiče za privlačenje stranog kapitala, odnosno za privlačenje SDI. U tom cilju, kao sredstvo konkurencije one koriste podsticaje. Međutim, pomenuto takmičenje ne odvija se samo za privlačenje SDI, već i za zadržavanje istih u zemlji.⁹ Države se takmiče kako bi povećale poreske prihode, BDP, izvoz, zaposlenost, zbog transfera novih tehnologija i znanja.

Konkurencija da bi se privukle investicije može dovesti do pravih „ratova ponuda” koji će za rezultat imati vrlo visoke (skupe) subvencije¹⁰ za državu, a sa druge strane doći će do drastičnog smanjenja standarda rada, zaštite životne sredine i sl.¹¹ Svaka subvencija može značiti vrlo visoke troškove za državu (veliko opterećenje za javne finansije).

Za investitore čiji je motiv dugoročno poslovanje, za donošenje odluke o investiranju je od ogromnog značaja da postoji makroekonomska stabilnost u zemlji prijema investicije (između ostalog, niska stopa inflacije i relani devizni kurs¹², veliko i otvoreno (liberalizovano) tržište, atraktivna lokacija, prirodni resursi, a za one investitore čiji su motivi kratkoročni, osnovni razlog za investiranje je iskorišćavanje investicionih podsticaja. Praktično, ulaganje se okončava sa iscrpljivanjem podsticaja i takav investitor može odmah da se preseli na drugu lokaciju, odnosno u drugu državu.

Prednosti konkurencije radi privlačenja investicija ogledaju se u tome što će države unaprediti svoju infrastrukturu, obezbediti stabilan pravni sistem, političku i makroekonomsku stabilnost, zatim što će država imati efekte preliivanja¹³ (transfer novih znanja, novih tehnologija; rast zaposlenosti; specijalizacija; nove

⁸ Richard Vietor, *nav. delo*, str.17.

⁹ Quan Li, *Democracy, Autocracy, and Tax Incentives to Foreign Direct Investors: A Cross-National Analysis*, *The Journal of Politics*, Vol. 68, No. 1, 2006, str. 63.

¹⁰ Vrlo je teško utvrditi koja je prava veličina ovih subvencija koje dobijaju strani investitori.

¹¹ Charles Oman, *nav. delo*, str. 7.

¹² Recimo, nakon dugovne krize 1982, Brazil počinje da se oporavlja od 1994. kada je usvojen *Real plan* čija je primena doprinela smanjenju stope inflacije i generalno makroekonomskoj stabilnosti. Zasluge za uspeh ovog plana pripadaju želji da se privuku investicije u proizvodnju, i to kako strane, tako i domaće. Osim toga, u ovom periodu Brazil potpisuje sporazume o saradnji sa Argentinom, Urugvajem i Paragavajem, tržište je značajno liberalizovano i smanjene su uvozne carine sa 32% na 14%. Zanimljivo je istaći da bi privukao investicije u autoindustriju, Brazil je odobrovao i fiskalne i finansijske podsticaje, s tim što je vrednost prvih bila veća (*Isto*, str. 30-32).

¹³ Zato podsticaje treba odobrovati pre svega kompanijama, odnosno u sektorima od kojih se mogu očekivati najveći efekti preliivanja.

proizvodne aktivnosti), odnosno što će koristi imati celokupno društvo. Može se govoriti i o negativnim stranama konkurencije podsticajima. To bi bili: narušavanje tržišnih odnosa zbog neefikasne alokacije resursa, favorizovanje većih u odnosu na manje kompanije, favorizovanje stranih u odnosu na domaće kompanije i stvaranje gubitaka domaćim kompanijama zbog povoljnijeg položaja stranih investitora, narušavanje zdrave konkurencije, troškovi vlade zbog fiskalnih i finansijskih podsticaja (ako su izdaci za podsticaje veći od koristi za zemlju primaoca investicije).¹⁴ Smanjenje standarda zaštite radnika, zaštite životne sredine i sl., je još jedna potencijalna negativna posledica konkurencije među državama. Takođe, moglo bi se govoriti i o tome da je, na primer, novac iz budžeta mogao da se utroši na drugi, produktivniji način i sl.

Treba istaći da se kroz podsticaje (pre svega, poreske, ali i druge) preusmeravaju resursi ka stranim investitorima na štetu domaćih, pod uslovom da se podsticaji ne dodeljuju domaćim kompanijama (investitorima). U ovom slučaju povećava se konkurentnost stranih kompanija¹⁵ u odnosu na domaće, što ne bi smelo da se toleriše. Tako se, u stvari sprovodi diskriminacija domaćih kompanija i smanjuje njihova konkurentnost.¹⁶ Naravno, SDI mogu dovesti i do pozitivnih efekata na zemlju domaćina (povećan izvoz, zaposlenost, rast zarada).

Ukoliko su podsticaji previše „velikodušni“¹⁷ i ako sa njima nije upoznata javnost, to može da izazove sumnju kod investitora i da ih odvraća od dugoročnih ulaganja jer izaziva sumnju i podozrenje u kredibilitet vlade.¹⁸

Generalno posmatrano, moguće je govoriti o dve vrste konkurencije između država u cilju privlačenja stranih investicija. S jedne strane, to je konkurencija zasnovana na podsticajima (*incentives-based competition*), a drugo je konkurencija zasnovana na regulativi (*rules based competition*). Stav je stručne javnosti da konkurencija treba da se zasniva, pre svega, na poboljšanju regulatornih mehanizama, a nikako na njihovom snižavanju. Osim toga, ne bi trebalo da počiva samo ni na podsticajima.¹⁹ Konkurencija zasnovana na regulativi podrazumeva podizanje standarda zaštite životne sredine, standarda rada, stvaranje izvozno orijen-

¹⁴ Isto, str. 120.

¹⁵ Quan Li, *nav. članak*, str. 65.

¹⁶ Zemlja domaćin bi mogla ostati bez očekivanih javnih prihoda (Magnus Blomström, Ari Kokko, *The Economics of foreign direct investment incentives*, Stockholm, 2003, 17).

¹⁷ Zemlje u razvoju često zbog slabe pregovaračke pozicije, imaju sklonost da budu previše „velikodušne“ i da ponude različite vrste podsticaja kako bi privukle strane investicije (Valpy Fitzgerald, *Regulatory Investment Incentives*, OECD, 2001, 2).

¹⁸ Charles Oman, *nav. delo*, str. 19.

¹⁹ Isto, str. 7.

tisanih zona, sporazume o međunarodnoj regionalnoj integraciji (često se odnosi na potpisivanje sporazuma sa susjednim državama), jačanje pravosudnog sistema, poštovanje principa vladavine prava, privatizaciju državnih kompanija.²⁰ Smatra se da će ovaj oblik konkurencije doprineti većem nivou socijalnog blagostanja nego konkurencija zasnovana na podsticajima. Konkurencija zasnovana na podsticajima može da bude diskriminatorna za male kompanije i lokalne kompanije. Međutim, to ne znači da ova konkurencija neće doneti pozitivne efekte.

KONKURENCIJA ZASNOVANA NA PODSTICAJIMA

Pitanje odobravanja podsticaja i uspješne politike investicionih podsticaja često nije zavisno od toga da li je država bogata ili siromašna, kako se navodi u literaturi, već strategije koje države sprovode, odnosno pitanje je šireg društvenog i političkog konteksta.

Konkurencija podsticajima je naročito izražena u sektoru visokih tehnologija, elektroindustriji, proizvodnji softvera i sl.²¹ Osim toga, izražena konkurencija postoji i u situaciji kada postoje nedovoljno razvijeni, odnosno nerazvijeni regioni kako bi se povećala zaposlenost, nivo proizvodnje, učešće takvih regiona u stvaranju BDP, da bi se podstakao izvoz, zatim, da bi se ulagalo u istraživanje i razvoj, itd.²²

Ova vrsta konkurencije je vrlo intenzivna i široko rasprostranjena.²³ Naročito postaje rasprostranjena sa periodom liberalizacije i globalizacije (80-ih godina XX veka). Praktično sa većom mobilnošću kapitala, države su intenzivnije počele da se takmiče u pogledu privlačenja SDI.

Podsticaji

Za investicione podsticaje možemo reći da predstavljaju instrument za stimulisanje investicione aktivnosti u jednoj zemlji, a mogu se odnositi kako na privlačenje SDI, tako i na privlačenje domaćih. Ipak, najčešće je akcenat na privlače-

²⁰ Konkurencija koja se bazira na regulativi smatra se širom i heterogenijom (*Isto*, str. 21).

²¹ Podsticaji se mogu odobravati onim investitorima koji su već ranije investirali i tako eliminisati novi.

²² Odobravanje podsticaja može biti uslovno i bezuslovno. Recimo, da bi investitor dobio podsticaje, može biti uslovljen da ulaže u proizvodnju u određenom regionu države koja odobrava podsticaje (primalac investicije), odnosno da njegova proizvodnja bude orijentisana ka izvozu (*Isto*, str. 21, 26).

²³ *Isto*, str. 77.

nju stranih investicija.²⁴ U širem smislu, investicioni podsticaji se odnose na bilo koju vrstu pomoći investitorima koju pruža određena država.²⁵ U užem smislu, podsticaji podrazumevaju pružanje specifične vrste pomoći.²⁶

Pre nego što se odluče gde da investiraju, investitori će prvo sastaviti listu potencijalnih lokacija na kojima žele da investiraju, a zatim važnu ulogu mogu imati podsticaji koje nude države koje imaju atraktivne lokacije. Međutim, nejasno je koliko podsticaji imaju uticaja na izbor investicione lokacije. Može se pregovarati i o dobijanju novih podsticaja koji će nastati kao rezultat pregovora sa vladom zemlje primaoca investicija. Preterani podsticaji umanjuju kredibilitet vlade. S druge strane, intenzivna konkurencija može doprineti i većoj ponudi SDI.

Osnovna podela podsticaja je na finansijske, fiskalne i ostale.²⁷ U finansijske podsticaje ubrajamo: subvencije, pomoć za pokriće troškova proizvodnje i marketinga u vezi sa investicionim aktivnostima, a mogu služiti i za pokriće dela kapitala, subvencionisane kredite i garantovane kredite, kao i državno osiguranje po nižim premijskim stopama,²⁸ zatim subvencionisanje zarada, sredstva za obuku radnika, poklanjanje zemljišta, sredstva koja Vlada izdvoji za izgradnju pruga, puteva, industrijskih parkova i to često u dogovoru sa lokalnim organima vlasti.²⁹

U fiskalne podsticaje ubrajamo: oslobođenje od poreza³⁰, niže poreske stope (poreza na dobit, poreza na dodatu vrednost, poreza na imovinu); ubrzanu

²⁴ Zato ima i definicija koje podsticaje vezuju samo za strane, a ne i domaće investicije (Andrew Charlton, *nav. delo*, str. 9).

²⁵ U odobravanju podsticaja država mora da se rukovodi određenim kriterijumima. Na primer, važna je investiciona lokacija; dokaz investitora da mu je potrebna pomoć u vidu podsticaja; obaveza ulaganja u zemljište, zgradu i sl.; obaveza zapošljavanja na neodređeno vreme; ekonomska održivost, što znači da nakon što se iscrpu sredstva pomoći, investitor može i dalje da posluje bez ičije pomoći; kvalitet, korisnost za zemlju; investitor treba da obezbedi najveći deo kapitala za ulaganje i sl. To su, na primer, kriterijumi u Velikoj Britaniji (Đorđe Popov, *nav. članak*, str. 46-47).

²⁶ UNCTAD, *Incentives*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York and Geneva, 2004, str. 11.

²⁷ Ova podela je široko rasprostranjena i koristi je UNCTAD. S druge strane, oblici konkurencije radi privlačenja SDI su konkurencija zasnovana na podsticajima i konkurencija zasnovana na regulativi. Suštinski posmatrano, i u jednom i u drugom slučaju može se govoriti o podsticajima, tako da na neki način nema stroge podele, naročito ako se ima u vidu da se ovi oblici konkurencije ne isključuju, već dopunjavaju.

²⁸ UNCTAD, 6-11.

²⁹ Charles Oman, *nav. delo*, str. 20-21.

³⁰ U mnogim zemljama, kao na primer u Mađarskoj i Češkoj, na početku tranzicionog perioda korišćeno je poresko oslobođenje, kao i drugi podsticaji. Međutim, u kasnijim fazama tranzicije podsticaji su menjani (neki su ukidani, a uvođeni su novi). Na primer, umesto poreskog oslobođe-

amortizaciju; olakšice za ulaganja; smanjene doprinose za socijalno osiguranje; neplaćanje carine na uvoz kapitalnih dobara, opreme, sirovina; neplaćanje poreza na proizvode koji su predmet izvoza; poreske kredite; smanjenje poreza za strane državljane itd.³¹ Odobravanje fiskalnih podsticaja često zahteva izmenu zakona, što zahteva određeno vreme. Od fiskalnih podsticaja u zemljama OECD najčešće se koristi snižavanje stope poreza na dobit pravnih lica, kao i ubrzana amortizacija.³² Zanimljivo je napomenuti da u zemljama u kojima postoji stabilan politički sistem, gde postoje stabilne institucije, poštuje princip vladavine prava, po pravilu, su poreski podsticaji manji.³³

Ostali podsticaji su najčešće regulatornog karaktera. Regulatorni podsticaji se obično definišu kao podsticaji koje nudi određena država, pre svega stranim investitorima, a koji ne pripadaju grupi fiskalnih, odnosno finansijskih podsticaja.³⁴ Odnose se na deregulaciju, ublažavanje standarda zaštite životne, manju zaštitu radne snage, garancije da se postojeća regulativa neće menjati na štetu investitora i sl.³⁵ U ovoj kategoriji su i podsticaji koji se odnose na: korišćenje električne energije, vode, telekomunikacija, saobraćajne infrastrukture i sl. po nižim cenama; pružanje pomoći kod pronalazjenja izvora finansiranja; analiza tržišta pre realizacije investicionog projekta; itd. Zaključivanje preferencijalnih ugovora, zatvaranje tržišta za ulazak novih konkurenata ili dodeljivanje monopolske pozicije određenom privrednom subjektu; poseban tretman imajući u vidu kretanje deviznog kursa itd. su još neki podsticaji iz pomenute kategorije.³⁶

Zemlje u razvoju obično predviđaju fiskalne podsticaje, dok razvijene zemlje odobravaju finansijske podsticaje.³⁷ Veličina i vrsta podsticaja može biti zavisna od političkog sistema u zemlji domaćinu. U nekim slučajevima vlada će biti velikodušna u odobravanju podsticaja (to je obično slučaj kod država koje nemaju veliki kredibilitet³⁸), dok u drugim slučajevima vlada će odobriti skromne pod-

nja, predviđen je poreski kredit. Osim toga, umanjivana je visina podsticaja, kao na primer u Bugarskoj i Rumuniji (Fergus Cass, *nav. članak*, str. 95-98).

³¹ Charles Oman, *nav. delo*, str. 20.

³² *Isto*, str. 26.

³³ Quan Li, *nav. članak*, str. 62.

³⁴ Valpy FitzGerald, *nav. delo*, str. 2.

³⁵ Treba napomenuti da sa rastom prihoda u jednoj zemlji rastu standardi zaštite životne sredine, zaštita radnika i sl.

³⁶ UNCTAD; str. 7.

³⁷ *Isto*, str. 5.

³⁸ Čak, takve zemlje neće ni možda biti atraktivne za SDI.

sticaje, imajući u vidu stabilnost institucija u takvim državama, princip vladavine prava, visok kredibilitet i sl.³⁹

Za strane investitore od posebnog su značaja klauzula nacionalnog tretmana i klauzula najpovlašćenije nacije koje treba da obezbede nediskriminatorski tretman, tj. garanciju svim investitorima da će imati isti tretman. Klauzula nacionalnog tretmana podrazumeva da će ugovorne strane strane investitore tretirati kao i domaće. Međutim, moramo reći da nacionalni tretman može značiti i manje zaštite od one predviđene međunarodnim standardima, a opet, to je istovremeno i maksimum zaštite koje priznaje zemlja prijema investicije.⁴⁰ S druge strane, klauzula najpovlašćenije nacije podrazumeva da će ugovorne strane stranim investitorima priznati sva prava i povlastice koje su priznale bilo kojoj trećoj državi. Dakle, ugovorne strane će se prema stranim investitorima odnositi na isti način, bez diskriminacije.⁴¹

Konkurencija radi privlačenja investicija postoji u Evropi kako između država, tako i na regionalnom nivou između lokalnih vlasti. Na nivou EU postoji zabrana odobravanja subvencija fiskalnih i finansijskih, ali istovremeno Komisija EU⁴² je ovlašćena da u određenim slučajevima dozvoli izuzetke. Subvencije se dodeljuju: u nekim specifičnim sektorima (na primer, autoindustriji); da bi se podstakao razvoj malih i srednjih preduzeća, određene aktivnosti i istraživanja i razvoj (tzv. horizontalna pravila). Treća situacija je dodeljivanje pomoći nedovoljno razvijenim regionima. U EU, pojedinačno posmatrano, najveći primaoci SDI su Velika Britanija, Francuska, Belgija, Luksemburg, Nemačka, Holandija, Španija, Italija i Švedska. S druge strane, zemlje centralne i istočne Evrope primale su malo SDI u poređenju sa zemljama zapadne Evrope, s tim što se ta slika izmenila od početka 90-ih godina XX veka, tj. od pada Berlinskog zida.⁴³

³⁹ Quan Li, *nav. članak*, str. 71.

⁴⁰ Đorđe Popov, *nav. članak*, str. 49.

⁴¹ Međutim, mora se istaći da princip najpovlašćenije nacije podrazumeva ne samo da se primenjuje u okviru liberalističke koncepcije međunarodnih ekonomskih odnosa i da se ovim principom dodeljuju državama privilegije, već se ovim principom mogu zemljama, odnosno investitorima, uvesti i protekcionističke mere, koje su nametnute i svim ostalim državama (Stevo Kovačević, *Međunarodni ekonomski odnosi*, Kragujevac, 2000, str. 182).

⁴² Komisija EU kontroliše visinu podsticaja, odnosno subvencija koje se dodeljuju. Takođe, Svetska trgovinska organizacija (WTO) svojim mehanizmima obezbeđuje određenu kontrolu u vezi sa korišćenjem podsticaja. U tom smislu, na primer, *Sporazum o subvencijama i kompenzacionim merama (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures – ASCM)* zahteva od svih članica WTO da Sekretarijat ove organizacije obaveste nakon odobravanja subvencija, a ne pre toga kao što je slučaj u EU (Kenneth Thomas, *Investment Incentives and the Global Competition for Capital*, Palgrave Macmillan, 2011, str. 141).

⁴³ Charles Oman, *nav. delo*, str. 66.

Komisija EU ima pravo da odobri do 50% opravdanih troškova investicija i to za manje razvijene regione, a za one koji su razvijeni do 20%. Jačanju konkurencije u EU u cilju privlačenja investicija doprinelo je stvaranje EMU i naravno, uvođenje evra kao zajedničke valute; zatim, stvaranje agencija za promociju izvoza. Najviše sredstava za podsticaje (vrednost podsticaja u odnosu na vrednost investicije) dodeljeno je Irskoj, Grčkoj, južnoj Italiji, Portugaliji, Španiji, dok su manje sredstava dobili nedovoljno razvijeni regioni u razvijenim državama EU.⁴⁴

Problem sa podsticajima je u tome što nema uvek podataka o njihovoj pravoj veličini, bez obzira na napore koji se čine da se obezbedi transparentnost.⁴⁵ Iako se ne može uvek doći do egzaktnih podataka o veličini podsticaja, treba reći da oni pokazuju tendenciju rasta. Tako, 1996. njihova vrednost je bila 26,4 milijarde dolara, a 2005. je dostigla 46,8 milijardi dolara.⁴⁶ Dakle, njihova vrednost je jedan od razloga zbog čega se ova tema nameće kao važna. Drugi razlog važnosti podsticaja je njihova ekspanzija, tj. činjenica da se koriste širom sveta jer se države takmiče za privlačenje SDI.

Pregovaranje o podsticajima uvek sa sobom nosi rizik i problem informacione asimetrije. Uz to, pregovori se sprovode uz visok stepen diskrecije. Vlada države koja nastoji da privuče strane investitore može rizikovati da odobri i više podsticaja u odnosu na onaj nivo koji je potreban stranom investitoru. Korisno je primetiti da se ovi podsticaji mogu razlikovati od zemlje do zemlje i da su na primer u državi Alabama (SAD) 2002. podsticaji za radno mesto iznosili 117.000 dolara za kompaniju *Hyundai*, dok je za istog proizvođača automobila u Češkoj 2007. izdvojeno 75.000 dolara za svako radno mesto. Zanimljivo je i to što je BDP *per capita* 2006. u Češkoj bio 12.800 dolara, a u Alabami 29.414 dolara.⁴⁷

Na ovo se nadovezuje pitanje ko dobija najveće podsticaje? Da li su to kompanije iz razvijenih zemalja, zatim da li ih dobijaju najveće kompanije i kakav je odnos između najvećih pojedinačnih podsticaja i ukupnih podsticaja koje daje jedna država.⁴⁸ Generalno, smatra se da su podsticaji koje odobrava EU manji od onih u SAD.⁴⁹

Irska je primer zemlje koja je imala izuzetno visoke podsticaje budući da je njena ekonomija visoko zavisna od SDI. Ona je odobravalala poreska oslobođenja,

⁴⁴ *Isto*, str. 70.

⁴⁵ Kenneth Thomas, *nav. delo*, str. 158.

⁴⁶ *Isto*, str. 2.

⁴⁷ *Isto*.

⁴⁸ *Isto*, str. 96

⁴⁹ *Isto*.

a poznata je po tome što je stopa poreza na dobit pravnih lica vrlo niska. Jedno vreme je bila 0% do ulaska u EU, zatim 10% u periodu od 1985. do 1998., a nakon toga 12,5%. Pažnju zaslužuje podatak da je vrednost SDI bila 149,6% vrednosti BDP.⁵⁰ Naravno, sada je taj procenat značajno manji. U Kanadi koja takođe važi za atraktivnu destinaciju za SDI, procenat SDI prema BDP je 36,7%.

KONKURENCIJA ZASNOVANA NA REGULATIVI

Smatra se da postoji više oblika ove konkurencije u odnosu na konkurenciju zasnovanu na podsticajima. Posebno su važna dva oblika ove konkurencije. Jedno su državni pravni standardi u pogledu zaštite životne sredine, a drugo je zaštita prava radnika i ostvarivanje minimalnih standarda rada. Mehanizmi preko kojih se postiže ovaj oblik konkurencije su: međunarodne regionalne integracije, privatizacija državnih kompanija, zaštita prava intelektualne svojine, veća odgovornost vlade, kao i jačanje pravosudnog sistema i princip vladavine prava. Činjenica je da će retko koja kompanija biti privučena niskim standardima zaštite životne sredine. Obično je nadmetanje država u ovom smislu bez većih rezultata.⁵¹ Kompanije preferiraju da budu blizu velikog tržišta, pa i da usvoje modernu tehnologiju proizvodnje koja manje zagađuje životnu sredinu, nego da se sele u zemlje sa niskim standardima zaštite životne sredine.⁵² U praksi se dešava i to da kompanije prete vladama zemlje porekla investicije da će svoju proizvodnju preseliti u druge zemlje ukoliko ne dobiju izvesne ustupke i država im ne snizi određene standarde i tako smanji troškove proizvodnje.⁵³ Međutim, ima i suprotnih primera gde strani investitor može biti privučen niskim standardima zaštite životne sredine ukoliko koristi „prljavu tehnologiju proizvodnje” i ukoliko u zemlji porekla investicije postoje visoki standardi u ovom pogledu.⁵⁴ Snižavanje standarda bi vodilo narušavanju društvenog blagostanja.⁵⁵

Međutim, treba istaći da konkurencija među državama u cilju privlačenja investitora može, ipak, podići standarde zaštite životne sredine zbog orijentacije na tzv. čiste tehnologije proizvodnje. Primer je Meksiko. Od kada je podigao stan-

⁵⁰ *Isto*, str. 68.

⁵¹ *Isto*, str. 92

⁵² *Isto*, str. 93-94

⁵³ Tako se desilo sa jednom holandskom kompanijom u oblasti hemijske industrije.

⁵⁴ *Isto*, str. 92

⁵⁵ UNCTAD, str. 10.

darde zaštite životne sredine (standarde zaštite vazduha), došlo je do značajno većeg priliva SDI.

Pored prethodnog, drugi oslonac konkurencije zasnovane na regulativi su standardi rada. Ovi standardi predstavljaju posebno osetljivo pitanje jer se odnose na radnu snagu. Iz tog razloga bilo je predloga od strane zemalja članica OECD da se utvrde određeni osnovni standardi koje bi trebalo da prihvati i WTO. Osnovni standardi rada podrazumevaju: pravo radnika da se samostalno organizuju, tj. udružuju u okviru sindikata (sloboda udruživanja ne postoji u Kini, Indoneziji, Egiptu, Iranu, Siriji, Kuvajtu i Tanzaniji), kolektivno pregovaranje (ovo pravo je vrlo teško realizovati u nizu zemalja: Malezija, Singapur, Kina, Tajland), pravo na štrajk (štrajk je recimo zabranjen u Kini, Egiptu, Iranu, Siriji), zabranu prisilnog rada i eksploatacije dečjeg rada, kao i zabranu diskriminacije u zapošljavanju. Budući da ovi osnovni standardi ne uključuju uslove rada i visinu zarada, neke zemlje u razvoju su bile izričito protiv uvođenja ovih standarda jer bi im štetele zato što svoju konkurentnost baziraju na radno-intenzivnim sektorima. Analogno prethodnom standardu, kao logično, nameće se pitanje da li konkurencija u pogledu standarda rada doprinosi snižavanju ovih standarda, odnosno prava radnika?

Od kada je globalizacija uzela maha, ali i nakon krize 90-ih godina XX veka, zarade radnika se snižavaju. Konkurencija može dovesti do toga da kompanije traže od radnika da rade više, s tim da im to ne bude nadoknađeno, već da sami budu dovedeni u situaciju da daju otkaz. S druge strane, neke kompanije žele da podstaknu radnike da rade više tako što će im uvećati platu, platiti put do kuće, platiti obrok, obezbediti adekvatnu zdravstvenu zaštitu i sl.

Vrlo važan mehanizam za privlačenje SDI predstavljaju sporazumi između susednih zemalja ili sporazumi o regionalnoj integraciji.⁵⁶ Deregulacija domaćeg tržišta, liberalizacija spoljne trgovine, privatizacija državnih kompanija, takođe su vrlo važni u privlačenju SDI.

Konkurencija zasnovana na podsticajima i konkurencija zasnovana na regulativi ne isključuju jedna drugu. Mogu se dopunjavati. Zemlja koja pre svega koristi konkurenciju zasnovanu na regulativi je SAD,⁵⁷ dok je Singapur primer zemlje koja je kombinovala konkurenciju zasnovanu na podsticajima i konkurenciju zasnovanu na regulativi.

⁵⁶ Charles Oman, *nav. članak*, str. 104.

⁵⁷ *Isto*, str. 60

REPUBLIKA SRBIJA

Zakonom o regionalnom razvoju, podsticaj se definiše kao konkretno ulaganje ili programsko usmeravanje ulaganja sa republičkog nivoa za realizaciju projekata od posebnog značaja za regionalni razvoj.⁵⁸

Pitanje ulaganja i privlačenja direktnih investicija u Srbiji regulisano je Zakonom o ulaganjima⁵⁹, kao i Uredbom o uslovima i načinu privlačenja direktnih investicija.⁶⁰ Pomenuti Zakon o ulaganjima odnosi se i na strana, ali i na domaća ulaganja, što smatramo dobrim rešenjem. Zakonom o ulaganjima predviđena su prava ulagača (investitora), i to: sloboda ulaganja, zaštita stečenih prava, garantovanje da ulaganje neće biti predmet eksproprijacije (s tim da se izuzetno svojina i druga stvarna prava ulagača na nepokretnostima mogu oduzeti ili ograničiti samo u javnom interesu uz isplaćivanje odgovarajuće naknade bez odlaganja), princip nacionalnog tretmana, sloboda plaćanja prema inostranstvu, pravo na transfer dobiti i imovine stranog ulagača, kao i sporazumno rešavanje sporova.

Zakon o ulaganjima prepoznaje važnost podsticaja za privredni razvoj i podsticanje investicionog okruženja, pa u članu 13 predviđa sledeće podsticaje: državnu pomoć, poreske podsticaje i olakšice, oslobođenja od taksu, carinske povlastice, kao i podsticaje u vezi sa sistemom obaveznog socijalnog osiguranja. Pomenuti podsticaji su već predviđeni drugim propisima Republike Srbije,⁶¹ s tim

⁵⁸ Zakon o regionalnom razvoju, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2009, 30/2010 i 89/2015 - dr. zakon.

⁵⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 89/2015. Ovaj Zakon, za razliku od ranijih pod pojmom ulaganja ne podrazumeva novčano ili drugo potraživanje koje neposredno proizilazi iz trgovačkog posla (prodaje, razmene, pružanja usluga i dr.), novčano potraživanje koje proističe iz kredita u vezi sa trgovačkim poslom (finansiranje trgovine i dr.), kao i portfolio ulaganje. Smatramo da je ovo dobro iz razloga što je u srpskoj regulativi postojalo vrlo široko shvatanje stranog ulaganja i stranog ulagača koje je obuhvatalo i direktna i indirektna ulaganja, pa čak i oblike ulaganja koji se mogu praktično poistovetiti sa klasičnim ugovornim poslovima.

⁶⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 28/2015.

⁶¹ Uredbom o pravilima za dodelu državne pomoći (*Službeni glasnik RS*, br. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013 i 97/2013) predviđene su sledeće kategorije državne pomoći: regionalna, horizontalna, sektorska i državna pomoć male vrednosti. Oslobođenje od poreza na dobit pravnih lica predviđeno je Zakonom o porezu na dobit pravnih lica (*Službeni glasnik RS*, br. 25/2001, 80/2002, 80/2002 - dr. zakon, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 - dr. zakon, 142/2014, 91/2015 - autentično tumačenje i 112/2015). Zakonom o porezu na dohodak građana predviđene su poreske olakšice za zapošljavanje novih lica i lica sa invaliditetom (čl. 21v, 21g i 21d Zakona o porezu na dohodak građana, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - dr. zakon, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - ispr., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - odluka US, 7/2012 - usklađeni din. izn., 93/2012, 114/2012 - odluka US, 8/2013 - usklađeni din. izn., 47/2013, 48/2013 - ispr., 108/2013, 6/2014 - usklađeni din. izn., 57/2014, 68/2014 - dr. zakon, 5/2015 - usklađeni din. izn., 112/2015 i 5/2016 - usklađeni din. izn.). Carinskim zako-

što novinu predstavlja carinska povlastica predviđena u članu 14 pomenutog zakona, u smislu da je uvoz opreme koji predstavlja ulog stranog ulagača slobodan, osim putničkih automobila i automata za zabavu i igre na sreću.

Podsticaje mogu da koriste domaći i strani investitori.⁶² Sredstva namenjena za podsticaje mogu se isplaćivati iz budžeta Republike Srbije, ali to mogu biti sredstva i iz međunarodnih fondova.⁶³ Važno je istaći da se sredstva mogu koristiti za proizvodna ulaganja, ali i za ulaganja u uslužnom sektoru koji je predmet međunarodne razmene.

Uredbom o uslovima i načinu privlačenja direktnih investicija predviđeni su uslovi za dodeljivanje sredstava. U tom smislu, neophodno je da se investicija održi na istoj lokaciji u jedinici lokalne samouprave u kojoj se realizuje direktna investicija najmanje pet godina nakon realizacije projekta, odnosno najmanje tri godine za male i srednje privredne subjekte. Drugi uslov je da se dostignuti broj zaposlenih kod korisnika sredstava nakon realizacije investicionog projekta ne smanjuje u periodu pet godina u slučaju velikih privrednih subjekata, odnosno tri godine u slučaju malih i srednjih privrednih subjekata.⁶⁴ Visina sredstava koja se dodeljuje zavisi od toga da li je u pitanju mali, srednji ili veliki privredni subjekt.

Dodeljena sredstva se isplaćuju u tri rate zavisno od raspoloživih sredstava. Sredstva su bespovratna, a dodeljuju se za pokriće bruto zarada, ulaganja u osnovna sredstva, zatim za radno intenzivne investicione projekte kojima se otvara najmanje 200 radnih mesta i sl.

Imajući u vidu podsticaje koje daje Republika Srbija, može se reći da ona pripada redu "velikodušnih". Pored fiskalnih, odobravaju se i finansijski podsticaji. Međutim, pitanje je da li su ovi podsticaji opravdani u Srbiji budući da mogu predstavljati značajno opterećenje za budžet Srbije? Kako je prethodno istaknuto, finansijski podsticaji se odobravaju obično u razvijenim zemljama, dok fiskalne podsticaje koriste zemlje u razvoju. Dodajmo još i to da izvori sredstava za pod-

nom predviđene su carinske povlastice (Carinski zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2010, 111/2012 i 29/2015). Podsticaji su predviđeni i Zakonom o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje. Odnose se na povraćaj dela plaćenih doprinosa za novozaposlena lica i vremenski je ograničeno do 31.12.2017 (čl. 45, st. 1 Zakona o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 - usklađeni din. izn., 8/2013 - usklađeni din. izn., 47/2013, 108/2013, 6/2014 - usklađeni din. izn., 57/2014, 68/2014 - dr. zakon, 5/2015 - usklađeni din. izn., 112/2015 i 5/2016 - usklađeni din. izn.).

⁶² Valja primetiti da je ranije u našim propisima, pa tako i praksi, bilo razlika u tretmanu domaćih i stranih investitora, što nije bilo opravdano. Strana ulaganja su imala bolju pravnu zaštitu u odnosu na domaća ulaganja.

⁶³ Čl. 4, st 1 i 2 Uredbe o uslovima i načinu privlačenja direktnih investicija.

⁶⁴ Čl. 10 Uredbe o uslovima i načinu privlačenja direktnih investicija.

sticaje mogu biti i međunarodni (strani krediti), što znači da su takvi podsticaji izuzetno skupi, naročito ukoliko konkretna investicija ne donosi očekivani profit.

Problem sa podsticajima ogleda se u tome što za mnoge podsticaje, odnosno subvencije, javnost biva uskraćena za detaljnije informacije. Tome u prilog govori činjenica da se ni ugovori ne objavljuju, odnosno objavljuju se samo neki delovi ugovora.⁶⁵ Zbunjujući su i podaci u pogledu visine državne pomoći koja se dodeljuje investitorima,⁶⁶ kao i to da li se subvencije, odnosno državna pomoć zaista koriste u svrhe koje su odobrene ili se zloupotrebljavaju. Takođe, pitanje je da li država ima zaista koristi od privlačenja stranih investicija ili se odobravanjem subvencija (koje predstavljaju veliki teret za budžet i ukupan dug) dobijaju samo politički poeni? Nesreća je što se često podsticaji odobravaju u predizbornim kampanjama kako bi se dobila podrška birača zbog čega se često pristaje na sve ono što zahteva strani investitor i na šta, možda, druge države ne bi pristale. U nekim slučajevima, država je odobrala subvencije (10.000 evra po radnom mestu, pa čak i veće od 10.000 evra; poreska oslobođenja i sl.), iako konkretna delatnost nije zahtevala velika ulaganja niti stručnu radnu snagu, a plate su minimalne. Takve delatnosti dozvoljavaju investitoru da nakon iskorišćenja odobrenih subvencija, bez velikih troškova preseli proizvodnju na drugu lokaciju, odnosno u drugu državu zbog dobijanja novih subvencija. Praktično, takvim investitorima subvencije predstavljaju izvor finansiranja. Bez dileme, privredni razvoj Srbije treba da se bazira na ulaganju dominantno u realni sektor privrede.⁶⁷ Potrebno je više novih investicija, ali koje će zaista doneti dugoročnu korist Srbiji i podstaći privredni rast i razvoj.

⁶⁵ Tako na primer, javnosti nije predstavljen kompletan ugovor sa FIAT-om, ETIHAD-om i sl. Često se predstavljaju samo delovi ugovora. Učestala je praksa da se ne objavljuje ni visina odobrenih sredstava na ime državne pomoći, krši se Zakon o kontroli državne pomoći (*Službeni glasnik RS*, br. 51/2009), čije se postojanje svodi samo na formu. Takvu praksu bi trebalo menjati jer su u pitanju javna sredstva, pa bi javnost trebalo da bude upoznata sa tim kako se troše.

⁶⁶ Državna subvencija po jednom zaposlenom radniku u FIAT-u iznosi 10.000 evra. Takođe, FIAT uživa i poreska oslobođenja, kao i oslobođenje u pogledu uplate doprinosa za radnike. Država je ustupila i zemljište, kao i fabričke hale. Zanimljivo je da je objavljeno da će ulog Srbije u zajedničko preduzeće biti 100 miliona evra, dok je, prema nekim procenama, taj ulog i četiri puta veći. Osim toga, Republika Srbija je dala garancije (pored Izvoznog-kreditne agencije Italije) za kredite koje je Evropska investiciona banka odobrila FIAT-u u iznosu od 500 miliona evra. Ima i primera gde su subvencije mnogo veće od ulaganja stranog investitora, pa se može postaviti pitanje opravdanosti takvih subvencija. Za kompaniju LIR ukupan iznos subvencija je oko 40 miliona evra (9,6 miliona evra direktnih subvencija; zemljište; grad Novi Sad gradi fabričku halu od 28.000 kvadrata čiji će zakup kompanija LIR plaćati 2,5 evra po kvadratu), dok je ulaganje kompanije LIR 9,5 miliona evra u opremi.

⁶⁷ Đorđe Popov, *Kako do strategije razvoja Srbije?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2, 2014, str. 13.

JASMINA LABUDOVIĆ-STANKOVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac
NADA TODOROVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

COMPETITION BETWEEN STATES TO ATTRACT INVESTMENT

Summary

The process of globalization, among other things, characterized by a competition of countries in attracting foreign direct investment. This competition has both positive and negative features. The competition is often based on incentives (incentives-based competition). Incentives can be a way to highlight not only the attractiveness of specific investment locations, but also a way to achieve the objectives of the development policy of a state. On the other hand, the states can compete based on regulatory standards (rules-based competition). In fact, for this type of competition we could say that represent a kind of incentives based competition because regulations change for the benefit of investors, and it is practically - a kind of incentives.

Bearing in mind the incentives provided by the Republic of Serbia, it can be said that our state is very "generous". Beside fiscal, Serbia gives and financial incentives. However, the question is whether these incentives are justified, since it may represent a significant burden for the budget of Serbia.

IZMENE U REGULISANJU SEKUNDARNOG STEČAJNOG POSTUPKA U PRAVU EU

U V O D

U zadnje dve decenije, odnosno, u periodu, koji vezujemo za drugačije i detaljnije regulisanje materije međunarodnog stečaja, odnosno, stečajnog postupka sa elementom inostranosti, došlo je do više izmena koje nisu karakteristika samo nacionalnih zakonodavstava, već i međunarodnih izvora. No, pravo EU je, u ovoj oblasti, zadnjim aktom u ovoj oblasti, koji je donesen 2015. godine, odnosno, Uredbom (EU) br. 848/2015 Evropskog parlamenta i Saveta od 20. maja 2015. godine o postupku u slučaju insolventnosti (dalje: Uredba 848/2015)¹ odstupilo od nekih osnovnih pravila u ovoj oblasti, koja su postavljena zadnjih godina dvadesetog veka. Naime, načelo jedinstvenog stečajnog postupka i jedinstva stečajne mase se, sada, drugačije mora shvatati, imajući u vidu status stečajnih postupaka koji se vode protiv stečajnog dužnika. Regulisanje međunarodnog stečaja u zadnje dve decenije, doprinelo je drugačijem tretiranju dužnikove imovine i samog dužnika, u cilju zaštite poverilaca, pre svega. Zbog toga je definisano moguće pokretanje i vođenje više stečajnih postupaka protiv istog stečajnog dužnika, od kojih je jedan glavni, a drugi su sekundarni. Sekundarnih može biti više, dok je glavni jedan i, najčešće, pokreće se po kriterijumu isključive nadležnosti. No, i na-

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

¹ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings - *Official Journal of the European Communities*, L 141, 05/06/2015, pp. 19-72.

čin regulisanja međunarodnog stečaja od strane Uredbe 848/2015 ima zaštitu poverilaca, kao osnovni cilj, ali i ubrzanje stečajnog postupka, kao ostvarenja načela efikasnosti, koje ne mora, uvek, da dovede do ispunjenja, ne samo, navedenog cilja, već i do ostvarenja navedenih načela jedinstvenog stečajnog postupka i jedinstvene stečajne mase.

Vođenje više stečajnih postupaka protiv istog dužnika je osnovni smisao koncepta univerzalnosti, tako da se otvoreni stečajni postupak u jednoj državi priznaje u svim državama sa svim njegovim dejstvima.² Pravilo *lex fori concursus*, kao pravo stečajnog postupka, karakteriše ovu koncepciju. Međutim, ovaj koncept ima i određena ograničenja u primeni. To se, pre svega, odnosi na stav prema nepokretnoj imovini dužnika, koja se nalazi van teritorije države, u kojoj stečajni dužnik ima sedište, odnosno, središte glavnih interesa, po kom kriterijumu je i pokrenut stečajni postupak, kao i prema učešću stranaca u ovim postupcima.³ Sa druge strane, postoji teritorijalni koncept, koji je konzervativniji. Teritorijalni koncept se svodi na to, da se dejstva stečajnog postupka ograničavaju samo na zemlju u kojoj je pokrenut, a što se tiče imovine u drugoj zemlji, tu su moguća dva odgovora. Moguće je, prvo, tražiti izvršenje na toj imovini, na osnovu, već donesene odluke, a moguće je da se otvori poseban stečajni postupak nad tom imovinom.⁴ Osnovno pravilo, koje se pojavljuje kod ovog koncepta, je *lex fori*, kao pravo mesta, gde se postavlja pitanje ili gde se donosi odluka.

Pomirenje između ova dva koncepta je nešto čemu teže i zakonodavstva u zadnje dve decenije. Promene u zakonodavstvu EU iz 2015. godine predstavljaju drugačiji korak ka regulisanju ove materije, ali korak, koji treba da dovede, na prvom mestu, do veće efikasnosti u namirenju poverilaca. U ovom radu ćemo posvetiti pažnju izmenama prava EU u ovoj oblasti, koja se tiču drugačijeg statusa sekundarnog stečajnog postupka.

Uopšte o sekundarnom stečajnom postupku

Da bi mogli da analiziramo izmene koje se tiču sekundarnog stečajnog postupka, moramo da se, kratko, osvrnemo, na neka opšta pitanja vezana za ovaj postupak. Osnovni cilj sekundarnog stečajnog postupka jeste ravnomerno namirenje poverilaca i onemogućavanje dužnika da izbegne svoje obaveze u stečajnom

² B.Eisner, *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb 1956, str. 368.

³ H.Hanis, "Probleme des internationalen Insolvenzrecht" in *Probleme des Internationalen Insolvenzrecht Festschrift für W. Marschal*, Frankfurt 1982., str. 12.

⁴ *Ibid.*

postupku. Sekundarni postupak⁵ doprinosi ostvarenju navedenog pravila *lex fori concursus*, koje treba da dovede do jedinstva stečajnog postupka i stečajne mase, kao i primene jednog prava⁶. No, po isključivoj nadležnosti, kao što je rečeno, odnosno, po mestu gde se nalazi središte glavnih interesa stečajnog dužnika, pokreće se glavni postupak⁷.

S druge strane, sekundarni postupak se otvara po mestu gde se nalazi filijala ili bilo koji deo dužnika koji obavlja delatnost. Sekundarni postupak, koji je pokrenut po tom kriterijumu se odnosi samo na imovinu koja se nalazi u toj državi, ali ne i na imovinu koja se nalazi u nekoj drugoj državi ili nekim drugim državama⁸. Sekundarni postupak se pokreće bez ispitivanja insolventnosti dužnika u drugoj državi ugovornici.⁹ Zavisnost sekundarnog od glavnog postupka se ogleda, ne samo kroz dejstva, već i kroz namirenje potraživanja poverilaca. Što se tiče merodavnog prava, u sekundarnom postupku se primenjuje merodavno pravo po *lex fori*.¹⁰ Znači, primenjuje se pravo države, u kojoj je sekundarni postupak otvoren. Predlog za pokretanje sekundarnog postupka mogu podneti stečajni upravnik iz glavnog postupka, kao i svako lice, koje je ovlašćeno da zahteva pokretanje stečajnog postupka. Krug tih lica se određuje po pravu države, u kojoj se zahteva pokretanje sekundarnog postupka.¹¹ Jako je bitno i jasno uređivanje saradnje stečajnih upravnika i drugih organa u stečajnom postupku, a moramo reći, da novi akt EU, u ovoj oblasti, mnogo veću pažnju posvećuje saradnji navedenih lica i organa, nego što je to bio, ranije, slučaj. Saradnja se ogleda u obaveznom pružanju informacija, koje jedan drugom mogu da pruže stečajni upravnik iz glavnog i stečajni upravnik iz sekundarnog postupka.¹² Takođe, predviđeno je i da svaki poverilac može da prijavi svoje potraživanje i u glavnom i u sekundarnom postupku.¹³ Sud, pred kojim je pokrenut sekundarni postupak, može prekinuti postupak, ukoliko je potrebno da se preduzmu neophodne mere za obezbeđenje interesa poverilaca, i to, na zahtev stečajnog upravnika iz glavnog postupka. Sud će nastaviti vođenje sekundarnog postupka na zahtev stečajnog upravnika iz glav-

⁵ U tekstu ćemo dalje, kod navođenja termina sekundarni postupak i glavni postupak izostavljati reč "stečajni".

⁶ J.H. Dalhuisen, *International Insolvency and Bankruptcy*, vol.I, New York 1984, str. 3-170.

⁷ Član 3.1 Uredbe 848/2015.

⁸ Član 3.2. Uredbe 848/2015.

⁹ Član 34 Uredbe 848/2015.

¹⁰ Član 35 Uredbe 848/2015.

¹¹ Član 37, t. 1 Uredbe 848/2015.

¹² Član 41, t. 1 i 2 Uredbe 848/2015.

¹³ Član 45, t. 1 Uredbe 848/2015.

nog postupka ili ako utvrdi da mera obustave stečajnog postupka nije više opravdana, sa stanovišta obezbeđenja interesa poverilaca.¹⁴ Što se tiče transfera sredstava iz sekundarnog u glavni postupak, ako imovina iz sekundarnog postupka bude dovoljna za namirenje svih potraživanja u ovom postupku, ostatak, odnosno preostala sredstva će biti prenesena stečajnom upravniku glavnog postupka, tj. u stečajnu masu tog postupka.¹⁵ Osim toga, ako sud, koji je nadležan za pokretanje glavnog postupka, utvrdi da je potrebno da se preduzmu mere obezbeđenja u pogledu imovine dužnika, on će imenovati privremenog stečajnog upravnika, koji će imati ovlašćenje da preduzima sve mere u cilju očuvanja celokupne imovine stečajnog dužnika, odnosno, svakog njenog dela, bez obzira, gde se taj deo nalazi, da li u zemlji pokretanja glavnog ili u zemlji pokretanja sekundarnog postupka, odnosno, u bilo kojoj drugoj državi ugovornici. Te mere će privremeni stečajni upravnik preduzimati u periodu, od momenta podnošenja zahteva za pokretanje stečajnog postupka do momenta donošenja odluke o pokretanju stečajnog postupka.¹⁶ Ovo su neke od odredaba koje, na isti način, regulišu i Uredba 848/2015 i ranija Uredba br. 1346/2000 Evropskog parlamenta i Saveta o insolventnim postupcima¹⁷, koje pokazuju, već navedenu, zavisnost sekundarnog od glavnog postupka. To se ogleda, kako u ovlašćenjima stečajnog upravnika iz glavnog postupka u sekundarnom postupku, tako i u obaveznom transferu preostale stečajne mase iz sekundarnog u glavni postupak. Navedene odredbe predstavljaju i osnovne karakteristike sekundarnog postupka koje su vezane i za prethodni i za sadašnji akt EU u ovoj oblasti.

Regulisanje sekundarnog postupka u novoj Uredbi EU 848/2015

Kao što smo rekli, Uredba 848/2015 na drugačiji način reguliše sekundarni postupak. To se tiče ne samo detaljnijeg uređenja pitanja pokretanja sekundarnog postupka, zatim, saradnje subjekata glavnog i sekundarnog postupka, kao i drugih pitanja, već, pre svega, slučajeva izbegavanja pokretanja sekundarnog postupka, predviđanja mogućnosti restrukturiranja dužnika, kao i mogućnosti da se ospori odluka o pokretanju sekundarnog postupka upravnika od strane stečajnog upravnika iz glavnog postupka. Osim navedenim pitanjima, pokušaćemo da odredimo i prirodu sekundarnog postupka, imajući u vidu odredbe Uredbe 848/2015.

¹⁴ Član 46 Uredbe 848/2015.

¹⁵ Član 49 Uredbe 848/2015.

¹⁶ Član 52 Uredbe 848/2015.

¹⁷ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings - *Official Journal* L 160 , 30/06/2000 pp. 1–18.

Izbegavanje sekundarnog postupka i zaštita poverilaca

Kao što smo rekli, Uredba 848/2015 reguliše pravo na preuzimanje obaveze u cilju izbegavanja pokretanja sekundarnog postupka¹⁸. Veliki prostor se posvećuje ovoj materiji, čak 11 stavova u istom članu. Radi se o situaciji, kada stečajni upravnik iz glavnog postupka preuzima jednostranu obavezu, kada je u pitanju imovina koja se nalazi u zemlji članici u kojoj bi se, inače, taj sekundarni postupak mogao pokrenuti, da će, prilikom raspodele navedene imovine dužnika, kao i prihoda koje ta imovina ima, postupati u skladu sa pravom te zemlje, zemlje u kojoj bi mogao sekundarni postupak da bude pokrenut. Praktično se tom obavezom garantuje da će poverioci imati sva prava, kao da je pokrenut sekundarni postupak. Iako, Uredba 848/2015 govori o obavezi stečajnog upravnika, skloni smo da tu obavezu definišemo kao garanciju, jer se, upravo, ona na to i odnosi. Naime, stečajni upravnik garantuje da poverioci u u zemlji, u kojoj bi mogao da bude pokrenut sekundarni postupak, neće biti oštećeni.

U navedenoj garanciji stečajnog upravnika iz glavnog postupka, definišu se pretpostavke na kojima se zasniva ta obaveza, a što se odnosi na vrednost te imovine i njenu realizaciju, odnosno, naplatu. Na prava poverilaca koja se tiču naplate potraživanja, primenjuje se pravo te zemlje, u kojoj bi mogao da bude pokrenut sekundarni postupak (*lex fori*), a momenat za koji će se vezati definisanje šta sve spada u imovinu dužnika je momenat davanja garancije. Garancija mora da bude u pisanoj formi. Ta garancija mora da bude u skladu sa svim drugim zahtevima koji se tiču raspodele imovine. Međutim, da bi ta garancija mogla da ima dejstva, sa njom moraju da se saglase svi lokalni poverioci, odnosno, poverioci te zemlje u kojoj bi mogao da bude pokrenut sekundarni postupak. Lokalni poverioci moraju da glasaju za predlog garancije, na način, kako je to predviđeno u toj zemlji, kad je u pitanju glasanje poverilaca za plan u postupku restrukturiranja. Lokalni poverioci mogu da glasaju i u odsustvu putem sredstava telekomunikacije. Stečajni upravnik je dužan da upozna lokalne poverioce sa svim aspektima vezanim za navedenu garanciju. Kada lokalni poverioci daju saglasnost na garanciju, ona ima dejstva prema stečajnoj masi. Ako se, ipak, pokrene sekundarni postupak, tada će stečajni upravnik iz glavnog postupka biti u obavezi da imovinu koja je prenesena iz te države u drugu, istu prenese na imenovanog stečajnog upravnika u sekundarnom postupku. On će biti u obavezi da prenese i prihode koje je ta imovina ostvarila. Stečajni upravnik iz glavnog postupka mora da obavesti sve poverioce na području te države o raspodeli imovine koja mora biti u skladu sa garancijom i sa merodavnim pravom te države. Ako to nije slučaj, svaki lokalni poverilac može

¹⁸ Član 36 Uredbe 848/2015.

da ospori takvu raspodelu pred sudom države članice u kojoj je pokrenut glavni postupak. Ako se pokrene spor, tada se neće sprovesti raspodela imovine, dok se ne donese sudska odluka. Lokalni poverioci se mogu obratiti sudu zemlje u kojoj je pokrenut glavni postupak, kako bi stečajni upravnik glavnog postupka preduzeo sve mere, koje bi dovele do usklađenosti sa uslovima garancije. Osim toga, lokalni poverioci mogu da podnesu zahtev i sudu države, u kojoj bi sekundarni postupak mogao da bude pokrenut, kako bi se preduzele privremene mere u slučaju nepoštovanja garancije od strane stečajnog upravnika. Stečajni upravnik je dužan da naknadi štetu svim lokalnim poveriocima u slučaju da do nje dođe, usled nepoštovanja preuzetih obaveza iz garancije. Ovlašćeni organ, koji se imenuje u državi, u kojoj je sekundarni postupak mogao da bude pokrenut koji je, u skladu sa odredbama Direktive br. 2008/94/EZ o zaštiti zaposlenih u slučaju insolventnosti njihovog poslodavca¹⁹, obavezan da garantuje isplatu nenamirenih potraživanja zaposlenih, koja proizlaze iz ugovora o radu i radnih odnosa, smatraće se lokalnim poveriocem, ako je to predviđeno pravom te države.

Vidimo da navedene odredbe štite poverioce u potpunom smislu te reči. To se odnosi, kako na mogućnost da oni naplate svoja potraživanja, iz imovine koja se nalazi u toj zemlji, nakon realizacije garancije stečajnog upravnika iz glavnog postupka a, isto tako, i na mogućnost da se pokrene sekundarni postupak, kada bi stečajni upravnik iz glavnog postupka morao da prebaci imovinu dužnika u sekundarni postupak. Uredba 848/2015 koristi termin lokalni poverioci. To čini iz razloga razlikovanja ovih poverilaca iz države u kojoj bi mogao biti pokrenut sekundarni postupak, od ostalih poverilaca iz drugih država, koje su po navedenim kriterijumima vezani za dužnika. Radi se o poveriocima, čija su potraživanja prema dužniku nastala u vezi sa radom poslovne jedinice ili dela dužnika, koji se nalazi u državi, koja nije država centra glavnog interesa dužnika²⁰. Što se tiče garancije stečajnog upravnika iz glavnog postupka, Uredba 848/2015 navodi da za nju moraju da glasaju poverioci i tek tada će ona proizvesti dejstva. Ovde se mora voditi računa o zaštiti poverilaca koji ne glasaju za navedenu garanciju.

Inače, institut izbegavanja pokretanja i vođenja sekundarnog postupka nije nastao usvajanjem Uredbe 848/2015. Taj institut je proistekao iz jednog drugog instituta koji se zove "sintetički stečajni postupak", koji je vezan, na prvom mestu, za sudsku praksu, čemu ćemo, takođe, posvetiti pažnju.

¹⁹ Directive 2008/94/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer - *Official Journal of the European Union* L 283, pp. 36-41.

²⁰ E.T. Mendiola, "Synthetic" insolvency proceedings", *Analysis Gomez-Acebo&Pombo*, November 2015., p.1, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/synthetic-insolvency-proceedings.pdf>, 02.08.2016.

“Sintetički” stečajni postupak

“Sintetički” stečajni postupak, kao pojam, prihvaćen je u nekim slučajevima u Velikoj Britaniji, kada se uvidelo da sekundarni postupci nepotrebno opterećuju ceo stečajni postupak protiv dužnika. Radi se o postupcima gde imovina dužnika, koja se nalazi u toj državi (državi gde je mogao biti pokrenut sekundarni postupak) ne opravdava otvaranje postupka, zbog troškova, ali lokalni poverioci, kao što su poreska uprava, agencije za socijalno osiguranje moraju biti sigurni da će se naplatiti iz te imovine, obzirom da može biti nesigurna naplata potraživanja u glavnom postupku²¹. Međutim, ovakve situacije dovode do postavljanja pitanja koja se tiču nelokalnih poverilaca i njihovog tretmana u takvim postupcima, ako imamo u vidu da se radi o postupcima koje imaju univerzalni karakter (i u glavnom i u sekundarnom postupku se mogu prijavljivati potraživanja), a odredba Uredbe 848/2015 se odnosi pre svega na status lokalnih poverilaca²². Navedeno proizlazi i iz definisanja garancije stečajnog upravnika iz glavnog postupka koja se daje samo lokalnim poveriocima. Ona predstavlja sporazum sa lokalnim poveriocima i samo ako je oni prihvate, garancija ima dejstva prema imovini koja se nalazi u državi u kojoj bi mogao biti pokrenut sekundarni postupak²³.

Jedan od razloga da se ne podrži otvaranje sekundarnog postupka kao teritorijalnog postupka jeste smanjenje troškova stečajnog postupka. Međutim, ako je broj lokalnih poverilaca veliki, troškovi, takođe, mogu biti veliki, jer treba imati u vidu da svaki od njih mora da bude obavešten o sadržini garancije koja mora biti sastavljena na službenom jeziku ili jednom od službenih jezika te države. Tako, troškovi prevođenja i ne samo ti troškovi mogu biti isti, ako ne i veći od troškova otvaranja sekundarnog postupka²⁴.

Sledeće pitanje koje se postavlja se odnosi na pravo lokalnih poverilaca da se obrate sudu glavnog postupka zahtevajući od stečajnog upravnika glavnog postupka da preduzme sve mere za obezbeđenje mera sa uslovima garancije. Uredba 848/2015, u ovom delu, nije sasvim jasna, na šta se odnosi to obezbeđenje²⁵.

Sekundarni postupci, ako pogledamo tekst člana 36 Uredbe 848/2015, mogu ometati efikasno namirenje potraživanja i pravilno tretiranje stečajne mase koja se nalazi u zemlji gde su mogli da budu pokrenuti ti postupci. Zbog toga Uredba 848/2015 pruža dve mogućnosti: ili da stečajni upravnik da garanciju da

²¹ *Ibid.*

²² E.T. Mendiola, p. 1-2.

²³ E.T. Mendiola, p. 2.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ E.T. Mendiola, p. 3.

će se lokalni poverioci namiriti iz movine dužnika, kao da je pokrenut sekundarni postupak ili da se sekundarni postupak odloži²⁶.

Što se tiče garancije stečajnog upravnika iz glavnog postupka, ona se, po nekim autorima, tretira kao jednostrano obećanje, a ne kao ponuda, sa čime se ne bi mogli složiti²⁷. Ona mora biti rezultat procene vrednosti imovine i mogućnosti namirenja potraživanja i zato predstavlja ponudu. Međutim, i tu može nastati problem. Naime, jedna od odredbi koja se mora tumačiti od strane EU zakonodavca odnosi se na činjenične pretpostavke koje se moraju navesti u garanciji, a koje se tiču vrednosti imovine i mogućnosti za realizaciju te imovine. Na osnovu čega će se proceniti vrednost imovine i navedene mogućnosti? Koji su to parametri, ako nema pokretanja sekundarnog postupka²⁸? Da li će te činjenice utvrđivati stečajni upravnik iz glavnog postupka sa drugim organima u državi u kojoj bi mogao da bude pokrenut sekundarni postupak ?

Ali, troškovi koje donosi pokretanje i vođenje stečajnog postupka, osnovni su razlozi za izbegavanje sekundarnog postupka. Izveštaj Svetske banke iz 2010. godine pokazuje da su ti troškovi ogromni. Npr. u Velikoj Britaniji oni su iznosili 6% od vrednosti stečajne mase, u Nemačkoj 8%, u Francuskoj i Švedskoj 9%, u Španiji 15%, a u Italiji čak 22%. Ti troškovi su direktan teret kako za poverioce u glavnom, tako i za poverioce u sekundarnom postupku²⁹. Takođe, nekoliko slučajeva vezani za britansku sudsku praksu iz sredine 2000-ih su dovele do prihvatanja “sintetičkih” stečajnih postupaka kao rešenja za zaštitu imovine, kao i dužnika i poverilaca. Viši sud u Birmingemu je, vezano za kompaniju “MG Rover”, doneo odluku, u kojoj je zaključeno da je bolje prodati kompaniju po nacionalnim propisima, kao i namiriti potraživanja u odnosu na pokretanje stečajnog postupka³⁰. Sledeće, 2006. godine, Viši sud u Londonu je u slučaju Collins&Aikman doneo odluku da stečajni upravnici mogu da daju usmeno obećanje poveriocima da će imati bolji položaj u namirenju potraživanja po engleskom pravu u odnosu na položaj koji će imati u sekundarnom postupku³¹. Postoje i drugi slučajevi koji,

²⁶ B. Wessels, *The EU Regulation in Insolvency Proceedings (Recast); the first commentaries*, April 2016, p. 6, <http://bobwessels.nl/wp/wp-content/uploads/2016/04/2016-04-05-Wessels-review-2-books-on-EIR-Recast.pdf> 01.08.2016.

²⁷ B. Wessels, p. 7.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ R.Arts, *Main and Secondary Proceedings in the recast of the European Insolvency Regulation - The only good secondary proceeding is a synthetic secondary proceeding*, p. 13, <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Arts%20%20Main%20and%20Secondary%20Proceedings.pdf>, 02.08.2016.

³⁰ R. Arts, p. 16.

³¹ R. Arts, p. 17.

praktično, sekundarni postupak stavljaju u inferiorni položaj u odnosu na pravo primenjeno po *lex fori*, kao i u odnosu na glavni postupak.

Preispitivanje odluke o pokretanju sekundarnog postupka

Uredba 848/2015 predviđa da stečajni upravnik iz glavnog postupka može da, pred sudovima države pokretanja sekundarnog postupka, ospori odluku o pokretanju tog postupka, ako ona nije u skladu sa njenim odredbama. Sud kome je podnesen predlog za pokretanje sekundarnog postupka mora bez odlaganja da o tome obavesti stečajnog upravnika glavnog postupka, kao i dužnika. Međutim, ako je stečajni upravnik iz glavnog postupka preuzeo obavezu, odnosno, dao garanciju u vezi sa raspodelom stečajne mase, tada se sekundarni postupak neće pokretati. Ako je u toku privremeni zastoj izvršnog postupka koji je određen kako bi se omogućili pregovori između dužnika i poverilaca, sud će na zahtev stečajnog upravnika ili dužnika odrediti zastoj pokretanja sekundarnog postupka za period koji ne može biti duži od tri meseca, uz uslov da su obezbeđeni interesi lokalnih poverilaca. U vezi sa tim, stečajni upravnik iz glavnog postupka može predložiti pokretanje nekog drugog postupka koji je predviđen nacionalnim pravom te države, a koji su navedeni i Uredbi 848/2015 za svaku državu posebno³². Taj postupak mora biti u interesu poverilaca. I iz navedenog se može zaključiti da Uredba 848/2015 definiše veća ovlašćenja stečajnog upravnika iz glavnog postupka, što se, pre svega, odnosi na njegovu odluku o izbegavanju sekundarnog postupka i davanje garancije lokalnim poveriocima.

Pokretanje drugog postupka umesto sekundarnog kao stečajnog postupka

Rekli smo da Uredba 848/2015 predviđa mogućnost da stečajni upravnik iz glavnog postupka u državi u kojoj je pokrenut sekundarni postupak, predloži pokretanje nekog drugog postupka. To se odnosi na restrukturiranje dužnika, stečajnu nagodbu ili bilo koju drugu sličnu meru, koja dovodi do nastavka rada dužnika, što znači da neće doći do stečaja. To će biti moguće, samo, ako pravo te države predviđa navedeno³³. Znači, sve zavisi da li odnosna država predviđa ili ne predviđa navedene postupke. Ako posmatramo postupak restrukturiranja dužnika, mora se reći da u njemu nalazimo pojedina hibridna rešenja, koja kombinu-

³² Prilog A Uredbe 848/2015.

³³ Član 47 Uredbe 848/2015.

ju prednosti vansudskih postupaka restrukturiranja dugova i reorganizacije koje se sprovodi kao sudski stečajni postupak. Ta rešenja po pravilu omogućavaju da se restrukturiranje odvija brže, uz niže troškove u odnosu na sudske postupke i sa znatno manje rizika po buduće poslovanje dužnika, ali pri tom ima obavezujuće dejstvo na (najčešće) sve poverioce čime se rešava problem nesaglasnih poverilaca, u slučaju poverilaca koji ne prihvataju sporazum kako bi pokušali da ostvare povoljnije namirenje³⁴.

Što se tiče postupka restrukturiranja u stečaju, on predstavlja sveobuhvatnu reviziju i sanaciju poslovanja stečajnog dužnika, što treba da dovede do opstanka privrednog društva u istom ili nešto izmenjenom obliku. Ovaj postupak se reguliše stečajnim zakonodavstvom, jer je deo stečaja i ne postoji van stečajnog prava. Ovaj postupak je alternativa običnom stečajnom postupku ili likvidacionom postupku, koji dovode do prestanka dužnika. Radi se o složenom ekonomsko pravnom postupku koji se sastoji u donošenju odluke da li se uopšte može sprovesti restrukturiranje, kao i u definisanju na koji način će se sprovesti novi koncept poslovanja koji bi trebalo da dovede do drugačijeg, uspešnijeg poslovanja dužnika. Međutim, mora se reći da se, kod odlučivanja o restrukturiranju, kao i kod sprovođenja tog postupka, ne primenjuje, samo, stečajno zakonodavstvo, već i zakonodavstva koja uređuju izvršenje, radne odnose, trgovačka društva, obligacione odnose, itd³⁵. Što se tiče stečajne nagodbe, reći ćemo da se radi o postupku koji se provodi sa ciljem uspostavljanja likvidnosti i solventnosti dužnika.

Znači, stečajni upravnik iz glavnog postupka ima i drugu mogućnost koja se tiče izbegavanja pokretanja sekundarnog postupka. Pokretanje nekog drugog postupka, a ne stečajnog (sekundarnog), ne sme dovesti do oštećenja poverilaca. No, ovde se radi o nastavku rada dužnika, što, ako pravilno tumačimo odredbe Uredbe 848/2015, znači da će se nastavak rada odnositi na filijalu ili deo dužnika (bez obzira na formu) u zemlji gde može biti pokrenut sekundarni postupak. Ovde možemo postaviti pitanje statusa filijale dužnika ili bilo koje druge forme, a što će zavisti samo od prava te zemlje. Sa druge strane, ako se u toj zemlji nalazi samo imovina dužnika, smatramo da se onda ne može, u celini, primeniti navedena odredba³⁶.

³⁴ B.Radulović, Unapred pripremljeni planovi reorganizacije u Republici Srbiji – uporedno-pravna i empirijska analiza, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU* – 2013, str. 58. <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/radvuk/Hibridni%20stečajni%20postupci.pdf>, 31.07.2016.

³⁵ D. Sajter, "Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47, 3/2010., str. 731-732.

³⁶ Tada bi mogli da govorimo o stečajnoj nagodbi između poverilaca i dužnika.

Svrha sekundarnog postupka

Ako pogledamo navedene tri karakteristike Uredbe 848/2015 koje se odnose na sekundarni postupak, moramo reći da stečajni upravnik iz glavnog postupka, praktično, upravlja i sekundarnim postupkom, iako to upravljanje nije definirano kao direktno. Stečajni upravnik iz glavnog postupka može svojim odlukama doprineti da se sekundarni postupak, uopšte, ne pokrene, ako se ispune navedeni uslovi, što zavisi od dogovora dužnika i poverilaca, kao i od mogućnosti pokretanja nekog drugog postupka.

Imajući navedeno u vidu, moramo, sa razlogom, postaviti pitanje da li je sekundarni postupak uopšte potreban, odnosno, da li je on regulisanjem navedenog, izgubio svoju svrhu, svoj smisao. Sekundarnim postupkom su zaštićeni poverioci te države u kojoj su ispunjeni uslovi za pokretanje tog postupka. Pravila stečajnog postupka, kojima se ograničava i oduzima poslovna sposobnost dužniku, ograničava raspolaganje imovinom koja predstavlja stečajnu masu, kao i ostala pravila, garantuju poveriocima namirenje potraživanja. No, kao što smo videli, u određenim slučajevima, a u nekim od njih i poverioci imaju glavnu ulogu, neće doći do pokretanja sekundarnog postupka.

Kad je u pitanju zaštita poverilaca, možemo postaviti nekoliko pitanja. Da li se može očekivati da, u svakom slučaju, budu obuhvaćeni svi lokalni poverioci garancijom koju daje stečajni upravnik glavnog postupka? Zatim, da li će biti zaštićena prava poverilaca u slučaju prihvatanja predloga za pokretanje postupka restrukturiranja ili stečajne nagodbe? Najzad, da li će se zaštititi potraživanja poverilaca u slučaju zastoja ili obustave sekundarnog postupka?

Činjenica je da su veliki troškovi stečajnog postupka navedeni kao osnovni razlog za usvajanje odredbe o izbegavanju sekundarnog postupka. Međutim, kao što smo videli i namirenje potraživanja, bez vođenja sekundarnog postupka, dovodi do velikih troškova, upravo zbog toga što se moraju zaštititi prava lokalnih poverilaca i njihov "oslabljen" status u glavnom postupku.

"Favorizovanje" stranog prava, institut comity i sekundarni postupak

Ako pogledamo različite zakonske izvore, videćemo da se koriste različiti termini za sekundarni postupak, kao što su pomoćni, paralelni, sporedni, posebni, itd. No, kod definisanja sekundarnog postupka moramo pomenuti ispunjenje načela *comity*, koje je svoj smisao, prvo, našlo u anglosakskonskom zakonodavstvu, a sada i u zakonodavstvu EU, kao i u nacionalnim zakonodavstvima evrop-

skih zemalja³⁷. Ovo načelo ublažava primenu pravila o teritorijalnosti, odnosno, ono favorizuje primenu stranog prava i primenu stranih odluka, pre svega, zbog međunarodne učtivosti. Svrha sekundarnog postupka je uvažavanje prava poverilaca iz države u kojoj se nalaze poslovna jedinica, druge forme preduzeća dužnika, kao i imovina dužnika, kako bi oni mogli da se namire iz te imovine, pre nego što se ona prebaci u državu u kojoj je pokrenut glavni postupak. U SAD je 2005. godine usvojeno poglavlje 15 Stečajnog zakonika SAD pod naslovom "Zavisni (pomoćni) i drugi prekogranični slučajevi". Poglavlje 15 razlikuje glavni i sporedni postupak. Poglavlje 15 uključuje i primenu Model zakona o prekograničnoj insolventnosti³⁸. Osnovni cilj vođenja više stečajnih postupaka protiv istog dužnika proizlazi iz potrebe za zaustavljanjem gubitka imovine koja se nalazi u filijalama kompanije protiv koje je otvoren stečaj postupak.³⁹ I navedeni Zakon, kao i drugi zakoni i ostali međunarodni izvori su, upravo navedeno, imali u vidu, kada su definisali mogućnost pokretanja drugog stečajnog postupka protiv dužnika koji je imovinom ili filijalom vezan za drugu zemlju. No, stečajni postupak nije savršen. On sa sobom nosi druge opasnosti, a neke od njih smo naveli.

ZAKLJUČAK

Uredba 848/2015 će se primenjivati od 26.juna 2017. godine. Sa stanovišta Srbije, ona jeste od važnosti, obzirom na status naše države prema EU. U svakom slučaju, odredbe ovog akta moraju biti uzeti u obzir, imajući u vidu, naročito, status sekundarnog postupka, koji se i pokreće po činjenici mesta nalaženja filijale, poslovne jedinice i imovine. Zakon o stečaju Republike Srbije⁴⁰ je, u ovoj oblasti, preuzeo odredbe Model-zakona o prekograničnoj insolventnosti⁴¹. Na pitanje, da li će doći do izmena odredaba koje se tiču sporednih postupaka (sekundarni postupci), ne može se odgovoriti⁴². No, ako bi se desio slučaj da je privredni subjekt

³⁷ J.A.E. Pottow, "A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies", University of Michigan Law School 2011, *Texas International Law Journal*, vol. 46:579, p. 580, <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1613&context=articles>, 01.08.2016.

³⁸ L. Salafia, "Cross-Border Insolvency Law in the United States and its application to Multi-national Corporate Groups", *Connecticut Journal of International Law*, vol.21, 2006., p. 20.

³⁹ J.N. Saltzman, Cross Border Insolvencies and the United States Bankruptcy Code, <http://lawfirm.ru/article/print.php?id=3773>, 02.08.2016.

⁴⁰ Zakon o stečaju Republike Srbije - *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011 - dr. zakon, 71/2012 - odluka US i 83/2014

⁴¹ General assembly resolution 52/158 of December 15, 1997 – Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law

⁴² Kao što je izvesno da će doći do izmena odredaba o stečaju povezanih društava.

protiv koga je pokrenut glavni postupak u nekoj od zemalja EU, bio povezan sa Srbijom po kriterijumima koji su navedeni u Uredbi 848/2015, tada bi se primenjivale odredbe Zakona o stečaju Srbije, odnosno, preuzetog Model-zakona, odnosno, primenjivalo bi se pravo *po lex fori*.

Napred smo govorili o svrsi sekundarnog postupka. Zašto se dozvoljava pokretanje sekundarnog postupka ? Pre svega, da bi lokalni sudovi, odnosno, sudovi države u kojoj se nalaze poslovna jedinica ili imovina dužnika imali nadležnost nad tim činjenicama. Time se sekundarni postupak suprotstavlja preograničenom "suverenitetu" glavnog postupka i u državi u kojoj se nalaze činjenice koje dovode do pokretanja sekundarnog postupka⁴³. Međutim, sadašnja rešenja proširuju taj suverenitet mogućnošću da stečajni upravnik iz glavnog postupka odlučuje u državi, u kojoj bi mogao da bude pokrenut sekundarni postupak (ili, već, jeste pokrenut), tako što on može preispitivati odluku o pokretanju sekundarnog postupka, a može donositi i odluke koje se tiču raspodele imovine dužnika u toj zemlji ili pokretanja nekog drugog postupka. "Sintetički" stečajni postupak jeste jedno od rešenja koje bi moglo da sa jedne strane zaštiti poverioce, a sa druge strane da ubrza i učini efikasnijim stečajni postupak, tako što se ne bi vodio sekundarni postupak⁴⁴. Međutim, tada se neće primenjivati pravila stečajnog postupka, što može dovesti u nepovoljniji položaj poverioce sa manjim potraživanjima, imajući u vidu rešenje Uredbe 848/2015 da oni glasaju za jednostranu obavezu (kako je definisan taj institut) od strane stečajnog upravnika iz glavnog postupka. Praktično, navedeno rešenje može dovesti do smanjenja troškova postupka, kao i do ubrzanja raspodele imovine, ali je pitanje da li ono dovodi do zaštite svih poverilaca. Što se tiče pokretnja nekog drugog postupka, koje može dovesti do nastavka rada dužnika, ovde se postavlja pitanje statusa dela dužnika (filijale ili neke druge forme) u zemlji sekundarnog postupka.

S obzirom da je u međunarodnom stečaju pravilo *lex fori concursus* osnovno, postavlja se pitanje da li se ono neće primenjivati ako ne dolazi do pokretanja sekundarnog postupka. Imajući u vidu status stečajnog upravnika iz glavnog postupka u zemlji u kojoj bi mogao da bude pokrenut sekundarni postupak, kao i odredbe Uredbe 848/2015 koje se tiču saradnje između sudova istečajnih upravnika, možemo zaključiti da se ovo pravilo primenjuje⁴⁵.

⁴³ J.A.E. Pottow, p. 581

⁴⁴ J.A.E. Pottow, p.585

⁴⁵ P. Franzina, The new European Insolvency Regulation, <http://conflictoflaws.net/2015/the-new-european-insolvency-regulation/>, 01.08.2016.

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

CHANGES IN REGULATION OF SECONDARY BANKRUPTCY
PROCEEDINGS IN EU LAW

Summary

The Regulation (EU) No. 2015/848 on insolvency proceedings pays more attention to the regulation of the secondary bankruptcy proceedings in relation to the Regulation No. 2000/1346 which regulated the same area, but in a different way. This applies in particular to avoid the initiation of secondary bankruptcy proceedings and the right of the trustee from the main bankruptcy proceedings that, instead of starting secondary bankruptcy proceedings, submit request of the initiation of restructuring proceedings or bankruptcy settlement or similar proceedings. With the abovementioned changes of the rules, the Regulation (EU) No. 2015/848 gave the legal framework to the institute of the “synthetic bankruptcy proceeding”. The author in the paper analyzes indicated changes and state the reasons for their regulation. The paper also pays attention to the general elements of the secondary bankruptcy proceedings, and one section is devoted to the necessity of the existence of secondary bankruptcy proceedings.

DIREKTOR U SENCI U PRAVU ENGLLESKE

U V O D

Izuzetna važnost funkcije direktora kompanije kao njenog *ex lege* zastupnika, odnosno fiducijara njenih akcionara, uticala je na to da u kontinentalnom i anglosaksonskom pravu u pogledu zakonske regulative ovog instituta i ne postoje neke suštinske razlike. Naprotiv, savremeni kompanijski propisi, u koje se van svake sumnje ubraja i naš Zakon o privrednim društvima (ZOPD),¹ detaljno i manje više jako slično regulišu čitav niz pitanja koja se postavljaju u vezi uslova imenovanja, razrešenja i podnošenja ostavke, dužnosti direktora prema društvu i trećim licima, njegovim ovlašćenjima i odgovornostima...²

Bitne razlike između dva globalna pravna koncepta ne postoje ni kada je reč o vrstama direktora kompanija mada se, sa druge strane, način njihovog pravnog uređenja razlikuje. Naime, kompanijski propisi anglosaksonskog prava uglavnom ne prave razliku između izvršnih (*executive*) i neizvršnih (*non-executive*) direktora, što opet ne znači da ta pravna škola ne poznaje i jednu i drugu vrstu direktora kao rezultat poslovne prakse. Tako recimo engleski Zakon o kompanijama

Dr Slobodan Nenadović, profesor strukovnih studija, VIPOS Valjevo.

¹ Zakon o privrednim društvima – ZOPD, “Službeni glasnik RS” br. 36/2011.

² Uporedi članove 61-80, 218, 220, 384-386, 395-396, 382 ZOPD, sekcije 7.28, 8.01-8.11, 8.30-8.33 Modela Zakona o poslovnim korporacijama SAD iz 1950. godine (*Model Business Corporation Act*) i Deo 10 - sekcije 154–181 Zakona o kompanijama Velike Britanije iz 2006. godine (*Company Act 2006*).

iz 2006. godine kao direktora određuje “svako lice koje zauzima položaj direktora, bez obzira na njegov naziv”³ i uglavnom samim kompanijama dopušta da organizaciju svoje uprave i posloводства urede kako najbolje odgovara njihovim interesima. Ovakva mogućnost u praksi kod velikih kompanija redovno dovodi do organizovanja odbora direktora kao i podele nadležnosti između izvršnih i neizvršnih direktora. Sa druge strane u kontinentalnom pravu ova je oblast regulisana neposredno zakonskim propisima i to prilično detaljno. Naš ZOPD ne samo da razlikuje izvršne i neizvršne direktore, već u sistemu dvodomnog upravljanja predviđa obavezu postojanja jednog ili više izvršnih direktora odnosno izvršnog odbora direktora, ako društvo ima tri ili više takvih direktora.⁴ I ne samo to: ZOPD podrobno određuje i nadležnosti izvršnih i neizvršnih direktora društva. Ali, kao što smo prethodno i naglasili, ono što je u ovom smislu obavezna organizaciona struktura kompanije prema našem ZOPD (kao i drugim uporednim kontinentalnim kompanijskim propisima) u krajnjoj liniji je u anglosaksonskom pravu zastupljeno kao rezultat poslovne prakse. To se uglavnom odnosi i na ostale kategorije direktora koje naš ZOPD poznaje.⁵

U isto vreme međutim anglosaksonsko pravo poznaje određene kategorije direktora koja su u kontinentalnom pravu ili sasvim nepoznate ili nedovoljno poznate. To se odnosi na alternativne direktore (*alternate directors*), delom na *de facto* direktore (*de facto directors*) ali u prvom redu i u najvećoj meri na institut *direktora u senci* (*shadow director*), kojim ćemo se u ovom radu baviti.

NASTANAK I POJAM INSTITUTA “DIREKTOR U SENCI”

Institut “direktor u senci” proizvod je engleskog prava odakle se najpre širi na zemlje članice Ujedinjenog kraljevstva, a potom i na ostale zemlje na koje englesko pravo vrši supstancijalni uticaj, pre svega zemlje Komonvelta. Engleski pravници naime dosta rano uočavaju potrebu za uređenjem pravnog položaja i odgovornosti onih lica koja imaju visok stepen stvarnog uticaja i kontrole nad upravljanjem kompanijom, a da je pri tome takav uticaj indirektno (posredno)

³ Član 250. Zakona o kompanijama iz 2006.

⁴ ZOPD, član 417.

⁵ Tako recimo naš ZOPD poznaje kategoriju generalnog direktora koju funkciju može obavljati jedan od izvršnih direktora društva koga imenuje odbor (izvršnih) direktora. (Član 389. ZOPD). U anglosaksonskoj pravnoj teoriji i praksi pandan generalnom direktoru kontinentalnog prava je, uz sve dileme i rasprave koje su tim povodom otvorene, *chairman/chief executive director/officer – Chairman/CEO*. Vasiljević M: Vodič za primenu Zakona o privrednim društvima, Beograd 2011, str. 462.

prirode. U užem smislu reč je o onim licima koja su stvarni donosioci odluka iz nadležnosti direktora kompanija ili na donošenje te vrste odluka imaju suštinski uticaj, a da pri tome nemaju status direktora *de iure*. Posledica ovakvog interesovanja je usvajanje Zakona o kompanijama (Posebno u pogledu direktora) iz 1917. godine⁶ kojim je kao direktor određeno svako lice “koje zauzima položaj direktora i bilo koje lice u skladu sa čijim su uputstvima ili instrukcijama direktori društva navikli da se ponašaju.”⁷

Mada prethodno navedeni propis ne uvodi u upotrebu termin “direktor u senci”, koji izraz počinje primarno da se upotrebljava u poslovnoj i sudskoj praksi, njegov je značaj u tome što u zakonodavstvo uvodi definiciju koja se u osnovi, ili čak potpuno neizmenjena, koristi u nizu raznovrsnih propisa koji slede. Prvi kompanijski propis koji eksplicitno koristi izraz “direktor u senci” je Zakon o kompanijama iz 1985.⁸ Naime, naslov sekcije 741. tog Zakona glasi “Direktor i direktor u senci”, a u tački 2. navedene sekcije direktor u senci se definiše na identičan način kao u prethodno navedenom Zakonu o kompanijama iz 1917. Razlika je u tome što Zakon iz 1985. godine u istoj tački navedene sekcije sadrži i pojašnjenje shodno kojem se određuje da se direktorom u senci neće smatrati lice koje savetuje direktore u okviru svojih profesionalnih kapaciteta. Konačno, u smislu materije koju uređuju, neposredno određuje direktora u senci u neizmenjenom značenju sadrže i Zakon o diskvalifikaciji direktora kompanija iz 1986. godine⁹ kao i Zakon o stečaju iz iste godine.¹⁰

Od svih prethodno navedenih akata najviše prostora regulisanju direktora u senci posvećuje novi engleski Zakon o kompanijama iz 2006. godine. Ovaj Zakon u članu 251. zadržava potpuno isto određivanje direktora u senci kao i prethodni Zakon o kompanijama iz 1985. godine, odnosno Zakona o kompanijama (Posebno u pogledu direktora) iz 1917. Ovo uz dodatak sadržan u tački 3. istog člana shodno kojem se precizira da se matično društvo (kompanija) neće smatrati direktorom u senci bilo kojeg od zavisnih preduzeća u pogledu opštih dužnosti direktora, u pogledu transakcija koje zahtevaju odobrenje nadležnih tela odnosno akcionara, kao i u pogledu ugovora sa jedinim članom društva (akcionarom) koji je takođe direktor, samo zbog toga što su direktori zavisnih društava navikli da se ponašaju po uputstvima ili instrukcijama matičnih kompanija.

⁶ *Companies (Particulars as to Directors) Act, 1917*. Ovim se Zakonom zapravo menja tada važeći Zakon o kompanijama iz 1908. godine.

⁷ Dostupno na: <http://www.london-gazette.co.uk/issues/30230/pages/8242/page.pdf>.

⁸ *Company Act 1985*.

⁹ *Company Directors Disqualification Act 1986*, član 22. tačka 5.) (CDDA).

¹⁰ *Insolvency Act 1986*, član 251.

Pored prethodno navedene odredbe kojom definiše pojam direktora u senci i u vezi date definicije određuje izuzetak u pogledu matičnog društva (kompanije) Zakon o kompanijama iz 2006. godine sadrži i druge norme kojima se neposredno ili posredno uređuje pravni položaj direktora u senci, njegove obaveze i odgovornost.

Da bi neko lice moglo biti postavljeno za direktora kompanije ono, prema Zakonu o kompanijama, mora imati navršenih 16 godina života. Imenovanja direktora suprotno ovom uslovu je ništavo. Međutim, u pogledu odgovornosti lica koje se predstavlja kao direktor kompanije ili je direktor u senci prethodno navedeni uslov se neće primenjivati.¹¹ Ovo praktično znači da lice koje se predstavlja kao direktor kompanije ili je direktor u senci ne može izbeći odgovornost koja proizilazi iz vršenja funkcije direktora pozivajući se na to da ima ispod 16 godina. Drugim rečima, englesko pravo ne priznaje svojstvo direktora licu koje nije napunilo 16 godina života ali to, u pogledu njegove odgovornosti, nije uslov za sticanje svojstva direktora u senci po odredbama navedenog propisa.

Razume se, prethodno navedeno kao suštinski važno prethodno pitanje postavlja pitanje iz kojih to dužnosti proizilaze obaveze lica koja ima status direktora u senci. U ovom pogledu Zakon navodi da se obim i priroda opštih dužnosti koje direktor kompanije ima primenjuju i na direktora u senci u meri u kojoj su, shodno običajnim pravilima i principima pravičnosti, primenjivi.¹² Ovakav stav zakonodavca ukazuje na to da se u pogledu obima i prirode dužnosti funkcija direktora i direktora u senci načelno određuju na istovetan način. Tako se recimo obaveze direktora kompanije vezane za deklarisanje njegovih ličnih interesa u postojećim transakcijama ili poslovnim aranžmanima primenjuju, uz određene izuzetke odnosno prilagođavanja, i na direktora u senci. Konačno, jednakost položaja direktora i direktora u senci Zakon propisuje i u pogledu određenih transakcija za koje se zahteva i odobrenje nadležnih tela kompanije ili njenih akcionara. Reč je na primer o poslovima koji se tiču zaključenja ugovora o pružanju usluga, raspolaganja imovinom kompanije, zaključenja ugovora o kreditu ili isplate zbog gubitka funkcije. Međutim, dok se *de lege* direktor u vezi sa prethodno navedenim pravnim poslovima može pozvati na prestanak statusa direktora, to direktor u senci ne može učiniti.¹³

Uvođenje novih pravnih instituta u pravni poredak uvek otvara i pitanje njihovog tumačenja, što je posebno važno ako relevantni propisi nisu u potrebnosti meri detaljni i precizni. Videli smo prethodno da je sve do donošenja Zakona

¹¹ Član 157. Zakona.

¹² Član 170. tačka 5. Zakona.

¹³ Član 187. Zakona; član 223. tačke 1. i 2. Zakona.

o kompanijama iz 2006. godine upravo to bio slučaj sa institutom direktora u senci u engleskom pravu. Pa i navedeni Zakon, mada u odnosu na do tada postojeće propise obuhvatnije reguliše pojam direktora u senci, ne čini to u dovoljnoj meri. Ovakva pozicija zakona uvek otvara prostor da se sadržinska punoća i obuhvat nekog instituta bliže uredi u sudskoj praksi, što je u engleskom pravu, obzirom na svojstvo sudskih presuda kao precedenata, od suštinske važnosti.

Zakonska definicija direktora u senci, njeni bitni elementi kao i mogućnost njihove primene u različitim činjeničkim situacijama bili su predmet obimnih komentara i presuđenja sudova u Engleskoj. Pri tome su u ranijim presudama sam pojam direktora u senci i njegovi elementi tumačeni relativno usko, dok je u novijim presudama vidljivo "pomeranje" ka širem tumačenju, fleksibilnijem i praktičnijem pristupu. Posebno je u ovom smislu indikativna presuda u slučaju *Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell and Another* iz 2001. godine, presuda u čijim se okvirima uspostavljaju sledeći principi: a) definicija (direktora u senci) se mora tumačiti tako da obezbedi zaštitu javnog interesa, a ne isključivo zbog toga što iz nje mogu proizaći kvazi kaznene posledice; b) koju vrstu komunikacije, usmenu ili onu konkludentnim radnjama, treba kvalifikovati kao uputstvo ili instrukciju mora se odrediti objektivno, na osnovu celine svih dokaza. Saveti dati u svojstvu profesionalnog kapaciteta savetnika su u ovom smislu isključeni. Ostali saveti mogu biti kvalifikovani kao uputstvo ili instrukcija u meri u kojoj odlučujuće utiču na donošenje određenog akta.

Subjektivno stanje svesti, namere i motivi stranaka u davanju ili sledenju instrukcija i uputstava nisu kao takvi dovoljni, mada dokazi o razumevanju ili očekivanju saglasnosti jedne od strana, davaoca ili primaoca, mogu biti relevantni; v) nije neophodno da instrukcija ili uputstvo obuhvataju svaku pojedinost u vezi koje direktor postupa niti ceo obim aktivnosti korporacije odnosno sve njene poslove; g) direktori moraju biti "naviknuti da se ponašaju u skladu sa uputstvima i instrukcijama." To ne znači da su im instrukcije i uputstva davani često ili neki duži period, već samo da su u vreme kada su davani direktori naviknuti da postupaju u skladu sa njima. Može, dakle, postojati period u kojem su instrukcije i uputstva davani, a da direktori nisu "naviknuti" da postupaju shodno njima. Ovde je, dakle, akcenat na ishodu komunikacije i "obrascu ponašanja" izvan jedne prilike; d) moguće je postojanje direktora u senci u odnosu prema jednom direktoru kompanije. Ako kompanija ima dva ili više direktora onda svi ili onaj broj direktora koji čini većinu za donošenje odluka mora biti "naviknut" da prati uputstva ili instrukcije; e) nije neophodno da se dokaže da su direktori prihvatili određenu ulogu, preneli svoje diskreciono pravo ili delovali kao marionete, ili su bili pod bilo kakvim pritiskom da poštuju uputstva i instrukcije, mada odnos dominacije i pokoravanja kao takav može biti dokaz upravljanja iz senke. Lice može

biti direktor iz senke čak i ako je odbor direktora imao kapacitet da ostvari određeni stepen nezavisnog prosuđivanja; ž) uprkos korišćenju termina “direktor iz senke” nije neophodno osobu karakterisati kao osobu “koja vreba iz senke” ili da je njen uticaj skriven. Drugim rečima, direktor iz senke može delovati neskriveno, odnosno otvoreno.

Sušтина u procesu utvrđivanja postojanja direktora u senci je dakle u objektivnom prosuđivanju da li su eventualan uputstva i instrukcije proizvele stvarni uticaj na direktore, odnosno bord direktora, a u odnosu na poslovne aktivnosti kompanije. Uz ispunjenje tih i eventualno drugih elemenata direktor u senci može biti fizičko ili pravno lice, holding kompanija ili drugi kontrolni akcionar, banka ili glavni poverilac preduzeća.

Pomenućemo na ovom mestu i presudu u predmetu *Hydrodam (Corby) Ltd* iz 1994. godine. Ova je presuda interesantna ne samo zbog toga što se njome utvrđuje postojanje direktora u senci u kontekstu povezanih kompanija, već i otuda što definiše razliku između pojmova direktora u senci i faktičkog direktora. Sud u obrazloženju presude navodi da postoje tri vrste direktora: *de iure* direktori, oni koji su po zakonskoj proceduri imenovani na tu funkciju, *de facto* direktori, lica za koja se pretpostavlja da su direktori obzirom da deluju na taj način, mada nisu na tu funkciju imenovani po zakonskoj proceduri i *direktori u senci*, lica u pogledu čijih uputstava i instrukcija direktori kompanije pretpostavljeno postupaju. Polemišući sa stavom odbrane da zapravo ne postoji razlika između *de facto* i direktora u senci sud navodi da je *de facto* direktor lice koje van kompanije tvrdi da je njen direktor ili pretenduje da bude direktor kompanije, dok se direktor u senci ponaša u tom smislu sasvim suprotno. On vreba iz senke skrivajući se iza drugih za koje tvrdi da su jedini direktori kompanije.

ODGOVORNOST DIREKTORA U SENCI

Videli smo prethodno da se odredbe u vezi direktora u senci nalaze u više posebnih zakona odnosno, kada je reč o Zakonu o kompanijama, da se neposredno ili posredno mogu dovesti u vezu sa više posebnih članova tog propisa. Čini se ipak da je najvažnija konekcija između pojmova direktora (*de iure*) i direktora u senci uspostavljena kroz one odredbe Zakona o kompanijama kojima se nalaže primena opštih odredaba vezanih za dužnosti direktora (koji je kao fiducijar akcionara, odnosno vlasnika kompanije dužan da pokazuje razumnu pažnju, veštinu i marljivost u zaštiti interesa kompanije) i na direktora u senci. U ovom smislu je pred sudove u Engleskoj postavljen zadatak da odrede dužnosti i potencijalnu

odgovornost direktora u senci u okvirima domaćeg običajnog prava i načela pravičnosti.

Generalno, građanska odgovornost je u engleskom pravu određena kao primarna (osnovna, *primary*) ili sekundarna (*secondary*). Primarna odgovornost je ona koja je nametnuta licu u vezi sa aktom činjenja ili propuštanja i koje je odgovorno za pričinjenu štetu shodno običajnom pravu ili po principu pravičnosti. Sekundarna odgovornost se primenjuje na "sekundarne stranke" a u vezi pogrešnog postupanja od strane drugog "primarnog izvršioca" protiv treće strane, poverioca (kod nas odgovornost za drugog). Ova se odgovornost zasniva na postojanju nekog odnosa između sekundarne strane i primarnog učinioca štete ili nekog učešća sekundarne strane u radnji primarne strane koja je do štete dovela ili, kako se slikovito navodi, na linku učešća ili postojanja nekog odnosa između njih.¹⁴ U pogledu odnosa između direktora i direktora u senci ovaj prvi bi mogao biti primarni, a drugi sekundarni izvršilac odnosno i jedan i drugi bi bili dužnici naknade štete. Očigledno je da suštinska razlika između ove "dve odgovornosti" nije u stepenu, odnosno nivou učinjene štete već u karakteru i vrsti postupanja koje štetu uzrokuje, prirodi tog postupanja kao i prirodi obaveze koju po osnovu takvog postupanja svaka strana ima u odnosu na poverioca.

Primarna odgovornost direktora u senci

Veliki broj slučajeva vezanih za odgovornost i dužnosti direktora u senci fokusira se na pitanje da li su oni "fiducijari" i da li u tom pogledu imaju primarne fiducijarne dužnosti kao i direktori kompanije na koje oni utiču ili ih kontrolišu. U isto vreme međutim primena koncepta primarne odgovornosti u kontekstu određenja odgovornosti direktora u senci je u engleskom pravu prilično problematična. Jedini slučaj u kojem se direktor u senci određuje kao fiducijar je neposredno povezan sa licem koje bi se pre moglo odrediti kao *de facto* direktor nego kao direktor u senci.¹⁵ Postoji i slučaj u kojem sud nalazi da je lice koje se povezuje sa zakonskom definicijom direktora u senci ono kojem kapital učešće u kompaniji nameće dužnosti direktora kompanije.¹⁶

Moglo bi se ipak reći da sudovi generalno zauzimaju stav da direktori u senci kao takvi nisu fiducijari te da u tom svojstvu nisu nosioci fiducijarnih dužnosti u odnosu na kompaniju na čije direktore utiču. Ovo uz dva izuzetka. Prvi se ve-

¹⁴ S Baughen 'Accessory Liability at Common Law and in Equity – "The Redundancy of Knowing Assistance" Revisited' [2007] 4 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 545.

¹⁵ *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*.

¹⁶ *Triodos Bank v Dobbs* [2004] EWHC 845 (Ch) in par 211.

zuje za situacije u kojima aktivnosti direktora u senci prevazilaze indirektan uticaj i proširuju se u smislu direktne kontrole aktive kompanije. U ovakvim se slučajevima oni, baš kao i *de iure* direktori, mogu smatrati kao poverenici (*trustees*) imovine kompanije, uz dužnost da tu imovinu koriste samo za postizanje benefita kompanije. Doduše, pored pomenute oni ne bi imali ostale fiducijarne dužnosti zakonskih direktora kompanije.¹⁷ Drugi izuzetak se vezuje za slučajeve u kojima direktor u senci vrši jasno odlučujuću kontrolu nad fiducijarima kompanije koji deluju sa malo autonomije, pa se može reći da je njihove dužnosti direktor u senci preuzeo na sebe, odnosno da sam deluje kao fiducijar. Primer za ovakav slučaj je odnos između zavisnog i holding društva ili ukoliko jedno lice postavlja sve direktore zavisnih kompanija i onemogućava im da deluju nezavisno.¹⁸

Postoje brojni razlozi kojima se opravdava nemogućnost opšte primene fiducijarnih dužnosti na direktora u senci. Jedan od njih je i različita, odnosno posebna zakonska regulativa iz koje proizilazi namera zakonodavca da pravni položaj direktora i direktora u senci izjednači samo u pogledu onih dužnosti koje su izričito normirane. U teorijskom pogledu se takođe iz različitih uglova negira mogućnost linearne primene pravila fiducijarne odgovornosti na direktora u senci. Ovakvi su stavovi pretežno bazirani na nekim verzijama teorije fiducijarnog odnosa kao što su teorija “oslonca i ranjivosti” (*reliance and vulnerability theory*), odnosno teorija “dobrovoljne ili ugovorne pretpostavke” (*voluntary assumption or contractual theory*). Prema prvoj teoriji suštinski element fiducijarnog odnosa je poverenje i oslanjanje korisnika na fiducijara i njegovo postupanje, što opet direktno korespondira sa povećavanjem rizika na strani beneficijara od zloupotreba, eksploatacije i uopšte preduzimanja neodgovarajućih poslova od strane fiducijara. Prema drugoj teoriji pak fiducijarni odnos nastaje dobrovoljnim prihvatanjem ili zauzimanjem pozicije shodno kojoj se odnos poverenja i lojalnosti u odnosu na korisnika legitimno očekuje i oslanja upravo na održavanje odnosa poverenja i lojalnosti.¹⁹

Prethodno izneti teorijski kriterijumi ipak ne mogu se dovesti u kontekst stvarne pozicije direktora u senci. Kompanija se naime ne može pouzdati da direktor u senci bude njen “poverenik”, takav na koga se može osloniti, takav koji će delovati u bilo kom drugom interesu osim u svom sopstvenom. On dakle ne

¹⁷ *Re Lands Allotment Company* [1894] 1 Ch 616 (CA), quoted with approval in the *Ultraframe* case supra note 11 in par 1252; *Tintin Exploration Syndicate v Sandys* (1947) 177 LT 412.)

¹⁸ *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168.

¹⁹ AWScott ‘The Fiduciary Principle’ (1949) 37 *California LR* 539; PD Finn *Fiduciary Obligations* (1977); JC Shepherd *The Law of Fiduciaries* (1981).

preuzima nikakve dužnosti i odgovornosti čije se konsekvence mogu neposredno povezati sa njim.²⁰

Sledeći argument kojim se dovodi u pitanje fiducijarni položaj direktora u senci proizilazi iz svrhe fiducijarne obaveze. Naime, opšta obaveza fiducijara je da osigura primarnost interesa korisnika. Obaveza direktora u senci je drugačija, on ne teži da interesi kompanije budu i ostanu najvažniji, već radije posreduje u postizanju ravnoteže između suprotstavljenih interesa kompanije i svojih interesa.²¹ Otuda i njegova odgovornost ne može biti zasnovana na standardima fiducijarnog ponašanja, već pre na onima koji se mogu podvesti pod pojam sekundarne odgovornosti, kako je ona prethodno objašnjena.

Slični argumenti onima koji su prethodno izneti koriste se u pogledu različitog tretmana *de facto* i direktora u senci. Engleski sudovi prihvataju da su, za razliku od direktora u senci, *de facto* direktori predmet identične fiducijarne odgovornosti kao i *de iure* direktori, u odnosu na funkciju koju obavljaju.²² Ovakav stav sudova ima i svoje doktrinarno uporište shodno kojem u pogledu tretmana vezanog za pitanje odgovornosti i obavljanje funkcija između *de facto* i *de iure* direktora ne postoje razlike koje se, sa druge strane, mogu utvrditi u pogledu direktora u senci.²³

Sekundarna odgovornost direktora u senci

Dominantan stav engleskih sudova u pogledu odbijanja priznavanja statusa fiducijara direktoru u senci, a time i subjekta fiducijarnih dužnosti, usresredio je pažnju na pitanje njegove sekundarne odgovornosti. U tom smislu su se iskristalisala dva pristupa. U prvom se polazi od okolnosti da Englesko pravo poznaje jednu formu zajedničke krivične odgovornosti nastale u vidu izazivanja ili odobravanja, odnosno postupanja shodno kojem je primarni prestupnik od strane sekundarnog podstaknut da izvrši prestup. Drugi pristup osnov ima u principu pravičnosti i shodno njemu sekundarna odgovornost postoji u pogledu "nepošte-

²⁰ PL Loughlan 'Liability for Assistance in a Breach of Fiduciary Duty' (1989) 9 *Oxford Journal of Legal Studies* 260 at 263.)

²¹ PD Finn 'The Fiduciary Principle', paper presented to the International Symposium on Trusts, Equity and Fiduciary Relationships, Faculty of Law, University of Victoria, British Columbia, Canada, Feb 14-17, 1988 at 36, quoted in Loughlan op cit note 56 at 265.)

²² *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle* [1998] 1 BCLC 333 at 343; *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Co* (1880) LR 14 ChD 660 (CA) at 670.

²³ C Noonan & S Watson 'The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle?' (2006) *Journal of Business Law* 763 at 769ff).

ne pomoći” (*dishonest assistance*) koja je kod izvršioca (subjekta primarne odgovornosti) izazvala kršenje poverenja, odnosno kršenje fiducijarnih dužnosti.²⁴ U okvirima na ovaj način određenog izvora sekundarne odgovornosti sudovi i teoretičari su uglavnom pokušavali da lociraju potencijalnu nestatutarnu odgovornost direktora u senci.

Prema većinskim stavovima izraženim primarno u sudskim odlukama izvor odgovornosti direktora u senci se vezuje za tzv. nepošteno pomoć. Ova se odgovornost dakle nameće kao obaveza onog lica koje nepošteno pomaže učiniocu prestupa u kršenju odnosa poverenja ili fiducijarne dužnosti i postoji nezavisno od toga da li je primarni izvršilac prestup izvršio nepošteno (skriveno), nehatno ili je nedužan. U ovom se kontekstu međutim postavlja se pitanje dokazivanja krivice sekundarno odgovorne strane, kao i prirode odnosno stepena njegove krivice. U nekim se presudama prihvata stanovište da će odgovornost sekundarnog učinioca postojati i u slučaju nehatnog postupanja, odnosno obaveštenja koje je uzrokovalo prestup primarnog učinioca.²⁵ S druge strane, u nekim se presudama novijeg datuma za postojanje ovakve vrste odgovornosti zahteva izvestan stepen nepoštenog postupanja sekundarnog učinioca, a taj se nivo njegove eventualne krivice procenjuje prema standardu postupanja razumne osobe u istim okolnostima u kojima je sekundarni učinilac bio u vreme kada je učinio inkriminisanu “asistenciju” odnosno pružio “nepošteno pomoć”.²⁶ U ovakvim slučajevima sekundarni učinilac se dakle smatra odgovornim ukoliko je imao ili je mogao imati saznanja da njegova “asistencija” odnosno njegov podsticaj primarnom učiniocu može voditi kršenju odnosa poverenja, odnosno kršenju fiducijarne dužnosti.

Osnov odgovornosti sekundarnog učinioca je dakle nepošteno pružanje pomoći u olakšavanju ili realizacije kršenja obaveze poverenja ili fiducijarne dužnosti od strane primarnog učinioca. U ovom smislu neophodno je razume se prethodno dokazati da je postupanje primarnog učinioca uzrokovalo neki gubitak (štetu) na strani poverioca, a da pri tome nije neophodno dokazati uzročnu vezu između postupanja sekundarnog učinioca i nastale štete. “Pomoć” u smislu postupanja sekundarnog učinioca podrazumeva da je njegovo postupanje na neki način olakšalo ili učinilo lakšim postupanje primarnog učinioca. Ukoliko međutim njegovo postupanje nije uticalo na prestup primarnog učinioca ne postoji osnov za postavljanje pitanja njegove odgovornosti.

²⁴ Philip Sales ‘The Tort of Conspiracy and Civil Secondary Liability’ (1990) 49 *Cambridge LJ* 491.

²⁵ *Selangor United Rubber Estates Ltd v Craddock (No 3)* [1968] 1 WLR 1555;

²⁶ *Royal Brunei Airlines Sdn Bhd v Tan* [1995] 2 AC 378 (PC); *Barlow Clowes v Eurotrust International* [2006] 1 Lloyd’s Rep 225.

Uz ispunjenje prethodno navedenih uslova sekundarni učinalac je solidarno odgovoran sa primarnim za štetu koju je poverilac pretrpeo kao posledicu postupanja primarnog učinioca, kao da je takvu povredu sam učinio. Razume se, sekundarni učinilac ne može biti odgovoran za kršenje odnosa poverenja ili kršenje fiducijarne dužnosti obzirom da on *de lege* u takvom ličnom odnosu sa poveriocem nije, ali je odgovoran za štetu nastalu usled takvog postupanja primarnog učinioca, kojem je doprineo.²⁷

U kontekstu odgovornosti direktora u senci (sekundarnog izvršioca), direktor (primarni izvršilac) koji izvršava njegove instrukcije ili uputstva na taj način krši fiducijarne dužnosti prema kompaniji. Direktor u senci opet, davajući takva uputstva i instrukcije, pomaže odnosno doprinosi u takvom kršenju obaveza direktora kompanije.

ZAKLJUČAK

Postoje različiti argumenti u prilog, ali i protiv uvažavanja odgovornosti direktora u senci, u smislu prethodno izložene. Shodno nekim mišljenjima najvažnije je utvrditi formalno postojanje odgovornosti direktora u senci čime se zapravo postiže odvratanje od neregularnog učešća u upravljanju kompanijom, što opet potvrđuje važnost dva osnovna principa Zakona o kompanijama: prvi, princip "podele vlasti" shodno kojem kompanijom treba da upravlja samo odbor direktora; drugi, da direktori prilikom obavljanja funkcije treba da deluju nezavisno, bez ometanja njihovih diskrecionih prava.²⁸ Otuda bi se moglo reći da je nezakonito svako vršenje kontrole kompanija kroz uzurpaciju ovlašćenja direktora ili odbora direktora, što opet opravdava postojanje odgovornosti direktora u senci kao opšteg načela kompanijskog prava, a ne eventualne statutarne *ad hoc* odgovornosti.

Diskutabilno je međutim klasifikovanje ove vrste odgovornosti, odnosno njeno ograničavanje na sekundarnu odgovornost. Naime, ova je vrsta odgovornosti u konkretnom primeru vezana za sekundarnog učinioca koji postupi "nepošteno" ali se prenebregava da takva vrsta postupanja nije preduslov za postojanje direktorovanja u senci, odnosno da je postojanje direktora u senci moguće i bez bilo kakvog dokaza o učinjenom prestupu sa njegove strane. Zahtev postojanja prestupa u kontekstu sekundarne odgovornosti postoji kao poseban uslov

²⁷ *Timber Engineering Co v Anderson* [1980] 2 NSWLR 488 at 504.

²⁸ C Noonan & S Watson "The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle?" (2006) *Journal of Business Law* 763 at 769ff.

dokazivanja odgovornosti bilo kog drugog lica čije se postupanje može dovesti u kontekst postupanja direktora u senci. Manje je problematično ukoliko bi se sam pojam “nepoštenog postupanja” tumačio šire. Naime, ukoliko bi tumačenje podrazumevalo da je direktor u senci mogao da shvati da je svojim postupanjem učestvovao u prestupu od strane direktora, to će biti relativno lako dokazivo u većini slučajeva. Takođe i ako bi se takav uticaj direktora iz senke mogao pretpostaviti iz “obrazaca njegovog ponašanja” prema direktorima u svakom pojedinačnom slučaju.

Druga poteškoća u vezi koncepta sekundarne odgovornosti, barem u smislu posledica “nepoštene pomoći”, je što njeno postojanje pretpostavlja “pomoć” od strane sekundarnog učinioca u prestupu izvršenom od strane primarnog učinioca. Neposrednu vezu između takve pomoći i akta kojim je prestup izvršen u konkretnim slučajevima može biti veoma teško dokazati. Postoje međutim i takva mišljenja shodno kojima se tvrdi da zapravo i nije potrebno dokazivati učešće direktora u senci u svakom pojedinačnom slučaju prestupa od strane direktora otuđa što se takvo učešće može pretpostaviti uzimajući u obzir obrazac uticaja na odbor u nekom, relativno dužem vremenskom periodu. Ukoliko je širi krug aktivnosti kompanije koji je obuhvaćen uputstvima i instrukcijama onda će ih jednostavnije biti dovesti u vezu sa onim konkretnim oblikom postupanja direktora koji je posledica uticaja direktora u senci. Ostaje ipak nerešeno pitanje kada su direktori svoje fiducijarne dužnosti kršili nezavisno od uticaja direktora u senci, kada bi njihova odgovornost morala biti isključena.

U svakom slučaju postavljanje pitanja odgovornosti onih koji kompanijama “vladaju iz senke” je jedan od važnih elemenata korporativnog upravljanja, posebno u onim društvima u kojima je institucionalni odgovor na ovakve pojave još uvek prilično problematičan. Upravo ovakvo stanje institucija, uključujući i one pravosudne, nameće neophodnost što šire i obuhvatnije zakonske regulative. Ovo posebno imajući u vidu da se moguće štetne posledice zloupotreba onih koji odluke donose ili na njih odlučujuće utiču “iz senke”, ne ograničavaju samo, pa ni pretežno, na unutrašnja pitanja kompanije kao takve već, što je i važnije, na štetu koja tim povodom može biti prouzrokovana poveriocima kompanije pa, na kraju krajeva, i samoj državi. Praktično posmatrano ukoliko bi lice koje iz senke upravlja poslovima kompanije bilo izuzeto od bilo kakve odgovornosti to bi otvorilo mogućnost brojnim i nezamislivim zloupotrebama u kojima bi više manje svi trpeli štetu, osim upravljača iz senke.

SLOBODAN NENADOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Business School of Applied Studies Valjevo

SHADOW DIRECTOR IN ENGLISH LAW
Summary

The paper discusses the concept of the shadow director of the law of England and the question of its liability for the damage that its influence on decision-making legislative directors may be due to the creditors of the company, but the state itself. The author critically analyzed through the prism of the relevant legislation and court rulings, the legal basis for the liability of the shadow director, especially a possible liability arising from the (non) existence of a fiduciary relationship director in the shadow of the shareholders or owners of the company concerned.

ĐURO M. ĐURIĆ,
VLADIMIR JOVANOVIĆ

AKCIONI PLAN ZA MODERNIZACIJU EVROPSKOG KOMPANIJSKOG PRAVA I KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA

U V O D

Nadležnosti organa Evropske unije (EU) u oblasti kompanijskog prava tradicionalno se zasnivaju na odredbama Drugog poglavlja Četvrtog dela Ugovora o funkcionisanju Evropske unije¹ (TFEU), pre svega odredbi člana 50 stav 2 tačka g). Ova odredba propisuje da će Evropski Parlament, Savet i Komisija, u neophodnom obimu, koordinisati zaštitne mere koje, radi zaštite interesa domaćih kompanija i drugih, države članice EU zahtevaju od kompanija, kako bi se takve zaštitne mere izjednačile na teritoriji EU.

Rasprave o pravcima, ciljevima i metodima regulative posebno su obuhvatale u periodima krupnih turbulencija i krahova, kada se jasnije ispoljavaju svi nedostaci dotadašnjeg pristupa. Jedan od takvih perioda bio je period krize instituta korporativnog upravljanja i kompanijskog prava nakon propasti američke kompanije “Enron” (*Enron*) krajem 2001. godine. Evropska komisija je u septembru 2001. godine osnovala Grupu eksperata za kompanijsko pravo (*High Level*

Dr Đuro M. Đurić, gostujući istraživač Instituta za evropsko pravo, Fakultet za pravne i ekonomske nauke, Univerzitet Zarlanda, Savezna Republika Nemačka, Saarbrücken, Deutschland.

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

¹ Consolidated Version of The Treaty on the Functioning of the European Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>, 24.09.2014.

Group of Company Law Experts) kako bi dala preporuke za modernizaciju regulatornog okvira kompanijskog prava u EU. Tako je grupa eksperata u Izveštaju od 04.11.2002. godine² iznela svoja viđenja stanja i potrebnih pravaca reformi kompanijskog prava u cilju poboljšanja i osavremenjivanja postojeće regulative.

Kao odgovor na navedeni izveštaj, Evropska komisija je 21. maja 2003. godine usvojila akt, u formi saopštenja Evropskom Savetu i Evropskom Parlamentu pod naslovom "Modernizacija kompanijskog prava i unapređenje korporativnog upravljanja u EU – plan za dalje delovanje" (*COM (2003) 284 final*)³. U ovom Saopštenju (Akcionom planu) objašnjava se pristup koji Komisija planira da sledi radi postizanja željenih ciljeva: unapređenja efikasnosti i konkurentnosti preduzeća, jačanja prava akcionara i zaštite prava trećih lica. Kao razlozi za modernizaciju kompanijskog prava EU navedeni su: iskorišćavanje kapaciteta internog tržišta, s obzirom da rastuće potrebe kompanija za prekograničnim operacijama traže nove mehanizme evropskog kompanijskog prava; integracija tržišta kapitala, jer su dinamična tržišta kapitala od vitalnog značaja za ekonomsku budućnost Evrope; maksimizacija koristi od modernih informacionih i komunikacionih tehnologija; tada predstojeće proširenje EU; reakcija na izazove (tada) nedavnih događaja (finansijskih skandala).

Evropska Komisija se bavila i pitanjima pravnog režima zahteva za održanjem minimalnog kapitala kompanija (Druga Direktiva)⁴, grupa i piramidalnih struktura grupa kompanija i problemima koji usled takvih konstelacija nastaju, prekogranične mobilnosti i restrukturiranja kompanija, kao i planovima za ustanovljavanje, pored Evropskog društva (*Societas Europaea – SE*), novih organizacionih formi na nivou EU – Evropske privatne kompanije, Evropskog zadružnog društva, Evropske fondacije, itd.

GLAVNI PRAVCI DELOVANJA IZ AKCIONOG PLANA

Poslednja revizija politike EU u ovoj oblasti potiče od Akcionog plana za modernizaciju kompanijskog prava i unapređenje korporativnog upravljanja u

² Report of the High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf, 24.09.2014.

³ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward, Brussels, 21.5.2003 COM (2003) 284 final, http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm, 24.09.2014.

⁴ **Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital**, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006L0068>, 24.09.2014.

EU iz 2003. godine i naknadnih konsultacija iz 2005. i 2006. godine. Veliki broj inicijativa definisanih Akcionim planom iz 2003. godine u međuvremenu je dobio svoju zakonodavnu realizaciju⁵, ali u praksi se pokazalo, posebno u oblasti korporativnog upravljanja u finansijskim institucijama, da postojeća pravila nisu dovoljna i da mehanizmi korporativnog upravljanja, pre svega u sferi kontrole preuzimanja rizika od strane menadžmenta, nisu dovoljno efikasni za postojeće privredno-političke uslove.

Evropska komisija je 12. decembra 2012. godine usvojila Akcioni plan za modernizaciju evropskog kompanijskog prava i korporativnog upravljanja (*COM(2012) 740 final*)⁶, koji sadrži planirane pravce regulatornih izmena u ovoj oblasti na nivou EU. I ovaj Akcioni plan sačinjen je u formi saopštenja (*Communication*) Evropske komisije upućenog Evropskom Parlamentu, Savetu, Ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona EU. Akcioni plan predstavlja nastavak aktivnosti Evropske komisije na "Strategiji Evropa 2020". O značaju zajedničke evropske regulative u ovoj oblasti u samom Akcionom planu se ističe: "Evropsko kompanijsko pravo je kamen temeljac unutrašnjeg (zajedničkog) tržišta"⁷.

Akcioni plan na početku ističe da je pravni okvir korporativnog upravljanja na nivou EU kombinacija legislative i tzv. mekog prava (*soft law*), odnosno nacionalnih kodeksa korporativnog upravljanja koji se zasnivaju na sistemu "povinuju se ili objasni" ("*comply or explain*"), a koji kompanijama omogućava fleksibilnost, odnosno daje im mogućnost da ne poštuju određene odredbe kodeksa, uz obaveznu da daju objašnjenje zbog čega to čine. Međutim, Akcioni plan takođe na odre-

⁵ Tako se u samom Akcionom planu pominje da su pravila o izjavama o korporativnom upravljanju uvedena u Direktivu o računovodstvu, zatim da su usvojene Direktiva o vršenju prava akcionara i Deseta Direktiva o prekograničnim spajanjima, dve preporuke o ulozi nezavisnih neizvršnih direktora i naknadama. Takođe, izmenjene su Druga, Treća i Šesta Direktiva. *The European Company Law, Action Plan Revisited*, ed. Geens Koen, Hopt Klaus, Leuven University Press, 2010, str. 84. Vasiljević S. Mirko, *Kompanijsko pravo, Pravo privrednih društava Srbije i EU*, Službeni glasnik 2011, str. 560.

⁶ U daljem tekstu se pod izrazom „Akcioni plan“ podrazumeva Akcioni plan iz 2012. godine. Vossestein Gert-Jan, *Modernization of European Company Law and Corporate Governance, Some Considerations on its Legal Limits*, Walters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, str. 30-37.

⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Strasbourg, 12.12.2012 COM(2012) 740 final, http://www.euo.dk/upload/application/pdf/d7fa82b6/COM_2012_740_EN_ACTE_f.pdf. 24.09.2014. Vukadinović, Radovan, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*. 5. izmenjeno i dopunjeno izd. (i. e. 1. izd. u izdanju Udruženja za evropsko pravo). Kragujevac: Udruženje za evropsko pravo, 2012.

đeni način i umerava očekivanja od regulative uopšte, isticanjem da je dobro korporativno upravljanje pre svega odgovornost samih kompanija.

U oblasti korporativnog upravljanja u finansijskim institucijama, gde su i nastali najveći problemi pre i tokom krize od 2008. godine, Komisija je reagovala na probleme kontrole preuzimanja rizika donošenjem “Zelenog Papira o korporativnom upravljanju u finansijskim institucijama” iz 2010. godine (*COM(2010) 284 final*)⁸ i predlaganjem strože regulative. Pre svega, uočeno je da je malo interesovanje akcionara za kontrolu menadžmenta kompanija, kao i nedostaci u primeni kodeksa korporativnog upravljanja kod izveštavanja na bazi pravila “povinu se ili objasni”. Evropska komisija je 2011. godine usvojila “Zeleni Papir o okviru korporativnog upravljanja EU” (*COM(2011) 164 final*)⁹, kojim je započeta šira javna diskusija o potrebnim regulatornim reformama u toj oblasti. Svoj stav o pravcu razvoja evropskog kompanijskog prava dao je i Evropski Parlament u Rezoluciji od 14. juna 2012. godine¹⁰ (*2012/2669(RSP)*).

U tom smislu, Akcioni plan predviđa tri glavna pravca budućeg delovanja:

- 1) povećanje transparentnosti – obavezu kompanija da učine investitorima i javnosti uopšte dostupnim više informacija o svom korporativnom upravljanju; pravo kompanija da znaju ko su im akcionari; veću transparentnost institucionalnih investitora u pogledu svojih politika glasanja u kompanijskim skupštinama;
- 2) angažovanje akcionara – podsticanje akcionara da više učestvuju u korporativnom upravljanju, kroz nuđenje više mogućnosti da nadziru politiku naknada koje se isplaćuju menadžmentu, transakcija sa povezanim licima; u tom cilju, određene obaveze se nameću institucionalnim investitorima, portfolio menadžerima¹¹ i savetnicima – zastupnicima (*proxy advisors*);
- 3) podrška razvoju i konkurentnosti

⁸ Green Paper Corporate governance in financial institutions and remuneration policies, Brussels, 2.6.2010 *COM(2010) 284 final*, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2010_284_en.pdf, 24.09.2014.

⁹ Green Paper The EU corporate governance framework, Brussels, 5.4.2011 *COM(2011) 164 final*, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_en.pdf, 24.09.2014.

¹⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Strasbourg, 12.12.2012 *COM(2012) 740 final*, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0259+0+DOC+XML+V0//EN>, 24.09.2014.

¹¹ Za izraz „*asset managers*“ u tekstu koristimo kao prevod izraz „portfolio menadžeri“, koji u ovom kontekstu smatramo najadekvatnijim. Razjašnjenja radi, u pitanju su specijalizovana pravna lica koja upravljaju tuđim sredstvima, često za račun investicionih fondova. Termin „*asset manager*“ definisan je u Predlogu Direktive *COM(2014) 213 final*.

kompanija – postoji potreba za pojednostavljenjem prekograničnih operacija, pre svega kod malih i srednjih evropskih kompanija.

Činjenica da su odredbe kompanijskog prava EU razasute u velikom broju pravnih akata otežava korisnicima preglednost pozitivnog prava u ovoj oblasti, a stvara i veću mogućnost preklapanja oblasti regulative različitih direktiva i/ili drugih pravnih akata EU. Stoga Komisija u Akcionom planu najavljuje aktivnosti na kodifikaciji glavnih direktiva oblasti kompanijskog prava u jedinstveni pravni instrument¹². Ovaj instrument bi takođe trebalo da sadrži pravila iz Direktive 2012/17/EU o povezanosti nacionalnih registara. Formulisanje i usvajanje ovakvog predloga najavljeno je za 2013. godinu.

Povećanje transparentnosti

Evropska komisija iskazala je svoju intenciju da ne dira u postojeće tradicionalne nacionalne regulative upravljačkih struktura kompanija (sistem jednog ili dva odbora), ali takođe istakla stav da efikasan nadzor nad izvršnim direktorima ili upravnim odborom od strane neizvršnih direktora ili nadzornog odbora vodi uspešnom upravljanju kompanijom. Komisija smatra da je stoga potrebno podstaći kompanije da povećaju raznovrsnost članstva svojih nadzornih odbora (neizvršnih direktora), u cilju širenja perspektive sagledavanja izazova sa kojima se kompanija suočava, uz potrebu razmatranja i širih, ne samo finansijskih parametara poslovanja, radi što boljeg pravljenja strategija suočavanja sa rizicima poslovanja. Radi realizacije ovih ciljeva, Komisija je najavila da će predložiti izmene Direktive o računovodstvu (78/660/EEC) u smislu jačanja zahteva za otkrivanjem informacija kompanija o politici raznovrsnosti odbora i upravljanju rizicima.

Određeni koraci su već preduzeti na nacionalnom nivou u nekim državama (Finska, Belgija, Ujedinjeno Kraljevstvo), što je Komisija podržala, a najavljena je i inicijativa (najverovatnije u formi preporuke) za unapređenje kvaliteta izveštavanja o korporativnom upravljanju, posebno o razlozima odstupanja od određениh pravila.¹³

U pogledu problema identifikacije akcionara, Evropski Parlament je podržao stanovište da bi kompanije koje izdaju akcije koje glase na ime trebalo da zna-

¹² Vukadinović, Radovan, Pokušaj sistematizacije i rangiranja (hijerarhije) izvora prava Evropskih zajednica. *Pravni život*, 2005, god. 54, knj. 496, br. 12, str. 529-539

¹³ Commission Recommendation of 9 April 2014 on the quality of corporate governance reporting ('comply or explain') (Text with EEA relevance) (2014/208/EU), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014H0208>, 24.09.2014.– videti dalje u tekstu. Du Plessis Jean J., Großfeld Bernhard, Luttermann Claus, Saenger Ingo, Sandrocks Otto, *German Corporate Governance in International and European Context*, Springer, 2012, str. 168.

ju identitet svojih akcionara, dok bi imao akcija koje glase na donosioca trebalo da budu u mogućnosti da ne otkrivaju svoj identitet. Evropska komisija je stala na stanovište da bi više informacija o identitetu vlasnika akcija kotiranih kompanija unapredilo dijalog o korporativnom upravljanju između kompanije i njenih akcionara, te da postojeći mehanizmi nisu dovoljno detaljni, a nedostaje im i potrebna prekogranična dimenzija. Stoga je Komisija najavila inicijativu za povećanje transparentnosti vlasništva akcija u Evropi, u okviru opšte regulative hartija od vrednosti.

Sprovedena istraživanja su pokazala da postoji potreba za većom transparentnošću politika glasanja kod institucionalnih investitora, uključujući društva za upravljanje imovinom. Određena pravila postoje na nacionalnim nivoima, gde se ističu pravila u Velikoj Britaniji i u Belgiji, koja preporučuju institucionalnim investitorima veću transparentnost u tom pogledu. Komisija smatra da bi bolja informisanost investitora omogućila kvalitetnije investicione odluke, olakšala dijalog između investitora i samih kompanija, ohrabrila veći angažman akcionara i pojačala društvenu odgovornost kompanija.

Angažovanje akcionara

Angažovani akcionari, koji su zainteresovani za učešće u radu i upravljanju kompanijom, veoma su bitan aspekt uspešnog korporativnog upravljanja, jer u slučaju njihove pasivnosti, sav teret kontrole menadžmenta pada na nadzorne organe kompanije (nadzorni odbor i/ili neizvršne direktore, zavisno od usvojenog modela upravljanja).

U tom smislu, jedna od mera predloženih za unapređenje ovog aspekta korporativnog upravljanja je bolja informisanost i nadzor akcionara nad politikom naknada koje kompanija isplaćuje menadžmentu. Politika isplata koja naknade više vezuje za ostvarene rezultate poslovanja sama po sebi vodi većoj orijentaciji menadžera ka dugoročnom stvaranju i uvećanju vrednosti kompanije. Konsultacije koje su prethodile formulisanju Akcionog plana pokazale su da su akcionarima potrebne jasne i uporedive informacije o politici naknada i individualnim isplatama pojedinim direktorima (menadžerima) kompanija. Takođe, i akcionari bi trebalo omogućiti da iskažu svoje mišljenje o toj temi, kroz obavezu da se o politici naknada i isplata, kao i izveštaju o isplatama glasa na skupštini akcionara. Izmene u ovom smislu Komisija je najavila za 2013. godinu, najverovatnije kroz izmene Direktive o pravima akcionara.

U pogledu transakcija kompanije sa povezanim licima (direktorima ili kontrolnim akcionarima), pravila Direktiva 78/660/EEC i 83/349/EEC propisuju da su kompanije obavezne da u godišnjim izveštajima popišu ovakve transakcije,

uz otkrivanje prirode transakcije, njene vrednosti i drugih potrebnih informacija. Međutim, ovakva pravila ocenjena su nedovoljnim, zbog čega je Evropski Forum za korporativno upravljanje predložio uvođenje zajedničkih principa za celu Evropu, kojima bi se utvrdila obaveza da sve transakcije iznad određenog praga vrednosti budu podložne proceni od strane nezavisnog savetnika i odobrenju akcionara. Komisija je najavila inicijativu za legislativne izmene u tom smislu, najverovatnije kroz izmene Direktive o pravima akcionara.

Pošto se institucionalni investitori sa visoko diverzifikovanim portfeljima suočavaju sa praktičnim teškoćama pri odlučivanju o glasanju u skupštinama kompanija u koje su investirali (nemogućnošću da efikasno prikupe i analiziraju relevantne informacije o radu tih kompanija), često se služe uslugama savetnika – zastupnika (*proxy advisors*). Stoga je uticaj ovih lica značajan, a posebno je uočeno da se institucionalni investitori na njihove usluge oslanjaju još više kada su u pitanju strane kompanije u koje su investirali. Zbog toga je uticaj savetnika – zastupnika još veći na tržištima koja su visoko internacionalizovana. Akcioni plan konstatuje da rad savetnika – zastupnika trenutno nije regulisan na nivou EU. Tokom pripreme Zelenog Papira iz 2011. godine, investitori i kompanije su iskazali zabrinutost zbog nedostatka transparentnosti u postupku kojim savetnici – zastupnici dolaze do stavova i saveta koje daju. Naime, iskazana je briga da savetnici – zastupnici ne uzimaju dovoljno u obzir specifične karakteristike kompanija o kojima im je zatražen savet kao i relevantnih nacionalnih zakonodavstava¹⁴. Osim toga, kod njih je uočena i mogućnost pojave sukoba interesa, kada su istovremeno angažovani kao savetnici kompanija o kojima daju savete u vezi sa glasanjem u skupštini, ili kada predloge jednog od svojih klijenata za pravac akcionarskog odlučivanja distribuiraju drugim klijentima kao svoje preporuke.

Veliki broj zainteresovanih lica iskazao je nezadovoljstvo nejasnoćom postojeće regulative zajedničkog delovanja u Direktivi o ponudama za preuzimanje i Direktivi o transparentnosti, kao i nacionalnim zakonodavstvima. Akcionarima su potrebna jasna saznanja o tome kada mogu međusobno da razmenjuju informacije i saraduju, bez strepnje da će time dovesti do neželjenih pravnih posledica. U suprotnom, akcionari će izbegavati saradnju uopšte, što praktično umanjuje mogućnosti dugoročnog angažovanja akcionara i time efikasnije kontrole upravljačkih struktura kompanije. Komisija je najavila da će, u saradnji sa Evropskim telom za hartije od vrednosti i tržišta (*ESMA*) i nadležnim nacionalnim organima raditi na razradi smernica za povećanje pravne sigurnosti u oblasti saradnje akcionara, problema korporativnog upravljanja i pravila o zajedničkom delovanju. Evropska Komisija smatra da je zainteresovanost zaposlenih za održivost kompa-

¹⁴ *Law and Governance in an Enlarged European Union*, ed. Bermann A. George, Pistor Katharina, Oxford and Portland, Oregon, 2004, str. 267.

nije jedan od elemenata koje bi svakako trebalo razmotriti u potrazi za uspješnim modelom korporativnog upravljanja. Učešće zaposlenih moglo bi biti u formi informisanja, konsultacija i učešća u odborima, ali se može odnositi i na finansijsko učešće, pre svega kroz akcionarstvo zaposlenih. Ovaj model već ima uspešnu i ukorenjenu tradiciju u pojedinim državama članicama EU¹⁵.

Poboljšanje okvira prekograničnih operacija kompanija

Izuzev pravila u Statutima Evropske kompanije (EC), Evropskog združnog društva (SCE) i Evropske ekonomske interesne grupacije (EEIG)¹⁶, na nivou EU ne postoje pravila koja bi omogućavala kompanijama da premeštaju svoje sedište preko državnih granica i pri tome očuvaju svoju pravnu ličnost. Akcioni plan konstatuje da trenutno samo nekoliko država članica omogućava ovakav transfer sedišta bez potrebe gašenja i ponovnog osnivanja kompanije. Tokom konsultacija, utvrđeno je da postoji veliko interesovanje za sačinjavanje pravila na nivou EU o prekograničnom premeštanju sedišta kompanija. Međutim, Komisija konstatuje da je pre procene o eventualnoj legislativnoj inicijativi u ovoj oblasti, potrebno sprovesti temeljna istraživanja ekonomskih podataka i postojanja realnih potreba za sačinjavanjem evropskih pravila o prekograničnom transferu sedišta kompanija, imajući u vidu i praksu Evropskog suda pravde po tom pitanju (Predmet C-378/10, posebno tačka 34 – insistiranje suda na težnji za realnom privrednom aktivnošću u državi u kojoj kompanija želi da se registruje, i to na neodređeni period).¹⁷

Donošenje Direktive o prekograničnim spajanjima kompanija sa ograničenom odgovornošću (2005/56/EC)¹⁸ predstavljalo je značajan korak u pravcu olakšanja prekogranične mobilnosti kompanija u okviru EU. Međutim, tokom primene odredaba ove direktive uočen je određeni broj problema, koji su se iskazali pre

¹⁵ Cozian Maurice, Viandier Alain, Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, r. 230. *The European Company Law, Action Plan Revisited*, ed. Geens Koen, Hopt Klaus, Leuven University Press, 2010, str. 84.

¹⁶ Đurić, Đuro, Dvadeset godina evropske ekonomske interesne grupacije, *Pravo i privreda*, 1-4/2009, Udruženje pravnik u privredi Srbije, Beograd 2009, str. 247-256.

¹⁷ Predmet VALE Építési, CJUE, C-378/10, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de986105a3429c40ab85299ea575272a43.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Ob3aTe0?text=&docid=124998&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=188031>

¹⁸ Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:310:0001:0009:en:PDF, 24.09.2014>.

svega u vezi sa metodima procene vrednosti imovine, dužine trajanja perioda zaštite prava poverilaca, kao i posledica po prava poverilaca nakon realizacije spajanja. Komisija konstatuje da je u toku izrada studije koja će biti od pomoći pri formulisanoj eventualnih izmena Direktive o prekograničnim spajanjima.

Podela kompanija na nacionalnom nivou harmonizovane su Direktivom 82/891/EEC¹⁹. Međutim, do sada nije bilo legislativnih akata koji bi regulisali oblast podele sa prekograničnim elementom, tako da su kompanije koje žele da izvrše podelu sa prekograničnim elementom sada prinuđene da sprovedu nekoliko operacija: otvaranje ino-filijale kome sledi prenos imovine na nju ili unutar-državna podela kompanije pa premeštanje sedišta u drugu državu. Jasan pravni okvir za prekogranične podele doprineo bi značajnom smanjivanju troškova ove operacije, te stoga postoji potreba za evropskom regulativom u ovoj oblasti. Nakon sprovedenih ispitivanja, Komisija najavljuje legislativnu inicijativu, verovatno kroz izmene Direktive o prekograničnim spajanjima.

Poslednja ekonomska kriza istakla je presudnu ulogu malih i srednjih kompanija u jačanju ekonomije EU. Stoga će Komisija, imajući u vidu i odsustvo napretka u pregovorima o predlogu Statuta Evropske privatne kompanije (*SPE*), nastaviti da istražuje načine za poboljšanje administrativnog i regulatornog okvira u kome posluju male i srednje kompanije, posebno radi olakšanja prekograničnih aspekata njihovog poslovanja. Usvajanje Statuta Evropske kompanije (*EC*) donelo je veliki broj prednosti za kompanije sa evropskom dimenzijom u poslovanju, između ostalog zbog evropskog imidža koji ova pravna forma donosi, kao i mogućnosti premeštanja registrovanog sedišta kompanije i efikasnijeg restrukturiranja na prekograničnom nivou. Međutim, kao problemi se ističu visoki troškovi osnivanja, složene procedure i pravna nesigurnost, koja često potiče od upućivanja na nacionalna zakonodavstva. Komisija smatra da su razlozi relativno malog interesovanja kompanija za ovu formu poslovanja prevelika složenost regulative, kao i nedovoljna informisanost o postojanju ovog instrumenta i nedovoljno razumevanje prednosti koje donosi. Umesto izmena regulative, na kraći rok Komisija planira sprovođenje kampanje poboljšanja informisanosti o Evropskoj kompaniji, kroz osnivanje internet strane sa praktičnim savetima i svim relevantnim dokumentima. Istovremeno, Komisija će ispitati mogućnost preduzimanja slične akcije i u pogledu Statuta Evropskog zadružnog društva.

¹⁹ **Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies**, Official Journal of the European Union L 378, 31.12.1982., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1982:378:0047:0054:EN:PDF>, 24.09.2014.

Konsultacije sprovedene tokom 2012. godine pokazale su da javnost pozitivno reaguje na inicijative EU u pogledu grupacija kompanija, posebno na pojednostavljenje predstavljanja strukture grupacija investitorima.

REAKCIJE NA AKCIONI PLAN

Jedna od organizacija koja je iskazala reakciju na Akcioni plan je Evropska unija sindikata (*ETUC*) u svom odgovoru od 26. aprila 2013. godine.²⁰ Reakcija ove organizacije je krajnje negativna. Naime, Evropska unija sindikata ističe da je na konstruktivan način učestvovala u konsultacijama koje su prethodile donošenju Akcionog plana, kada je isticala potrebu za temeljnom promenom pristupa, odnosno odustajanja od politike podsticanja takmičenja različitih nacionalnih režima i odustajanja od deregulatorne agende. Ističe da se novi Akcioni plan ne distancira od starog pristupa, čiji rezultat je opasno skretanje ka modelu deregulisanog korporativnog upravljanja u mnogim državama članicama EU. Jedan od poteza koji bi doprineo obuzdavanju “spirale” menadžerskih naknada je učešće predstavnika zaposlenih u odborima kompanija. Evropska unija sindikata izražava nezadovoljstvo delovima Akcionog plana koji se bave jačanjem učešća zaposlenih u korporativnom upravljanju i poziva Komisiju da započne razmatranje utvrđivanja evropskih standarda za učešće zaposlenih (informisanje, konsultovanje i predstavljanje u odborima).

Posebno je izražena i kritika predloga Komisije u vezi sa prekograničnim premeštanjem sedišta kompanija. Evropska unija sindikata smatra da Evropi nisu potrebni instrumenti koji bi promovisali delokalizaciju i kompanije – “poštanske sandučice”, već bi se regulativa ove oblasti morala rukovoditi sledećim principima: 1) veza između registrovanog sedišta i glavnog mesta poslovanja i 2) značajno učešće zaposlenih. Kao zaključak, Evropska unija sindikata poziva Evropsku komisiju da pristupi izradi novog akcionog plana.

Svoju poziciju o Akcionom planu iskazao je i EUMEDION (*EUMEDION*)²¹, neprofitna organizacija (u formi fondacije), koja okuplja 69 institucionalnih investitora, koji upravljaju sredstvima vrednim 1 trilion evra²² širom EU. Pored po-

²⁰ Response to the Commission's Action Plan on European Company Law and Corporate Governance, Confederation Syndicat European Trade Union, Brussels, 26 April 2013, <http://www.etuc.org/etuc-response-european-commissions-action-plan-european-company-law-and-corporate-governance>, 24.09.2014.

²¹ EUMEDION position institutional investor's position on reaction plan on European company law and corporate governance, http://www.eumedion.nl/en/public/knowledgenetwork/letters/2013-02_letter_eu_action_plan_corporate_governance.pdf, 24.09.2014.

²² Podatak iz dopisa Komesaru za interno tržište i usluge Evropske komisije od 25. februara 2013. godine: http://www.eumedion.nl/en/public/knowledgenetwork/letters/2013-02_letter_eu_ac

držke načelnoj orijentaciji zacrtanoj u Akcionom planu, EUMEDION iskazuje zabrinutost zbog nedostatka napretka u oblasti unapređenja efikasnosti prekograničnog vršenja glasačkih akcionarskih prava kroz holding kompanije. EUMEDION podržava angažovanost u vršenju vlasničkih prava, te ukazuje i na nekoliko različitih akata koji su postigli širu prihvaćenost među zainteresovanim subjektima, između ostalog i na EUMEDION-ov akt Dobre prakse za angažovano akcionarstvo (*“Best Practices on Engaged Share-Ownership”*).

EUMEDION izražava i podršku pristupu Evropske komisije otkrivanju politike glasanja i učešća od strane institucionalnih investitora, ali ukazuje i da što su veće obaveze u pogledu otkrivanja, veći su i troškovi usaglašavanja sa pravilima. Međutim, EUMEDION ukazuje i da bi eventualno uvođenje striktnih pravila o otkrivanju politika glasanja dovelo do toga da se značajan deo investitora osloni isključivo na usluge i savete savetnika – zastupnika, što bi imalo negativne efekte na vlasničke strategije mnogih institucionalnih investitora u smislu angažovanja i odgovornog vlasništva. Sa druge strane, holandsko iskustvo uvođenja određenih zahteva za transparentnošću kroz *“soft law”* pravila dovelo je do značajnog povećanja učešća akcionara i svesti investitora; naime, od uvođenja pravila 2004. godine, procenat učešća akcionara na skupštinama kompanija povećan je sa 33% 2003. godine na čak 64% 2012. godine²³. EUMEDION podržava inicijativu Evropske komisije da se politike isplata naknada kotiranih kompanija učine podložnim glasanju od strane akcionara. Pravilo o obavezujućem glasanju akcionara o politici naknada uvedeno je u holandsko kompanijsko pravo 2004. godine²⁴ i od tada su uočeni sledeći efekti: kotirane kompanije su spremnije za dijalog sa akcionarima pred akcionarske sastanke, kako bi se akcionarima približili predlozi koje uprava iznosi na skupštine akcionara, posebno u vezi sa isplatama naknada. EUMEDION, najzad, smatra da ne postoji dovoljno razloga za regulatornu intervenciju EU na malom i osetljivom tržištu savetnika – zastupnika, izuzev eventualno u formi neobavezujućih uputstava ili preporuka.

IMPLEMENTACIJA AKCIONOG PLANA

Uprkos proklamovanim planovima o kodifikaciji kompanijskog prava EU u jedan instrument, dana 26. juna 2013. godine doneta je nova Direktiva o godišnjim finansijskim izveštajima, konsolidovanim finansijskim izveštajima i srod-

tion_plan_corporate_governance.pdf, 24.09.2014.

²³ Ibid.

²⁴ Meinema Martha, Mandatory and Non-Mandatory Rules in Dutch Corporate Law, Netherlands Comparative Law Association, <http://www.ejcl.org/64/art64-10.html>, 24.09.2014.

nim izveštajima određenih tipova preduzeća (2013/34/EU)²⁵, koja između ostalog propisuje, u članu 20, i obavezu (sa određenim izuzecima) kotiranih kompanija da u svoj godišnji izveštaj o upravljanju uključe i izveštaj o korporativnom upravljanju. U ovom delu Direktiva upućuje na odredbe Direktive o ponudama za preuzimanje (2004/25/EC)²⁶.

Takođe, 9. aprila 2014. godine doneta je Preporuka Komisije o kvalitetu izveštavanja o korporativnom upravljanju (kojom se uvodi pravilo “povinu se ili objasni”) (2014/208/EU)²⁷, čiji cilj je pružanje smernica državama članicama EU, telima nadležnim za nacionalne kodekse korporativnog upravljanja i samim kompanijama o unapređenju kvaliteta izjava o korporativnom upravljanju, koje su propisane Direktivom o godišnjim finansijskim izveštajima, sa posebnim osvrtom na davanje objašnjenja u slučaju odstupanja od pravila kodeksa korporativnog upravljanja. Komisija preporučuje da se napravi razgraničenje između delova kodeksa korporativnog upravljanja od kojih kompanije ne mogu odstupati i delova u kojima su takva odstupanja moguća i dozvoljena. Preporukom se predlaže povećanje transparentnosti, odnosno davanje jasnijih objašnjenja o pravilima korporativnog upravljanja koja bi bila korisna akcionarima i investitorima u oblastima koje su za njih od najvećeg interesa: veličina kompanije, struktura vlasništva i druge relevantne karakteristike. Ove informacije bi trebalo učiniti dostupnim preko internet strana kompanija.

Istom prilikom, 9. aprila 2014. godine, Evropska komisija uputila je Evropskom Parlamentu i Savetu predlog Direktive²⁸ kojom bi se izmenila Direktiva 2007/36/EC u vezi sa ohrabrivanjem dugoročnog angažovanja akcionara i pomenuta Direktiva 2013/34/EU u vezi određenih elemenata izjave o korporativnom

²⁵ Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC, Official Journal of the European Union L 182/19 29.6.2013, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32013L0034>, 24.09.2014.

²⁶ Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, Official Journal of the European Union L 142/12 30.4.2004, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32004L0025>, 24.09.2014.

²⁷ Commission Recommendation of 9 April 2014 on the quality of corporate governance reporting ('comply or explain') (Text with EEA relevance) (2014/208/EU), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014H0208>, 24.09.2014.

²⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies, Brussels, 9.4.2014 COM(2014) 212 final 2014/0120 (COD), http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2014/com_2014_0212_en.pdf, 24.09.2014.

upravljanju. Cilj izmena Direktive o pravima akcionara je davanje doprinosa dugoročnoj održivosti kompanija u EU, stvaranje atraktivnog okruženja za akcionare i unapređenje prekograničnog glasanja akcionara poboljšanjem efikasnosti lanca investiranja radi doprinosa razvoju, stvaranju radnih mesta i konkurentnosti kompanija iz EU. Bliže označeni ciljevi koji se teže postići predloženom izmenom regulative su: 1) povećanje nivoa i kvaliteta angažovanja vlasnika sredstava i portfolio menadžera (*asset managers*) u kompanijama u koje su investirali; 2) stvaranje veze između plata i rezultata rada direktora kompanija; 3) povećanje transparentnosti i nadzor akcionara nad transakcijama sa povezanim licima; 4) osiguranje pouzdanosti i kvaliteta saveta savetnika-zastupnika (*proxy advisors*); 5) olakšavanje prekograničnog prenosa informacija (uključujući i glasanje) kroz investicioni lanac, posebno kroz identifikaciju akcionara. Pravila predložene Direktive odnosila bi se samo na kotirane kompanije.

Takođe, Evropska komisija je uputila Evropskom Parlamentu i Savetu u predlog Direktive o jednočlanim društvima sa ograničenom odgovornošću²⁹. Ovaj predlog predstavlja nastavak napora Komisije na otklanjanju prepreka prekograničnom poslovanju pre svega malih i srednjih kompanija unutar tržišta EU. Ove prepreke se pre svega ogledaju u značajnim troškovima prekograničnog poslovanja (troškovima osnivanja filijala u drugim državama, administrativnim troškovima, troškovima pravnih saveta, usluga prevođenja i dr.). Prvi pokušaj da se doprinese rešavanju ovih problema kreiranjem Statuta Evropske privatne kompanije (*SPE*) 2008. godine nije naišao na šire prihvatanje.

Cilj predloga Direktive je olakšavanje potencijalnim osnivačima osnivanja kompanija u inostranstvu, pre svega malim i srednjim kompanijama, čime bi se dao doprinos razvoju preduzetništva i dovelo do ekonomskog rasta, inovacija i kreiranja novih radnih mesta u okviru EU. Shodno ovom predlogu, države članice bi u svojim pravnim sistemima omogućile postojanje pravne forme kompanije koja bi bila podvrgnuta istim pravilima u svim državama članicama i imala evropsku skraćenicu SUP (*Societas Unius Personae*). Ukoliko bi predlog bio usvojen, nova Direktiva bi stavila van snage Direktivu 2009/102/EC.

Opšta pravila za jednočlano društvo sa ograničenom odgovornošću odnose se na sve kompanije pobrojane u Aneksu I, u kome su navedeni oblici kompanija pojedinačno po državama članicama na koje bi se Direktiva odnosila (*GmbH* u Nemačkoj i Austriji, *private company limited by shares or by guarantees* u Velikoj Britaniji, društvo sa ograničenom odgovornošću u Hrvatskoj, itd.)³⁰ Odredbe drugog dela Direktive odnose se na jednočlana društva sa ograničenom od-

²⁹ Ibid.

³⁰ Nema sumnje da bi se u slučaju srpskog prava navedena pravila odnosila na privredna društva organizovana u obliku društva sa ograničenom odgovornošću.

govornošću osnovana u formi SUP. Direktiva propisuje da se SUP može osnovati kao potpuno nova kompanija ili transformacijom postojeće kompanije u drugom obliku. Na postupak osnivanja SUP primenjuju se i određena nacionalna pravila za društva sa ograničenom odgovornošću. SUP može osnovati bilo koje fizičko ili pravno lice, čak i jednočlano društvo sa ograničenom odgovornošću, dok je samo kompanijama nabrojanim u Aneksu I dozvoljeno da formiraju SUP konverzijom drugog oblika društva. Kompanija koja se transformiše u SUP zadržava svoju pravnu ličnost. SUP mora imati registrovano sedište i ili mesto upravljanja ili pretežno mesto poslovanja unutar EU. Direktiva predviđa standardni osnivački akt, čija upotreba je obavezna u slučaju registracije putem interneta. Glavni deo Direktive čine pravila o postupku registracije, jer je njen glavni cilj olakšavanje osnivanja kompanija u drugim državama članicama EU. Direktiva zahteva od država članica da omoguće proceduru registracije koja može biti potpuno obavljena elektronski, bez potrebe za fizičkim prisustvom pred organima države članica u kojoj se vrši registracija. Registracija mora biti okončana u roku od tri radna dana. SUP može izdati samo jednu akciju, koja je nedeljiva.

Pored toga, Direktiva propisuje da akcijski kapital mora iznositi najmanje 1 evro, ili barem 1 jedinica nacionalne valute koja nije evro. Države članice ne mogu propisivati maksimalni iznos osnivačkog kapitala za formiranje SUP. Isplata dividendi (dobiti) članu SUP moguća je ako SUP uspešno prođe test bilansa koji pokazuje da će sredstva koja preostanu nakon isplate dobiti biti dovoljna da pokriju obaveze kompanije. Osim toga, upravni organ mora dati izjavu o solventnosti pre nego što se izvrši isplata dobiti. Dalje, Direktiva omogućava jedinom članu da donosi odluke bez potrebe sa sazivanjem skupštine. Samo fizička lica mogu biti direktori SUP, osim ako zakon države članice u kojoj se vrši registracija dozvoljava drugačije. SUP ne može biti transformisan u drugu pravnu formu, izuzev u slučaju da više ne ispunjava uslove za SUP. Najzad, Direktiva traži od država članica da propišu odgovarajuće sankcije za kršenja Direktive, nacionalnog prava ili osnivačkih akata kompanija. Ova Direktiva bi zamenila Direktivu 2009/102/EC.

ZAKLJUČAK

Može se konstatovati da je većina legislativnih inicijativa najavljenih u Akcionom planu iz 2012. godine od strane Evropske komisije u međuvremenu realizovana, iako najvećim delom u formi predloga koji su tek u proceduri. Stoga je rano za davanje bilo kakve procene efekata Akcionog plana i izmena koje je doneo. Takva ocena biće moguća najverovatnije tek u godinama koje dolaze.

Međutim, ono što se može uočiti iz izložene hronologije inicijativa i akcija Evropske komisije u oblasti kompanijskog prava i korporativnog upravljanja jesu

ponavljajući trendovi, najčešće u periodima ekonomskih kriza ili neposredno nakon kriza, kada se naročito intenziviraju predlozi za reforme u cilju izbegavanja sličnih problema u budućnosti. Jedno od osnovnih konstantno otvorenih pitanja kompanijskog prava i korporativnog upravljanja je pitanje transparentnosti, pre svega rada menadžmenta kompanija, ali i drugih tržišnih učesnika, poput institucionalnih investitora, portofolio menadžera i savetnika – zastupnika³¹. Jasno je da veća transparentnost vodi boljoj informisanosti investitora, postojećih i potencijalnih akcionara kompanija. Na osnovu većeg broja informacija, investitori su, barem teorijski, u mogućnosti da donose bolje investicione odluke, ali i da bolje nadziru i kontrolišu kako se upravlja njihovim investiranim kapitalom³². Sa druge strane, veća transparentnost i veća prava akcionara u odlučivanju nužno vode većim troškovima vođenja kompanija, ali i manjoj slobodi, brzini i fleksibilnosti menadžmenta u donošenju odluka. Ovaj sukob ili *trade-off* je konstatno prisutan i, s obzirom da predstavlja zapravo konflikt različitih interesa, može se rešiti samo davanjem prevage jednim ili drugim obzirima, odnosno interesima.

Takođe, postavlja se pitanje koliko je razvoj pravne regulative EU u stanju da prati tempo tehnoloških, ekonomskih, pa i političkih promena (uključujući i proširenje EU na sadašnjih 28 država članica, sa značajno različitim pravnim tekovinama i nivoima ekonomske razvijenosti). Uspešnost poslovanja privrednih subjekata biće samo delimično zavisna od kvaliteta usvojenih rešenja i primene instituta kompanijskog prava i korporativnog upravljanja, a delimično i od konjunktуре, ekonomskog ciklusa, kao i političkih okolnosti koje su od uticaja na poslovanje privrednih subjekata u određenom periodu i regionu.

Međutim, navedeni razlozi ne znače da pitanjima unapređenja instituta kompanijskog prava i korporativnog upravljanja u EU ne bi trebalo posvetiti dužnu pažnju, posebno u smislu podrške planiranim akcijama poboljšanja transparentnosti poslovanja kompanija i drugih tržišnih učesnika (pomenutih investicionih kompanija). U periodu trajanja, odnosno neposredno nakon finansijske krize koja je uzdrmala temelje i nekih od najjačih svetskih privreda (među kojima i EU, posebno pojedine države članice), pitanje uspostavljanja poverenja investitora naročito dobija na značaju. Naime, od poverenja koje investitori imaju u kompani-

³¹ Predlog Direktive COM(2014) 213 final sadrži celo poglavlje posvećeno ovoj oblasti. Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance statement, Brussels, 9.4.2014 COM(2014) 213 final 2014/0121 (COD), http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2014/com_2014_0213_en.pdf, 24.09.2014.

³² Ovde podrazumevamo i naknade koje se isplaćuju menadžmentu, transakcije sa povezanim licima i dr.

je i druge tržišne učesnike zavisi njihova spremnost da se uključe na tržište kapitala i investiraju. Od količine raspoloživog kapitala i njegove dostupnosti, pak, zavisi spremnost i mogućnost privrednih subjekata da investiraju u razvoj, širenje delatnosti, osvajanje novih tržišta i sl., a od čega u krajnjoj liniji zavisi kreiranje novih radnih mesta, privredni rast i nivo opšteg društvenog bogatstva. Zbog toga je i značaj mera najavljenih Akcionim planom Evropske komisije velik, a sve mere, legislativne inicijative i usvojene akte trebalo bi pažljivo pratiti i u Republici Srbiji, s obzirom da će se i od naše države u doglednom periodu očekivati prihvatanje zajedničke evropske regulative, u procesu pregovora o pridruživanju EU, čiji se početak očekuje.

ĐURO M. ĐURIĆ

Research, Institute of European Law,
Saarbrücken, Deutschland

VLADIMIR M. JOVANOVIĆ

Professor, Business Academy of Novi Sad

THE ACTION PLAN FOR THE MODERNIZATION EUROPEAN COMPANY LAW AND CORPORATE GOVERNANCE

Summary

The Action Plan of the European Commission is a response to the constant changes in business conditions, business environment and attempt to create a more flexible and predictable legal framework for corporate governance at the common European level, given the increasing mobility of business entities in search of a better business environment, especially within the EU. Discussions on regulatory changes are particularly frequent and intense in periods of market turbulence, when the present institutions show themselves inadequate and immature to the new circumstances. The need for new directions in regulations is therefore dictated by the conditions of the European and world economy after the financial crisis that began in 2008 and from which recovery is not running fast, easy or uniform in certain countries and certain areas of business. Also, the Action Plan is a reflection of the ever-present desire for improvement and unification of European legislation, which is expressed through the constant pursuit of common bodies and bodies at EU level for the expansion of their own competences and scope of influence.

SVETISLAV JANKOVIĆ

NEOPHODNOST PRAVNOG UREĐENJA KOMBINOVANOG PREVOZA STVARI U GRAĐANSKOM ZAKONIKU

UVOD

U Republicu Srbiji trenutno ne postoji jasan i ustanovljen pravni režim kombinovanog prevoza stvari. To je posledica toga što srpski zakonodavac, prateći u pogledu pravnih izvora saobraćajnog prava uvek aktuelne, važeće, izvore prava, na planu kombinovanog prevoza, praktično, nije imao šta da “prati”. Naime, višestrani međunarodni ugovor koji uređuje kombinovani prevoz nikada nije stupio na snagu, iako je od njegovog usvajanja proteklo više od četvrt veka.¹ Premda bi moglo da deluje da na polju izvora prava u ovoj oblasti postoji pravna praznina, problem je daleko veći, s obzirom da je nepostojanje pravne uređenosti ovog tipa prevoza na jednom mestu praćeno svojevrstnom prenormiranošću koja je ispoljena njegovim uređenjem na nekoliko raličitih mesta. Umesto da se pravna uređenost svede na jednu međunarodnu (opšte)prihvaćenu konvenciju i domaća prava koja su usklađena sa njenim rešenjima, u pravnom životu je doš-

Dr Svetislav Janković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Konvencija o kombinovanom prevozu robe (eng. *United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods*) je usvojena u Ženevi 1980. godine. Pitanje je da li će ikada stupiti na snagu s obzirom na suviše veliki broj (30) zahtevanih pristupanja Konvenciji od strane država. Trenutno joj je pristupilo samo 11 država. Više podataka dostupno na adresi: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-E-1&chapter=11&clang=_en, 19. avgust 2016. godine.

lo do odstupanja svoje vrste koje je dovelo do toga da postoji pravni partikularizam ispoljen u različitim i međusobno neusklađenim izvorima prava. Tako, pored pomenute Konvencije o kombinovanom prevozu, koja usled nemoći da postane izvor prava, može da posluži jedino kao pravni uzor u daljem uređenju, postoje različiti izvori prava poput tzv. Jednoobraznih pravila Međunarodne trgovinske komore iz Pariza, te različite isprave kombinovanog pravoza koje su usvajane pod okriljem privatnih, granskih, organizacija špeditera i prevoznika (teretnice tipa FIATA, BIMCO, COMBIDOSS, itd.).² Takođe, pravnoj neuređenosti, tj. preciznije pravnom haosu, doprinose postojeći izvori samo jedne grane saobraćajnog prava koji svoja pravila protežu i na druge grane prevoza (poput konvencija iz železničkog (COTIF – CIM), drumskog (CMR) i vazduhoplovnog prevoza (tzv. Varšavska pravila)). Uz to, početkom 21. veka, posebno aktuelni postaju pokušaji da se na međunarodnom nivou uređenje kombinovanog prevoza podvede pod postojeću konvenciju jedne grane prevoza putem metode *unimodal plus* kakvo je rešenje preovladalo u tzv. Roterdamskim pravilima iz 2008. godine putem kojih se uređuje prevoz stvari u celosti ili delimično morem (odnosno delimično i drugim vrstama prevoza).³

Imajući u vidu važnost kombinovanog prevoza u 21. stoleću, a pre svega njegovu sve veću prisutnost kroz jednoobraznost ambalaže i kontejnerizaciju,⁴ čini se neophodnim da se ovaj vid prevoza što pre pravno uredi. Pravni partikularizam koji na ovom polju trenutno postoji, svakako, nije poželjan, s obzirom da, sa jedne strane, vodi pravnoj nesigurnosti oličenoj u neizvesnosti koji pravni izvor će se u konkretnom slučaju primeniti (što, u krajnjem ishodu, poskuplju-

² Detaljnije o ovim vrstama izvora kombinovanog prevoza vid. Samir Mankabady, "The Multimodal Transport of Goods Convention: A Challenge to Unimodal Transport Conventions", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32/January 1983, str. 121. i dalje.

³ O metodi *unimodal plus* više vid. Bevan Marten, "Multimodal Transport Reform and the European Union: A Treaty Change Approach", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol. 36:741/2012, str. 754. i dalje.

⁴ Kontejnerizacija, zapravo, znači mogućnost prevoza robe u posebnim prostorima koji su pogodni da se kao takvi prenose sa jednog prevoznog sredstva na drugo bez rizika oštećenja stvari (robe) koja se u njima nalazi. Više podataka o tome dostupno na adresama: <http://www.worldshipping.org/about-the-industry/history-of-containerization>; <http://www.worldshipping.org/about-the-industry/containers>, 20. avgust 2016. godine; Drago Pavić, *Pravni problem prijevoza stvari u kontejnerima*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, 1977, str. 9. i dalje. U upotrebi kontejnera u Evropskoj Uniji, te daljim planovima njihovog pravnog uređivanja vid. *Analysis of EU Multimodal Transport Law*, final report, <http://ec.europa.eu/transport/themes/strategies/studies/doc/2015-01-freight-logistics-lot2-combined-transport.pdf>, 27. avgust 2016. godine, str. 86. i dalje; James H. Porter, "Multimodal Transport, Containerization, and Risk of Loss", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 25:1/1984, str. 172.

je uslugu prevoza), a sa druge strane, otvara mogućnosti zloupotrebe izbora pravnog režima od strane ekonomski, ili uopšte, nadmoćnije ugovorne strane.

POJAM KOMBINOVANOG PREVOZA

Kombinovani prevoz stvari se, najčešće, određuje kao prevoz stvari na osnovu jednog ugovora o prevozu (i shodno tome, jedne prevozne isprave) koji se izvršava uz upotrebu najmanje dve vrste prevoznih sredstava koja pripadaju različitim granama prevoza.⁵ Svojsveno ovoj vrsti prevoza je da ga zaključuje preduzetnik, odnosno organizator prevoza kao jedna strana koja se obavezuje korisniku prevoza da će on lično ili uz pomoć drugih prevoznika izvršiti prevoz stvari uz upotrebu najmanje dva različita prevozna sredstva (tj. dva “modaliteta” prevoza).⁶ To, praktično, znači da preduzetnik kombinovanog prevoza može da bude prevoznik iz jedne grane prevoza (na primer iz drumskog prevoza) kada će predmet prevoza prevesti jednim delom i sopstvenim prevoznim sredstvom, a drugim delom zaključiti potprevoznički ugovor sa prevoziocem druge grane prevoza (na primer iz pomorskog prevoza).⁷ Takođe, u okviru pojma kombinovanog prevoza, moguće je i drugačiji raspored, a to je da preduzetnik kombinovanog prevoza, uopšte, stvarno ne izvrši ni jedan deo celovitog kombinovanog prevoza, nego da samo zaključi potprevozničke ugovore sa “stvarnim” prevoziocima. I prvom i u drugom slučaju reč je o kombinovanom prevozu za čije ispunjenje odgovara isključivo preduzetnik, tj. organizator prevoza.⁸

S druge strane, ne može se pod pojam kombinovanog prevoza svrstavati bezizuzetno svaka situacija u kojoj na osnovu jednog ugovora o prevozu više raznovrsnih prevoznika uzima učešće u njegovom ispunjenju. Primera radi, moguće su situacije da se zaključi ugovor o prevozu morem od luke (pošiljaoca) do luke (pri-

⁵ Prema preovlađujućem shvatanju, istovetno je odrediti kombinovani prevoz kao prevoz upotrebom najmanje dve vrste *prevoznog sredstva* (brod, vazduhoplov, kamion, vagon) ili kao prevoz kroz najmanje dve vrste prevoznog puta (more, vazduh, kopno). Vid. Alike Kiantou – Pampouki, *Multimodal transport carrier liability and issues related to the bills of lading*, International academy of comparative law, Brussels, 2000, str. 8. Međutim, i u jednom i u drugom pristupu izostavlja se iz vida da li se pod pojam kombinovanog prevoza i u okviru njega može da obuhvati kao grana prevoza i prevoz cevovodima, kao i prenos električnih impulsa. Čini se da bi i ove vrste prevoza trebalo obuhvatiti iako njihova pojava u kombinovanom prevozu neće biti česta.

⁶ Zoran Radović, “Multimodal transport issues”, *Yugoslav Law*, br. 1/1999, str. 19.

⁷ Upravo raznovrsnost prevoznika u kombinovanom prevozu ukazuje da “multimodalnost” kao koncept služi efikasnijem korišćenju različitih vidova prevoza. Arthur Donovan, “Intermodal Transportation in Historical Perspective”, *Transportation Law Journal*, Vol. 27:317/2000, str. 321.

⁸ Marian Hoeks, *Multimodal Transport Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, str. 64.

maoca), ali da sam pomorski prevoznik, pretpostavljajući da to spada u njegovu obavezu, ali i iz konkurentskih razloga, prihvata da preveze robu do skladišta primaoca drumskim prevoznim sredstvom. U ovakvom rasporedu odnosa, na prvi pogled, ispunjeni su uslovi za određenost pravnog posla ugovorom o kombinovanom prevozu. Međutim, takvo shvatanje bi bilo suviše formalističko, pa i neispravno, s obzirom da bi se takvim zaključivanjem mogao skoro svaki pomorski prevoz okarakterisati kao kombinovani. U tom smislu, predstavnici teorije obuhvatnosti se zalažu da se ovakve situacije ne smatraju kombinovanim prevozom, odnosno da ne iziskuju (u slučaju štete nastale na toj pomoćnoj deonici puta) pronalaženje primenljivog pravnog režima, što je svojstveno ugovoru o kombinovanom prevozu, nego da se ostane na pravnom režimu glavnog ugovora pod koji su podvedeni ostali pomoćni vidovi prevoza.⁹

RAZLIKA U ODNOSU NA ŠPEDICIJU

Upravo mogućnost da organizuje kombinovani prevoz, a da istovremeno u njegovom izvršenju i ne učestvuje, dovodi preduzetnika kombinovanog prevoza u položaj koji je vrlo sličan špediteru. Dakle, moguće je da preduzetnik kombinovanog prevoza zaključi ugovor o prevozu, a da u njegovom izvršenju ne učestvuje nego da jednostavno zaključi sa mrežom svojih (pod)prevoznika nekoliko ugovora o (pod)prevozu. Slična je situacija sa špediterom koji zaključuje ugovor o prevozu u svoje ime a za račun korisnika svojih usluga. Međutim, razlika je bitna, barem kada je reč o klasičnim oblicima ovih instituta. Naime, špediter nije prevoznik, nego organizator prevoza i, shodno tome, ne odgovara za izvršenje ugovora o prevozu koji je zaključio, nego samo za savestan izbor prevoznika koji će to da izvrši.¹⁰ Sa druge strane, preduzetnik kombinovanog prevoza, čak, i kada ne učestvuje u izvršenju jednog dela prevoza (nego sve etape prevoza poveri dru-

⁹ Teorija obuhvatnosti, koja, inače, potiče iz nemačke pravne teorije (nem. *Gesamtbe-trachtung*) podrazumeva da se pod pojam glavnog ugovora o prevozu podvede ostali, sporedni, ugovori u prevozu, odnosno da se pravni režim glavnog ugovora primeni i na sporedne. Kriterijum glavnog u odnosu na sporedni se određuje, pre svega, spram veličine puta kojim se roba prevo-zila izvršenjem glavnog prevoza u odnosu na sporedni. Vid. M. Hoeks, *Multimodal Transport Law*, str. 64. Sa druge strane, postoji opasnost svojevrsnom "prelaženju mere" kada bi se, na primer, pri-likom formalno zaključenog ugovora o prevozu železnicom, roba samo jednim malim delom puta prevozila tom granom prevoza, a većim delom puta, na primer drumskim ili morskim delom puta. U takvim slučajevima ne bi trebalo primenjivati teoriju obuhvatnosti, nego pravni režim kombinovanog prevoza, što bi u konkretnom slučaju srpskog prava vodilo primeni sistema mreže. Vid. Za-kon o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju – Zakon o prevozu železnicom, *Službeni gla-snik RS*, br. 38/2015, čl. 113, st. 1.

¹⁰ Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, 14. izmenjeno i dopunjeno izdanje, 2014, Beograd, str. 294.

gim, stvarnim, prevoziocima) nije špediter, nego prevozilac, s obzirom da korisniku prevoza predstavlja jedino odgovorno lice iz ugovora o prevozu.

Pored napred iznete jasne razlike između preduzetnika kombinovanog prevoza i špeditera, ipak, postoje određene situacije kada je ovu razliku teško uočiti. Najpre, u slučaju ugovora o fiksnoj špediciji, prema kome se špediter obavezuje da za unapred određenu celokupnu naknadu organizuje prevoz, smatra se da špediter odgovara i za izvršenje prevoza čime se poistovećuje sa prevoziocem, tačnije sa preduzetnikom kombinovanog prevoza.¹¹ Takođe, zabuna nastaje i kod izdavanja tzv. isprava kombinovanog prevoza koje su nastale pod okriljem špediterskih organizacija i koje, najčešće, špediteri prilikom zaključenja ugovora izdaju. Problem je, u suštini, i veći jer pri postojećem stanju propisa preovladava korišćenje ovakvih standardizovanih izvora prava kombinovanog prevoza, pri čemu je uočljiv pravni partikularizam s obzirom na mnogostrukost izbora ovakvih izvora prava.¹² Srpsko pravo nije imuno na problem koji je na međunarodnom nivou postoji već decenijama, pa se pokušava rešiti kompromisom u vidu prihvatanja isprava špediterskih organizacija.¹³ Međutim, time se problem samo na kratak

¹¹ Prostim svođenjem fiksno špeditera na prevozioca, problem ostaje i dalje aktuelan u srpskom pravu s obzirom da ne postoji pravno uređenje kombinovanog prevoza. Kada bi, u slučaju ovakvog ugovora u čijem izvršenju učestvuje više različitih vrsta prevozilaca, mesto nastanka štete ostalo nepoznato, ostao bi nepoznat i pravni režim po kome "fiksni" špediter treba da odgovara. Jasno je da fiksni špediter treba da odgovara kao i prevozilac, ali nije jasno kao koji prevozilac, s obzirom da je režim fiksne špedicije usklađen sa sistemom mrežaste odgovornosti, kome je, upravo, najveći nedostatak pronalaženje pravnog režima odgovornosti prevozioca kada se ne zna mesto nastanka štete. Zbog toga je opravdano urediti kombinovani prevoz kao posebnu vrstu prevoza, a ne kao mrežu pojedinačnih, nadovezujućih ugovora o prevozu, kako bi se, između ostalog, na izvestan način znalo po kojim pravilima fiksni špediter odgovara u slučaju mesno neutvrdivih šteta. Vid. A. Kiantou – Pampouki, *Multimodal transport carrier liability and issues related to the bills of lading*, str. 11. i dalje.

¹² Jasno je, dakle, da ovakvi autonomni izvori saobraćajnog prava, samo na prvi pogled i na kratak rok, rešavaju problem pravne neuređenosti kombinovanog prevoza, s obzirom, da sa druge strane svojim brojem, dovode do zbunjenosti i pravne nesigurnosti za korisnike usluga kombinovanog prevoza. O različitim izvorima, tj. preciznije, transportnim ispravama, kombinovanog prevoza detaljnije vid. Michael Hoffman, *FIATA Multimodal Transport Bill of Lading und deutsches Recht*, LIT, Hamburg, 2002, str. 16. i dalje; Dubravka Tomanović, *Odgovornost u kombinovanom transportu roba*, magistrarski rad, Pravni fakultet u Beogradu, 1991, Beograd, str. 18.

¹³ Privredna komora Srbije je članica šire grupe organizacije koje su ovlašćene da štampaju formulare FIATA teretnice. Više podataka o tome dostupno na adresama: http://fiata.com/fileadmin/user_upload/documents/Diverses/FBL_10-11-2015_Issuing_Associations_FBL.pdf, <http://www.pks.rs/e-learning/fiata/osnove/dokumenta/dokumenta.htm>, 22. avgust 2016. godine. Iako se ovakvo rešenje smatra praktično nužnim kako bi se kombinovani prevoz uopšte odvijao, pitanje je da li je i legalno imajući u vidu (ne)mogućnost slobode ugovaranja na planu saobraćajnog prava, odnosno na imperativnost pravila ove grane prava. Više o tome vid. Marian Paschke, *Multimodal transport*

rok rešava i ujedno produbljuje. Zato je celishodno, ali i neophodno ustanoviti pravni režim kombinovanog prevozioca u zakoniku, kako bi se pravnoj neizve- snosti, ali i pravnom voluntarizmu jačih (ekonomski snažnije ugovorne strane) stalo na put i kako bi pravo sprovodilo svoju misiju ravnoteže i Pravde.

KOMBINOVANI PREVOZ U SRPSKOM PRAVU

“Imenovanost” ugovora o kombinovanom prevozu

U srpskom pravu postoji nedoumica da li je ugovor o kombinovanom pre- vozu imenovan. Nedoumica je podstaknuta trenutno postojećim stanjem u po- zitivnom saobraćajnom pravu (u važećim propisima) koje, očigledno je, ne sadr- ži propis koji je posvećen uređivanju isključivo kombinovanog prevoza. Međutim, u odsustvu ovakvog posebnog propisa, a usled praktične nužnosti, propisi koji uređuju ugovore o prevozu u pojedinačnim granama saobraćajnog prava, sadrže norme koje “pominju” kombinovani prevoz. “Pomenutost” kombinovanog prevo- za u zakonima koji regulišu ostale vidove prevoza se sastoji u samo jednom do dva (zakonska) člana kojima se “uređuje” ova vrsta prevoza.¹⁴ Naravno, o prav(n) om uređivanju kombinovanog prevoza u ovakvoj “nomotehnici” nema ni reči, s obzirom da se ne određuju ni pojam, a ni prava, obaveze i odgovornost iz ugo- vora o kombinovanom prevozu. Jedino što se uređuje putem ovih članova jesu svojevrzne kolizione norme, odnosno pravila kojima se upućuje na merodavnost određene grane saobraćajnog prava, čime se istovremeno ne priznaje samostal- nost ugovora o kombinovanom prevozu.

Može se zaključiti da ugovor o kombinovanom prevozu, dakle, nije imeno- van ugovor u srpskom pravu. Premda deluje da podela na imenovane i neimeno- vane ugovore ima samo teorijski značaj, čini se da se postojanje praktičnog zna- čaja ovoj podeli ne može poreći. Naime, praktični značaj “imenovanosti” nekog ugovora se sastoji u tome što je njegovim zakonskim uređenjem budućim ugovor- nim stranama olakšana predugovorna pozicija, s obzirom da su oslobođeni oba- veze da pregovaraju o sadržini ugovora u detaljima. To je zbog toga što se zakon- skim uređivanjem određenog ugovora pretpostavlja (putem dispozitivnih normi)

carrier and issues related to the bill of lading, International academy of comparative law, Bruxells, 2000, str. 119.

¹⁴ Zakon o trgovačkom brodarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 96/15, čl. 476; Zakon o prevozu železnicom, čl. 112 – 114; Zakon o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju – Zakon o prevozu drumom, *Službeni list SRJ*, br. 26/95, *Službeni list SCG*, br. 1/2003, čl. 105; Zakon o obligacionim i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju – Zakon o prevozu u vazdušnom saobraćaju, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2011, 66/2015, čl. 90.

volja ugovornih strana u situaciji kada je oni nisu u celosti izrazili u ugovoru.¹⁵ Time se omogućava da ugovor proizvede dejstvo samo usaglašavanjem u pogledu, za stranke, najbitnijih sastojaka konkretnog pravnog posla, a (ned)ostatak volje će nadomestiti zakon. U tom smislu se pravni promet ubrzava ne ugrožavajući, pri tom, pravnu sigurnost što je za trgovinu, kao takvu, izuzetno važna pojava.¹⁶ Zbog svega toga, čini se nužnim u daljem zakonodavnom planiranju, ugovor o kombinovanom prevozu učiniti imenovanim.

Kombinovani prevoz u pozitivnom srpskom pravu

U srpskom pravu, odredbe (norme) o kombinovanom prevozu postoje u zakonima koji uređuju ugovorne odnose u različitim granama saobraćajnog prava (drumski, železnički, plovidbeni i vazduhoplovni prevoz). Norme o kombinovanom prevozu u ovim propisima su pre formalne, nego materijalne prirode, s obzirom da se putem njih ne uređuje na neposredan način pravni odnos u kombinovanom prevozu, nego se upućuje na odgovarajuću normu drugog, "merodavnog", zakona koji uređuje drugu granu prevoza. Zajednička osobina ovih normi o kombinovanom prevozu jeste da se putem njih prihvata tzv. mrežni sistem odgovornosti preduzetnika kombinovanog prevoza (ako se, uopšte, može govoriti o preduzetniku kombinovanog prevoza, jer se ove norme odnose, formalno, samo na prevozioca iz konkretne grane prevoza koji će, kao ugovorni prevozilac, odgovarati po pravilima iz druge grane prevoza).¹⁷

Mrežni sistem odgovornosti se, u konkretnom pitanju srpskih propisa iz saobraćajnog prava sastoji u sledećem.

– Vazduhoplovni prevozilac, koji je zaključio ugovor o kombinovanom prevozu, odgovara za štetu po onim propisima koji važe za prevozioca na čijem delu puta je nastala šteta. Pri tom, ako je to učinio (vazduhoplovni prevozilac) bez saglasnosti naručioca prevoza, odgovaraće po onim propisima koji su za naručioca najpovoljniji.¹⁸

¹⁵ Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980, str. 191. i dalje.

¹⁶ Detaljnije o značaju i prednostima imenovanih ugovora vid. Oliver Antić, "Imenovani i neimenovani ugovori u savremenom obligacionom pravu", *Analni Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 1-2/2004, str. 83. i dalje.

¹⁷ O sistemu mrežne odgovornosti preduzetnika vid. Nebojša Jovanović, "Sistemi odgovornosti preduzetnika mešovitog prevoza robe", *Pravni život*, br. 11/2003, str. 470. i dalje; Ross Masud, "The emerging of legal regime for multimodal transport", *International Business Law Journal*, br. 7/1992, str. 826; M. Hoeks, *Multimodal Transport Law*, str. 27.

¹⁸ Zakon o vazdušnom prevozu, čl. 90.

– Železnički prevoznik, koji je zaključio ugovor o kombinovanom prevozu, odgovara za štetu po propisima koji važe za prevoznika na čijem delu puta je šteta nastala, osim, kada je ovakav ugovor zaključio bez saglasnosti naručioca prevoza, kada će odgovarati prema pravilima matičnog, železničkog, prava, pod uslovom da je to povoljnije za naručioca (korisnika) prevoza.¹⁹

– Drumski prevoznik, koji je zaključio ugovor o kombinovanom prevozu, odgovara po istom režimu kao i železnički, što znači da će odgovarati prema onim pravilima koja važe za prevoznika na čijem delu puta je nastala šteta, kao i da će u slučaju zaključivanja ovakvog ugovora bez saglasnosti naručioca prevoza, odgovarati prema pravilima matičnog, drumskog prava, pod uslovom da je to povoljnije za naručioca (korisnika) prevoza.

– Najzad, vozar²⁰ iz pomorske / unutrašnje plovidbe, koji zaključi ugovor o kombinovanom prevozu, odgovara samo za savestan izbor prevoznika druge grane prevoza, a ako odgovara i za izvršenje prevoza, onda će odgovarati kako bi inače odgovarao prevoznik na čijoj deonici puta je došlo do nastanka štete.²¹

Imajući u vidu gorepomenuta pravila iz različitih grana pozitivnog srpskog saobraćajnog prava, može se uočiti pravilnost u smislu da je u slučajevima kombinovanog prevoza, u prvom koraku, predviđena tzv. mrežna odgovornost, a da je u drugom koraku, predviđena primena pravila iz matične grane prave (kojoj pripada prevoznik koji je zaključio ugovor o prevozu), pod uslovom da je to povoljnije za korisnika prevoza. Jedino Zakon o vazdušnom prevozu u ovom smislu čini izuzetak, predviđajući da će, u drugom koraku, biti primenjeno najpovoljnije pravo za korisnika, tj. pravo one grane prevoza koje najviše odgovara interesima korisnika prevoza u pogledu osnova i visine odgovornosti.²²

Korišćenje izraza prvi i drugi korak ima za cilj da olakša razumevanja redosleda primene pravila različitih grana saobraćajnog prava u složenim odnosima kombinovanog prevoza. Međutim, u pozitivnom srpskom pravu, odabir i, uop-

¹⁹ Zakon o prevozu železnicom, čl. 113.

²⁰ Vozač je izraz za odgovorno lice u ugovoru o prevozu morem / unutrašnjim plovidbenim putevima. Ovaj izraz, u stvari, odgovara nekadašnjem brodaru, koji je bio nosilac plovidbenog poduhvata. Ostaje nejasno zbog čega je, prilikom pisanja i usvajanja Zakona o trgovačkom brodarstvu, došlo do pomenute terminološke promene, posebno imajući u vidu ukorenjenost, poznatost i jasnost termina brodar.

²¹ Zakon o trgovačkom brodarstvu, čl. 475-476. Formalnopravno, Zakon o trgovačkom brodarstvu će se primeniti samo na pravne odnose iz pomorske i unutrašnje plovidbe, a ostale pravne odnose (iz drugih grana prevoza koje su činili kombinovanog prevoza) ne pominje, što daje osnovu da se putem, argumentum a contrario, zaključi da upućuje na shodnu primenu ostalih, merodavnih, propisa iz saobraćajnog prava.

²² Zakon o vazdušnom prevozu, čl. 90.

šte, razlog primene prava iz drugog koraka je krajnje sporan. Naime, kada se ne primenjuje pravo iz sistema mreže, primeniće se matično pravo prevozioca (tj. one grane iz koje je prevozioc koji je zaključio ugovor o prevozu) ili, eventualno najpovoljnije, po korisnika prevoza, pravo (u slučaju primene Zakona o vazdušnom prevozu).²³ Problematičnost ovakvog rešenja se sastoji u tome što do primene ovih prava ne dolazi zbog nedostataka u primeni sistema mreže,²⁴ nego zbog svojevrsnog kažnjavanja ugovornog prevozioca što je mimo (protiv) volje naručioca prevoza zaključeni ugovor o prevozu izvršavao kao da je u pitanju kombinovani prevoz.²⁵

Načelno stroža odgovornost za ugovornika koji ne poštuje volju svog saugovarača nije sporna kao princip, s obzirom da to postoji i u drugim ugovorima koji u svojoj osnovi imaju primese ugovora o nalogu (poput špedicije – fiskna, samostalna, komisiona – samostalni itd.). Međutim, u konkretnom, pozitivnom saobraćajnom pravu time se promašuje suština, jer se ne ustanovljava pravilo koje će otkloniti nedostatke, u prvom koraku, prihvaćenog sistema mreže. Tako ostaje neotklonjen jedan od osnovnih nedostataka mrežnog sistema odgovornosti, a koji se sastoji u nedorečenosti, uopšte neizvesnosti, koja pravila (iz opsega različitih grana saobraćajnog prava) primeniti u slučaju da se ne može utvrditi na kojoj deonici puta je nastala šteta, ili je, pak, šteta nastajala postepeno, a ne može se utvrditi tačno u kom obimu spram deonica puta kojim se stvar prevozila. Zaključak je, dakle, da pisci ovih propisa, kao i srpski zakonodavac, nisu upotreбили primerenu metodu u odabiru i, uopšte, u kriterijumu, primenjive grane saobraćajnog prava u drugom koraku, kada prvobitno pravo iz sistema mreža biva neprimenjivo.

²³ O mogućim “merodavnim” pravima koja se mogu primeniti u slučaju neprimenjivosti mrežnog sistema odgovornosti vid. N. Jovanović, “Sistemi odgovornosti preduzetnika mešovitog prevoza robe”, str. 473.

²⁴ Osnovni nedostatak mrežnog sistema odgovornosti sastoji se u njegovoj neprimenjivosti u slučaju nepoznatosti etape prevoza u kojoj je došlo do štete. Uska povezanost kombinovanog prevoza sa pojavom kontejnerizacije ovaj problem uvećava, s obzirom da se u prevozu robe kontejnerima u više od polovine slučajeva ne zna tačan uzrok, mesto i vreme oštećenja robe, jer su kontejneri po pravilu, zatvoreni (zapečaćeni) sve do odredišnog mesta. Vid. Ingo Koller, *Die Haftung bei unbekanntem Schadensort im multimodalen Verkehr*, dostupno na adresi: <http://epub.uni-regensburg.de/27467/1/koller9.pdf>, 28. avgust 2016. godine, str. 1. i dalje.

²⁵ U suprotnom, kada bi ugovorni prevozioc poštvovao volju svog saugovarača (naručioca prevoza), onda bi odgovarao samo za izbor drugog (stvarnog) prevozioca, a ne i za ispunjenje njegove činidbe. Ovakvo pravilo postoji i u Prednacrtnu Građanskog zakonika Republike Srbije – obligacioni odnosi, dostupno na adresi: http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf, čl. 474, st. 1. i *alternativa* stavu 1.

POSEBAN OSVRT NA ODGOVORNOST ZA ZAKAŠNENJE

Problem koji je istaknut kod klasične odgovornosti za integritet pošiljke (oštećenje, uništenje, gubitak) postaje uoljiviji, pa i "nerješiviji" kod odgovornosti za zakašnjenje u predaji stvari u kombinovano prevozu.²⁶ Naime, kako srpsko saobraćajno pravo prihvata metodu u dva koraka do dolaska do merodavnog prava u kombinovanom prevozu, ostaje nejasno kako će se ova prava, čak, i kada se "pronađu", primenjivati u situaciji kada je došlo do zakašnjenja u predaji stvari. U slučaju kada se ne može tačno odrediti mesto, tj. etapa prevoza u kojoj je došlo do zakašnjenja, srpsko pravo ostaje nemoćno nedorečeno, jer ne sadrži pravilo koje bi se takvoj situaciji moglo primeniti.²⁷

Složeniji odnosi su kada je zakašnjenje nastajalo postepeno, odnosno kada je u različitim etapama kombinovanog prevoza dolazilo do manjeg ili većeg zakašnjenja. Najveći problem, i do sada na međunarodnom i uopšte pravnom planu nerešen, jeste kada je zakašnjenje nastupilo na, primera radi, prve dve deonice puta, a na trećoj i završnoj deonici puta je došlo do svojevrsnog ubrzanja u prevozu što je, donekle, umanjilo ukupno vreme zakašnjenja. Primer za ovakve situacije se navodi na sledeći način: $-10; -10; +10 = -10$.²⁸ Jasno je da prevoznik (preduzetnik kombinovanog prevoza) treba da odgovara za krajnje zakašnjenje (-10), ali je nejasno po kojim pravilima ako se primenjuje sistem mreže, tj. nije jasno kojoj etapi prevoza pripisati ovo zakašnjenje. Jedino rešenje u ovakvim, i te kako mogućim, slučajevima bi bilo da preduzetnik kombinovanog prevoza odgovara po jedinstvenim, sopstvenim, pravilima (kombinovanog prevoza kao samostalne ustanove saobraćajnog prava). Postoje shvatanja da bi sistem mreže mogao da bude primenjiv, čak, i u slučaju da se ustanovi jedinstvena odgovornost kombinovanog prevozioca za zakašnjenje, ako bi zakašnjenje nastalo isključivo u jednoj etapi kombinovanog prevoza.²⁹ Čini se da ovakvo rešenje, iako naizgled pravično (pre svega, zbog regresa preduzetnika kombinovanog prevoza prema podprevoziocu),

²⁶ O nastanku ustanove zakašnjenja u kombinovanom prevozu vid. Ivo Grabovac, *Prijevoz stvari sa više prijevoznika*, Split, 1976, str. 51. i dalje.

²⁷ Mrežni sistem ostaje neprimenjiv, jer se ne zna tačno mesto nastanka štete (zakašnjenja), a primena prava u drugom koraku u srpskom pozitivnom pravu je predviđena samo u slučaju kada je ugovorni prevoznik zaključio ugovor o kombinovanom prevozu mimo (protiv) volje naručioca prevoza.

²⁸ Kurt Grönfors, "Liability for Delay in Combined Transport", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 5, No. 3. / April 1974, str. 487.

²⁹ Ivo Grabovac, "Odgovornost za zakašnjenje u mešovitom prevozu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. XII / 1975, str. 84.

ne treba prihvatiti s obzirom da bi se time unela nepotrebna složenost na uštrb preko potrebne jasnosti i izvesnosti u kombinovanom prevozu.

PREDLOG REŠENJA ZA BUDUĆE SRPSKO PRAVO

Imajući u vidu složenost kombinovanog prevoza, ali i različitost pravnog uređenja pojedinih grana saobraćajnog prava, čini se da bi rešenje trebalo tražiti na planu osamostaljivanja kombinovanog prevoza, kao posebne grane saobraćajnog prava uz istovremeno približavanje, pa i što veće ujednačavanje ostalih grana saobraćajnog prava. Na ovaj način, neizvesnost u pronalažanju merodavnog prava za kombinovani prevoz bi se otklonila, a jednovremeno bi se uklonile i štetne posledice izbora merodavnog prava koje ne odgovara svim zainteresovanim stranama.³⁰

U budućem Građanskom zakoniku Republike Srbije, kombinovani prevoz bi trebalo da se uredi kao samostalan pravni posao, sa sopstvenim (materijalno-pravnim) pravilima i transportnom ispravom. Kao svojevrsan uzor za ovakvo pravno uređenje bi mogao da posluži nemački trgovinski zakonik koji, pored holandskog pandana, jedini u Evropi sadrži regulativu kombinovanog prevoza.³¹

U pogledu osnova odgovornosti preduzetnika kombinovanog prevoza, trebalo bi prihvatiti odgovornost bez obzira na krivicu, sa nizom oslobađajućih razloga kakva je, inače, prihvaćena u pravnim režimima kopnenog i vazduhoplovnog prevoza.³² Štaviše, čini se da bi opštom normom u Građanskom zakoniku trebalo urediti pravni režim klasičnog prevoza (bez obzira na granu prevoza) na način da bude istovetan u sadržinskom smislu pravnom režimu kopnenog (železničkog, drumskog, pa i rečnog) i vazduhoplovnog prevoza.³³ Time bi se došlo do

³⁰ Pre svega, misli se na *regresno pravo* koje ima preduzetnik kombinovanog prevoza prema podprevoziocima, ali i na *osiguranje*, s obzirom da je preduzetnik u ovakvim situacijama već upoznat sa najvišim iznosom ograničene odgovornosti. Kako mu to predstavlja svojevrsni rizik obavljanja delatnosti, tako je on podstaknut da se pravovremeno i adekvatno osigura. Vid. M. Paschke, *Multimodal transport carrier and issues related to the bill of lading*, str. 125.

³¹ M. Hoeks, *Multimodal Transport Law*, str. 36. *Handelsgesetzbuch - HGB, Gesetze vom 22. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2409)*, par. 452.

³² Imajući u vidu da savremeni tehnički uslovi omogućavaju da se prevoz robe vrši znatno bezbednije po robu, umanjujući verovatnoću oštećenja, a da se štete na robu uprkos tome dešavaju, opravdano je prihvatiti stav o objektivizaciji odgovornosti prevozioca kome je usled pomenu-tog tehničkog napretka lakše da sačuva robu u prevozu, nego što je to bio slučaju u prošlosti. Vibe Ulfbeck, "Multimodal Transports in the United States and Europe – Global or Regional Liability Rules?", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol. 34:37/2009, str. 38. i dalje.

³³ Pomorski prevoz ne bi mogao da se upodobi i poistoveti sa kopnenim prevozom, jer su rizici mora još uvek veliki, kao i uticaj pomorskih kompanija koje se zalažu za održavanje veoma niskog iznosa ograničenja odgovornosti.

preko potrebne ujednačenosti u različitim granama saobraćaja što bi, u krajnjem ishodu, vodilo jednostavnijem i izvesnijem režimu odgovornosti u kombinovanom prevozu. Naime, ako bi se ostalo na mrežnom sistemu odgovornosti, onda bi norma o odgovornosti mogla da bude sledeće sadržine: ako se može utvrditi u kojoj deonici puta je šteta nastala, primeniće se pravila koja uređuju konkretnu granu prevoza (gde je šteta nastala),³⁴ a ako se ne može utvrditi gde je šteta nastala, onda će se primeniti opšta pravila o prevozu (koja bi se nalazila u Građanskom zakoniku). Ovo rešenje nije samo jednostavno, nego je i pravedno (imajući u vidu regresno pravo preduzetnika kombinovanog prevoza prema podprevoziocima, ali i mogućnost predviđanja poslovnog gubitka – štete koju prevoznik treba da nadoknadi, kako bi se na vreme i u celosti osigurao).

Na ovaj način izbeglo bi se davanje prednosti određenim granama prava u pojedinim konvencijama, poput najnovijih Roterdamskih pravila. Putem njih se reguliše odgovornost vozara u prvom koraku, načelno, prema mrežnom sistemu, dok se u drugom koraku (mesno neodređene štete) isključivo primenjuju Roterdamska pravila, odnosno pomorskopravna pravila.³⁵ Jasno je da se time usložnjava sistem odgovornosti preduzetnika kombinovanog prevoza što vodi ka nejasnoćama i neizvesnošću koje će se pravo konkretno, u krajnjem ishodu, primeniti.

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu da srpski zakonodavac u pogledu saobraćajnog prava, u suštini, u celosti prati važeća rešenja iz međunarodnih konvencija, kao i da je mogućnost da konvencija o kombinovanom prevozu stupi na snagu vrlo mala, čini se

³⁴ A to znači, da ako se utvrdi da je šteta nastala za vreme pomorske deonice puta da će se pomorsko pravo primeniti (blaži osnov, niži iznosi odgovornosti), a preduzetnik će kao nosilac odgovornosti moći, naknadno u celosti da se regresira od pomorskog podprevozioca. Upor. HGB, par. 452a.

³⁵ Roterdamska pravila (eng. *Convention of Contracts for the International Carrying of Goods Wholly or Partly by Sea*), čl. 26. Pisci Roterdamskih pravila su koristili tzv. *Unimodal plus* metodu putem koje se daje prednost jednoj, grani saobraćaja u odnosu na druge, posebno u situacijama mesno neodređenih šteta. Kako su i ostale grane saobraćaja pravno uređene, tako iskrsava problem odnosa ove konvencije sa drugim, granskim, konvencijama, koje na prinudan način regulišu odnose u svojoj grani saobraćaja. Sve to stvara dodatnu složenost koja, svakako, nije poželjna u uslužnim delatnostima koja se svakodnevno odvijaju poput prevoza, što bi moglo znatno da ga uspori. Detaljnije o tome vid. Francesco Berlingieri, *An Analysis of Two Recent Commentaries of the Rotterdam Rules*, dostupno na adresi: <http://www.comitemaritime.org/Uploads/An%20analysis%20of%20two%20recent%20commentaries%20of%20the%20RR-FBerlingieri.pdf>, 30. avgust 2016. aodine, str. 26; Borislav Ivošević, "Roterdamska pravila – novi pokušaj međunarodnopravnog uređenja odgovornosti za pomorski prijevoz stvari i s njime povezanih drugih grana transporta", *Pomorsko poredbeno pravo*, br. 52/2013, str. 111. i dalje.

osnovanim predlog da se odnosi povodom kombinovanog prevoza urede u predstojećem Građanskom zakoniku. Pre svega, time bi ugovor o kombinovanom prevozu postao imenovani ugovor, što bi doprinelo izvesnosti i svojevrsnoj zaštiti ugovornih strana, posebno slabije ugovorne strane. Dosadašnja praksa u kombinovanom prevozu je pokazala da široka upotreba isprava kombinovanog prevoza kao pravnog izvora u ovoj grani saobraćaja vodi jednostranosti na uštrb ravnopravnosti ugovornih strana, kao i različitosti pravnih režima, s obzirom na raznovrsnost isprava koje izdaju kako prevozioci, tako i špediteri.

Ujednačavajući pravne režime kopnenih grana prevoza i vazduhoplovnog prevoza, odnosno svrstavajući ih u opšta pravila Građanskog zakonika o prevozu, došlo bi se do jednostavnih i lako primenjivih rešenja koja bi pravne odnose u kombinovanom prevozu učinila sasvim izvesnim. Tada bi se pojedini sistemi odgovornosti u kombinovanom prevozu učinili izlišnim, jer bi, u suštini, preduzetik mogao da odgovora po osnovu samo dva režima: opštem (međusobno usklađeno kopnenom i vazduhoplovnom) i pomorskom (ako se utvrdi da je šteta nastala da toj deonici puta). Premda postoji pravilnost oličena u pooštavanju odgovornosti pomorskog prevozioca, na dalji rok bi se moglo očekivati usklađenost i pomorskog i opšteg režima prevoza, što bi dalje diskusije o odgovornosti u kombinovanom prevozu učinilo praktično besmislenim. Upravo time bi se na dugi rok postigao cilj jednoobraznosti pravnog uređenja u saobraćajnom pravu koja bi omogućila nesmetani i neusporavani razvoj trgovine na širem planu.

SVETISLAV JANKOVIĆ, Ph.D.,
Teaching Assistant, Faculty of Law,
University of Belgrade

NECESSITY OF REGULATING THE MULTIMODAL TRANSPORT IN SERBIAN CIVIL CODE

Summary

In the article is considered the necessity of regulating the multimodal transport in Serbian Law. In the field of multimodal transport, current situation is chaotic, because the plenty of legal sources are in option for contracting parties. Especially, it should be mentioned that only convention which is exclusively dedicated to multimodal transport is not in the legal force, despite the fact that it was enacted in 1980. Furthermore, the legal particularism is even more bigger, taking into account widespread *Lex Mercatoria* in this field – BIMCO, FIATA and other types of multimodal bills of lading. For these reasons, solution should be in approximating legal sources of different branches

of Transport Law which would lead to equalization of road, rail, air and inland navigational law. On the other hand, it would be different only maritime law, which would, in the long run, become similar to aforementioned branches of Transport law. Because of that, there would be no need for network system of liability of MTO,³⁶ due to fact of commonality, in legal sense, of different branches in Transport Law. At the end, it should be proposed that the new Serbian Civil code adopt this solution and regulate general freight contract which would be the basis for the multimodal transport whenever is not possible to apply network system (unknown place of damage).

³⁶ *Multimodal Transport Operator.*

JOVAN SLAVNIĆ

OBAVEZA OSIGURANIKA DA OSIGURAVAČU PRIJAVI NASTUPANJE OSIGURANOG SLUČAJA

– Pogled na savremena rešenja –

U V O D

Sva kontinentalna nacionalna evropska prava u izvorima prava u kojima se reguliše ugovor o kopnenom osiguranju (ugovor o osiguranju) i koja su doživela značajne reforme sprovedene početkom ovog veka i projekat međunarodnog dokumenata, koji će činiti osnov za izradu direktive o evropskom ugovoru o osiguranju, objavljen u poslednjoj verziji 2009. godine kao Ošti referentni okvir za evropsko ugovorno pravo osiguranja ili Nacrt Principa ugovornog prava osiguranja (PEUPO), ustanovljavaju i uglavnom manje-više potpuno uređuju u odredbama zajedničkim za sve vrste osiguranja (osiguranja lica i osiguranja stvari / imovine) sadržinu obaveze za osiguranika, a neki i za treća lica kojima pripada pravo na ugovornu naknadu iz osiguranja da osiguravaču kad nastupi osigurani slučaj prijave nastanak osiguranog slučaja.

Sprovedene reforme u pomenutim nacionalnim zakonima koje regulišu ove obaveze, i pored ispoljene težnje za modernim regulisanjam koje treba da zadovolji savremene potrebe suštinske zaštite osiguranika kao slabije ugovorne strane, odnosno zaštite trećih lica kojima pripada pravo na ugovorenu naknadu iz osiguranju od negativnih posledica adhezionog karaktera ugovora o osiguranju i da uravnoteže interese osiguravača sa interesima ovih lica u ugovoru o osigura-

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

nju tamo gde ono nije ostvareno u ranijim nereformisanim zakonima ovih država, nisu uspele da otklone razlike koje postoje u regulisanju sadržine ove obaveze u nacionalnim zakonima evropskih država koje ćemo razmotriti u ovom radu. To samo za sebe opravdava ispitivanje ove obaveza. A više činjenica da su u regulisanju ove obaveza u Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije od 29. maja 2015. (Nacrt GZS) preuzeta o toj obavezi u svim detaljima rešenja iz važećeg Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) koja kada se uporede sa rešenjima koja su prihvaćena u reformisanim zakonima o ugovoru o osiguranju evropskih država koje su članice EU ili pripadaju tzv. zajedničkom evropskom ekonomskom prostoru značajno odstupaju u savremenom regulisanju.

Stoga su, s ciljem da se rešenja o ovoj obavezi koja je predložila Komisija za izradu GZ Srbije (Komisija) u Nacrtu GZ Srbije poboljšaju, prema modelu savremenog regulisanja prihvaćenog u nekim evropskim pravima, u radu dati predlozi za veći broj dopuna, izmena ili izostavljanja nekih rešenja iz Nacrta GZS. U radu se ispituju rešenja koja su prihvaćena u reformisanom zakonodavstvu evropskih država koje su sa stanovišta kopnenog osiguranja, finansija i privrede uopšte u vrhu najrazvijenijih evropski država i najrazvijenijeg ugovornog prava osiguranja (Nemačka, Austrija, Švajcarska, Francuska)¹. I rešenja PEUPO kao dokumenta koji se smatra da je u teži za savremenim reglisanjem ugovora o kopnenom osiguranju uravnotežio u svim pravnim odnosima koje reguliše interese osiguravača i ugovarača osiguranja, odnosno osiguranika.^{2 3} Bilo bi korisno kada bi nam dopu-

¹ Švajcarski Zakon o ugovoru o osiguranju od 2. aprila 1908 koji je stupio na snagu 1. januara 1910, reformisan je u tekstu koji je stupio na snagu 1. januara 2011 (Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, Etat le 1er janvier 2011, FF 1904, 267); Zakon o ugovorima o osiguranju Nemačke od 30. maja 1908 je veliku reformu doživeo objavljivanjem novog zakona 23. novembra 2007. da bi ponovo bio konsolidovan manjim izmenama i dopunama od 20. septembra 2013 i 17. jula 2015 (Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007, BGBl. I S. 2631, das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 21 des Gesetzes vom 17. Juli 2015, BGBl. I S. 1245, geändert worden ist); Zakon o ugovoru o osiguranju Austrije od 2. decembra 1958, koji je stupio na snagu 5. aprila 1959, zamenio je stari od 23. decembra 1917, da bi posle brojnih konsolidacija, izmena i dopuna, poslednji put konsolidovan krajem 2015 (Bundesgesetz vom 2. Dezember 1958 über den Versicherungsvertrag - Versicherungsvertragsgesetz - VersVG, StF: BGBl. Nr. 2/1959 – Dostupno na: <http://ris.bka.gv.at/Bundesrecht/>, 10. 3. 2016); Zakonik o osiguranju Francuske, I deo: Ugovor (Code des assurances 1930, version consolidée au 17 mai 2015. (dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984&dateTexte=20160312>).

² Videti više o tome kod: Rokas, Joanis, Principi Evropskog ugovornog prava osiguranja kao napredan i uravnotežen sistem zaštite ugovarača osiguranja, *Evropska revija za pravo osiguranja*, 1/2013, str. 32-37. Autor je član Radne grupe projekta Reforma evropskog ugovornog prava osigurawa koja je izradila PEUPO.

³ Project Group “Restatement of European Insurance Contract Law”, Common Frame of Reference, Chapter III, Section IX, *Insurance Contract*, Status 1 August 2009 (dostupan na: <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/sprachfassungen/peicl-en.pdf>).

štao prostor koji imamo na raspolaganju da se ova obaveza ispita i u nekim reformisanim zakonima evropskih država koje su na naznačenom polju na periferiji da bi se videlo da li oni prate ili zaostaju, koliko i gde za savremenim regulisanjem u pomenutim najrazvijenijim državama, odnosno pravima o ugovoru o osiguranju (Bugarska, Rumunija, Češka)⁴. Takođe i da se ispita obaveza osiguranika da posle nastupanja osiguranog slučaja sarađuje sa osiguravačem u utvrđivanju okolnosti pod kojima je on nastupio ili obima obaveze osiguravača na plaćanje naknade. Obe obaveze su u uzajamnoj vezi. Tamo gde se ispunjenjem završava obaveza prijavljivanja, počinje obaveza saradnje.

*Obaveza prijavljivanja u nemačkom, austrijskom, švajcarskom
i francuskom pravu i prema PEUPO*

Radi lakšeg praćena širine razlika koje postoje u nacionalnim zakonima i PEUPO u regulisanju sadržine ove obaveze, izlaganje koje sledi će se odvijati prema šemi u okviru koje ćemo ispitivati njene elemente: a) okolnosti koje se moraju prijaviti ili sadržaj prijave, b) način ili forma prijave, c) mesto prijave, d) rok u kome se mora prijaviti osigurani slučaj, e) lica koja imaju obavezu prijavljivanja, f) osnov odgovornosti za povredu obaveze prijavljivanja nastanka osiguranog slučaja i prava osiguravača, odnosno sankcije kad je obaveza povređena i g) izuzeci - slučajevi kada osiguravač ne može da primeni ugovorom ili zakonom predviđenu sankciju zbog povrede obaveze prijavljivanja. U šemu nismo uvrstili naznaku lica kome se prijava podnosi, iako se kao adresat prijave u svim izvorima prava navodi da je to osiguravač. Zbog toga što se ova prijava u svim nacionalnim izvorima prava i PEUPO kao izjava povodom ugovora o osiguranju može data i zastupniku osiguravača koji je obavezan da je primi, s obzirom da prijem izjava ulazi u obim zakonom ustanovljenih obaveza, odnosno ovašćenja ovog zastupnika. Jedna grupa od nabrojanih elemenata sadržine obaveze prijavljivanja osiguranog slučaja i to je zajedničko za sve izvore u kojima će se ona ispitivati je da se oni uređuju ugovorom o osiguranju, odnosno uslovima osiguranja budući da su oni njegov sastavni deo ili se ustanovljaju u ispravama koje sastavlja i izdaje osiguravač kao rezultat njegove ustaljene poslovne praxe i tada nije potrebno da bi obavezivali da budu formulisani u uslovima osiguranja. To su obaveštenja koja se odnose na sadržinu prijave osiguranog slučaja.

⁴ Građanski zakonik Rumunije, Ugovor o osiguranju, čl. 2199-2241 (Lege privind Codul civil, *Monitorul Oficial al României, Partea I. Anul 177 (XXI) - Nr. 511/24.VII.2009*). Stanje zaključno sa 03.04.2015. godine; Zakonik o osiguranju Bugarske, Ugovor o osiguranju, čl. 183-248 (Кодекс за застраховането, Обн. ДВ. бр. 103 от 23 Декември 2005. г.). Poslednje izmene i dopune, koje se ne odnose na ugovor o osiguranju, izvršene su 2013. (Sl.list, br. 20/2013, 70/2013 i 109/2013); Građanski zakonik Češke Republike, br. 89/2012 od 3. februara 2012. godine, na snazi od 1. 1. 2014 (Zákon ze dne 3. února 2012 občanský zákoník, zákon č. 89/2012 *Sbírky zákonů ČR*. No. 89/2012 Coll.).

Napomenimo da nemačko pravo uzimamo za reper u uporedno-pravnom ispitivanju sadržine obaveze prijavljivanja osiguranog slučaja, jer je ono vrlo detaljnije reguliše i pri tome vodi maksimalno računa o uravnoteženoj zaštiti interesa ugovornih strana - osiguranika i osiguravača. To objašnjava zbog čega je analiza ove obaveze u tom pravu ključna za praktično i teorisko razumevanje suštine sadržine ove obaveze i sa njom korelativno međusobno povezanih drugih obaveza koje ima sa ovom osiguranik, ali i osiguravač prema osiguranika. Zbog toga je ona u ovom radu znatno opširnije izložena nego što je to učinjeno prilikom analize sadržine ove obaveze u ostalim izvorima prava. I zato je neophodno da bi čitalac mogao bolje da razume rešenja o sadržini obaveze osiguranika da prijavi nastanak osiguranog slučaja iz drugih uporedno-pravnih izvora čije ispitivanje sledi važno da se udubi u razmotrenu sadržinu ove obaveze u nemačkom pravu. To međutim, ne znači da ovaj autor rešenja nemačkog prava smatra da u potpunosti treba da posluže kao uzor Komisiji u preformulisanoj čl. 1432 Nacrta GZ. Koja rešenja nemačkog zakonodavca ili ona koja donose ostali izvori prava smatramo da treba i u kojim elementima prihvatiti u našem pravu biće istaknuto posle kratke analize rešenja pomenutog člana u sledećem odeljku radu u predlogu novog teksta za taj član i novi član 1446a.

Ono što je zajedničko svim izvorima prava koji su predmet analize u radu je da je u njima obaveza prijavljivanja nastupanja osiguranog slučaja uređena dispozitivnim normama.

Nemačko pravo. – Obaveza prijavljivanja osiguranog slučaja u ovom pravu je regulisana u par. 30 Zakona o ugovorima o osiguranju (ZUON) odredbama koje su, kako je određeno u par. 32, dispozitivne norme. Zakon ne određuje podatke koje prijava mora da sadrži, što uglavnom po prirodi stvari nije moguće već zavisi od vrste osiguranja i rizika koje polisa obuhvata. Osiguranik zato po pravilu od osiguravača u njegovoj poslovnoj jedinici ili peko interneta sa njegovog sajta preuzima poseban obrazac u koji treba da upiše i dostavi mu na u obrascu odgovore na postavljena pitanja /tražene podatke/ obaveštenja. O broju polise, trajanju važnosti polise, osiguranom riziku koji je nastupio, okolnostima pod kojima je nastupio i drugim podacima koje čitaocima kojima je namenjen ovaj rad nije potrebno detaljno navoditi. To znači da osiguravač odgovara za nepotpunost ili dvosmislenost postavljenih pitanja na koja osiguranik mora da odgovori. A osiguranik za netačno ili nepotpuno date odgovore /obaveštenja/ podatke o odlučnim činjenicama za prijavu nastupanja osiguranog slučaja. I za to snose odgovornost koja bi nastala zbog odugovlačenja ispravljanjem prijave ili dopunama prijave osiguranog slučaja, te prolongiranja osiguravačeve obaveze da isplati naknadu osiguranja.

U pogledu načina prijave nemački zakonodavac propisuje da se može ugovoriti pismena ili tekstualna forma. A ako to nije slučaj može biti data po izboru osiguranika bilo kojim sredstvom kojim komunicira sa osiguranikom, neposred-

no usmenim obaveštavanjem ili usmeno telefonom, mail-om i na drugi način. Ipak, s obzirom na brojna pitanja koja u obrascu prijave osiguranog slučaja postavlja osiguravač osiguraniku na koja on mora da odgovori logično je zaključiti da za prijavu osiguranog slučaja u velikoj većini vrsta osiguranja osiguravač u uslovima osiguranja predviđa pismenu ili tekstualnu formu. Sama tehnika prijave osiguranog slučaja koja se sprovodi na obrascu osiguravača, odnosno prijavi štete nastale osiguranim slučajem kako se ova prijava nazva u praksi u vrstama osiguranja od štete, ali i samo jezičko tumačenje naziva ove obaveze i načina na koji je određeno da se ona izvršava ("Par. 30. Prijava osiguranog slučaja. (1) Osiguranik je dužan da osiguravaču prijavi nastupanje osiguranog slučaja...") govori da je zakonom pretpostavljeno mesto u kome osiguranik mora da izvrši obavezu prijave osiguranog slučaja sedište osiguravača, odnosno poslovne jedinice osiguravača u kojoj je osiguranik zaključio ugovor o osiguranju. To znači da rizik zbog toga što prijava nije prispela kod osiguravača u propisanom roku snosi osiguranik. Bolje rešenje u pogledu pretpostavljenom mesta prijave, videćemo da imaju samo PEUPO. Rok za prijavu koji nemački zakonodavac predviđa je kratak i računa se od nastupanja osiguranog slučaja, tj. već ostvarenjem njegovih početnih posledica, ako nije uslovima osiguranja predviđeno da se računa od nastupanja konačnih posledica kao u osiguranju lica od posledica nesrećnog slučaja dobijanjem lekarskog konačnog uverenja o invalidetu. Izražen je u pravnom standardu "čim je za njegovo nastupanje (osiguranik - prim. J. S.) saznao". Ali, kako je odredba o roku u kome se ima prijaviti osigurani slučaj dispozitivna norma, može se za prijavu osiguranih slučajeva, već u zavisnosti od vrste osiguranja i drugih okolnosti, za pojedine osigurane slučajeve ili sve uslovima osiguranja predvideti neki kraći ili duži rok korišćenjem u poslovnoj praksi osiguranja poznatih trgovinskih termina ili vezativanjem za određeni rok u okviru koga se prijava ima dostaviti (na primer, rok od 30 dana).

Obavezu da prijavljuje osiguravaču nastupanje osiguranog slučaja ima takođe i treće lice kome pripada pravo na ugovorenu naknadu. Trećim licem kome pripada pravo na ugovorenu naknadu se smatra svako ono lice u ugovoru o osiguranju koje u odnosu na ugovorne strane koje zaključuju ugovor o osiguranju, tj. u odnosu na osiguravača i osiguranika, ima takav položaj. To je, ako je ugovor zaključen za "račun drugog lica", što je pravno-tehnički termin za unapred poznato lice za čiji račun osiguranik kao ugovarač osiguranja zaključuje ugovor o osiguranju, s obzirom da ono ima interes za osiguranjem koje se zaključuje. Tj. lice na čijoj se imovini ili u ličnosti u osiguranju lica, na primer, u osiguranju od posledica nesrećnog slučaja, osigurani slučaj treba da dogodi da bi nastala obaveza osiguravača da isplati naknadu. Za to lice se koristi tehnički termin osigurano lice. Zatim, kod "osiguranja za račun koga se tiče", lice koje se tek u momentu nastanka osiguranog slučaja identifikuje kao ono koje ima interes za osiguranjem i pravo na naknadu osiguranja jer je u trenutku zaključenja ugovora nepoznato, što je

tipično za osiguranja od odgovornosti u kojima se ono označava terminom oštećeno lice. Kao i korisnik u osiguranju u korist trećih lica. Prijavu, podrazumeva se mogu da podnesu u njihovo ime njihovi zastupnici. Za treća lica, međutim, ne važi pravilo o mogućnosti ugovaranja pismene ili tekstualne forme za prijavu osiguranog slučaja jer su ona, videli smo, lica koja ne učestvuju u zaključenju ugovora o osiguranju i njih ne može da obaveze pismena ili tekstualna forma za prijavu osiguranog slučaja ugovorena između osiguravača i osiguranika. Treća lica, znači, mogu podneti prijavu i usmenim putem. Primećuje se da nemački zakonodavac za nosioca obveze prijave ne navodi ugovarača osiguranja, jer pod osiguranikom podrazumeva i ugovarača osiguranja, tj. da je osiguranik istovremeno i ugovarač osiguranja. To je svojstveno i nekim drugi nacionalnim izvora prava koja ćemo ispitati.

Nemački zakonodavac ne predviđa izričito da je određeni oblik ili u okviru određenog oblika stepen krivice osiguranika osnov njegove odgovornosti za povredu obaveze prijavljivanja osiguranog slučaja, kao što to čini kod određivanja posledica zbog povrede obaveze osiguranika da prijavi prilikom zaključenja ugovora o osiguranju bitne okolnosti od značaja za ocenu rizika i obaveze na prijavljivanje tokom trajanja ugovora o osiguranju povećanja rizika.⁵ S obzirom da ovaj zakonodavac određuje rok u kome se prijava osiguranog slučaja mora izvršiti implicate prema ZUON osiguranik odgovora za docnju u ispunjenju ove obaveze u koju je supsumirana i povreda obaveze i u pogledu sadržine prijave i načina prijave ako ove neurednosti dovode do prekoračenja roka za prijavu osiguranog slučaja. Kako je prema opštem pravilu regulisanom u par. 285 Građanskom zakoniku Nemačke krivica dužnika osnov odgovornosti za docnju, onda i osiguranik da bi odgovarao za povredu obaveze prijave osiguranog slučaja mora biti kriv za docnju.⁶ Minimalno u obliku nepažnje i stepenu obične nepažnje. Posledice (sankcije) se utvrđuju ugovorom o osiguranju. Ograničenja u zakonu nema, te može biti predviđen i gubitak prava iz osiguranja (prava na naknadu osiguranja za osigurani slučaj sa čijom je prijavom osiguranik u docnji - prim. J. S.), izuzev u slučaju kada je osiguravač na drugi način blagovremeno saznao za nastupanje osiguranog slučaja (iz izveštaja koji mu je dostavio nadležni organ, medija i drugih izvora), što je jedini izuzetak kada se po ZUON ne može primeniti na osiguranika ugovorena sankcija gubitka prava iz osiguranja zbog povrede obaveze prijavljivanja, ali ne i druge ugovorene posledice. Te druge ugovorene posledice koje se mogu primeniti su, na primer, umanjenje naknade iz osiguranja za iznos štete koju je pre-

⁵ Više o tome kod: Slavnić, Jovan, Uticaj i značaj krivice osiguranika na posledice povrede obaveza koje ima u svim vrstama osiguranja - pogled na savremena rešenja u nekim evropskim državama i u Srbiji, Zbornik radova "Reforme i novi izazovi u pravu osiguranja", Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Palić, 2016, str. 15-18 i 35-38.

⁶ Videti više o subjektivnoj odgovornosti dužnika za docnju u nemačkom pravu u: Starović, Borivoj, Međunarodna CIF i FOB kupoprodaja, Beograd, 1977, str. 99-101, 105-107, 117-121.

trpeo osiguravač zbog docnje sa prijavom osiguranog slučaja ili otkaz ugovora o osiguranju. Klauzula u ugovoru o pravu na raskid ili poništenje ugovora o osiguranju zbog docnje sa prijavom osiguranog slučaja, s obzirom na njihove teške posledice po osiguranika i treće lice, mišljenja smo da bi mogla biti predmet pobijanja pozivom na opšta pravila o oneroznim klauzulama u tipskim ugovorima i pravila o nepoštenim / nekorektnim klauzulama koja su u nemačkom pravu regulisana da odgovaraju rešenjima koja je o ovim ugovornim klauzulama donela Direktiva Saveta Evrope 93/13/EEC od 5 aprila 1993 i Direktiva Skupštine Evrope i Saveta Evrope 2011/83/EU kojom je dopunjena direktiva iz 1993.

Činjenica da nemački zakonodavac dozvoljava da zbog docnje osiguranika osiguravač može da ugovori, odnosno u uslovima osiguranja predvidi za osiguranika i treća lica koja imaju pravo na ugovornu naknadu iz osiguranja posledicu gubitka prava iz osiguranja dovoljno govori koliku važnost on pridaje blagovremenom i urednom, to će reći o dospelosti urednom izvršenje ove obaveze. To je razumljivo jer od osiguranikovog ili trećeg lica blagovremenog dostavljanja osiguravaču prijave nastanka osiguranog slučaja, počinje da teče zakonom propisani rok od mesec dana određen u par. 14 ZUON u kome on mora da obavi istraživanja vezana za utvrđivanje nastupelog osiguranog slučaja ili obima naknade osiguranja koju je dužan da isplati osiguraniku i da naknadu isplati. Ovo istraživanje obuhvata pribavljanje odgovarajućih informacija i dokaza neophodnih za utvrđivanje osiguranog slučaja ili obima njegove obaveze na plaćanje naknade osiguraniku ili trećem licu. U procesu istraživanja osiguravač, posmatrano sa aspekta prakse osiguranja, mora da bi ustanovio da li postoji njegova obaveza i ako postoji u kom obimu da ispita i razreši okolnosti pod kojima je došlo do osiguranog slučaja, a koje su od značaja za ocenu pravnih pitanja njegove odgovornosti za isplatu naknade (na primer, o postojanju razloga za isključenje ili ograničenje svoje obaveze u pogledu naknade, primene malusa, postojanju franšize, itd.) i tehnička pitanja koja se odnose na procenu štete.

U suprotnom, njemu pretila docnja u isplati naknade osiguranja i nastupanje osnova da mora da trpi posledice te docnje. Ali i dužnost da ako u roku od mesec dana od dana prijema prijave osiguranog slučaja nije okončao istraživanja vezana za utvrđivanje nastupanja osiguranog slučaja ili obima naknade, osiguraniku, odnosno trećem licu isplati na njegov zahtev iznos koji je prema ugovoru o osiguranju minimalno dužan da isplati. Ovo pravilo, odnosno odredba je relativno prinudna norma, te se ne može menjati na štetu osiguranika (par. 18). Rok od mesec dana od prijema prijave osiguranog slučaja za isplatu naknade osiguranja ne teče ukoliko se istraživanja nisu mogla da se završe zbog krivice osiguranika. Zastoj u početku i toku ovog roka može da nastupi ako osiguranik padne u docnju sa izvršenjem obaveze saradnje sa osiguravačem u utvrđivanju nastanka osiguranog slučaja i obima naknade osiguravača.

Dakle, obaveza osiguranika i trećih lica koja imaju pravo na naknadu osiguranja da blagovremeno prijave osigurani slučaj u korelativnoj je vezi sa obavezom osiguravača da isplati osiguraniku ili trećem licu (dalje: osiguraniku) naknadu osiguranja i to objašnjava zbog čega joj nemački zakonodavac kroz propisanu sankciju gubitka prava iz osiguranja koju osiguravač može da predvidi u ugovoru o osiguranju kao posledicu docnje u izvršenju ove obaveze pridaje veliki značaj. U još tešnjoj korelativnoj vezi sa obavezom osiguravača da isplati naknadu iz osiguranja je međutim, obaveza osiguranika da saraduje sa osiguravačem u utvrđivanju osiguranog slučaja ili obima naknade. Jer, u nekim slučajevima, kada osiguravač ne može sam da sprovede istraživanja vezana za utvrđivanje nastupanja osiguranog slučaja ili obima naknade, potrebna mu je u tome pomoć osiguranika. Tada i dolazi na zahtev osiguravača do stupanja na snagu obaveze osiguranika da saraduje sa osiguravačem u utvrđivanju osiguranog slučaja ili obima naknade osiguravača (par. 31 i 32).

Ipak, u korelativnoj vezi sa obavezom osiguranika da prijavi osiguravaču nastupanje osiguranog slučaja nije jedino obaveza osiguravača da osiguraniku isplati naknadu osiguranja (u celini ili u odgovarajućem obimu). To je, kada se radi o prijavi nastanka osiguranog slučaja u vrstama osiguranja od štete, i obaveza osiguravača da osiguraniku isplatom odgovarajućeg novčanog iznosa nadoknadi troškove koje je on imao zbog saznanja, tj. identifikacije nastanka osiguranog slučaja i prijave štete, a ako je u tom procesu identifikacije, odnosno istraživanja osiguranika ovaj morao da utvrdi i štetu koja mu je pričinjena da bi je identifikovao prilikom nastupanja osiguranog slučaja onda i da mu nadoknadi i te troškove. Ove troškove osiguravač je dužan da nadoknadi osiguraniku i onda kada zajedno sa ostalom štetom zbog nastalog osiguranog slučaja oni premašuju iznos sume osiguranja. Međutim, osiguravač nije dužan da osiguraniku isplatom novčane naknade troškova plati sve štete koje su ovakvim troškovima za njega nastali, već samo one troškove, odnosno štete nastale izdacima za ove troškove koji su bili prema okolnostima prikladni. Preciznije rečeno: da plati jedino one troškove koji su bili u konkretnoj situaciji potrebni da bi osiguranik saznao za osigurani slučaj i slučaj mu prijavio, odnosno utvrdio štetu koja predstavlja osigurani slučaj. *Ratio* zbog koga je u ZUON ustanovljena obaveza osiguravača da osiguraniku koji mu je prijavio osigurani slučaj nadoknadi troškove nastale saznanjem i utvrđivanjem osiguranog slučaja, odnosno štete kao posledice osiguranog slučaja je da podstakne osiguranika da blagovremeno i uredno izvrši obavezu prijavljivanja nastupanja osiguranog slučaja i na taj način mu omogući da on komforno izvrši svoju obavezu, protivčinidbu prema osiguraniku da o dospelosti ovom plati naknadu osiguranja. U tome je nesumljiv praktičan značaj ustanovljenja i uključivanja ove obaveze osiguravača kao posebne zakonske obaveze u korpus zakonskih ugovornih obaveza koje ima prema osiguraniku.

Obaveza osiguravača da nadoknadi osiguraniku troškove nastale zbog saznanja, odnosno utvrđivanja štete i prijave osiguranog slučaja / štete u vrstama osiguranja od štete regulisana je u par. 85 ZUON dispozitivnim normama i to je regulisano u par. 87, te se ove do sada ispitane odredbe, kao i druge koje ćemo odmah ispitati i koje čine sadržinu obaveze osiguravača da osiguraniku nadoknadi troškove saznanja mogu menjati sporazumom ugovornih strana. Osiguravač je u obavezi da snosi troškove koje za osiguranika nastanu u vezi sa prijavom osiguranog slučaja zbog pozivanja da u tom procesu učesvuju veštaci ili punomoćnici samo ako je osiguranik bio na njihovo pozivanje ugovorom obavezan ili je to od njega zahtevao osiguravač. Ali i pravo da snizi isplatu naknade troškova ako je prema istraživanju koje je sproveo kada mu je prijavljen osigurani slučaj ustanovio da ima pravo da snizi naknadu.

Po prirodi stvari razumljivo je zašto osiguravač u vrstama osiguranja lica nema obavezu da osiguraniku naknadi troškove utvrđivanja osiguranog slučaja. Zato što redovno u utvrđivanju osiguranog slučaja u osiguranju lica ne nastaju troškovi za osiguranika već za osiguravača.

Austrijsko pravo. U međunarodnom pravu osiguranja je poznata tendencija austrijskog zakonodavca da se u regulisanju pravnih odnosa iz osiguranja ugleda na nemačkog zakonodavca te da ih slično reguliše. Ova sličnost se primećuje i u pogledu regulisanja obaveze koju razmatramo. Ona je takođe regulisana dispozitivnim normama (par. 33 i 34a Zakona o ugovoru o osiguranju Austrije) (ZUOA). Kao i troškovi utvrđivanja osiguranog slučaja (par. 66 i 68a).

Ono u čemu se terminološki (samo) razlikuju rešenja ZUON i ZUOA u normiranju subjekata u osiguranju koji imaju obavezu prijavljivanja osiguranog slučaja je da je prema ZUOA ugovarač osiguranja, a ne osiguranik nosilac obaveze prijavljivanja i da obaveza prijavljivanja nije ustanovljena za treća lica koja imaju pravo na naknadu iz osiguranja. Sužavanjem kruga lica u osiguranju koja su dužna da prijave nastanak osiguranog slučaja sužena je optimalna mogućnost zaštite interesa osiguravača da blagovremeno sazna za osigurani slučaj i preduzme mere sam ili zajedno sa ugovaračem osiguranja, odnosno trećim licima da ga utvrdi ili utvrdi obim svoje obaveze na plaćanje naknade. Učešće ugovarača osiguranja, odnosno osiguranika u tome u svim evropskim zakonima i PEUPO reguliše se kao posebna obaveza - obaveza dokazivanja osiguranog slučaja.

U nekim izvorima poznata je pod nazivom saradnja posle nastanka osiguranog slučaja i o njoj je već bilo reči. Rok za prijavu je omeđan pravnim standardom "bez odlaganja", što ima isto značenje kao i standard u ZUON "čim je za njegov nastupanje saznao". Isto značenje ima u ova dva zakona formulacija kojom se određuje kada se osiguravač u slučaju povrede obaveze prijavljivanja ne može pozivati da nema obavezu da plati naknadu u slučaju povrede obaveze prijavljivanja. U nemačkom pravu osiguravač se ne može, podsetimo se, pozivati na sporazum prema kome nema obavezu da plati naknadu u slučaju povrede obaveze

prijavljivanja ukoliko je na neki drugi način blagovemenno saznao za nastupanje osiguranog slučaja. A u austrijskom da se tada ne može pozivati na odredbu o gubitku prava ugovarača osiguranja na naknadu. Zbog toga što sporazum o gubitku prava postoji i kada je on obuhvaćen ne samo u ugovoru osiguranju, odnosno polisi već i kada je predviđen u uslovima osiguranja kao sastavnom delu ugovora o osiguranju, kao što je i odredba o gubitka prava na naknadu ona koja je sadržana kao posebna klauzula u ugovoru o osiguranju ili u uslovima osiguranja.

U ZUOA obaveza osiguravača da naknadi ugovaraču osiguranja troškove koje je imao da bi saznao za osiguranog slučaj i utvrdio štetu iz osiguranog slučaja regulisna je takođe na sličan način kao i u ZUON. Razlika je, ako se o njoj uopšte može govoriti, u tome što je osiguravač ugovaraču osiguranja prema ZUOA dužan da nadoknadi samo nužne troškove saznanja i utvrđivanja (pema ZUON, da osiguraniku nadoknadi prikladne okolnostima). A troškove pozivanja veštaka ili savetnika (prema ZUON, veštaka ili punomoćnika) jedino ako je prema ugovoru bio obavezan da ih uključi u proces utvrđivanja osiguranog slučaja (pema ZUON, i onda kada je to od osiguranika zahtevao osiguravač). Pravo da snizi ove troškove ugovarač osiguranja ima samo kod podosiguranja. A u nemačkom pravu uvek kada je ovlašćen da snizi svoju naknadu. Ovakvim rešenjem se, za razliku od austrijskog prava, bolje štite interesi osiguravača i oni pravičnije uravnotežuju sa interesima osiguranika. Tako, na primer, u nemačkom pravu ako je osiguranik grubom nepažnjom povredio obavezu da osiguravaču prijavi povećanje rizika pa nastupi osiguranog slučaj on je ovlašćen da snizi naknadu iz osiguranja u meri koja odgovara težini krivice osiguranika (par. 26, st. 1, rečenica druga ZUON). U tom slučaju osiguravač može, shodno tome, sniziti i naknadu troškova (par. 85, st. 3),

Švajcarsko pravo. – U Zakonu o ugovoru o osiguranju Švajcarske (ZUOŠ) obaveza prijavljivanja nastanka osiguranog slučaja se vezuje, kao i u ZUON, za osiguranika kao nosioca (čl. 38 u vezi sa čl. 97 i 98). Ona se u ovom zakonu ne povezuje kao u nemačkom pravu u pogledu roka saopštavanja za saznanje za nastanak osiguranog slučaja već za njegovu posledicu - saznanje za nastalu štetu iz osiguranog slučaja. I kumulativno sa ovom i za činjenicu utvrđivanja lica kome pripada pravo na zaštitu iz zaključenog ugovora o osiguranju, što je od naročito značaja u brojnim vrstama osiguranja od odgovornosti i osiguranjima u korist trećeg. Zbog toga se obaveza saopštavanja osiguranog slučaja u ZUOŠ pojmovno određuje kao “obaveza prijavljivanja štetnog događaja”. Prijava mora biti izvršena čim osiguranik sazna za ove činjenice. Sinonim koji se koristi umesto ovog pravnog standarda za određivanje roka prijave je “odmah”. I tu nema neke razlike u odnosu na nemačko pravo.

I prema ZUOŠ, može se predvideti da se prijava izvrši u pismenoj formi (ne i tekstualno kao u ZUON, čime se nepotrebno ograničava način prijave). Ako je osiguranik u docnji sa izvršenjem obaveze svojom krivicom, dakle, i običnom nepažnjom, osiguravač ima pravo da umanjí iznos naknade na iznos koji bi platio

da je prijava štete izvršena na vreme. Tj. da od iznosa naknade odbije iznos koji odgovara šteti koju je pretrpeo zbog docnje osiguranika sa prijavom štete. Ali, ako je osiguranik u docnji povredio obavezu prijavljivanja sa kvalifikovanim oblikom krivice i posledicama povrede koje se definiše kao propust da odmah prijavi štetu u nameri da spreči osiguravač da na vreme istraži okolnosti pod kojima je šteta nastala, ima pravo da uskrati isplatu naknade iz osiguranja. Čini nam se da je ovo stepenovanje osnova odgovornosti za docnju prema nivou krivice osiguranika opravdano i da je dobro rešenje jer vodi računa, s jedne strane, o "zasluzi" osiguranika za docnju, tj. propust u blagovremenom prijavljivanju prema ispoljenoj krivici, a s druge, o posledici koja je nastupila zbog propusta da blagovremeno prijavi štetni događaj u vidu onemogućavanja osiguravaču da na vreme istraži okolnosti pod kojima je šteta nastala (i izvrši svoju sa ovom obavezom osiguranika koneksno povezanu obavezu da isplati naknadu iz osiguranja - prim. J. S.).

ZUOŠ nema odredbu o obavezi osiguravača da osiguraniku naknadi troškove koje je imao zbog istrage sprovedene radi saznanja za nastupanje i utvrđivanju štete nastale nastupanjem osiguranog slučaja koje prethodni obavezi prijavljivanja i zbog samog prijavljivanja čime je otklonjeno povoljno dejstvo ustanovljenja zakonom jedne takve obaveze osiguravača na ponašanje osiguranika u izvršenju obaveze prijavljivanja objašnjeno prilikom razmatranja nemačkog prava. Naročito zbog toga što osiguravač može, ali ne mora da u ugovoru, odnosno uslovima osiguranja predvidi za sebe ovu obavezu niti da je ustanovi da po obimu pokrije troškove koje je imao osiguranik. Ovu odredbu nema ni ZOF, kao ni PEUPO.

Francusko pravo. – Zakonik o osiguranju Francuske (ZOF) u čl. 113-2, tač. 4 propisuje, u pogledu sadržine prijave, da je osiguranik dužan da obavesti osiguravača da je nastupila šteta prouzrokovana osiguranim slučajem koja može (prema zaključenom ugovoru o osiguranju - prim. J. S.) da aktivira njeno pokriće od strane osiguravača. Sve ostale štete koje su nastale, što je logično jer nisu obuhvaćene osiguranim pokrićem, odnosno osiguranim slučajem ne podležu obavezi prijavljivanja. Obaveza dospeva čim za ovu činjenicu osiguranik sazna, a najkasnije do trenutka određenog u ugovoru koji ne može da ugovorom bude predviđen da je kraći od pet dana, a u osiguranju u slučaju krađe od tri dana i od 24 č. u osiguranju od rizika uginuća stoke. U toku trajanja oni se mogu produžiti samo ako o tome ugovorne strane postignu sporazum. Svi ostali elementi ove obaveze koji nisu zakonom određeni, kao što su mesto gde se ona ima izvršiti, kao što je to i u ranije ispitanim pravnim sistemima, uređuju se ugovorom. Osnov prema kome osiguranik odgovara za docnju zbog prekoračenja roka sa prijavom je krivica osiguranika.⁷ U pogledu posledica ove docnje i francuski zakonodavac predviđa pra-

⁷ Odgovornost za docnju dužnika po osnovu krivice u francuskom pravu nije nigde, nasuprot nemačkom pravu, izričito propisana, ali interpretacijom pravila o nemogućnosti izvršenja ugovora i naknadi štete i nekih drugih pravila iz GZ Francuske, u francuskoj doktrini i sudskoj prak-

vo osiguravača da uskrati naknadu. Ali uz jedan nestandardni uslov: ako dokaže da je zbog kašnjenja sa prijavom pretrpeo štetu. Tada prema ZUOŠ, osiguravač može samo da umanji iznos naknade. Umanjenje naknade za razliku od gubitka prava na naknadu je pravičnije jer vodi računa o zaštiti interesa osiguranika tako što ga ne lišava u celosti, već samo dela ugovorene naknade iz osiguranja. Nestandardni su i izuzeci od prava osiguravača da uskrati naknadu. Naime, osiguravač se ne može pozivati na pravo da uskrati naknadu, odnosno na gubitak prava osiguranika na naknadu ako je docnja sa prijavom štete prouzrokovana nezgodom ili višom silom. Ovi događaji isključuju krivicu za docnju i nije bilo potrebno da se posebno normiraju, osim ako se nije pošlo od činjenice da krivica kao osnov odgovornosti za docnju dužnika u francuskom pravu nije nigde izričito propisana. ZOF nema odredbu, kao ni svi do sada ispitani izvori prava, o mestu izvršenja obaveze prijavljivanja i momentu kada se s obzrom na ovo mesto smatra da je ona izvršena. To može da dovede do spora između osiguravača i osiguranika, ako ta pitanja nisu ili su nepotpuno uređena u ugovoru / uslovima osiguranja. Zbog toga je bolje rešenje da se ona utvrde zakonom na način kako je to predviđeno u PEUPO. Ispitana pravila ZOF se ne primenju na osiguranje života. Primećuje se da u nemačkom i austrijskom pravu nije predviđeno da se odredbe o obavezi prijavljivanja osiguranog slučaja ne odnose na osiguranje života. Izuzimanje osiguranja života ne poznaju ni PEUPO. To je opravdano s obzirom da je u pomenutim pravima, odnosno PEUPO obaveza prijavljivanja proširena na korisnike osiguranja, odnosno treća lica koja imaju pravo na sumu osiguranja.

PEUPO. – Tumačenje i kritika ključnih elemenata sadržine obaveze prijavljivanja osiguranog slučaja u ovom dokumentu smatramo da će se najlakše razumeti ako se prethodno citira njegov st. 1, čl. 6:601: “Ugovarač osiguranja, osiguranik ili korisnik nadoknade iz osiguranja imaju obavezu da prijave nastanak osiguranog slučaja osiguravaču, *pod uslovom da je lice koje ima tu obavezu znalo ili trebalo da zna* za postojanje osiguravajćeg pokrića i nastanak osiguranog slučaja. Takođe se smatra plunovažnim prijava bilo kojeg drugog lica.”

U citiranoj odredbi st. 1 uređuju se tri pitanja, odnosno elementa sadržine razmatrane obaveze: lica koja imaju obavezu prijavljivanja, sadržina prijave i osnov odgovornosti lica koje tu obavezu ima za slučaj povrede obaveze prijavljivanja koja nastaje, kao što ćemo videti iz rešenja st. 2 ovog člana, docnjom. Zapaža se da u normi navedena tri lica u ugovoru o osiguranju za koje je određeno da imaju obavezu prijavljivanja nisu određena kumulativno, tj. da se obaveza odnosi na svakog od njih ako imaju neko od svojstava navedenih lica u osiguranju. Zbog toga što se ova obaveza, kao što se vidi iz italik slova u citatu, odnosi samo na ono “*lice koje ima tu obavezu*”. A to je ono od ova tri lica koje je u konkretnom ugovoru

si zauzet je stav da je za docnju dužnika merodavna krivica (Perović, Slobodan, Obligaciono pravo, Beograd, 1968, str. 262-274).

ru o osiguranju / uslovima osiguranja određeno da je dužnik obaveze prijavljiva-nja. Međutim, pošto ni osiguranik koji nije istovremeno i ugovarač osiguranja ni korisnik osiguranja nisu ugovorne strane, već treća lica njih ugovor o osiguranju u kome je predviđena za njih obaveza da obaveste osiguravača o osiguranom slu-čaju ne bi obavezivala.

Drugačija bi situacija bila da su PEUPO doneti kao zakon EU. A ne kao što je u projektu tog dokumenta predviđeno da je on opcionalni dokument, odnosno izvor prava za ugovor o osiguranju strana koje ga prihvate. Da su PEUPO done-ti kao zakon onda bi za sva lica navedena u st. 1 prijavljivanje osiguranog sluča-ja bila njihova zakonska obaveza, a za koga od njih konkretno zavisilo bi od toga da li ima pravo na ugovorenu naknadu iz osiguranja. I zbog toga je rešenje koje ima ZUON mnogo bolje: da obavezu prijavljivanja imaju treća lica ako im pripa-da pravo na ugovornu naknadu. Ono rešenje u st. 1 prema kome je prijava ostalih lica punovažna, ali ih ne obavezu da je podnesu, je takođe dobro rešenje jer bo-lje štiti sva ona lica u osiguranju koja imaju pravo na naknadu osiguranja. Kada govorimo o sadržini koja mora da bude obuhvaćena prijavom, iz citata se vidi da je to podatak / ci koji se tiču nastanka osiguranog slučaja i podatak o postojanju pokrivača po nastalom osiguranom slučaju. Dakle, kao što je to određeno i u ZUOŠ. A, videli smo, nepotpuno u ZUON. Osnov odgovornosti za (ne)izvršenje obaveze prijavljivanja osiguranog slučaja je kao treći elemenat sadržine obaveze prijavljivanja određen u st. 1. tekstem ispred reči da lice koje ima obavezu da pri-javi osigurani slučaj, ovaj treba da prijavi *“pod uslovom”* i u nastavku rečima da je *“znalo ili trebalo da zna za postojanje osiguravajućeg pokrivača i nastanak osigura-nog slučaja”*. I dopunjeno u rečenici, odnosno odredbi st. 3 da se naknada iz osi-guranja umanjuje u obimu u kojem osiguravač dokaže da je pretrpeo štetu zbog neopravdanog zakašnjenja u prijavljivanju osiguranog slučaja.

Dakle, ako je lice koje je ima obavezu prijavljivanja osiguranog slučaja zna-lo ili trebalo da zna za postojanje osiguranog slučaja, a nije ga prijavilo, odnosno neopravdano je zakasnilo sa prijavom ono je krivo za povredu obaveze i odgovara tako što mu se, videli smo, umanjuje naknada iz osiguranja. To će reći odgovara za subjektivnu docnju. I minimalno za običnu nepažnju, odnosno laki nehat. Ono što je moguće zaključiti posle izlaganja sadržine prijave, osnova odgovornosti i posledica kašnjenja u prijavljivanju osiguranog slučaja u PEUPO je da su to dobra rešenja koja ima i ZUOŠ. Razlika je terminološka u definisanju osnova odgovor-nosti za kašnjenje. U ZUOŠ se govori eksplicitno o krivici osiguranika za docnju u prijavljivanju, dok se u PEUPO definisanje osnova odgovornosti vrši na način da pokrije i potrebe onih ugovarača u osiguranju u čijim pravnim sistemima nije poznat institut docnje i kategorija subjektivne docnje, kao što je pravni sistem V.

Britanije.⁸ Pravom na umanjenje naknade kao posledice zakašnjenja u prijavljivanju, koje je prihvaćeno kao što svo videli i u ZOUŠ, više se vodi računa o zaštiti interesa osiguranika i drugih lica koja imaju pravo na naknadu nego gubitak prava na naknadu koji kao posledicu docnje u prijavljivanju ustanovljavaju ZUON i ZUOA. Treba podvući da pravo na umanjenje naknade iz osiguranja je uslovljeno dokazom osiguravača da je pretrpeo štetu zbog zadocnjenja u prijavljivanju i u kolikom obimu da bi srazmerno mogao da umanjí ugovorenu naknadu osiguranja. Ovo pravilo, prihvaćeno i u ZUOŠ. Njime se rešava pitanje tereta dokazivanja i takođe je u interesu osiguranika, odnosno lica koje ima pravo na naknadu s obzirom da jača njegovu pravnu sigurnost u etapi ugovora o osiguranju koja nastupa nastankom osiguranog slučaja.

Rok u kome se prijava mora dostaviti, mesto i dejstvo izvršenja obaveze prijavljivanja osiguranog slučaja, regulisano je u st. 2, čl. 6:101. Ako se utvrđuje u ugovoru o osiguranju, rok mora biti razuman, ali ni u jednom slučaju kraći od pet dana. A ako nije ugovoren, onda se prijava osiguranog slučaja mora učiniti bez nepotrebnog odlaganja. Ovo su dobra rešenja, s obzirom da kada ugovarači ugovore rok za prijavu, insistira se da on prema okolnostima zaključenog ugovora u odgovarajućoj vrsti osiguranja i osiguranim rizicima mora biti razuman, ali ne kraći od pet dana. Na taj način se daje mogućnost ugovaračima da prilikom određivanja rokova za prijavu, ove određuju fleksibilno. A ako utanačenja o roku nema onda se smatra da je njihova pretpostavljena volja bila da se prijava izvrši u okviru pravnog standarda "bez nepotrebnog odlatanja".

Podrazumeva se računajući od saznanja za osigurani slučaj, premda izričito to nije naznačeno. Ipak, ovako određeni rok može se smatrati da je nešto duži i povoljniji nego rok koji je određen u ZUON, ZUOA, ZOŠ i ZOF gde se on određuje pravnim standardom "čim sazna" osiguranik, odnosno ugovarač osiguranja za nastupanje osiguranog slučaja. PEUPO učvršuje pravnu sigurnost ugovarača dobrim rešenjem koje ima u pogledu mesta u kome se prijava ima izvršiti i određivanja kad nastupa dejstvo izvršenog prijavljivanja. To je prebivalište fizičkog lica, odnosno sedište pravnog lica koje ima obavezu da prijavi osigurani slučaj, a "smatra se" da prijava proizvodi dejstvo od momenta slanja prijave. Ovim rešenjem koje nije poznato u ranije ispitivanim pravnim izvorima u radu, niti u drugim koji nisu bili predmet naše analize, rizik zbog neprispěća blagovremene poslate prijave snosi osiguravač. I to je dobro rešenje u zaštiti interesa ugovarača osiguranja, osiguranika i korisnika osiguranja. Međutim, PEUPO ima jedan nedostatak u regulativi o obavezi prijavljivanja. U njemu ne postoji odredba o formi prijave, koju poznaje ZUON.

⁸ Više o tome kod: Slavnić, Jovan, Odnos ugovora o kupovini i prodaji u kome je izvršenje ugovorne obaveze o roku bitno za ugovor u engleskom i domaćem pravu, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1-2/1967, str. 64-71.

OBAVEZA PRIJAVLJIVANJA U NACRTU GZ SRBIJE

U Nacrt GZ je u celosti u čl. 1432 preuzeta odredba čl. 917 ZOO u kojoj je predviđeno da je osiguranik dužan, izuzev u slučaju osiguranja života, da obavesti osiguravača o nastupanju osiguranog slučaja najdalje u roku od tri dana od dana kada je za to saznao. I da ako on ne izvrši ovu svoju obavezu u *određeno vreme* da je dužan osiguravaču da naknadi štetu koju je ovaj zbog toga imao. Ova-ko formulisane u Nacrtu odredbe o obavezi osiguranika da osiguravaču prijavi nastupanje osiguranog slučaja govore da je njena sadržina nepotpuno normirana. Ako je uporedimo sa u prethodnom odeljku rada ispitantom sadržinom koju ona ima u razmatranim evropskim pravnima i PEUPO možemo konstatovati da u njenom normiranju nedostaje određenje svih okolnosti koje se, pored činjenice nastupanja osiguranog slučaja, moraju da prijave, određenje načina ili forme prijave, mesta u kome se prijava ima izvršiti i trenutka kada se smatra da je prijava izvršena, odnosno pravnog dejstva prijave i određenje slučajeva kada osiguravač ne može da primeni zakonom ili ugovorom predviđenu sankciju zbog povrede obaveze prijavljivanja.

Propisan maksimalni rok od tri dana u Nacrtu u okviru koga se prijava mora dostaviti i koji se ugovorom ili uslovima osiguranja jedino može skratiti, kako se vidi iz napred razmotrenih uporedno-pravnih rešenja, kratak je i nefleksibilno je određen na štetu interesa osiguranika. Sankcija za osiguranika u slučaju kašnjenja sa prijavom u vidu naknade ostiguravaču pričinjene štete je nefunkcionalna po interese osiguranika i osiguravača i nije dovoljna za potpuno sankcionisanje povrede ove obaveze, te kao jedino moguća neopravdano štiti isključivo interese osiguranika. Ona je nefunkcionalna ako se upoređi sa pravom osiguravača npr. u švajcarskom pravu da umanjí naknadu iz osiguranja za iznos koji bi platio da je prijava štete izvršena na vreme i da mu zbog kašnjenja sa prijavom nije pričinjena šteta. Zbog toga što pravo osiguravača na naknadu pričinjene štete od osiguranika pretpostavlja isticanje i ostvarenje prema osiguraniku posebanog zahteva - prava osiguravača prema osiguraniku koji ako se ostvaruje u sudskom sporu značajno prolongira razrešenje njegovih ukupnih odnosa sa osiguranikom oko isplate naknade ili sume osiguranja, što nije slučaj ako se povreda obaveze prijavljivanja sankcioniše pravom osiguravača da umanjí naknadu. Naknada štete kao jedina posledica kršenja osiguranikove obaveze da blagovremeno osiguravaču prijavi osiguraní slučaj nije opravdana da postoji u arsenalu mogućih posledica, odnosno sankcija prema osiguranika jer kao jedina štiti prvenstveno njegove interese. Umesto da se ti interesi uravnoteže postojanjem i neke / druge sankcije. Naknada štete se ovakvom ne bi mogla okarakterisati da je pored nje, ali u obliku prava na umanjenje naknade, odnosno sume osiguranja koje sprovodi osiguravač, uvedena u Nacrt još jedna sankcija u čijoj osnovi je namera osiguranika ispoljena prilikom povrede obaveze prijavljivanja uperena prema posledici koja se ispoljava u sprečavanju osiguravača da zbog zakašnjenja u izvršenju na vreme

istraži okolnosti pod kojima je šteta nastala. Ta sankcija inače poznata u izvorima prava koje smo ispitivali je u ovom slučaju pravo osiguravača da odbije / uskrati da osiguraniku plati naknadu ili sumu osiguranja.

Najzad, neopravdano je u Nacrtu predviđeno da se na osiguranje života ne odnose odredbe o obavezi prijavljivanja osiguranog slučaja. U ovom osiguranju uglavnom se uvek pojavljuje neko lice koje je ugovorom određeno da je korisnik osiguranja. Ako tako određenog korisnika osiguranja nema postoje druga lica koja obavezu prijavljivanja osiguranog slučaj nakon njegovog nastupanja mogu izvršiti. Krajnji korisnici su naslednici osiguranika života. I oni ili sud, odnosno organi socijalne zaštite treba da mogu punovažno da prijave osigurani slučaj. Neopravdano je takođe, da Nacrt nema odredbu o obavezi osiguravača da nadoknadi osiguraniku troškove utvrđivanja štete, odnosno prijave nastanka osiguranog slučaja u osiguranju imovine. Blagovremena i uredna prijava osiguranog slučaja je isto koliko u interesu osiguranika toliko i u njegovom interesu. Zato, ako je osiguranik imao troškove oko saznanja za štetu i njenog utvrđivanja koji prethode prijavi osiguranog slučaja, osiguravač mu ih ako su bili nužni mora nadoknaditi.

S obzirom na ovde izrečenu kritiku rešenja koje donosi čl. 1432 Nacrta i u prethodnom odeljku rada apostrofirana dobra rešenja iz evropskih prava i PEU-PO, mišljenja smo da bi ovaj član Nacrta tekstualno trebao da glasi onako kako ćemo odmah dole iskazati, kao i nedostajući član Nacrta iza čl. 1446 o troškovima utvrđivanja štete. Pre ovog iskaza napomenućemo šta bi bila alternativa ovom našem predlogu za nov tekst čl. 1432 Nacrta kojim se rešenja koje on obuhata usklađuju sa u radu ispitanim savremenim rešenjima u evropskom pravu? To je da ovaj član ostane sa neizmenjenom sadržinom, u kom slučaju bi se prepustilo osiguravačima da uslovima osiguranja urede sve elemente sadržine obaveze osiguranika da prijavi nastupanje osiguranog slučaja. Ali ne i da u uslovima osiguranja mogu da predvide i na osiguranika primene ugovornu odredbu koja predviđa da osiguravači mogu zbog docnje sa prijavom osiguraniku da uskrate pravo na naknadu ili sumu osiguranja. Bez obzira na oblik, odnosno stepen krivice za docnju i posledice docnje u vidu nemogućnosti osiguravača da zbog docnje sa prijavom istraži okolnosti pod kojima je osigurani slučaj, odnosno šteta nastala ili utvrdi postojanje njegove obaveza na plaćanje naknade, odnosno osigurane sume ili njen obim. Zbog toga što se bez izuzetka, prema čl. 1433 Nacrta koji je identičnog teksta kao čl. 918 ZOO, smatra ništavom odredba u ugovoru koja predviđa gubitak prava na naknadu ili sumu osiguranja, ako osiguranik posle nastupanja osiguranog slučaja ne izvrši neku od ugovorenih obaveza.

Obaveza prijavljivanja osiguranog slučaja
Član. 1432.

Osiguranik je dužan da obavesti osiguravaču čim sazna za nastalu štetu i pravo ustanovljeno na naknadi iz osiguranja (postojanje osiguravajućeg pokrića).

Ako pravo na ugovornu naknadu osiguravača pripada trećem licu, ovaj je takođe u obavezi da prijavi osiguranog slučaj. Takođe se smatra punovažnom i prijava bilo kojeg drugog lica.

Smatra se da je prijava izvršena po njenom slanju. Ako je ugovorom predviđeno da se prijava podnese u određenom roku, rok mora da bude razuman i ni u jednom slučaju kraći od pet dana. Za obavezu prijavljivanja ugovorom se može predvideti pismena ili tekstualna forma.

Ako osiguranik svojom krivicom prekrši ovu obavezu, osiguravač ima pravo da umanjí ugovorenu naknadu u obimu u kojem osiguravač dokaže da je pretrpeo štetu zbog kršenja obaveze zakašnjenjem u prijavi osiguranog slučaja. Osiguravač se ne može pozvati na pravo da umanjí naknadu ukoliko je na drugi način blagovremeno saznao za nastupanje osiguranog slučaja. Osiguravač ima pravo da odbije da isplati ugovorenu naknadu ako osiguranik zakasni u prijavljivanju osiguranog slučaja u nameri da spreči osiguravača da na vreme istraži okolnosti pod kojima je osiguranog slučaj nastao.

Troškovi utvrđivanja štete

Član. 1446a

Osiguravač nadoknađuje osiguraniku troškove koji su nastali zbog saznanja i utvrđivanja štete, ako su troškovi bili nužni u datim okolnostima. Ovi troškovi se nadoknađuju i kada zajedno sa ostalom štetom premašuju iznos sume osiguranja.

Troškove koji za osiguranika nastanu uključivanjem veštaka, savetnika ili punomoćnika osiguravač nije dužan da snosi, osim ako je osiguranik na njihovo uključivanje bio obavezan ugovorom ili je to od njega zahtevao osiguravač.

Kod podosiguranja i u drugim slučajevima u kojima je osiguravač ovlašćen da snizi ugovorenu naknadu, on može, shodno tim odredbama, sniziti i naknadu troškova.

JOVAN SLAVNIĆ, LL.D.,
Professor, University of Novi Sad

INSURED'S OBLIGATION TO REPORT INSURED EVENT TO INSURER

- Look at modern solutions -

Summary

In the introduction of this paper, the author elaborates two main reasons which justifying the examination of theme, which is the subject of his research. Justification for that is in the great

differences that exist in the regulation of the content of insured's obligations in the laws of European countries, which are from the point of mainland insurance, finance and the economy in general, are the most developed continental European countries. The second reason for justification is in the draft of the new Civil Code of Serbia of 29 May 2015 because this draft of Civil Code, concerning obligation of insured to report insured event, taken solution applicable Law on Obligations of 1978 that significantly lagging behind of modern regulation of these obligations in relation the reformed laws of most developed European countries.

In the first section the author examines in detail all elements of the content of obligations of the insured in the laws of European countries (German, Austrian, Swiss and French legislation), as well as in the project known as the Draft Common Frame of Reference for European insurance contract law since 2009. These are following elements: the circumstances that must be reported or content of application of the insured event, way or form of application, the place where the application must be made and the moment when it is considered that the application was made, the period in which it must be reported the insured event, persons who have the obligation to report, the legal cause of liability for the delay due to the violation of the obligation to report the insured event and the rights of the insurer, or sanctions that may take the insurer to the insured when the insured event reporting obligations have been violated, as well as the exceptions, ie. cases where the insurer can not apply by law or contract provided sanctions for violations of the insured's obligation to report the insured event. During this study the author points out the differences and the similarities, as well as the bad and good solutions of regulation of the content of this obligation in the researched legal sources.

The second section of the paper is dedicated to criticism in regulation of elements of the content of the obligation to report insured event that are covered in Art. 1432 of Draft Civil Code. Author indicates the gaps and shortcomings in the regulation and about every element of the content of the insured's obligation states solutions that think to be accepted in the new Civil Code. At the end of the section gives its own proposal of solutions for Art. 1432, as well as, for the new article 1446a, in which has regulated the insurer's obligation to the insured or third person reimbursement costs which were appeared during their findings and determination of damages, and report of the insured event, which do not know the Law of Obligations and the Draft Civil Code.

ZORAN RADOVIĆ

NAČELO KRAJNJE DOBRE VERE U OSIGURANJU U GRAĐANSKOM ZAKONIKU SRBIJE

U V O D

Krajem prošlog veka, mnogi su bili uvereni, da nije moguće predvideti kakav će biti pravni poredak kroz 30. godina. Danas takvo predviđanje ne može se dati ni za 10. godina. Brz razvoj, industrije, tehnologije, informatike teško se savlađuje (šok budućnosti). Prošla su vremena kada je primena evropskih građanskih zakonika iz 19. veka trajala bez izmena. Engleski Zakon o pomorskom osiguranju od 1906. (Marine Insurance Act, MIA), koji se odnosio na celokupno imovinsko osiguranje, bio je u primeni sve do 2015., kada je društvo postalo zabrinuto zbog “ugroženih” potrošača. Zakon je zbog toga dopunjen.

Države članice EU odrekle su se svog prava da same odlučuju po mnogim važnim pitanjima u cilju funkcionisanja zajedničkog tržišta. Zbog stalnog razvoja pravne regulative putem direktiva EU, koje države članice moraju da implementiraju, postavlja se pitanje na koji način će države članice donositi svoje građanske zakonike. Razmišlja se već o donošenju jedinstvenog ugovornog prava EU.

IZVORI PRAVA

Osnovno načelo našeg ugovornog prava zasniva se na saglasnosti stranaka. Ova sloboda je ograničena s jedne strane zakonom (imperativnim normama) i s

Dr Zoran Radović, član izdavačkog saveta časopisa “Tokovi osiguranja”, Beograd.

druge strane ugovorom (dispozitivnim normama). Najvažniji izvori prava osiguranje jesu: Zakon o obligacionim odnosima (OZ); Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (ZPUP); Zakon o zaštiti potrošača.

NAČELO KRAJNJE DOBRE VERE

Načelo krajnje dobre vere (*uberrima fides*) u osiguranju predstavlja jedno od osnovnih načela u osiguranju. U pravnom poslu osiguranja porazumeva se otvorenost, iskrenost i pouzdnost u međusobnim odnosima stranaka. Prihvaćeno je od strane najvećeg broja zemalja i kod tumačenja evropskog ugovornog prava (*European contract law*). Od ugovorača osiguranja se zahteva da “pošteno misli”, drugim rečima da bude savestan.¹ 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 ima nameru da ugovor o osiguranju zaključi, ne smeo što je dužno da što potpunije i tačnije odgovori na postavljena pitanja osiguravača, već je obavezno da mu samoinicijativno pruži podatke koji su od značaja za ocenu rizika. Osiguravač ne poznaje sve okolnosti koje su važne dok ih ugovorač osiguranja nesumnjivo bolje poznaje.² Osiguravač se u svojoj oceni rizika, pre zaključenja ugovora o osiguranju, jednim delom oslanja na dobijene podatke.

Potpuno poverenje između ugovorača osiguranja i osiguravača (*utmost good faith*) omogućava funkcionisanje osiguranja. Ukoliko ugovorač osiguranja namerno netačno prijavi bitne okolnosti osiguravaču, ili ih svesno prikrije, osiguravač ima pravo da ugovor o osiguranju raskine. Ova obaveza ugovorača osiguranja je prinudno-pravne prirode.³

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 ih je morao znati, a s druge, svi podaci moraju biti tačni. Sankcije za neispunjavanje ove obaveze predviđene su zakonom (ZOO i ZPUP). U slučaju neprijavljivanja okolnosti koje bitno mogu da utiču na donošenje odluke osiguravača, da li će ugovor o osiguranju zaključiti i pod kojim uslovima, osiguravač može tražiti poništenje tako zaključenog ugovora. Dužnost prijavljivanja postoji nezavisno od namere. Ugovorač osiguranja nije ispunio svoju dužnost prema osiguravaču već samom činjenicom što mu je uskratio mogućnost pravovremenog

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.

² Veljko Tomašić, *Transportno osiguranje*, Beograd, 1987, str., 47.

³ Branko Jakaša, *Pravo osiguranja*, Zagreb, 1972, str. 14.

upoznavanja sa bitnim činjenicama. Kao nesavestan osiguranik ima se smatrati svaki osiguranik koji je znao da ugovorač osiguranja nije ispunio dužnost prijavljivanja okolnosti bitnih da donošnje odluke osiguravača. Prikriivanje materijalnih podataka povezano je sa *allegatio falsi*, zbog čega ugovor prestaje da proizvođi pravna dejstva ab *initiio* po načelu pravičnosti.

Prema odredbi MIA, smatraće se da je svaka okolnost materijalne prirode koja može uticati na brižljivog (prudent) osiguravača da li će rizik preuzeti u osiguranje. Prema presudi engleskog suda, brižljivost osiguravača se procenjuje na osnovu činjeničnog stanja u konkretnom slučaju.⁴

NAČELO KRAJNJE DOBRE VERE U PRIMENI

Otvorenost, iskrenost i pouzdanost u ugovornim odnosima potvrđena je kao načelo evropskog ugovornog prava. Nepoštene ugovorne odredbe ne obavezuju potrošače (EU Unfair Terms in Consumer Contracts Directive 93/13 EEC). Takođe je važna direktiva o nekorektnoj trgovačkoj praksi prema potrošačima (Directive 2005/29EC). Direktivom o pravima potrošača (2011/83/EC), poboljšava se položaj potrošača – osiguranika. Zaštita potrošača se takođe uređuje Direktivom o plasmanu osiguranja (Insurance Distribution Directive, IDD, 2002/92/EC). U Engleskoj je 2015. stupio na snagu Zakon o osiguranju potrošača (The Consumer Insurance /Disclosure and Representation/).⁵

Odnos između ugovorača osiguranja i osiguravača se suštinski menja. Pre zaključenja ugovora o osiguranju potrošač nije više dužan da samoinicijativno saopšti okolnosti osiguravaču 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 saopštavanja podataka osiguravaču predstavlja zaparvo zamku za potrošača. Potrošač nije ni svestan da ovakva njegova obaveza postoji. Može izgubiti pravo na naknadu štete i pored toga što je postupao savesno i razložno. Kako se može dozvoliti osiguravaču da ne naknadi štetu osiguraniku koji je napravio grešku.

Potrošač mora pažljivo da odgovara na postavljena pitanja osiguravača. Odgovori moraju biti tačni i potpuni. Ne smeju da zavaravaju osiguravača. Pravo osiguravača da ugovor o osiguranju raskine, ograničeno je samo na slučaj kada je potrošač namerno dao netačne podatke (misrepresentation) ili je bio krajnje nepažljiv (reckless). Osiguravač je dužan da potrošaču postavi pitanja u pismenoj

⁴ Presuda Pan Atlantic Ins. Co. Ltd. v Pine top Ltd. /1995/.

⁵ Deacon.J. Hortizoll, Consumer Insurance Act, 2012, London..

formi. Neće se smatrati da je potrošač bio krajnje nepažljiv ako je imao razloga da veruje u tačnost datih podataka i da je tom prilikom postupao razborito (reasonable). Novonastala situacija nesumnjivo predstavlja teret za osiguravače.⁶ Najveći izazov za osiguravače predstavlja sastavljanje iscrpnog upitnika.

Načelo prema kome je ugovor o osiguranju ugovor od krajnjeg poverenja dovodi se u pitanje. Nalazi se u samoj srži osiguranja. Međutim, znatno pre nastanka potrebe da se štite potrošači u osiguranju, posavljeno je pitajnje da li je načelo prema kome je ugovor o osiguranju ugovor od krajnjeg poverenja zastarelo.⁷

Osiguravači imaju obavezu da poštuju načelo krajnje dobre vere kad sastavljaju opšte uslove osiguranja. Uočeno je da osiguravači uslovljavaju naknadu štete osiguraniku na način što od osiguranika zahtevaju preuzimanje izričitih obaveza u obliku jemstva (warranty). Engleski opšti uslovi osiguranja, poznati kao "institutske klauzule", primenjuju se širom sveta. Predviđaju primenu engleskog prava i prakse engleskog tržišta osiguranja. Osiguranik, opšti uslovi predviđaju, jemči osiguravaču da će u toku trajanja ugovora o osiguranju preduzeti određenu obavezu, npr., da će skladište biti opremljeno protivpožarnom zaštitom. Ukoliko skladište izgori, osiguranik gubi pravo na naknadu štete ako u skladištu nije postojala protivpožarna zaštita. Međutim, osiguranik gubi pravo na naknadu štete i u slučaju da je skladište uništeno radnjama trećih lica zbog toga što nije ispunio dato jemstvo, bez obzira što dato jemstvo nije ni u kakvoj vezi sa uzrokom štete. Ovako nametnuto jemstvo osiguraniku nije prihvatljivo. Nije u skladu sa načelom krajnje dobre vere. Na ovaj način ne treba štiti interese osiguravača. Osiguravač može ograničiti širinu osiguravajućeg pokrivača bez jemstva, npr., osiguranje broda usloviti samo plovidbom u Crnom moru.

ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA

Zaštita ličnih podataka u EU uređena je direktvom (Directive 95/46/EC). Direktivom, između ostalog, štite se zdravstveni podaci lica. Proveravanjem podataka sprečavale bi se prevare. Evropski osiguravači pažljivo prate rad Komisije EU i pokazali su zabrinutost zbog nekih stavova komisije. Zaštita ličnih podataka ne bi smela onemogućiti poslovanje osiguravača u oblasti životnog osiguranja. Potrebno je osiguravačima dozvoiti da izvrše procenu rizika pre zaključivanja ugovora o osiguranju. Bez poznavanja rizika, premija osiguranja bi svakako bila veća. Zaštita ličnih podataka mora biti srazmerna kako bi osiguravači mogli da profe-

⁶ Callum Bodie, Out of with the old in with new, Post Magazine, London, 22.11.2012.

⁷ Graydon, S.S., Marine Insurance – is the doctrine of good faith out of date, CMI yearbook, 1994, Sidney.

sionalno posluju. Osiguravačima treba omogućiti da međusobno sarađuju dostavljanjem podataka o licima koja se mogu pojaviti sa nepoštenim zahtevima za naknadu.

Evropsko udurženje osiguravača (Insurance Europe) predlaže Komisije EU da izmeni svoj nacrt o zaštiti podataka (General Data Protection Regulation)⁸ kako bi se osiguravačima omogućila procena rizika. Predlagane sankcije su preostre. Preovladava mišljenje da organ koji treba da regulativu sprovodi (Data Protection Authority) nije ovlašćen da sankcije izriče. Predložena rešenja su suprotna načelu krajnje dobre vere u osiguranju.

PREDNACRT GRAĐANSKOG ZAKONIKA GLAVA XLVI OSIGURANJE

Termin “osiguravač” je odomaćen. Pre napuštanja ovog tremina neophodno je konsultovati lektore za srpski jezik.

Potrebno je izvršiti sistematizaciju odredbi Zakonika na način što bi se odvojeno unele odredbe o pravima i obavezama ugovorača osiguranja i osiguranika s jedne i osiguravača sa druge strane. Iz opštih odredbi iznostaviti odredbe koje se odnose se životno osiguranje.

Pojam ugovora o osiguranju u Prednacrtu nije predviđen. Potreban je. Predlog.

Ugovor o osiguranju je ugovor kojim se osiguravač obavezuje da će osiguraniku ili korisniku osiguranja, ako nastane osigurani slučaj, platiti određenu svotu novca, a ugovorač osiguranja se obavezuje da će osiguravaču platiti premiju ili doprinos.

Obrazloženje. Kod uzajamnog osiguranja se umesto premije plaća varijabilan doprinos.

Član 1163. Ostaje nepromenjen a briše se “osigurani rizik” koji je naveden u zagradi.

Član 1164. (o osiguranom slučaju). Prvi stav se menja tako da glasi. Osigurani slučaj nastaje ostvarenjem osiguranog rizika.

Član 1165. (o isključenju nekih osiguranja). Predlog. Odredbe ove glave neće se primenjivati na plovidbena i kreditna osiguranja.

Obrazloženje. Plovidbena osiguranja obuhvataju pomorsku, rečnu i vazдушnu plovidbu, Osiguranje potraživanja u celini nije moguće isključiti, npr., hipo-

⁸ Vidonja William, Insurance Europe, Commission's proposal general data protection regulation, Brisl, 2012.

tekarna potraživana na kući dužnika. Osiguranje kredita treba regulisati posebno, imajući u vidu specifičnosti rizika i ograničene mogućnosti reosiguranja.

Čl. 1167. (kad se ugovor smatra zaključenim).

Prvi stav Prednacrta se menja tako da glasi.

Ugovor o osiguranju je zaključen kada je ponuda ugovorača osiguranja prihvaćena od strane osiguravača. U nastavku prednje rečenice dodaju se rečenica iz čl. 1170. Obavezan je da bez odlaganja ugovornoj strani preda uredno sastavljenu polisu osiguranja ili drugu ispravu o osiguranju. Nije prihvatljivo rešenje iz Prednacrta prema kome ugovor o osiguranju stupa na snagu ako osiguravač ne odbije ponudu u roku od osam dana.

Obrazloženje. Osiguravač često ne može da sagleda rizik u kratkom roku niti može brzo da organizuje reosiguranje rizika koji je preuzeo u osiguranje.

Drugi stav ne pripada opštim odredbama. Treći i četvrti stav se brišu.

Predložena alternativa o potrošačima zaslužuje pažnju. Potrošač je na prvom mestu fizičko lice. Veliki broj potrošača su istovremeno ugovorači osiguranja i osiguranci.⁹ Primer. Ako vlasnik jahte na Dunavu koristi jahtu za svoje lične aktivnosti, sport i ribolov, on je potrošač. Ako je koristi za turizam, prevozeći turiste do Đerdapa, on nije potrošač. Njegove obaveze prema osiguravaču se razlikuju (vidi direktive EU).

Čl. 1170. (o polisi osiguranja).

Prvi stav je unet u čl. 1167. Dodaje se sledeći tekst. Polisa je isprava kojom se potvrđuje postojanje ugovora o osiguranju. Drugi stav se menja. Polisa treba da sadrži sve odredbe iz ugovora o osiguranju kojima se utvrđuje obaveza osiguravača na naknadu iz osiguranja.

Obrazloženje. Iako je ugovor o osiguranju konsensualan, zaključuje se obično pismenim putem.

Ostale odredbe o sadržini polise brisati. Ostaviti poslovnoj praksi.

Čl. 1171. (o listu pokrića). Brisati. Ostaviti poslovnoj praksi da odredi sadržinu lista pokrića.

Čl. 1173. (o opštim i posebnim uslovima osiguranja). Delimično se briše. Predlog teksta.

Osiguravač ima obavezu da ugovorača osiguranja upozna sa opštim i posebnim uslovima.

⁹ Predrag Šulejić, Zaštita potrošača i ugovor o osiguranju, Pravni život, Beograd, br. 3-4/2008, str. 44.

Obrazloženje. Opšti i posebni uslovi osiguranja ne mogu se primeniti ako su suprotni imperativim zakonskim normama. Zbog toga predložen tekst odredbe je dovoljan.

Uvodi se novi član o posrednicima u osiguranju. Regulisanje posrednika u osiguranju zahteva pažljiv pristup zbog njihovog regulisanja u EU: Insurance Distribution Directive.

Predlog. Posrednik osiguranja mora posloovati pošteno, savesno i profesionalno u najvećem interesu osiguranika. Obavezan je naručioca osiguranja obavestiti o prirodi naplate svojih usluga u vezi sa ugovorm o osiguranju i svojim identitetom. Naknadu za usluge posrednika plaća naručilac osiguranja.

Obrazloženje. Posrednik radi u interesu osiguranika. Bilo bi pogrešno dozvoliti da naknadu za usluge posrednika plaća osiguravač. Sprečile bi se zloupotrebe.

Čl. 1182. (o dužnosti prijavljivanja)

Prvi stav ostaje nepromenjen. Unosi se novi stav.

Ukoliko je ugovorač osiguranja istovremeno i potrošač, ima obavezu da osiguravaču odgovara na postavljena pitanja davanjem tačnih i potpunih odgovora koji ne smeju da zavaravaju osiguravača.

Drugi stav ostaje nepromenjen.

Čl. 1183. (namerno netačno prijavljivnje ili prećutkivanje).

U prvom stavu posle reči "prirode" dodaju se reči "ili je bio krajnje nepažljiv".

Primedba na drugi stav. Nema pravnog osnova da osiguravač zadrži premiju osiguranja.

Čl. 1190. (o dužnosti osiguranika da osiguravaču prijavi povećanje rizika). Rešenje nije prihvatljivo. Promena rizika, posle zaključenja ugovora o osiguranju, do koje promene je došlo bez volje osiguranika, ne sme da utiče na važnost osiguranja. Takve promene se smatraju sastavnim delom rizika koji je pokriven osiguranjem. Zbog toga posledice pogoršanja rizika treba da snosi osiguravač.

Zbog toga treba brisati članove 1190., 1191. i 1192.

Čl. 1194. (obaveza obaveštavanja o nastupanju osiguranog slučaja). Brisati tekst i uneti sledeći.

U slučaju ostvarenja osiguranog rizika, osiguranik je dužan:

a) da preduzme, ako je moguće uz saglasnost osiguravača, sve razmne mere potrebne da se izbegne odnosno smanji nastala šteta;

b) da o nastaloj šteti obavesti osiguravača čim za štetu sazna;

c) da obezbedi pravo na naknadu od lica odgovornog za štetu.

Ako osiguranik ne izvrši jednu od navedenih obaveza namerno ili iz krajnje nepažnje, odgovoran je osiguravaču za štetu koju je osiguravač zbog toga pretrpeo.

Čl. 1196. (o isključenju odgovornosti osiguravača u slučaju namere i prevare). U odredbi posle reči “namerno”, dodaju se reči “krajnjom nepažnjom”.

Obrazloženje. Ne može se očekivati od osiguravača da osiguraniku naknadi štetu koju je osiguranik prouzrokovao svojom krajnjom nepažnjom.

Čl. 1202. (o interesu osiguranja). Prvi stav se menja sa sledećim tekstom. Ugovor o osiguranju imovine može zaključiti svako lice ili se može zaključiti u korist svakog lica koji ima interes na predmetu osiguranja da se ne dogodi osigurani slučaj.

Drugi stav ostaje nepromenjen.

Čl. 1209. (o štetama prouzrokovanim ratnim operacijama i pobunama). U prvom stavu posle reči “šteta” dodati reči “neposredno”.

Obrazloženje. Posredne štete mogu biti velike zbog čega ih iz osiguravajućeg pokrivača treba isključiti.

Čl. 1213. (o saosiguranju).

Član predviđa da “svaki osiguravač naznačen u polisi osiguranja odgovara osiguraniku za potpunu naknadu.” Praksa ovakvo rešenje nije prihvatila. Posle reči “naknadu” dodati reči “ako nije drukčije ugovoreno”.

ZAKLJUČAK

Načelo kranje dobre vere treba da ima dalju primenu u osiguranju. Pod uticajem zaštite potrošača, posebno direktiva EU, odnosi između ugovorača osiguranja i osiguravača se suštinski menjaju. Osiguravač neće više moći da ukine pravo osiguraniku na naknadu iz osiguranja samo zbog toga što mu nije saopštio tačne podatke na osnovu kojih osiguravač može doneti odluku da li će ugovor sa njim zaključiti ako se utvrdi da dobijeni podaci nisu bili tačni. Pravo osiguravača da raskine ugovor o osiguranju treba ograničiti na sledeći način:

– ni jedan podatak se neće smatrati da je od materijalnog značaja, ukoliko za brižljivog osiguravača nije bio od takvog značaja;

– ni jedno prijavljivanje materijalnog podatka od strane ugovorača osiguranja neće se smatrati nedozvoljenim, ako je ugovorač imao razloge da veruje u tačnost datih podataka i da to može dokazati.

ZORAN RADOVIĆ, LL.D.,
Editor-in-chief "Tokovi osiguranja",
Belgrade

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AS ENDORSED
IN GENERAL INSURANCE LAW

Summary

The principle of good faith as endorsed in general insurance law providing that if the principle is not observed by the assured, the insurer may avoid the contract because of the non-disclosure of relevant facts, is no longer acceptable. The right of the insurer to avoid the contract should be limited in the following manner:

- No fact should be deemed material unless it would have been considered so by the reasonable insurer;
- No incorrect disclosure of material fact by the assured, should be held against him where he could prove that it was true to the best of his knowledge.

The concept of warranties in insurance law should be abolished. If the assured made promissory warranty, the insurer cannot avoid the claim just because the assured did not abide to his promise which has of no connection with the damage claimed.

SLOBODAN ILIJIĆ

PRILOG POTPUNIJE DEFINISANJU POJMOVA U RADNOM TEKSTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

U V O D

Težište ovog rada čini razmatranje predloga da se uz pravni pojam motor-nog vozila u odredbe budućeg Građanskog zakonika Srbije uvrsti i pravni pojam saobraćajne nezgode. Pojam motornog vozila u budućem Građanskom zakoni-ku Srbije (u daljem tekstu: GZ) preuzet je iz prava osiguranja EU. Preuzimanje pravnih instituta iz međunarodnih multilateralnih konvencija, kao i iz propisa EU, spada u jedan od uobičajenih načina ulaska novog pravnog instituta u nacio-nalno pravo svake države, pa se to pravilo odnosi se i na državu Srbiju. Predlog za ugradnju pravnog pojma saobraćajne nezgode doveden je u vezu sa pojmom mo-tornog vozila, koji je lociran u odredbama Glave II Odseka 5. Građanskog zak-o-nika Srbije¹. Po redosledu izlaganja u ovom radu najpre se potpisnik rada opre-delio za jednu od dve formulacije odredaba iz Odseka 5. Glave II GZ, a zatim je razmatran pravni pojam motornog vozila. Izlaganje o pravnom pojmu motornog vozila zaokruženo je preporukom da se prihvati redakcijsko poboljšanje formula-cije pojma motornog vozila. Potom je definisan pojam saobraćajne nezgode, pre-uzet iz međunarodne multilateralne kovencije, koju je ratifikovala SFRJ.

Mr Slobodan Ilijić, član Predsedništva Udruženja pravnika Srbije, Beograd.

¹ Radni tekst Građanskog zakonika Srbije pripremljen za javnu raspravu, sa alternativnim predlozima, Komisije za izradu Građanskog zakonika Srbije, Beograd, 29. maja 2015. godine (u da-ljem tekstu: GZ).

*Ponuđena su dva rešenja o odgovornosti za štetu
u slučaju saobraćajne nezgode*

U Odseku 5. Glave II GZ regulisana su pitanja odgovornosti za štetu u slučaju saobraćajne nezgode izazvane motornim vozilima u pokretu. Komisija za izradu GZ je ponudila uz čl. 330 do 332. GZ alternativu u odnosu na ta četiri člana, tako što je utvrdila da član 334. GZ predstavlja alternativu za čl. 330 do 333. GZ. Odredbe čl. 330 do 333. GZ predstavljaju pravu zakonodavno-pravnu meru odgovornosti za štetu u slučaju saobraćajne nezgode izazvane motornim vozilima, pa se potpisnik ovog rada izjasnio u korist čl. 330 do 333. GZ, odnosno protiv alternative. Ovakav stav imao je u vidu i mogućnost da se uz pojam motornog vozila ugradi u GZ i pravni pojam saobraćajne nezgode, te da nađe mesto među odredbama čl. 330 do 333. GZ.

*Povezanost pojmova motornog vozila i saobraćajne nezgode
u Radnom tekstu Građanskog zakonika Srbije*

1) Pitanje da li definisati pravni pojam saobraćajne nezgode u GZ nije bilo u vidokrugu Komisije za izradu GZ, niti je pominjano u stručnoj javnosti povodom diskusije o odredbama GZ. Kod nas je vođena svestrana višedecenijska rasprava o pojmu motornog vozila², tako da je, po oceni potpisnika ovog rada, sledeći korak u toj raspravi – pojam saobraćajne nezgode. Na potrebu da se zakonski definiše pravni pojam saobraćajne nezgode sugerisao je niz momenata u odredbama GZ. Prvi momenat je proizašao iz naimenovanja u Glavi II Odseka 5. GZ. Naimenovanje u nazivu Glave II bilo je – *prouzrokovanje štete* – što je samo za sebe aso-

² Mr Dragor Hiber: *Dve godine primene Zakona o obeštećenju žrtava saobraćajne nesreće (Loi Badinter) u Francuskoj*, Pravni život br. 1/1988, str. 159-168; Dr Vojislav Sokal: *Savetovanje povodom desetogodišnjice Zakona o obligacionim odnosima*, čas. Osiguranje udruženog rada, br. 1/1989, str. 53-64; Prof. dr Ivan Romštajn: *Problemi definisanja pojma "motorno vozilo" u obaveznom i pravu osiguranja u korelaciji s pravilima o sigurnosti prometa na cestama*, Pravni život br. 2-3/1989, str. 537-548; Vukašin Stanišić, sudija Vrh. suda Srbije: *Odgovornost u slučaju udesa izazvanog motornim vozilom u pokretu*, Pravni život, br. 9-10/1992, str. 1291-1300; Mr Jasna Pak: *Pravda i pravna sigurnost u poslovima osiguranja od odgovornosti za štete od motornih vozila*, Pravni život, br. 11-12/1994, str. 2253-2262; Dr Siniša Ognjanović: *Motorna vozila obuhvaćena obveznim osiguranjem od autoodgovornosti – de lege ferenda*, Zbornik radova Dunav-previnga sa savetovanja iz maja 2003, str. 153-161; Prof. dr Predrag Šulejić: *Pojam motornog vozila u obaveznom osiguranju od odgovornosti*, Pravni život br. 10/2003, str. 987-997; Prof. dr Predrag Šulejić: *Pojam motornog vozila u obaveznom osiguranju u saobraćaju – uporedni pregled prava bivših jugoslovenskih republika*, Pravna riječ br. 20/2009, str. 33-46; Prof. dr Predrag Šulejić: *Osvrt na neke odredbe novog Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju*, Tokovi osiguranja br. 1/2010, str. 3-9; Doc. dr Slobodan Stanišić: *Motorno vozilo i saobraćajna nezgoda kao karakteristične pretpostavke odgovornosti za štetu*, Pravna riječ, br. 10/2010, str. 167-177.

ciralo na štetu do koje redovno dolazi u saobraćajnoj nezgodi. Dalje, naimenovanje iznad naziva Odseka 5. je glasilo – Odgovornost u slučaju *udes*a izazvanog motornim vozilima u *pokretu* – i ono je obuhvatilo udes ili saobraćajnu nezgodu do koje dolazi kad se statički pojam motornog vozila nađe u dinamici svakodnevnog saobraćaja tih vozila. Drugo, povezanost motornog vozila i saobraćajne nezgode normativno-pravno je izražena i u pojedinim odredbama tog odseka. Već u prvom članu (stav 1. člana 330.) Odseka 5. predviđeno je da se svako vozilo *pokreće*, a u narednom članu (član 331. stav 1.) norma je počela rečima – u slučaju štete prouzrokovane u *saobraćajnoj nezgodi*. Isto tako, pristup Komisije za izradu GZ i u naslovu i u odredbama čl. 332 i 333. kretao se od statike motornog vozila putem – *korišćenja* motornog vozila – ka dinamici motornog vozila, iako se saobraćajna nezgoda izričito ne pominje. Dakle, iz citiranog proizilazi da je GZ pošao od toga da u svakodnevnom životu i saobraćaju postoji velika povezanost pravnog pojma motornog vozila, njegovog pokreta, upotrebe ili korišćenja i pravnog pojma saobraćajne nezgode. GZ je bio blizu definisanja pravnog pojma saobraćajne nezgode, ali do sada završni ili odlučujući pravni korak nije bio učinjen.

2) Jasno preciziranje pravnog pojam motornog vozila u GZ predstavlja predušlov za ugradnju pravnog pojma saobraćajne nezgode. Pravni pojam motornog vozila definisan je u članu 330. GZ. Predstavljajući najširoj javnosti novine u GZ osnovano je istaknuto³ da je GZ regulisao pojam motornog vozila. Zapravo dosadašnji domaći zakonodavac prepuštao je teoriji prava osiguranja da taj pravni pojam definiše. Otuda, pojam motornog vozila u GZ predstavlja novinu kako u odnosu na domaće statusne zakone o osiguranju i zakone iz materije obaveznog osiguranja u saobraćaju. Konkretno, GZ je predvideo da je motorno vozilo svako vozilo koje se pokreće sopstvenim motorom i koje je po svojim tehničkim osobinama namenjeno i osposobljeno za prevoz (stav 1.), kao i da se sastavnim delom motornog vozila smatra i sa njim povezano priključno vozilo (stav 2.). U osnovi ideje člana 330. GZ nalazi se definicija pojma motornog vozila iz prava osiguranja EU⁴, odnosno iz člana 1. stava 1. tačke 1. navedene direktive EU. Taj i takav pojam motornog vozila predstavlja jednu od evropskih pravnih tekovina u oblasti prava osiguranja. Verovatno se radi o korišćenju prevoda sa različitih jezika, jer

³ Ratimir Slijepčević, sekretar Komisije za izradu Građanskog zakonika Srbije: Izrada Građanskog zakonika Republike Srbije – Konceptija, sadržina i najvažnije novine – Zbornik radova Udruženja pravnika Srbije i Udruženja pravnika Republike Srpske sa savetovanja “19. Budvanski pravnički dani”, održanog juna 2013. U Budvi, na temu “Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva”, Beograd, 2013, str.7-56.

⁴ Direktiva 72/166 EEE od 24. aprila 1972. Objavljena u Službenom listu EEZ L103 od 2. maja 1972.

postoji razlika između pojma motornog vozila iz člana 1. stava 1. tačke 1. te direktive i pojma iz člana 330. GZ.

3) Prvo, u navedenim odredbama direktive izrekom motorno vozilo je namenjeno za kretanje *na kopnu, ali ne i po šinama*. Ove podvučene reči iz prevođa odredaba direktive nedostaju u GZ. Otuda, po mišljenju potpisnika ovog rada stav 1. člana 330. GZ mogao bi da glasi, i to: “Motornim vozilom smatra se svako vozilo koje se pokreće sopstvenim motorom i koje je namenjeno za upotrebu na kopnu, osim šinskog vozila, i koje je po svojim tehničkim osobinama osposobljeno za prevoz”. Ovakvom formulacijom odredaba GZ, čini se, pojam motornog vozila bio bi adekvatnije usklađen sa definicijom pojma motornog vozila iz navedenog izvora prava osiguranja EU (donetog još 1972.godine), koji je u međuvremenu posao evropska pravna tekovina. Uz to treba ukazati da je navedena direktiva u definiciji pojma motornog vozila upotrebila izraz – namenjeno za korišćenje – a da je u našem predlogu formulacije rečeno – namenjeno za upotrebu. Ova nijansa u predloženom pojmu motornog vozila u GZ proizilazi iz postignute saglasnosti u našoj pravnoj teoriji osiguranja da se uz motorno vozilo obično koristi izraz – motorno vozilo u upotrebi⁵.

4) Drugo, izrekom stava 2. člana 330. GZ predviđeno je da se sastavnim delom motornog vozila smatra i sa njim povezano priključno vozilo. U stvari tema stava 2. člana 330. GZ je sklop vozila, kao opšteprihvaćen naziv iz uporednog prava osiguranja od autoodgovornosti, u kome se razlikuju vučno i priključno motorno vozilo. Pravni smisao formulacije sklopa vozila iz navedene direktive jeste da motorno vozilo predstavljaju i vučno i priključno vozilo, bez obzira da li su međusobno spojeni. Mišljenje je potpisnika ovog rada da duh te formulacije iz direktive, odnosno evropske pravne tekovine, treba izraziti i u GZ. Otuda, stav 2. člana 330. GZ mogao bi da glasi, i to: “Motornim vozilom smatra se i priključno vozilo bez obzira da li je spojeno sa vučnim vozilom”. Praktično posmatrano, ako je prikolica ostavljena na putu, na primer zbog kvara, a vučno vozilo je otišlo da traži pomoć, ta samostalna, nepovezana prikolica sa vučnim vozilom ima svojstvo motornog vozila. Isto tako, sklop vozila može da se javi i kod poljoprivrednih mašina itd. Dakle, za osiguravajuću i sudsku praksu jasno i nedvosmisleno određen pojam motornog vozila u GZ igra važnu ulogu.

⁵ Prof. dr Ivica Jankovec: Upotreba motornog vozila kao uslov za nastupanje osiguranog slučaja u obaveznom osiguranju, Pravni život br. 11/1974, str. 67-76; Prof. dr Predrag Šulejić: Pravo osiguranja, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosi-je, Beograd, 1997, str. 430-432 i dr.; dr Jasna Pak: Harmonizacija propisa o osiguranju sa direktivama Unije, u monografiji Instituta za uporedno pravo “Osiguranje, sloboda kretanja robe i kapitala, pravo konkurencije”, Beograd, 2004, str. 9-25.

5) Na potrebu da se pristupi ugradnji pojma saobraćajne nezgode u GZ ukazivali su posredno i pravna teorija i sudska praksa. Najpre stavovi pravne teorije. U odsustvu zakonskih odredaba iz materije obaveznog osiguranja u saobraćaju o pravnom pojmu saobraćajne nezgode teorija prava osiguranja zalagala se da se izraz – upotreba motornog vozila – tumači što šire u osiguravajućoj i sudskoj praksi⁶. Na nivou teorije prava osiguranja ovo stanovište je prihvatljivo i logično. Međutim, kad su u pitanju odredbe GZ, to stanovište pravne teorije osiguranja nije moguće normativno-pravno izraziti u GZ, a da se formulacijom omogući jednako postupanje u jednakim slučajevima. Što se pak tiče stavova sudske prakse zabeleženi su slučajevi širokog tumačenja izraza – upotreba motornog vozila – ali kao rezultat slobodnog sudijskog uverenja, a ne primene jasne i nedvosmislene zakonske norme o pravnom pojmu saobraćajne nezgode. U jednom slučaju u kojem je do štete došlo na taj način što je putnički automobil prilikom noćne vožnje naleteo na parkirano prikolicu, koja nije bila osvetljena, niti je na kolovozu bio postavljen odgovarajući znak, sud je stao na stanovište da je uzrok štete upotreba priključnog vozila⁷ itd. Dakle, teorija prava osiguranja i sudska praksa nastojali su da reše problem nepostojanja pravnog pojma saobraćajne nezgode, a kako nisu bili neposredno pred zadatkom izrade građanskog zakonika nisu ga zakonodavno-pravno predlagali.

Formulisanje pravnog pojma saobraćajne nezgode

1) U pozitivnom zakonodavstvu o bezbednosti saobraćaja na drumovima formulisan je korektan pojam saobraćajne nezgode⁸. Prema tom pojmu saobraćajna nezgoda je nezgoda koja se dogodila na putu ili je započeta na putu, u kojoj je učestvovalo najmanje jedno vozilo u pokretu i u kojoj je najmanje jedno lice poginulo ili povređeno ili je nastala materijna šteta. Po mišljenju potpisnika ovog rada navedeni pojam saobraćajne nezgode je definisan u smislu saobraćajnog prava, a samo delimično ukazuje na neke od aspekata saobraćajne nezgode od značaja za pravo osiguranja, te se stoga ovakva formulacija ne predlaže za ugradnju u odredbe o osiguranju u GZ.

2) Predlaže se da se u Glavu II Odseka 5. GZ ugradi sledeća formulacija pravnog pojma saobraćajne nezgode, i to: “Pod izrazom saobraćajna nezgoda podrazumeva se svaka nezgoda u kojoj su učestvovala jedno ili više motornih ili nemotornih vozila, koja se dogodila u saobraćaju na javnom putu, na terenu otvo-

⁶ Prof. dr I. Jankovec ibidem; Prof. dr P. Šulejić ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Član 7. stav 1. tačka 82. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima (“Službeni glasnik RS”, br. 41/2009, 53/2010, 101/2011).

renom za svakog ili na privatnom terenu, ili otvorenom za određeni broj lica koja imaju pravo da se njime koriste”⁹. Reč je o formulaciji iz ratifikovane konvencije SFRJ, koja se već nalazi u pravnom poretku države Srbije, a prilagođena je pravnom pojmu motornog vozila od značaja za pravo osiguranja u odredbama GZ.

3) Utvrđenje pravnog pojma saobraćajne nezgode samo za sebe ili u vezi sa pravnim pojmom motornog vozila donosi čitav niz prednosti za dalji razvoj obaveznog i dobrovoljnog osiguranja od odgovornosti iz upotrebe motornih vozila.

ZAKLJUČCI

1) Između dva ponuđena rešenja u Radnom tekstu Građanskog zakonika Srbije predloženo je da se prihvati rešenje, koje obuhvata odredbe čl. 330 do 333. iz Radnog teksta Građanskog zakonika Srbije.

2) Preporučuje se sledeća pravna redakcija člana 330. Građanskog zakonika Srbije, i to: “Motornim vozilom smatra se svako vozilo koje se pokreće sopstvenim motorom i koje je namenjeno za upotrebu na kopnu, osim šinskog vozila i koje je po svojim tehničkim osobinama osposobljeno za prevoz” (stav 1. člana 330.); “Motornim vozilom smatra se i priključno vozilo bez obzira da li je spojeno sa vučnim vozilom” (stav 2. člana 330).

3) Predlaže se da se u Glavu II Odseka 5. GZ ugradi sledeća formulacija pojma saobraćajne nezgode, i to: “Pod izrazom saobraćajna nezgoda u smislu ovog zakonika podrazumeva se svaka nezgoda u kojoj su učestvovala jedno ili više motornih vozila ili nemotornih vozila, koja se dogodila u saobraćaju na javnom putu, na terenu otvorenom za svakog ili na privatnom terenu, ili otvorenom za određeni broj lica koja imaju pravo da se njime koriste”.

SLOBODAN ILIJIĆ, LL.M.,
Member of the Presidency of Association
of Serbian Jurists

CONTRIBUTION TO A MORE COMPLETE DEFINITION OF TERMS IN THE WORKING DRAFT OF THE CIVIL CODE OF SERBIA

Summary

Between the two solutions provided in the Working Draft of the Civil Code of Serbia, the author accepted the one that includes the provision of Art. 330 to 333. of the Working Draft of the

⁹ Član 1. stav 2. Konvencije o zakonu koji se primenjuje na saobraćajne nezgode (“Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori br. 26/1976).

Civil Code of Serbia. He was considering the term of a motor vehicle defined in Article 330 of the Working Draft of the Civil Code of Serbia, and found that there is a connection between this notion and the one of a traffic accident, and also gave a recommendation that the term of the motor vehicle should be improved through the editing. He noted that the concept of a traffic accident was not regulated in the Working Draft of the Civil Code, but its provisions, according to the author, indicated that this term should be regulated. He suggested that the Working Draft of the Civil Code of Serbia should take over the concept of a traffic accident that is contained in the Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents. The SFRY ratified the Convention and it has been a part of the legal order of Serbia since 1976. The author adapted the formulation of the concept of a traffic accident of this Convention to the provisions of the Working Draft of the Civil Code of Serbia, as his contribution to a more complete definition of terms in the Working Draft of the Civil Code of Serbia.

JELENA JANKOVIĆ

OSIGURANJE ZA SLUČAJ NEZAPOSLENOSTI KAO INSTRUMENT ZA PRAVEDNU EKO-TRANZICIJU

U V O D

Uprkos značajnom napretku na planu obezbeđenja pristupa obrazovanju pojedinci su idalje u deficitu sa veštinama koje su potrebne poslodavcima. U tom okviru se kao dodatni problem ističe promena zahteva poslodavaca u uslovima eko-tranzicije.

Tako, proces prelaska na ekološki čistu proizvodnju, neminovno, uzrokuje čitav niz dodatnih problema na planu prilagođvanja strukture radne snage potrebama tržišta rada. U tom smislu, odgovarajući reformski potezi treba, u prvom redu, da budu bazirani na uvođenju mera koje povećavaju zapošljivost nezaposlenih lica, što je od vitalnog značaja za suočavanje sa novom ekonomskom realnošću. Iako je progres spor i postepen, uvođenje novih, eko-prava u osiguranje, bar u određenoj meri može doprineti povećanju njegove efikasnosti na planu smanjenja stope nezaposlenosti.

Istraživanje je usmereno u pravcu proveravanja hipoteze o postojanju koordiniranog odnosa između zaštite životne sredine i zaštite od nezaposlenosti, radi pronalaženja modela za ostvarivanje oba društvena imperativa. Jasno je da se ne može postići jedno visko razvijeno društvo koje je istovremeno neobrazovano i ekološki neosvešćeno.

Jelena Janković, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, sekretar SO Bojnik.

Novi ekološki svesno kreirani sistem osiguranja za slučaj nezaposlenosti treba da bude pripremljen za poslove tzv. "zelenog okovratnika".

Sve veći broj država ulaže u razvoj zelene infrastrukture što promenu strukture radne snage čini jednim od primernih izazova eko-menadžmenta.

S tim u vezi, sistem osiguranja za slučaj nezaposlenosti ne sme biti uokviren tradicionalnim kalupima, već treba da bude otvoren za promene i prilagođavanja. S tim u vezi, cilj ovog rada je da ispitujući potencijalni uticaj eko-tranzicije povećanje zapošljivosti nezaposlenih lica i smanjenje stope nezaposlenosti, predloži neka od mogućih mera osiguranja za slučaj nezaposlenosti, koje je predstavljeno kao inostrument za pravednu eko-tranziciju.

Svakako treba podvući da su rezultati svakog pokušaja reforme sistema osiguranja za slučaj nezaposlenosti ograničeni na planu pronalaženja efikasnog leka protiv ove negativne društvene pojave. Međutim, treba ukazati na neka od mogućih rešenja koja bi kreatorima politike zapošljavanja i zaštite od nezaposlenosti trasirala put ka stvaranju efikasnijeg osiguranja za slučaj nezaposlenosti.

Tako, ovaj rad predstavlja pokušaj dizajniranja seta prava iz osiguranja za slučaj nezaposlenosti koji bi služio kao platforma za normativnu intervenciju u sistemu zaštite od nezaposlenosti.

Ekološki svesno upravljanje politikom zaštite od nezaposlenosti

Složenost i hitnost klimatskih promena, s jedne strane, i socijalna inkluzija i pristojan rad, sa druge strane, favrizuju napor svih učesnika da preuzmu odgovornost za svoje ponašanje u procesu promena. Međunarodna organizacija rada je zauzela stav da ovakav pristup u suočavanju sa izazovima eko-tranzicije više nije opcija, već globalna neophodnost.

Tako, novo upravljanje ljudskim i prirodnim resursima postaje ključni aspekt politike zaštite od nezaposlenosti.

Guy Ryder je u svom obraćanju na Konferenciji UN-a o klimatskim promenama¹ istakao dve važne poruke. Najpre, da između klimatskih promena i nezaposlenosti mladih postoji povezanost, te da se trebaju rešavati na koordiniran način. Njegova druga poruka bila je da mladim ljudima treba omogućiti da odgo-

¹ Na Konferenciji UN-a o klimatskim promenama (COP 21) održana je u Parizu od 30. novembra 2015. godine do 12. decembra 2015. godine *Guy Ryder* je, pored ostalog, istakao da je neophodno da Vlade, radnici i poslodavci zajedno rade na području obrazovanja i obuke koje će stvoriti potencijal za kreativnost, inovativnost i preduzetništvo, a koje će najbolje služiti potrebama naših zajednica i Planeti. Dostupno na: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_434365/lang--en/index.htm posećeno: jul 2016. godine

vore na zahteve politike klimatskih promena, naročito, kroz obrazovanje, obuku i razvoj veština.

U praksi ne treba očekivati da će novo eko-upravljanje dovesti do povećanja stope zaposlenosti obukom za nova radna mesta koja su nastala kao isključiva posledica razvoja politike zaštite životne sredine. Naime, radnih mesta kao što su ekološki inženjeri, ekološki inspektori, ekolozi i sl. predstavljaju mali procenat novih radnih mesta. S tim u vezi, u fokusu kreatora politike zaštite od nezaposlenosti treba da bude prilagođavanje već postojećih radnih mesta zahtevima ekomenadžmenta. U tom smislu, novi ekološki svesno kreirani sistem osiguranja za slučaj nezaposlenosti treba da bude pripremljen za poslove tzv. zelenog okovratnika.

Pristup adekvatnoj tehničkoj i stručnoj obuci pomaže radnicima da razviju veštine potrebne za prelazak na nove vrste poslova ili da rade sa novim materijalima, procesima i tehnologijama na svojim već postojećim poslovima. Stoga je razumljivo da je nedostatak veština glavna prepreka u tranziciji. Bez kvalifikovanih radnika i kompetentnih preduzeća prelazak na "zelenu" ekonomiju neće biti ni tehnički izvodljiv ni ekonomski održiv.² Stoga je važno predvideti potrebe i izbeći nedostatak veština i obezbediti razvoj veština kao deo sveobuhvatne strategije zapošljavanja.

Da bi bio moguć prelazak na "zelenu" ekonomiju potrebna su specifična sredstva koja to omogućavaju. Ta sredstva se sastoje od nacionalnih propisa i politika, subvencija i podsticaja, kao i međunarodnog tržišta i zakonske infrastrukture, trgovine i tehničke pomoći.³ Ciljevi kojima su ova sredstva stavljena u službu su povezivanje razvoja veština sa zaštitom od nezaposlenosti, produktivnošću, zaposlenošću, zaštitom radnika i pristojnim radom.

U okviru rasprava o "zelenim poslovima" i "zelenim ekonomijama" retko se raspravlja ili se uopšte ne raspravlja o značaju i ulozi osiguranja za slučaj nezaposlenosti. Ovo, možda, zbog toga što jasna i široko prihvaćena definicija "zelenih poslova" još uvek ne postoji.

Naime, nezavisno od toga što postoji veći broj definicija⁴, termin "zeleni poslovi" je još uvek nedovoljno precizno određen.

² *Draft policy guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all*, Raport for discussion at the Meeting of Experts on Sustainable Development, Decent Work and Green Jobs (Geneva, 5-9 October 2015), International Labour Office, Enterprises Department, Geneva, ILO, 2015, str. 32

³ United Nations Environment Programme, *Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication*, 2011, str. 22

⁴ Definicija "zelenih poslova" koju koristi koristi Biro za statistiku rada SAD-a je, verovatno, najobuhvatnija. Prema toj definiciji „zeleni poslovi“ su: a) poslovi u preduzećima koja proizvode

Međutim, nezavisno od ove pojmovne nepreciznosti i neodređenosti, postoji grupa ozbiljnih razloga koji podržavaju eko-intervenciju u sistemu zaštite od nezaposlenosti. Temeljni razlog je baziran na činjenici da obavljanje "zelenih poslova" može da zahteva posebna znanja i veštine, što sa druge strane zahteva inovacije ili korišćenje prilagođenih tehnika, tehnologija i procesa.

S tim u vezi, nametnut pritisak od strane eko-tranzicije jača ulogu osiguranja za slučaj nezaposlenosti u procesu razvoja veština i povećanja zapošljivosti nezaposlenih lica. Naime, prelazak na ekološki čiste poslove će, u prvom mahu, povećati nezaposlenost. Brojni poslovi u proizvodnji plastike i papira, nafte, gvožđa, čelika i sl. će prestati da se obavljaju na način na koji su se do sada obavljali.

U praksi ovakav scenario prati povećanje broja nezaposlenih lica. U prvi plan izlazi nedostatak i neusklađenost veština kojima raspolažu radnici sa novim zahtevima ekološki čiste proizvodnje. Tako se armija nezaposlenih povećava zahtevujući javnu intervenciju u oblasti zaštite od nezaposlenosti.

S druge strane, eko-tranzicija će proivesti nove vrste aktivnosti čije će obavljanje zahtevati razvoj novih veština i sticanje novih znanja. Naime, ako se procesom eko-tranzicije pravilno upravlja prelazak ne ekološki čistu proizvodnju može da postane snažan pokretač privrednog i socijalnog razvoja.

U tom smislu, koordinacija ponude i potražnje za veštinama jača ideju o neophodnosti reforme sistema osiguranja za slučaj nezaposlenosti.

Revizijom politike zaštite od nezaposlenosti lako je uočiti da tradicionalni, kontributivni, sistem osiguranja za slučaj nezaposlenosti koji se bazira na uplati doprinosa i isplati novčane naknade nema veliku šansu u borbi protiv rastuće stope nezaposlenosti koja je, dodatno, povećana u uslovima eko-tranzicije.

Reforma sistema osiguranja za slučaj nezaposlenosti ima za cilj da identifikuje i preporuči smernice koje će imati praktični efekat u pogledu smanjenja stope nezaposlenosti i povećanja zapošljivosti nezaposlenih lica.

Svakako, treba konstatovati da je proces reforme spor i postepen, i da su očekivanja da će reforma sistema osiguranja osiguranja za slučaj nezaposlenosti iskoreniti problem nezaposlenosti proizvodljna i nepraktična. Međutim, živa i ak-

robu ili pružaju usluge koje imaju koristi za životnu sredinu ili očuvanje prirodnih resursa, i b) poslovi kod kojih obaveze radnika uključuju rad u proizvodnom procesu koji je ekološki ili koji koristi manje prirodnih resursa. Videti više: J. Winter, M. C. Moore, *The „green jobs“ fantasy: Why the economic and environmental reality can never live up to the political promise*, The School of Public Policy Research Paper, Vol. 6, Issue 31, 2013, str. 19. Nadalje, Program Ujedinjenih nacija za zaštitu životne sredine (UNEP) definiše „zelenu ekonomiju“ kao onu koja dovodi do poboljšanja dobrobiti ljudi i socijalne jednakosti, dok značajno smanjuje rizike za životnu sredinu. Videti više: S. Smulders, M. Toman, C. Withagen, *Growth theory and „green growth“*, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 30, No 3, 2014, str. 424

tivna reformska misao može, bar u određenoj meri, dati neke pozitivne rezultate na planu koordinacije zapošljavanja i novog eko-upravljanja.

Izazov promene strukture radne snage

Problematizovanje efekata eko-tranzicije treba da stvori dovoljno jasnu i dovoljno preciznu sliku o poslovima koji treba da budu kreirani u skladu sa politikom zaštite životne sredine. Ovo je, naročito, potrebno, jer bez solidne iskustvene osnove nije moguće stvoriti pouzdanu sliku strukture radne snage u uslovima prelaska na novu ekološki čistu proizvodnju.

Naime, neka istraživanja su pokazala da zaštita životne sredine, ekonomski rast i otvaranje novih radnih mesta mogu biti komplementarni i kompatibilni, tako da investiranje u zaštitu životne sredine može da stvori nova radna mesta, a ne da ih uništi.⁵ Međutim, iako zaštita životne sredine stvara nove i potiskuje postojeće poslove, ukupan efekat koje se ostvaruje na planu zapošljavanja je različit u različitim oblastima rada. S tim u vezi, jasno je da će u uslovima eko-tranzicije u određenim oblastima proizvodnje doći do povećanja stope zaposlenosti. Međutim, razumljivo je da u nekoj oblasti proizvodnje može doći do značajnog smanjenja poslova. Nema sumnje da će to smanjenje uticati na povećanje broja nezaposlenih lica u tim oblastima.

Praktična realizacija zadataka osiguranja za slučaj nezaposlenost na planu povećanja zapošljivosti nezaposlenih lica zahteva aktivnu i koordiniranu ulogu obrazovnog sistema. Naime, sistem osiguranja za slučaj nezaposlenosti i sistem obrazovanja, ujedinjeni u nameri da smanje stopu nezaposlenosti, zajedničkim naporima treba da promene strukturu radne snage u skladu sa zahtevima eko-tranzicije. Svakako, treba ograničiti preterana očekivanja da će ovakva koordinirana aktivnost u potpunosti rešiti problem nezaposlenosti. Uspeh trajnije vrednosti je teško postići, naročito zbog činjenice da se tehnologije brzo menjaju, često mnogo brže nego struktura radne snage.

S tim u vezi, koordinirana aktivnost sistema osiguranja za slučaj nezaposlenosti i sistema obrazovanja treba da se fokusira na povećanje zapošljivosti nezaposlenih lica i smanjenje stope nezaposlenosti, sa jedne strane, i na zaštitu životne sredine sa druge strane.

Inovacije povezane sa životnom sredinom, koje se nazivaju i eko-inovacije, postale su značajan fenomen koji privlači pažnju naučnika i političara zbog svog

⁵ R. H. Bezdek, R. M. Wendling, P. DiPerna, *Environmental protection, the economy, and jobs: National and regional analyses*, Journal of Environmental Management, No. 86, 2008, str. 77

potencijala za stvaranja novih mogućnosti na tržištu, što je izazvalo pozitivan ciklus rasta i zaposlenosti.⁶

Brojne studije ispituju “zeleno” zapošljavanje u kontekstu politike zaštite životne sredine i razvoja radne snage, pre svega u razvijenim ekonomijama. Istraživanja su pokazala da će prelazak na održive ili “zelene” ekonomije dovesti do velikih gubitaka radnih mesta u nekim tradicionalnim zanimanjima, ali da će nove mogućnosti za otvaranje radnih mesta biti kreirane u “zelenoj” industriji. S tim u vezi, razvoj radne snage se vidi kao glavna barijera širenju “zelene” ekonomije gde bivše radnike “plavog okovratnika” treba obučiti za obavljanje poslova “zelenog okovratnika”.⁷ Ovo je naročito važno, s obzirom na to da je jedan od osnovnih izazova promene strukture radne snage obuka radnika za obavljanje potpuno novih poslova⁸ koji nastaju kao direktna posledica eko-inovacija.

S tim u vezi, u mnogim zemljama pojam “zelene veštine” uživa veliku popularnost među političarima, naučnicima i praktičarima.

Treba posebno naglasiti da sve veći broj država ulaže u razvoj “zelene” infrastrukture, ekološki čiste proizvodnje i planove održivog razvoja. Na ovaj način, kreiraju se novi poslovi koji će stvoriti potrebu za ekološki obučenom radnom snagom. Postoji stanovište da zeleni poslovi nude više mogućnosti za i bolje plate za nisko i srednje kvalifikovane radnike, nego za nacionalnu ekonomiju u celini.⁹ Ukoliko se ne izgubi iz vida činjenica da je nezaposlenost najrasprostranjeni-

⁶ Italijanske firme koje su se angažovale po pitanju eko-inovacija doživele su značajan rast zaposlenosti. Istraživanja su pokazala da postoje značajne mogućnosti povezane sa eko poslovnim aktivnostima, a firme koje su bile u stanju da ih iskoriste su one koje su doživele najbolje performanse u pogledu rasta zaposlenosti. Videti više: L. Gagliardi, G. Marin, C. Miriello, *The greener the better? Job creation effects of environmentally-friendly technological change*, industrial and Corporate change, Oxford University Press, 2016, str. 23

⁷ Videti više: D. J. Peters, *Understanding Green Occupations from a Task-Based Approach*, Applied Economic Perspectives and Policy, Vol. 36, No. 2, 2014, str. 241

⁸ Tako, na primer, agrometeorologija je novo zanimanje koje je stvoreno kao odgovor na rastuću vremensku promenljivost. Ovi stručnjaci primenjuju meteorološke informacije kako bi unapredili prinos useva i smanjili gubitak useva koji je izazvan nepovoljnim vremenskim prilikama. Nadalje, za operatere u industriji reciklaže, inicijalni programi obuke pružaju specijalizovane veštine potrebne za klasifikaciju otpada, prikupljanje materijala za transformaciju u sirovine, kontrolu i praćenje procesa reciklaže i održavanje mašina i opreme. Videti više: O. Stretska-Ilina et al, *Skills for green jobs: a global view:synthesis raport based on 21 country studies*, International Labour Office, Skills and Employability Department, Job Creation and Enterprise Development Department, geneva, 2011, str. 111

⁹ Pored toga, u jednom izveštaju se tvrdi da će ulaganje, na nivou države, u vodnu infrastrukturu stvoriti 1,9 miliona novih radnih mesta od kojih većina neće zahtevati visoku stručnu spremu. Takođe su istraživanja pokazala da obuka za ekološki održive poslove i zaposlenje predstavlja realnu mogućnost za intelektualni podsticaj i ima socio-psihološke prednosti kao i povećani

ja među nekvalifikovanim i niskokvalifikovanim radnicima, nema sumnje da se od ulaganja u zelenu infrastrukturu mogu očekivati pozitivni rezultati na planu smanjenja stope nezaposlenosti.

Sistemi obrazovanja i obuke u koordiniranoj aktivnosti sa sistemom zaštite od nezaposlenosti treba da odgovore izazovu promene strukture radne snage tako da zadovolje potrebe različitih grupa, uključujući nekvalifikovane i niskokvalifikovane radnike, mlade radnike, žene, starije radnike, radnike u ugroženim i ruralnim područjima i druge pojedince koje prate neka od dodatnih negativnih selektivnih obeležja.

S tim u vezi, kordinirana aktivnost sistema obrazovanja i sistema zaštite od nezaposlenosti pretpostavlja dizajniranje programa koji će nezaposlenim licima, kao deo prava iz osiguranja za slučaj nezaposlenosti, obezbediti sticanje znanja i veština koji će povećati njihovu zapošljivost u uslovima eko-tranzicije. U tom okviru se kao poseban zadatak programa obuke ističe targetiranje radnika čija je nezaposlenost nastala kao direktna posledica prelaska na ekološki čistu proizvodnju. Sa stanovišta novog eko-menadžmenta jedan od osnovnih ciljeva sistema zaštite od nezaposlenosti je obezbeđenje ponovnog ulaska ovih lica na tržište rada.

Adaptiranje nezaposlenih lica promenama koje nastaju u procesu eko-tranzicije obezbeđuje se sticanjem i održavanjem nivoa sposobosti, znanja i veština koje su potrebne poromenjenim potrebama tržišta rada. S tim u vezi, pasivan stav politike razvoja veština prema inovacijama, tehničkim i tehnološkim promenama ne doprinosi usklađivanju ponude sistema obrazovanja i potražnje tržišta rada. Nasuprot tome, strateška uloga obrazovanja, koje ne treba samo sebi da bude svrha, već sredstvo za povećanje stope zaposlenosti, ostvaruje se izgradnjom veština koje su neophodne sadašnjim i budućim potrebama tržišta rada. U tom smislu, obezbeđivanje odgovarajućih veština kod radne snage smanjuje rizik od povećanja stope nezaposlenosti.

Nametnut pritisak od strane eko-tranzicije stvara potrebu da se proces promene strukture radne snage usmeri u pravcu kreiranja "zelenog" sistema obrazovanja i obuke. Izvan spora je da su tzv. "zelene veštine" specifične veštine koje se primenjuju na novim poslovima nastalim u procesu prelaska na ekološki čistu proizvodnju. Međutim, kategorija tzv. "zelenih veština" obuhvata i tradicionalne veštine koje se koriste u ekološkim procesima rada.

S tim u vezi, da bi se postigao ekonomski rast u "zelenoj" ekonomiji transformacija poslova i novi zahtevi za veštinama u kontekstu "zelene" ekonomije

osećaj uspeha, delom i zbog jedinstvenosti ekološki održivog rada. Videti više: N. Falxa-Raymond, E.Svendsen, L. K. Campbell, *From job training to green jobs: A case study of a young restoration in New York City, USA, Urban Forestry and Urban Greening*, No. 12, 2013, str. 288-294

je, koji stvaraju potrebu promene strukture radne snage, moraju se identifikovati i podržati kako unutar firmi, tako i od strane javnog sektora.¹⁰ Zbog toga treba podvući da fokus novog eko-menadžmenta treba, s jedne strane, da bude na otvaranju novih radnih mesta i na povećanju zapošljivosti najteže zapošljivih kategorija nezaposlenih lica, sa druge strane.

Ovaj drugi cilj novog eko-upravljanja ostvaruje se kroz aktivnu ulogu osiguranja za slučaj nezaposlenosti.

Eko-specifične mere osiguranja za slučaj nezaposlenosti

Ekološka modernizacija sistema osiguranja za slučaj nezaposlenosti međusobno povezuje zaštitu životne sredine i zaštitu od nezaposlenosti.

Dr *Esther Byer-Suckoo*, ministarka rada na Barbadosu i predsedavajući na sastanku eksperata za "zelene poslove" u MOR-u (Ženeva) je naglasila da postizanje održive životne sredine i stvaranje dovoljno mogućnosti za pristojan rad nije "ili/ili" predlog. Oba izazova moraju se rešavati u tandemu.¹¹

Usmeravajući istraživanje u pravcu proveravanja hipoteze o postojanju odnosa koordinacije između zaštite životne sredine i zaštite od nezaposlenosti, autor ukazuje na nekoliko specifičnih mera čije bi uvođenje u osiguranje za slučaj nezaposlenosti, u određenoj meri moglo da obezbedi ostvarivanje cilja osiguranja u uslovima eko-tranzicije.

Tradicionalni sistem zaštite od nezaposlenosti koji je uspostavljen kao deo sistema socijalne sigurnosti, dizajniran je tako da nezaposlenom licu u jednom delu perioda nezaposlenosti obezbedi novčano davanje, čija visina i trajanje zavisi od dužine perioda ranijeg zaposlenja i uplate doprinosa. Ovakav sistem zaštite od nezaposlenosti je statičan i neelastičan, i kao takav ne može biti efikasan. S tim u vezi, tok procesa optimalizacije osiguranja kao programa zaštite od nezaposlenosti treba usmeriti u pravcu povećanja raznovrsnosti prava iz osiguranja na račun neefikasne isplate novčane naknade.

¹⁰ Javni sektor može da definiše i sprovede prilagođavanje politike tržišta rada koje će olakšati širenje „zelenih radnih snaga“. Javna podrška u ovoj oblasti će omogućiti interna prilagođavanja u okviru postojećih preduzeća, ali će, takođe, biti važna za stvaranje novih „zelenih poslovnih aktivnosti“. Videti više: C. Martinez-Fernandez, C. Hinojosa, G. Miranda, *Green jobs and skills: the local labour market implications of addressing climate change*, Working document, CFE/LEED, OECD, 2010, str. 34-35

¹¹ *Byer-Suckoo* je, takođe, istakla da će se prilikom promene jedne vrste privrede u drugu neke vrste aktivnosti i neke vrste poslova koje se odnose na te aktivnosti nestati, ali da će se nove vrste aktivnosti pojaviti. Osim toga, ministarka je naglasila da će ljudi morati da razvijaju nove veštine i da će morati da budu obučeni za nove vrste poslova. Dostupno na: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_413213/lang--en/index.htm Posećeno: jul 2016. godine

Pored toga, u uslovima eko-tranzicije, vrlo istaknutu ulogu na planu povećanja zapošljivosti nezaposlenih lica mogu imati mere koje u svojoj osnovi imaju ekološki svesno upravljanje radnom snagom. Obuka za poslove “zelenog okovratnika” je vrsta sektorskog razvoja radne snage. U procesu stvaranja ogovarajućeg programa obuke za poslove “zelenog okovratnika” od vitalnog je značaja pomagati radnicima i poslodavcima da se prilagode promenama izazvanim eko-tranzicijom. Specifične veštine koje su zapošljive samo u određenom sektoru, industriji ili delatnosti najviše odgovaraju poslodavcima. Naime, razvoj industrijski-specifičnih veština odgovara poslodavcima, jer se kvalifikovani radnici mogu kretati samo u okviru date industrije. Stoga, iako u nekim zemljama razvoj “zelenih veština” i “zelenih poslova” uživa veliku popularnost među naučnicima i praktičarima, politika razvoja veština prema potrebama poslodavaca nije bez svojih kritičara.

Jedan od potencijalnih problema sektorskog razvoja radne snage je što poslodavci ne ulažu u razvoj opštih i prenosivih veština. Ovo zbog toga što, sticanje opštih veština od strane pojedinaca ima veliki “spoljašnji uticaj”, odnosno koristi i za druge koji ne ulažu, direktno, u takvu vrstu obuke.¹² Iako su promene poželjne i dobrodošle, važno je da svi imaju koristi od njih. S tim u vezi, “rotacija poslova” omogućava da pojedinci stiču specifične veštine koje obezbeđuju korist za poslodavce, odnosno određenu delatnost, industriju ili proizvodnju.

Naime, poslodavci koji u uslovima eko-tranzicije prelaze na ekološki čistu proizvodnju obavljaju poslove u skladu sa ekološkim normama i standardima. S tim u vezi, oni imaju povećanu potražnju za eko-kvalifikovanom radnom snagom. “Rotacija poslova” predstavlja program obuke kod poslodavca, koji traje nekoliko meseci, i koji je dizajniran tako da pojedinci obavljaju različite poslove kod poslodavca i učenjem zasnovanim na radu stiču eko-znanja i eko-veštine potrebne za obavljanje određenog posla u ekološki čistoj proizvodnji.¹³

Uloga osiguranja za slučaj nezaposlenosti, u ovom slučaju, je u uvođenju nove mere zaštite od nezaposlenosti. “Dodatna novčana naknada” se isplaćuje nezaposlenim licima koji prihvate učešće u programu “rotacije poslova” i prođu kroz niz formalnih mera obuke koje treba da ih upoznaju sa firmom i oposobe za obavljanje posla u toj firmi, odnosno delatnosti. Visine “dodatne novčane naknade” ne treba da bude viša od novčane naknade koja se isplaćuje nezaposlenim licima u tradicionalnom sistemu osiguranja za slučaj nezaposlenosti. Isplata “dodatne nov-

¹² Videti više: F. Froy, *Global policy developments towards industrial policy and skills: skills for competitiveness and growth*, Oxford Review of Economic Policy, Vol. 29, No. 2, 2013, str. 347

¹³ Sličan institut postoji na tržištu rada u Japanu. O ovom institutu videti više: M. R. Bu-semeyer, *Asset specificity, institutional complementarities and variety of skill regimes in coordinated market economies*, Socio-Economic Review, No. 7, 2009, str. 388-389

čane naknade” se vrši dok traje obuka nezaposlenog lica kod poslodavca u okviru programa “rotacije poslova”. Jedna od osnovnih posledica ove obuke može biti da poslodavac preuzme sa tržišta rada obučenog pojedinca i zaposli ga na poslovima za koje je stekao odgovarajuće veštine u okviru programa “rotacije poslova”.

Neki autori tvrde da je nerazumno korišćenje javnih sredstava za plaćanje obuke koja je usmerena direktno prema potrebama poslodavaca. U pravcu stvaranja odgovarajućeg normativnog okvira moguće su promene u načinu finansiranja. Tako se kao praktična realizacija promena u načinu finansiranja “dodatna novčana naknada” isplaćuje isključivo iz doprinosa poslodavaca. Jedna od bitnih karakteristika ekonomske politike, u uslovima eko-tranzicije, je da intenzivno teži postizanju ekonomskih i ekoloških ciljeva.

Naime, s jedne strane, novi eko-menadžment podrazumeva održivo korišćenje prirodnih resursa, smanjenje zagađenja, smanjenje potrošnje energije i poboljšanje kvaliteta životne sredine, te u krajnjoj liniji smanjenje uticaja koji ima ljudska aktivnost na životnu sredinu. Osim toga, aktuelni eko-menadžment se vidi kao sredstvo za postizanje boljih ekonomskih rezultata, postizanje ekonomskog rasta i otvaranje novih radnih mesta. Sa druge strane, ukoliko se zahtevi potrošača za robama i uslugama promene u skladu sa uslovima eko-tranzicije, sistem obezbeđenja roba i usluga se može proširiti, što će dovesti do povećanje potražnje za eko-osposobljenom radnom snagom. Do tih novih radnih mesta nezaposlena lica mogu doći jedino ukoliko raspolažu informacijama koje su povezane sa razvojem karijere u “zelenoj ekonomiji”. Ovo je temeljni razlog zbog koga obezbeđenje informacija u vezi “zelenog zapošljavanja” od strane službe za zapošljavanje može doprineti povratku nezaposlenog lica u svet rada.

Obezbeđenje informacija u vezi “zelenog zapošljavanja” naročito podrazumeva preduzimanje aktivnosti službe za zapošljavanje na planu procene mogućnosti za zapošljavanje u “zelenoj industriji”, analizu zahteva tržišta rada za “zelenim veštinama”, definisanje profila vodećih poslodavaca u ekološki čistoj proizvodnji, te definisanje strukture radne snage. Srodne po svom cilju, ove aktivnosti će omogućiti službi za zapošljavanje da nezaposlenim licima obezbedi potrebne informacije koje će im, bar u određenoj meri, olakšati tranzicioni put između dva zaposlenja.

Na tripartitnom sastanku eksperata o održivom razvoju, pristojnom radu i “zelenim poslovima”¹⁴ održanom u Ženevi 2015. godine zaključeno je da održivi razvoj ima tri dimenzije: ekonomsku, socijalnu i ekološku. Sve tri dimenzije su međusobno povezane i od jednake su važnosti te ih treba obrađivati zajedno. Ta-

¹⁴ Dostupno na: http://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_403166/lang-en/index.htm Posećeno: jul 2016. godine

kođe je zaključeno da povećanje u ukupnom broju zaposlenih je u ostvarivanju potencijala da se stvori značajan broj dodatnih pristojnih poslova kroz ulaganje u ekonomski održivu proizvodnju i potrošnju i upravljanje prirodnim resursima.

Uloga osiguranja za slučaj nezaposlenosti u procesu povećanja broja zaposlenih ostvaruje se kroz sistematizaciju znanja i vještina. Naime, stvaranje većeg broja tipičnih obrazaca najboljih obrazovnih praksi i njihovo šitenje kroz uticaj na reformu sistema obrazovanja i obuke i učenja zasnovanog na radu, koje je osnov budućnosti rada, obezbeđuje se uspeh osiguranja na planu povećanja zapošljivosti nezaposlenih lica.

Osim upućivanja nezaposlenog lica na odgovarajuću obuku, neophodno je da u normativnom okviru osiguranja za slučaj nezaposlenosti bude predviđeno da obrazovanje i obuka, kao pravo iz osiguranja, budu dostupni svim nezaposlenim licima, računajući i lica koja ne primaju novčanu naknadu. Sledstveno tome, odgovarajuća obuka i veća pokrivenost doprinose usavršavanju sistema osiguranja i proširivanju granica zaštite od nezaposlenosti.

Zakonsku infrastrukturu zaštite od nezaposlenosti upotpunjuje uviđenje mogućnosti izbora za nezaposleno lice koje je korisnik prava na novčanu naknadu. Naime, služba za zapošljavanje nudi korisniku prava na novčanu naknadu po hađanje odgovarajućeg programa obuke koji traje dok traje pravo na novčanu naknadu, a u zavisnosti od dužine ranijeg radnog angažovanja i perioda uplate doprinosa. Nezaposleno lice, korisnik prava na novčanu naknadu, koje se opredeli da odmah nakon sticanja statusa nezaposlenog lica prihvati program obuke na koji je upućen ostvaruje pravo na "uvećanu novčanu naknadu". Uvećanje novčane nakande ne bi trebalo da bude više od 50% nakade koju bi nezaposleno lice ostvarilo da nije prihvatilo program obuke. Posmatrano sa finansijskog aspekta, deo za koji je uvećana novčana naknada se finansira doprinosima poslodavaca, ukoliko se obukom stiču specifične veštine, odnosno iz javnih izvora, ukoliko se obukom stiču opšte tj. prenosive veštine.

Još jedno sredstvo uspešnog sistema zaštite od nezaposlenosti u uslovima eko-tranzicije su "zelene javne nabavke", koje predstavljaju bitan instrument, baziran na tržištu, za postizanje ekonomskih i ekoloških ciljeva. "Zelene javne nabavke" su proces u kome javne vlasti nastoje da nabave robu, usluge ili rad koji ima smanjeni uticaj na životnu sredinu u odnosu na robu, usluge i rad sa istom osnovnom funkcijom koji bi, inače, nabavile.¹⁵ Službe za zapošljavanje, ovakve vrste javnih nabavki treba da koriste kao propagandno sredstvo za povećanje potražnje za "zelenim" proizvodima i uslugama. Na taj način, firme koje su prešle na ekološ-

¹⁵ Videti više: P. Kunylik, *Green Public Procurement - European Law, Environmental Standards and „What To Buy“ Decisions*, Journal of Environmental Law, 25:2, 2013, str. 174

ki čistu proizvodnju imaju povećanu proizvodnu aktivnost, koja dovodi do povećane potražnje za “zelenom” radnom snagom, što predstavlja značajan faktor povećanja stope zaposlenosti u uslovima eko-tranzicije.

ZAKLJUČAK

Osnovni naponi kreatora politike zaštite od nezaposleneosti trebalo bi da budu usmereni u pravcu povećanja vrsta prava iz osiguranja i njihove dostupnosti nezaposlenim licima. Jasno je da samo eksploatisanje prava na novčanu naknadu nema nikakvu praktičnu vrednost. S tim u vezi, kako bi se povećali kapaciteti osiguranja na planu rešavanja dugoročnih problema potrebno je kreirati novi, sistemski povezan, kvalitativno i kvantitativno bogatiji set prava iz osiguranja. Ova potreba se naročito nameće u uslovima eko-tranzicije kada se industrija menja i prelazi na ekološki čistu proizvodnju.

Nasuprot mračnom scenariju koji je, vrlo često, prognozirani za stopu zaposlenosti u uslovima ekoloških i ekonomskih promena, empirijski dokazi upućuju na mogućí ekonomski rast i rast zaposlenosti u uslovima eko-tranzicije.

Obično se glavni razlog za to pronalazi u mogućnosti za otvaranje novih radnih mesta u novim tzv. “zelenim” delatnostima ili u starim ali “ozelenjenim” privrednim aktivnostima.

Originalnost ideje o ulozi osiguranja za slučaj nezaposlenosti kao instrumenta za pravednu eko-tranziciju uslovljena je objektivnim okolnostima u kojima osiguranje treba da funkcioniše i zadacima koje treba da reši.

S tim u vezi, prilikom normativne intervencije u sistem osiguranja za slučaj nezaposlenosti posebnu pažnju treba posvetiti okolnostima u kojima osiguranje treba da ostvari svoju svrhu. Tako, jedan od značajnih normativnih izazova reforme sistema zaštite od nezaposlenosti je uvođenje mogućnosti izbora za nezaposlena lica. Na taj način se obezbeđuje živa i aktivna uloga nezaposlenog lica koja se ostvaruje kao suprotnost pasivnom primaocu novčane naknade. Osim toga, uticaj na volju nezaposlenog lica da prihvati mere aktivizacije i reintegracije se u svet rada kroz dodatnu i kroz uvećanu naknadu, igra značajnu ulogu u borbi protiv moralnog rizika u osiguranju.

Iz početne vizije integracije obrazovanja i rada kroz učenje zasnovano na radu, koje je osnov budućnosti rada, izviru izazovi sistematizacije i standardizacije znanja i veština, koji usmeravaju tok reforme sistema osiguranja za slučaj nezaposlenosti u pravcu kreiranja baze podataka o “zelenim poslovima” i “zelenom zapošljavanju”. Ova baza podataka služi da nezaposlenim licima trasira put ka zaposlenju u uslovima eko-tranzicije.

Ukoliko se reforma sistema zaštite od nezaposlenosti nije skamenila u nekim tradicionalnim okvirima, jedna od osnovnih stvari koja se mora preispitati je uspešnost korišćenja propagande radi transformacije redovnih potreba za proizvodima i uslugama u potraživanja za “zelenim proizvodima i uslugama”. Ovakva promena usloviće povećanu proizvodnju eko-proizvoda i eko-usluga što u prvi plan dovodi povećano zapošljavanje u ekološki čistoj delatnosti.

Svakako, treba podvući da, gledano iz šire perspektive, reforma zaštite od nezaposlenosti, koja je bazirana na povezivanju ekonomskih i ekoloških ciljeva, sama po sebi, nema potencijal da reši problem nezaposlenosti, ipak se, opravdano, mogu očekivati minimalni pozitivni efekti, na planu koordiniranog ostvarivanja ova dva društvena imperativa.

JELENA JANKOVIĆ
Ph.D., student, Faculty of Law,
University of Niš.

UNEMPLOYMENT INSURANCE SYSTEM AS AN INSTRUMENT FOR FAIR ECO-TRANSITION

Summary

Leading by the fact that in the terms of eco-transition economic and environmental challenges must be solved in tandem, the author directs research in the direction of checking the hypothesis of the existence of coordinated relationship between environmental protection and protection against unemployment. The reformd Unemployment Insurance system is presented as a suitable instrument for finding a mode for accomplishing of both social imperatives. The model of reform of Unemployment Insurance system which is proposed in this paper is characterized by a variety of reform measures and elastic adjustment of the insurance to the requirements of the new eco-management. Consequently, this paper is an attempt to design a set of rights from Unemployment Insurance system which would serve as a platform for eco-normative intervention in the system of protection agenst unemployment. The new “green” jobs and the old “made green” jobs are the jobs of the future labour market and the success of lasting value can be extected in the future. Dispute of the fact that “green” infrastructure has no potential to solve unemployment as a social problem, certain positive results can be expected.

JELENA PEROVIĆ

KONSTITUISANJE ARBITRAŽNOG VEĆA U MEĐUNARODNOJ TRGOVINSKOJ ARBITRAŽI

U V O D

Sloboda strana da samostalno kreiraju arbitražni postupak jedna je od značajnih karakteristika arbitraže i ujedno jedna od prednosti arbitraže u odnosu na rešavanje spora pred državnim sudom. Na osnovu te slobode, strane su ovlašćene da, u granicama autonomije volje, odlučuju o najvećem broju procesnih pitanja relevantnih za njihov spor. Konstituisanje arbitražnog veća spada u red onih pitanja u kojima načelo autonomije volje dolazi do punog izražaja, ovlašćujući strane da odluku o arbitrima koji će rešavati njihov spor prilagode svojim interesima i potrebama u svakom konkretnom slučaju. Osnovni principi međunarodne trgovinske arbitraže nalažu obavezu arbitražnog veća da, po svom konstituisanju, vodi postupak na pravičan i efikasan način, uvek vodeći računa o jednakom tretmanu strana u sporu i o tome da svakoj strani bude pružena mogućnost da iznese svoje stavove. Ovim principima postavljen je i imperativ nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara u odnosu na strane u sporu i predmet spora u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži.

Predmet ovog rada predstavlja konstituisanje arbitražnog veća, kao inicijalne i izuzetno značajne faze postupka koja može determinisati tok i ishod arbitražnog spora. U tim okvirima, u radu je učinjen pogled na osnovna pitanja koja se

pokreću u kontekstu konstituisanja arbitražnog veća u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, a koja se odnose na broj arbitara, postupak njihovog imenovanja, nacionalnost i neutralnost arbitara, kao i odgovarajuće kvalifikacije arbitara.

BROJ ARBITARA

Broj arbitara najčešće predviđaju ugovorne strane u arbitražnom ugovoru (arbitražnoj klauzuli ili arbitražnom kompromisu).¹ U tom pogledu, u uporednom pravu se po pravilu zahteva neparan broj arbitara, pre svega zbog sprečavanja zastoja prilikom donošenja odluke.² Ovaj zahtev predviđa i srpski Zakon o arbitraži putem pravila imperativnog karaktera.³ Izvan pomenutog ograničenja, strane su slobodne da broj arbitara sporazumno odrede. Ukoliko strane ne odrede broj arbitara, taj broj određuje se u skladu sa pravilima institucionalne arbitraže pred kojom se vodi spor ili od strane lica određenog za imenovanje u ad hoc arbitraži.

Rešenja izvora arbitražnog prava se razlikuju prema tome da li je prva predviđena mogućnost arbitar pojedinac ili arbitražno veće. Tako na primer, Pravilima Međunarodnog arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore (Pravila ICC)⁴ predviđeno je da sporove rešava arbitar pojedinac ili veće od tri arbitra (čl. 12.1), a kad se strane nisu sporazumele o broju arbitara, Arbitražni sud imenuje arbitra pojedinca, osim ako zaključi da je reč o takvom sporu koji opravdava imenovanje tri arbitra (čl. 12.2). Švajcarska pravila o međunarodnoj arbitraži (Švajcarska pravila)⁵ sadrže slično pravilo, prema kome, ako se strane nisu sporazumele o broju arbitara, Sud po pravilu predmet upućuje arbitru pojedincu, osim ako složenost i/ili vrednost spora opravdavaju rešavanje spora od strane tročlanog arbitražnog veća. S druge strane, prema Pravilniku Beogradskog arbitražnog centra (Pravilnik BAC), strane mogu da ugovore da će njihov spor rešavati tročlano arbitražno veće ili arbitar pojedinac (čl. 15.1). Ako strane nisu ugovorile broj arbitara

¹ O pojmu arbitražnog ugovora i razlikama između arbitražne klauzule i arbitražnog kompromisa, Perović J., *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002, str. 51–57; Perović J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd, 2012, str. 190 i dalje; Perović J., *Formulisanje klauzule o arbitraži u međunarodnim privrednim ugovorima*, Pravni život br. 11, tom III, Beograd, 2012, str. 199–211.

² Ipak, pojedini pravni sistemi dozvoljavaju paran broj arbitara. Komparativno-pravni pregled rešenja, Blackaby N. and Partasides C. with Redfern A. and Hunter M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Student Version, fifth edition, Oxford University Press, 2009, str. 247–251.

³ Član 16 stav 2. Zakona.

⁴ Rules of Arbitration of the ICC International Court of Arbitration.

⁵ Swiss Rules of International Arbitration.

ra, taj broj određuje Prdsedništvo, vodeći računa o okolnostima slučaja. U sprovima čija vrednost ne prelazi 50.000 EUR, po pravilu, spor rešava arbitar pojedinac (čl. 15.2).

Kao osnovni argument u prilog opredeljenja za arbitra pojedinca, u doktrini se ističe da se postupak u ovom slučaju rešava brže i uz manje troškova. Pri tome međutim, treba uzeti u obzir da, u slučaju težih sporova, arbitar pojedinac nosi osećaj velike odgovornosti. U istom smislu, ako se opredele za arbitra pojedinca, strane treba da budu svesne činjenice da će o ishodu njihovog spora odlučivati samo jedna osoba. Arbitri se po pravilu osećaju "konfornije" kad čine deo kolegijalnog tela u kome mogu razmeniti mišljenja o slučaju i diskutovati o pitanjima relevantnim za donošenje odluke. S druge strane, kao jedan od najznačajnijih argumenata u prilog opredeljenja za arbitražno veće, ističe se da postupak konstituisanja arbitražnog veća svakoj strani pruža mogućnost izbora jednog člana veća, čime se značajno doprinosi poverenju strana u arbitražni postupak.⁶ Poseban razlog opredeljanja za arbitražno veće ogleda se u jednostavnosti postupka njegovog konstituisanja. Najzad, pretpostavka je da će strane u stranoj zemlji imati više poverenja u kolegijalni forum nego u arbitra pojedinca.⁷

U kontekstu izbora između arbitra pojedinca i arbitražnog veća u praksi međunarodnih trgovinskih arbitraža, može se na primer navesti da je pred Međunarodnim arbitražnim sudom Međunarodne trgovinske komore (Arbitražni sud ICC), u periodu od 2007. do 2011. godine, spor rešavalo arbitražno veće u 1.691 predmeta (60% slučajeva), a arbitar pojedinac u 1.144 predmeta (40% slučajeva),⁸ što govori u prilog blage prednosti arbitražnog veća u odnosu na arbitra pojedinca. U slučaju kad se strane opredele za arbitražno veće, najčešće se predviđaju tri arbitra. U načelu je moguće predvideti i veći broj arbitara (na primer pet) ali to pravilu podrazumeva visoke troškove, kao i mogućnost usporavanja postupka.

IMENOVANJE ARBITARA

Imenovanje arbitara, kao i određenje njihovog broja, domen je u kome vlada široka autonomija volje strana u arbitraži. U uporednom arbitražnom pravu, široko je prihvaćeno da sporazum strana u pogledu konstituisanja arbitražnog veća uživa prioritet u odnosu na ostale izvore prava koji se primenjuju na arbi-

⁶ V. Fry J., Greenberg, S., Mazza, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce ICC, Paris, 2012, str. 137.

⁷ Više o ovim argumentima, David R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, str. 309–311.

⁸ Fry J., Greenberg, S., Mazza, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ibidem.

tražni postupak.⁹ U tom smislu, strane su ovlašćene da samostalno odrede postupak imenovanja arbitara.¹⁰ Ovaj postupak strane često određuju unapred, u okviru arbitražne klauzule kojom se generalno predviđa nadležnost arbitraže za sprove koji eventualno proisteknu iz njihovog pravnog odnosa. Ako to ne učine u arbitražnoj klauzuli, strane su slobodne da postupak imenovanja arbitara odrede naknadno, po nastanku spora. Samo u slučaju kad se strane nisu sporazumele o postupku imenovanja arbitara, to pitanje biće rešeno od strane arbitražne institucije pred kojom se vodi spor ili na način predviđen pravilima koja se primenjuju na ad hoc arbitražu.

Tako na primer, u sporovima pred Arbitražnim sudom ICC, u periodu od 2007. do 2011. godine, postupak imenovanja arbitara u arbitražno veće bio je predviđen *arbitražnom klauzulom* u 1.283 predmeta (82% slučajeva), dok su taj postupak strane odredile *naknadno* (po nastanku spora) u 318 predmeta (39% slučajeva). S druge strane, postupak imenovanja arbitara arbitražnog veća bio je određen od strane Arbitražnog suda u 90 predmeta (20% slučajeva).¹¹

U praksi međunarodnih trgovinskih arbitraža postoje različiti postupci i mehanizmi koji se primenjuju na imenovanje arbitara.¹² Ipak, moguće je konstatovati da se arbitar pojedinac najčešće imenuje sporazumom između strana, a ako se strane ne sporazumeju o imenovanju, arbitra pojedinca imenuje odgovarajući organ arbitražne institucije pred kojom se vodi postupak ili lice određeno za imenovanje u ad hoc arbitraži. Tako na primer, prema Pravilima ICC, kada su strane ugovorile da će spor rešavati arbitar pojedinac, one ga mogu sporazumno imenovati, a ako propuste to da učine u roku od 30 dana od dana kad je tužiochev zahtev za arbitražom primljen od strane tuženog odnosno u drugom roku određenom od strane Arbitražnog suda, arbitra pojedinca imenuje Arbitražni sud (čl. 12.3).¹³ Kad je reč o arbitražnom veću, uobičajen je postupak u kome

⁹ V. na primer čl. 11.2. UNCITRAL Model zakona o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) iz 1985. sa izmenama usvojenim 2006. godine. Detaljan komparativno-pravni pregled rešenja, Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, str. 453 i dalje.

¹⁰ Ovaj princip prihvaćen je i u srpskom Zakonu o arbitraži koji predviđa da se strane mogu sporazumeti o postupku imenovanja arbitara, a ako to sporazumom nije predviđeno, arbitri se imenuju u skladu sa tim zakonom (čl. 17.1).

¹¹ Fry J., Greenberg, S., Mazza, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, op. cit., str. 139.

¹² Detaljno, Blackaby N. and Partasides C. with Redfern A. and Hunter M., op. cit., str. 251 i dalje; Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., op.cit. str.460 i dalje.

¹³ Prema statistici Arbitražnog suda ICC, u periodu od 2007. Do 2011. Godine, arbitar pojedinac je imenovan je sporazumom strana u 251 predmetu (22% slučajeva), dok je imenovan od

svaka strana imenuje po jednog arbitra, a tako imenovani arbitri imenuju predsednika veća. Ako strane propuste da imenuju arbitra, ili ako imenovani arbitri ne postignu dogovor u pogledu predsednika veća, odgovarajuća imenovanja vrše se od strane arbitražne institucije pred kojom se vodi postupak ili lice određeno za imenovanje u ad hoc arbitraži.¹⁴

Kad je reč o ad hoc arbitraži, važnu ulogu u postupku imenovanja arbitra ima ovlašćenik za imenovanje. Reč je o pojedincu ili instituciji koji će biti nadležni za izbor arbitara ako se strane o tome ne sporazumeju. Ovlašćenik za imenovanje određuje arbitra pojedinca kad se strane o tome ne mogu dogovoriti, kao i predsednika arbitražnog veća kad se arbitri koje su strane imenovale ne sporazumeju o izboru predsednika veća. U praksi međunarodnog poslovnog prometa, kao ovlašćenik za imenovanje određuje se na primer predsednik privrednog ili drugog državnog suda nadležnog za rešavanje privrednih sporova u mestu u kome se održava arbitraža, predsednik odgovarajuće privredne komore, i sl. Prema UNCITRAL Arbitražnim pravilima koja su specijalno prilgađena postupku pred ad hoc arbitražom,¹⁵ ako se strane nisu sporazumele o ovlašćeniku za imenovanje ili ako sporazumno određeni ovlašćenik za imenovanje odbije da imenuje ili propusti da imenuje arbitra u određenom roku, strane mogu zatražiti od Generalnog sekretara Stalnog arbitražnog suda u Hagu da odredi ovlašćenika za imenovanje (čl. 6). Stranama koje ugovaraju *ad hoc* arbitražu je u interesu da sporazumno odrede ovlašćenika za imenovanje ili da predvide način na koji će on biti određen, kako bi sprečile opstrukciju postupka putem odbijanja jedne strane da imenuje arbitra ili odlaganje postupka u slučaju kad imenovani arbitri na izboru predsednika veća. Jednostavan način za rešenje ovog pitanja biti može biti ugovaranje primene UNCITRAL Arbitražnih pravila ili pak, samo onih odredaba ovog dokumenta koje se odnose na pitanje ovlašćenika za imenovanje.¹⁶

NACIONALNOST I NEUTRALNOST ARBITRA

Pojedini pravni sistemi u prošlosti su zahtevali da svi ili neki od arbitara odnosno predsednik arbitražnog veća budu određenog državljanstva, nacionalnosti

strane Arbitražnog suda u 871 predmetu (77% slučajeva). V. Fry J., Greenberg, S., Mazza, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, op. cit., str. 142.

¹⁴ Takve postupke imenovanja arbitara – arbitra pojedinca i arbitražnog veća predviđa i srpski Zakon o arbitraži (čl. 17), kao i pravila postojećih arbitraža u Srbiji – Pravilnik BAC (čl. 16. i 17) i Pravilnik Stalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije (čl. 18. i 19).

¹⁵ UNCITRAL Pravila o arbitraži (UNCITRAL Rules of Arbitration) od 15. decembra 1976. sa izmenama iz 2010. godine.

¹⁶ V. Perović J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, op. cit., str. 199.

ili verske pripadnosti.¹⁷ U savremenom arbitražnom pravu, ovakvi i slični zahtevi su napušteni, te najveći broj izvora arbitražnog prava¹⁸ omogućava osobama bilo kog državljanstva da budu imenovane i postupaju kao arbitri.¹⁹

Tom opredeljenju značajno je doprinela Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži²⁰ prema kojoj “u arbitražama na koje se odnosi ova Konvencija, strani državljani mogu biti određeni za arbitre” (čl. III), kao i UNCTRAL Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži koji je učinio i korak dalje, izričito predviđajući da se nikome ne može onemogućiti da zbog svog državljanstva bude arbitar osim ako su se strane drukčije sporazumele (čl. 11.1). Na taj način, otklonjena je svaka diskriminacija vezana za nacionalnost arbitra, a rezerva u pogledu drukčijeg sporazuma strana ustanovljena je u cilju obezbeđenja mogućnosti izbora neutralnog arbitra. Srpsko pravo ne poznaje ograničenja u pogledu nacionalnosti arbitara, a srpski Zakon o arbitraži izričito predviđa da arbitar može biti svako fizičko lice koje je poslovno sposobno, bez obzira na državljanstvo (čl. 19.1).²¹

Međutim, u praksi međunarodnih trgovinskih arbitraža nacionalnost arbitara povezuje se sa zahtevom za njegovom neutralnošću, pa je uobičajeno da se za arbitra pojedinca ili predsednika arbitražnog veća imenuju lica različite nacionalnosti od nacionalnosti strana u sporu. Iako se ovaj zahtev na prvi pogled može činiti u potpunosti opravdanim sa aspekta prirode i potreba međunarodnih trgovinskih arbitraža, potrebno je imati u vidu da neutralnost arbitra sama po sebi nije garancija njegove nezavisnosti i nepristrasnosti. Pored toga, striktna primena ovog zahteva može dovesti do neodgovarajućih rešenja u arbitražnoj praksi. Tako na primer, u slučaju kad su sve strane u sporu iste nacionalnosti, imenovanje arbitra pojedinca ili predsednika arbitražnog veća koji je te iste nacionalnosti, ne samo što nijednu od strana u sporu ne stavlja u privilegovan položaj, već bi to takav izbor bio logičan s obzirom na okolnosti. Pred toga, i onda kad su strane različite nacionalnosti, izbor arbitra iste nacionalnosti kao jedna od strana u sporu, pod određenim okolnostima može biti opravdan i očekivan, posebno u slučaju

¹⁷ Detaljan komparativno-pravni pregled, Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., op. cit., str. 456 i dalje.

¹⁸ Za pojedine izuzetke, v Blackaby N. and Partasides C. with Redfern A. and Hunter M., op. cit., str. 258–262.

¹⁹ U tom smislu, u doktrini se konstatuje: “*In an ideal world, the county in which the arbitrator was born, or the passport carried, should be irrelevant*”, Blackaby N. and Partasides C. with Redfern A. and Hunter M., op. cit., str. 261.

²⁰ European Convention on International Commercial Arbitration, 12.04.1961.

²¹ Više, Perović J., *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, op. cit., str. 168.

kad je kao merodavno pravo ugovoreno pravo jedne od strana u sporu. Tako, ako se zamisli arbitražni spor u kome je jedna strana iz Engleske, a druga iz Nemačke, pri čemu je kao mesto arbitraže ugovoren Frankfurt, nemački Građanski zakonik kao merodavno pravo, nemački kao jezik arbitraže, a obe strane angažovale nemačke advokate i imenovale nemačke arbitre, logično je zaključiti da strane očekuju da predsednik arbitražnog veća bude nemačke nacionalnosti; u takvom slučaju bilo bi neobično da arbitražna institucija, u odsustvu odgovarajućeg sporazuma strana, za predsednika arbitražnog veća imenuje lice treće nacionalnosti (na primer arbitra iz Italije).²²

Polazeći od toga, arbitražna pravila koja izričito predviđaju zahtev neutralnosti arbitra pojedinca ili predsednika arbitražnog veća, taj zahtev najčešće relativiziraju, ostavljajući prostora za drukčija rešenja, onda kad okolnosti slučaja to opravdavaju. Tako na primer, prema UNCITRAL Arbitražnim pravilima, ovlašćenik za imenovanje, prilikom imenovanja dužan je da uzme u obzir sve okolnosti koje obezbeđuju imenovanje nezavisnog i nepristrasnog arbitra, kao i *opravdanost* imenovanja arbitra nacionalnosti različite od nacionalnosti strana u sporu (čl. 6.7). U sličnom smislu, Pravila ICC predviđaju da arbitar pojedinac ili predsednik arbitražnog veća mora biti nacionalnosti različite od nacionalnosti strana u sporu; ipak, *u odgovarajućim okolnostima*, ako strane tome ne prigovore u roku određenom od strane Arbitražnog suda, arbitar pojedinac ili predsednik arbitražnog veća mogu biti izabrani iz zemlje kojoj pripada bilo koja od strana u sporu (čl. 13.5).²³ Najzad, prema Arbitražnim pravilima Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (Pravila LCIA),²⁴ kada su strane različitih nacionalnosti, arbitar pojedinac ili predsednik arbitražnog veća neće biti iste nacionalnosti kao bilo koja od strana u sporu, osim ako se strane koje nisu iste nacionalnosti kao kandidat za arbitra pojedinca ili predsednika arbitražnog veća ne ugovore drukčije u pismenoj formi (čl. 6.1).

Nacionalnost arbitra u praksi međunarodnih trgovinskih arbitraža može se posmatrati i sa “geopolitičkog” stanovišta, posebno sa aspekta pripadnosti nekoj od država članica Evropske unije.²⁵ Tako, nekad se u arbitražnoj klauzuli predvi-

²² V. Fry J., Greenberg, S., Mazza, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, op. cit., str. 168.

²³ Ovo pravilo primenjuje se samo onda kad imenovanje arbitara vrši Arbitražni sud, a ne i u slučajevima kad strane sporazumno imenuju arbitra pojedinca ili kad koarbitri imenuju predsednika arbitražnog veća. Komentar uz ovaj član, Fry J., Greenberg, S., Mazza, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, op. cit., str. 167–169.

²⁴ LCIA Arbitration Rules effective 1 October 2014.

²⁵ O stavovima koje je francuska sudska praksa ispoljavala u pogledu ovakvih slučajeva, Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, str. 588–589.

da da arbitar pojedinac ili predsjednik veća “mora biti” iz neke od država članica EU ili obratno, da “ne sme biti” iz neke od tih država. Pri tome, poseban problem može nastati onda kad ova pitanja nisu utvrđena arbitražnom klauzulom, već kasnije, po nastanku spora; u takvom slučaju, moguće je da strane ispolje suprotstavljene zahteve u pogledu “geopolitičke” pripadnosti arbitra (na primer, jedna strana zahteva da predsjednik arbitražnog veća bude iz države članice EU, dok druga strana izričito zahteva da predsjednik arbitražnog veća ne pripada država članicama EU). U takvim situacijama, prilikom odlučivanja o izboru predsjednika arbitražnog veća, potrebno je ispoljiti poseban oprez, kako se ne bi stvorio osnov za poništaj ili odbijanje priznanja i izvršenja arbitražne odluke.

U pogledu kriterijuma za utvrđenje nacionalnosti arbitra pojedinca ili predsjednika veća, može se na primer navesti da Arbitražni sud ICC nacionalnost arbitra izjednačava sa njegovim državljanstvom i posedovanjem odgovarajućeg pasoša nasuprot drugim vezama sa određenom državom, kao što su na primer poreklo, prebivalište ili prethodno državljanstvo. U slučaju kad je arbitar državljanin više država, Arbitražni sud smatra da arbitar ima nacionalnost svih tih država. U postupku pred ovim Sudom, nacionalnost arbitra se utvrđuje popunjavanjem odgovarajućeg formulara od strane arbitra u toku postupka imenovanja.²⁶

Najzad, zahtev neutralnosti arbitra po pravilu se ne postavlja kad je reč o arbitrima koje imenuju strane u sporu. Nasuprot tome, u praksi međunarodnih trgovinskih arbitraža uobičajeno je da strane za arbitre biraju lica iste nacionalnosti kao i njihova ili pak lica iz istog pravnog i kulturnog okruženja.

KVALIFIKACIJE ARBITRA

Na osnovu načela autonomije volje, strane u arbitraži su ovlašćene da postavljaju zahteve u pogledu kvalifikacija koje arbitri treba da ispunjavaju. Te zahteve strane mogu predvideti u okviru arbitražne klauzule ili kasnije, po nastanku spora i pokretanja arbitražnog postupka. U praksi međunarodnih trgovinskih arbitraža kvalifikacije koje se zahtevaju od arbitara su različite i zavise od okolnosti svakog konkretnog slučaja.

Tako na primer, nekad se predviđa da arbitri (ili samo predsjednik veća) moraju biti “profesionalni pravnici” ili “pravnici visoko stručni u oblasti međunarodne trgovine” ili pak, da moraju poznavati merodavno materijalno pravo i imati iskustvo u međunarodnoj arbitraži.²⁷ U tom pogledu, može se konstatova-

²⁶ Fry J., Greenberg, S., Mazza, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, op. cit., str. 169.

²⁷ Primeri klauzula preuzeti iz ugovora zaključenih u međunarodnom poslovnom prometu.

ti da je u međunarodnim arbitražama potrebno da minimalno jedan arbitar bude pravnik, pre svega zbog potrebe poznavanja pravila postupka i osnovnih principa arbitraže, kao i problema sukoba zakona koji se u međunarodnim sporovima često javljaju. Drugim rečima, potrebno je da arbitar pojedinac odnosno predsednik arbitražnog veća ima one kvalifikacije koje su mu neophodne da bi mogao da razume arbitražni postupak i da njim pravilno rukovodi. Pored toga, poznavanje merodavnog prava i iskustvo u međunarodnoj arbitraži predstavljaju posebno značajne kvalifikacije arbitra, pa se optimalno rešenje sastoji u izboru arbitra koji je stručnjak u oblasti merodavnog materijalnog prava, sa iskustvom u međunarodnoj arbitraži, koji želi i može da prihvati imenovanje u konkretnom slučaju.

S druge strane, u određenim složenim sporovima koji se odnose na specifične oblasti, strane u sporu mogu sačiniti čitave liste kvalifikacija koje arbitri moraju posedovati. U pojedinim klauzulama se pak, predviđaju različite kvalifikacije za svakog od članova veća. Tako na primer, u arbitražnoj klauzuli ugovora iz oblasti međunarodnog transfera tehnologije, može se predvideti da jedan arbitar mora biti stručnjak sa međunarodnim iskustvom u domenu računovodstva, da drugi mora biti advokat specijalizovan za pravo intelektualne svojine, dok treći mora biti bivši sudija ili profesor iz odgovarajuće oblasti prava, i sl.²⁸

Značajan faktor sa stanovišta izbora arbitara i uopšte, izvesnosti i efikasnosti u konstituisanju arbitražnog veća predstavlja i poznavanje jezika arbitraže od strane arbitra. Moderni izvori arbitražnog prava, po pravilu, stranama ne postavljaju ograničenja u pogledu izbora jezika na kome će se voditi arbitražni postupak, pa one u načelu mogu predvideti bilo koji jezik u pogledu koga postignu saglasnost. Izbor jezika arbitražnog postupka najčešće se unosi u ugovor o arbitraži, bilo u vidu arbitražne klauzule koja je sastavni deo glavnog ugovora, bilo u arbitražni kompromis, kao poseban dokument. Ukoliko izbor jezika nije učinjen ugovorom o arbitraži, strane ga mogu učiniti i naknadno, po nastanku spora, na sopstvenu inicijativu ili pošto im arbitražno veće ukaže na to. Jezik arbitražnog postupka se, po pravilu, primenjuje na sve pismene izjave stranaka, na usmenu raspravu, na arbitražnu odluku i druge akte arbitražnog tribunala, ako se strane nisu drukčije sporazumele.

Imenovani arbitri, a posebno predsednik arbitražnog veća koji često ne pripada nijednoj od zemalja strana u sporu, treba da poznaju kako jezik arbitraže tako i pravo merodavno za suštinu spora, pa je u određenim slučajevima teško pronaći arbitre sa odgovarajućim kvalifikacijama. Krug arbitara koji ispunjavaju

²⁸ Primer prema DiMatteo L.A., *Law on International Contracting*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law&Business, Second Edition, 2009, str. 61–62.

potrebne uslove još više se sužava u pojedinim specifičnim i kompleksnim sporovima koji zahtevaju posebna znanja iz određene oblasti; u tom slučaju potrebno je “pronaći” arbitra koji je specijalizovan za oblast na koju se spor odnosi, a koji istovremeno poznaje jezik arbitraže. Ako se tome doda i potreba da je arbitar dobar poznavalac arbitražnog prava sa iskustvom u međunarodnim arbitražama, izbor odgovarajućeg arbitra može biti značajno sužen ili pak, učinjen nemogućim.

Blagovremeni izbor jezika arbitraže značajan je i iz perspektive predloženog arbitra koji u takvom slučaju može unapred oceniti da li, sa stanovišta jezika arbitraže, treba da prihvati svoje imenovanje. Od arbitra koji ne poznaje jezik arbitraže po pravilu se očekuje da, u interesu efikasnosti postupka, ponudi svoje povlačenje, a u arbitražnoj praksi je u više slučajeva zahtevano izuzeće arbitra zbog nepoznavanja jezika arbitraže.²⁹

U istom smislu, kad predsednika veća biraju arbitri imenovani od strane strana u sporu, oni će, pored ostalih svojstava i kvalifikacija koje treba da poseduje predsednik veća, imati u vidu i potrebu poznavanja jezika arbitraže, čime će njihova “potraga” za predsednikom veća biti izvesnija i efikasnija.

ZAKLJUČAK

Pogled na osnovna pitanja koja se međunarodnoj trgovinskoj arbitraži postavljaju u kontekstu konstituisanja arbitražnog veća daje mesta zaključku da strane u sporu treba da postupaju sa posebnom pažnjom prilikom odlučivanja o svakom od njih. Pitanja određenja broja arbitara, načina njihovog imenovanja, nacionalnosti arbitara, kao i stručnih, profesionalnih i drugih kvalifikacija koje arbitri treba da poseduju, uzajamno su uslovljena i usko povezana, zbog čega ih je u svakom konkretnom slučaju potrebno pažljivo precizirati, kombinovati i uklopiti. Tim putem, ostvaruju se pretpostavke za konstituisanje arbitražnog veća kreira-
niranog “po meri strana u sporu” na brz, efikasan i pravno siguran način.

²⁹ Na primer u praksi Arbitražnog suda ICC. V. Fry J., Greenberg, S., Mazza, F., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, op. cit., str. 215.

JELENA PEROVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Economics,
University of Belgrade

CONSTITUTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL
IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Summary

Subject of the article is the analysis of the constitution of the arbitral tribunal as an initial and particularly important stage on the arbitration proceedings which can determine the course and the outcome of a dispute in international commercial arbitration. In that respect the author examines the questions of number of arbitrators, method of appointment of arbitrators, nationality and neutrality of arbitrators and qualifications of arbitrators. The analysis is made in light of contemporary arbitration trends with special emphasis on the appropriate rules and best practices of the world's major arbitration institutions.

PRIZNANJE STRANIH ARBITRAŽNIH ODLUKA DONESENIH U VIŠESTRANAČKIM POSTUPCIMA

U V O D

Priznanje arbitražne odluke predstavlja delatnostkojomse utvrđuje da li jedna odluka, domaća ili strana, ispunjava zakonom propisane uslove da dejstvuje na teritoriji određene zemlje.¹

U našem pravu, postupak priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka regulisan je odredbama glave IX Zakona o arbitraži RS,² kojima su predviđena dejstva arbitražne odluke, nadležnost, postupak, razlozi za odbijanje priznanja i izvršenja, dejstva postupka za poništaj pokrenutog u inostranstvu i odluka o priznanju i izvršenju.³

Dr Dejan Janičijević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

¹ Tako i Grbin, I. – Priznanje i izvršenje odluka stranih sudova, Zagreb, 1980. godina, str. 11. O deklarativnom karakteru odluke (rešenja) o priznanju arbitražne odluke u našem pravu postoji konsenzus – videti Knežević, G. – Postupak priznanja i izvršenja stranih sudskih i arbitražnih odluka, Ugovori o spoljnoj trgovini, VII, Beograd, 1997. godina, str. 23.

² Ranije je ova materija bila regulisana Zakonom o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih država u određenim odnosima, kojim su bile predviđene formalne i materijalne pretpostavke, čije je ispunjenje neophodno za priznanje i izvršenje – Sl. list SFRJ 43/82.

³ O pretpostavkama za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka u SFRJ videti Dika, M. – Pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka po Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja, Privreda i pravo, br. 9-10/1986, str. 427–439.

Osnovni pravni izvor koji reguliše priznanje i izvršenje na međunarodnom planu je Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka,⁴ u čijem se članu I st. 1. strana arbitražna odluka definiše kao ona koja je donesena na teritoriji države različite od države u kojoj se izvršenje traži. Budući da nije potrebno ispunjenje niti jednog drugog uslova za primenu ove Konvencije, arbitražna odluka donesena u ma kojoj drugoj državi, bez obzira da li se radi o državi članici Konvencije, potpada pod domen primene ovog međunarodnog pravnog akta. Jedini izuzetak od ovog pravila postoji kada se radi o državi članici koja je izričito predvidela, u skladu sa odredbom čl. I st. 13, da obaveze prema Konvenciji preuzima samo u odnosu na drugu državu koja je takođe članica.

Domen primene Konvencije veoma je širok, što je u funkciji ostvarenja njenog fundamentalnog cilja, tj. pospešivanja priznanja i izvršenja arbitražnih odluka širom sveta. Ova širina dovoljna je da se Konvencija, iako ne sadrži odredbe kojima se posebno reguliše priznanje i izvršenje arbitražnih odluka donesenih u višestranačkim arbitražama, može bez većih problema primeniti i na njih.

U odredbi čl. V Njujorške konvencije navedeni su određeni izuzeci od opšteg principa obaveznosti država da priznaju i izvrše strane arbitražne odluke. Upravo ovi izuzeci posebno su značajni kada je reč o arbitražnim odlukama donesenim u višestranačkim arbitražama, naročito ako je prethodno izvršenoprikladno spajanje arbitražnih postupaka.

Punovažnost arbitražnog sporazuma

S obzirom na značaj autonomije volje stranaka arbitražnog postupka, pitanje punovažnosti arbitražnog sporazuma od velikog je praktičnog značaja ustadijumu sudske kontrole arbitražne odluke. Gotovo svi pravni izvori koji regulišu ovu materiju, nepostojanje ili nepunovažnost arbitražnog sporazuma prepoznaju kao razlog za stavljanje u funkciju mehanizama prinude kojima raspolaže država u cilju eliminisanja iz pravnog poretka, odnosno sprečavanja postojanja njegovim delom, arbitražne odluke donesene u postupku koji nije zasnovan na bilo kakvom, ili je zasnovan na nepunovažnom arbitražnom sporazumu. Zato je i pitanje punovažnosti višestranog arbitražnog sporazuma, odnosno serije povezanih arbitražnih sporazuma, kao neposrednih osnova za pokretanje višestranačkih arbitraža, od velikog teorijskog i praktičnog značaja.

Uslovi formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma ključni su kriterijum za rešavanje pitanja da li se lica koja nisu potpisala arbitražni sporazum mogu

⁴ Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, od 10. juna 1958. godine, U.N.T.S. 38.

smatrati njegovim stranama. Punovažnost arbitražnog sporazuma kao pretpostavka priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka predviđena je odredbama čl. 66. st. 1(1) Zakona o arbitraži RS, čl. 36. Model zakona UNCITRAL-a i čl. V Njujorške konvencije. Prilikom povlačenja paralele između odredaba sadržanih u Model zakonu i Njujorškoj konvenciji, imajući u vidu značaj formalne punovažnosti arbitražnog sporazuma za punovažno zasnivanje višestranačkog arbitražnog procesnog odnosa, nužno je odgovoriti na pitanje da li je odredba čl. 7. Model zakona UNCITRAL-a, kojom se predviđa obaveznost pismene forme arbitražnog sporazuma, putem upućivanja inkorporisana u odredbu čl. 36. st. 1(a)(i)⁵ na isti način na koji je odredba čl. II Njujorške konvencije inkorporisana u odredbu čl. V st. 1(a) ovog propisa.⁶ U svetlu činjenice da je odredbom čl. 36. gotovo doslovno preuzeta lista osnova za odbijanje priznanja i izvršenja sadržana u odredbi čl. V st. 1(a) Njujorške konvencije, i s obzirom na to da obe norme izričito upućuju na odredbe čl. 7, odnosno II, kojima se reguliše arbitražni sporazum, opravdano se može zaključiti da za svrhu izvršenja, odredba čl. 7. dopunjava odredbu čl. 36. st. 1(a)(i) i uvodi razloge za odbijanje priznanja koji se tiču nedostataka u pogledu forme arbitražnog sporazuma. Stoga, kao što je to slučaj i kada se radi o odredbi čl. V Njujorške konvencije, razlozi odbijanja priznanja arbitražne odluke, u pogledu kojih će se direktno primenjivati odredba čl. 36. st. 1(a)(i), sastoje se u protivnosti arbitražnog sporazuma pravu mesta arbitraže u pogledu punovažnosti pristanka na arbitražno rešavanje spora i kontradikciji sadržine arbitražnog sporazuma pravu za čiju su se primenu strane opredelile, odnosno pravu mesta arbitraže.

Iz ovih razloga, u državi koja je svoje arbitražne propise donela saglasno Model zakonu, prilikom odlučivanja o priznanju i izvršenju, pitanje formalne validnosti arbitražnog sporazuma biće rešavano prema odredbi čl. 7. To se odnosi na sve arbitražne sporazume kojima je predviđeno sprovođenje arbitraže u državi koja je usvojila Model zakon. Pravna dejstva odredbe čl. 7, međutim, mogu pogoditi i arbitražne sporazume kojima je predviđeno rešavanje sporova u nekoj drugoj zemlji, ako se postupak priznanja i izvršenja sprovodi u državi koja je usvojila Model zakon. Na primer, ako se u arbitražnom postupku koji se sprovodi između

⁵ Odredba čl. 36(a)(i) Model zakona predviđa da se priznanje i izvršenje arbitražne odluke mogu odbiti ako je „strana arbitražnog sporazuma o kome je reč u čl. 7. bila na neki način nesposobna ili je navedeni sporazum nepunovažan prema pravu kome su ga strane podvrgle, ili, ako nema indicija u pogledu ovog prava, prema pravu države u kojoj je odluka donesena.“ Sa druge strane, odredbom čl. 7. izričito je regulisano da arbitražni sporazum mora biti sačinjen u pismenoj formi.

⁶ Videti Sanders, P. – *Consolidated Commentary*, Yearbook on Commercial Arbitration, br. IV, 1979. godina, str. 231 – 247.

dve stranke u jednoj državi odluka donese u korist jedne stranke, ta stranka može tražiti izvršenje odluke u drugoj državi koja je usvojila Model zakon, i sva pitanja vezana za podobnost odluke za priznanje i izvršenje s obzirom na formu arbitražnog sporazuma rešavaće se prema odredbi čl. 7. Model zakona, čak i u slučaju da država u kojoj je odluka donesena nije usvojila ovaj pravni akt. Znači, ako se arbitražni postupak vodi u državi koja nije usvojila Model zakon i u kojoj je dopuštena i usmena forma arbitražnog sporazuma, svaki pokušaj izvršenja arbitražne odluke kojom je postupak okončan u državi koja je usvojila Model zakon biće osuđen na neuspeh.

Ovakva situacija donekle predstavlja paradoks, imajući u vidu činjenicu da je svrha Model zakona upravo u pospešivanju, a ne u otežavanju transnacionalnog priznanja i izvršenja arbitražnih odluka. Na drugoj strani, namera kreatora Model zakona, pored afirmacije međunarodne arbitraže, bila je i ostvarenje uniformnog režima transnacionalnog priznanja i izvršenja arbitražnih odluka, čiji bi integrativni element bilo i pravilo da svi arbitražni sporazumi treba da budu sačinjeni u pismenoj formi. Šta više, nemogućnost izvršenja arbitražne odluke zbog formalne nepunovažnosti arbitražnog sporazuma posledica je činjenice da se odredba čl. 36. ne primenjuje po striktno teritorijalnom principu. Ni odredba čl. 7, na čiju primenu izričito upućuje odredba čl. 36, u ograničenom kontekstu priznanja i izvršenja arbitražnih odluka, nije podložna striktno teritorijalnoj primeni. Zato se može zaključiti da odredbe čl. 7. i 36. sadrže jedinstven sistem pravila kojima se reguliše odbijanje priznanja i izvršenja arbitražnih odluka, koji se primenjuje na jedinstven način, bez obzira na to u kojoj je državi arbitražna odluka donesena, i bez obzira na lokaciju mesta arbitraže.

Treba primetiti da se na odredbu čl. 7. Model zakona UNCITRAL-a stranke mogu pozvati i u fazi izvršenja arbitražnog sporazuma. Međutim, u tom slučaju, ona će biti podložna principu teritorijalnosti. Samo kada se ova odredba primenjuje u stadijumu priznanja i izvršenja arbitražne odluke, i to posredno – preko odredbe čl. 36. koja na nju upućuje, ona ne potpada pod domen teritorijalnog principa.⁷

⁷ Slučajevi u kojima je primenjena odredba čl. II Njujorške konvencije u ovom smislu ilustruju na koji način stranka može posegnuti za odredbom čl. 7. Model zakona radi osporavanja priznanja i izvršenja arbitražne odluke. Na primer, u predmetu *Agrimpex, S. A. v. J.F. Braun & Sons, Inc.* iz 1962. godine, grčki sud je odbio da prizna i izvrši odluku donesenu u Nju Jorku, oslanjajući se na odredbu čl. II na koju je upućivao čl. V st. 1(a) Njujorške konvencije. Agent prodavca grčke nacionalnosti u tom slučaju zaključio je u SAD ugovor koji je sadržao arbitražnu klauzulu. Međutim, agent je to učinio bez pismenog ovlašćenja svog vlastodavca. Sud je rezonovao da prema grčkom pravu, ako arbitražni sporazum mora biti u pismenoj formi, i ovlašćenje za njegovo zaključenje takođe mora imati istu formu – videti *Yearbook of Commercial Arbitration*, br. IV, 1979. godina.

Model zakon UNCITRAL-a, odredbama čl. 7. i 36. st. 1(a)(i), za regulisanje pitanja punovažnosti pristanka na arbitražu meordavnim čini „pravo države u kojoj je odluka donesena“.⁸ Ilustrativan primer primene ovakvog pristupa, iako se nije radilo o primeni Model zakona, jeste francuski slučaj u kojem je apelacioni sud poništio arbitražnu odluku zbog nepostojanja, prema francuskom pravu, punovažnog pristanka na arbitražu.⁹ U ovom predmetu, zaključena su dva ugovora – prvi, koji nije sadržao arbitražnu klauzulu i koji su potpisale tri strane, i drugi, koji je sadržao arbitražnu klauzulu koja je predviđala arbitražu pod okriljem MTK u Parizu, i koji su potpisale dve strane. Ispod njihovih potpisa nalazila se rečenica „odobrio, saglasio se i ratifikovao ministar turizma“ (treća strana prvog ugovora), pa se postavilo pitanje da li je navedena izjava učinila treću stranu (državu Egipat) ugovornom stranom ovog ugovora. Arbitražni postupak u kojem su učestvovalе sve tri strane pokrenut je na osnovu arbitražne klauzule sadržane u drugom ugovoru, a treća strana je tražila poništenje odluke donesene u arbitraži na osnovu toga što ona nije bila strana arbitražnog sporazuma. Pariski Apelacioni sud prihvatio je ovaj argument i poništio arbitražnu odluku.¹⁰ Prema mišljenju suda, reči „odobrio, saglasio se i ratifikovao“ predstavljale su samo administrativnu autorizaciju, koja je po egipatskom pravu potrebna za „stvaranje ekonomskih kompleksa.“¹¹ Zato je sud zaključio da se treća strana „nije saglasila da bude obavezana arbitražnom klauzulom“ i da arbitražna odluka „mora biti poništena primenom odredbe čl. 1502. st. 1. francuskog Novog kodeksa civilne procedure.“

Američki sudovi, ipak, pokazuju liberalniji pristup pitanju punovažnosti arbitražnog sporazuma. U predmetu *Oriental Commercial & Shipping Co. v. Rosseel N.V.*¹², na primer, sud je našao da je prema Njujorškoj Konvenciji „sporazum o arbitraži ništav ili nepostojeći samo kada postoje internacionalno priznati razlozi za to, kao što su prinuda, prevara, zabluda..., ili kada je on protivan fundamentalnim vrednostima države foruma.“¹³ Neki američki sudovi čak su zauzeli stav

⁸ Videti McLaughlin, J. – Genevro, L. – *Enforcement of Arbitral Awards Under the New York Convention – Practice in U.S. Courts*, Int'l Tax & Bus. L., br. 3, 1986. godina, str. 249 – 265. i Van den Berg, J. – *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1981. godina, str. 287–291.

⁹ *The Arab Republic of Egypt v. SPP Ltd. and SPP (Middle East Ltd.)* (slučaj piramida), MTK predmet, br. 3493, Cour de Cassation, od 6. januara 1987. godine.

¹⁰ *SPP v. EGOTH*, Cour d'Appel de Paris, 1984. godina, Yearbook of Commercial Arbitration, br. X, str. 113.

¹¹ Ibid, str. 118.

¹² 609 F.Supp. 75 (S.D.N.Y. 1985). Sud nije usvojio prigovor da reči „Arbitraža: Ako se zahteva u Nju Jorku,“ sadržane u poruci poslatoj teleksom, nisu dovoljan osnov obavezivanja na arbitražno rešavanje spora.

¹³ Ovo pravilo formulisano je u predmetu *RhoneMediterranee Compagnia v. Lauro*, 712 F.2d (3d Cir. 1983).

da rešavanje pitanja postojanja prevare radi navođenja na zaključenje arbitražnog sporazuma spada u isključivu nadležnost arbitražnog suda,¹⁴ i da pred državnim sudovima uopšte nije dopušteno isticati prigovor nepunovažnosti arbitražnog sporazuma prema Njujorškoj konvenciji, usled toga što se podrazumeva da je arbitražni sud koji je doneo arbitražnu odluku već prethodno negativno odlučio o tom prigovoru.¹⁵

Pravo stranke da raspravlja pred sudom

U pogledu drugog osnova za odbijanje priznanja i izvršenja, koji je od velikog značaja u višestranačkim situacijama, i koji je sadržan u odredbi čl. 66. st. 1(2) Zakona o arbitraži RS, čl. V st. 1(b) Njujorške konvencije i čl. 36. st. 1(a)(ii) Model zakona, tj. uskraćivanja prava na raspravljanje, usvojen je stav da njegovo postojanje treba procenjivati imajući u vidu standarde prava na pravnu zaštitu države izvršenja,¹⁶ i to uprkos činjenici da čl. 36. Model zakona nije ograničen teritorijalnim kriterijumom primene. Ovakvo shvatanje je univerzalno prihvaćeno, bez obzira na ambiciju kreatora Model zakona da se širokom formulacijom čl. 36. st. 1(a)(ii) Model zakona uspostavi jedan „međunarodni standard prava na pravnu zaštitu“ koji nije u vezi ni sa jednim nacionalnim pravom, a naročito ne sa pravom mesta arbitraže.¹⁷ Zahvaljujući neizbežnim nejasnoćama svojstvenim тумачеnju i primeni jednog ovakvog standarda, najveći broj sudova, prilikom utvrđivanja sadržine prava na pravnu zaštitu, oslanjaju se i dalje na principe i pravila domaćeg prava.¹⁸

Poštovanje granica ovlašćenja na arbitražno suđenje

Treći osnov odbijanja priznanja arbitražne odluke, sadržan u odredbama čl. 66. st. 1(3) Zakona o arbitraži RS, čl. V st. 1(c) Njujorške konvencije i čl. 36. st. 1(a)(iii) Model zakona UNCITRAL-a, sastoji se u prekoračenju granica arbi-

¹⁴ Predmet *Prime Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. (1967).

¹⁵ Videti predmet *Island Territory of Curacao v. Solitron Devices*, 356 F.Supp. 1, 11 (S.D.N.Y. 1973), gde je stranka isticala da arbitražnu odluku ne treba izvršiti zato što je ugovor „raskinut usled nemogućnosti izvršenja.“ Ipak, državni sud je stao na stanovište da je ovo pitanje u isključivoj nadležnosti arbitražnog suda i odbacio ovaj argument.

¹⁶ Predmet *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier*, 508 F.2d (2d Cir. 1974).

¹⁷ Sličan argument iznesen je i u vezi primene odredbe čl. V st. 1(b) Njujorške konvencije – videti Van den Berg – op. cit, str. 298.

¹⁸ Na primer, predmet *Parsons*.

tražnog suđenja, i on će postojati ako je arbitražnom odlukom rešeno o zahtevu povodom spora koji nije obuhvaćen arbitražnim sporazumom. Iako je relevantan za višestranačke arbitraže, ovaj osnov se u praksi najređe primenjuje. To pokazuje iskustvo sa primenom odredbe čl. V st. 1(c) Njujorške konvencije. U ono malo slučajeva u kojima su se stranke pozivale na ovu odredbu, njihova odbrana nije urodila plodom.¹⁹ Američki sudovi, na primer, ovaj osnov odbijanja priznanja i izvršenja arbitražnih odluka konstruisali su vrlo usko, čineći pretpostavku da su arbitražni sudovi postupali u granicama svojih ovlašćenja teško oborivom.²⁰ Proarbitražna politika u SAD rezultirala je time da se u praksi američkih sudova učvrstio stav da odluke arbitražnih sudova treba potvrditi uvek kada je moguće pronaći racionalne osnove za njihovo donošenje.²¹

Propisan sastav arbitražnog suda i saglasnost arbitražnog postupka sa sporazumom stranaka i lex fori

Četvrti osnovza odbijanje priznanja strane arbitražne odluke, tj. nepropisan sastav arbitražnog suda i nepoštovanje odredaba arbitražnog sporazuma o proceduri, odnosno, u slučaju njihovog nepostojanja, povreda prava mesta arbitraže, predviđen je odredbom čl. 66. st. 1(4) Zakona o arbitraži RS, kao i odredbom čl. 36. st. 1(a)(iv) Model zakona, koja je identične formulacije kao i odredba čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije.

U svetlu principa autonomije volje stranaka, kojim se arbitražnom sporazumu daje apsolutno prioritetni značaj u regulisanju arbitražne procedure, prema praksi primene Njujorške konvencije i UNCITRAL-ovih arbitražnih izvora, glavno izвориšte povoda za uspešno osporavanje priznanja i izvršenja arbitražnih odluka nalazi se u samom arbitražnom sporazumu.

Odbijanje priznanja može se tražiti zbog povrede odredaba arbitražnog sporazuma o proceduri učinjenih u ma kojoj fazi arbitražnog postupka. Kada su u pitanju višestranačke arbitraže, ovakva osporavanja mogućna su u vezi odluke o zahtevu za konsolidaciju, modifikovanja sastava arbitražnog suda i pravila procedure koja će on primeniti, a takođe i u pogledu pravila o osporavanju arbitara, izboru materijalnog prava i određivanju mesta arbitraže. Tako, na primer, ukoliko je odluka donesena u postupku koji je nastao prinudnim spajanjem arbitražnih

¹⁹ Videti Van den Berg. A. – op. cit, str. 312.

²⁰ Predmet *Parsons*, gde se izričito navodi da se „ova odbrana od izvršenja strane arbitražne odluke...treba konstruisati usko.“

²¹ Na primer, predmet *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management, Inc.*, 517 F.Supp. (S.D. Ohio 1981).

postupaka bez pristanka svih stranaka u jednoj državi, stranka koja se nije saglasila sa konsolidacijom može se pozvati na odredbu čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije u cilju odbijanja njenog priznanja i izvršenja u državi članici i istaći da arbitražna odluka nije u saglasnosti sa sporazumom stranaka.

Do odbijanja priznanja i izvršenja može doći, takođe, ako su sastav arbitražnog suda ili procedura koju je on primenio bili u suprotnosti sa pravom mesta arbitraže (*lex fori*). Pošto do primene *lex fori* dolazi jedino ako izostane sporazum stranaka, saglasnost sastava arbitražnog suda i procedure sa sporazumom stranaka primarni je kriterijum za sudove prilikom odlučivanja o priznanju i izvršenju, dok *lex fori* postaje relevantan samo ako sporazum ne reguliše ova pitanja.

Ipak, kada je reč o međusobnom odnosu ova dva kriterijuma, uvid u savremenu međunarodnu sudsku praksu indicira postojanje dva divergentna pristupa tumačenju odredbe čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije, odnosno 36. st. 1(a)(iv) Model zakona. Prema jednom od njih – i to užem, u slučaju postojanja odredbe arbitražnog sporazuma o ovim pitanjima, sud treba u potpunosti da ignoriše *lex fori* i isključivo uzme u obzir saglasnost sastava arbitražnog suda i procedure sa sporazumom stranaka. Ako postoji nesaglasnost, makar i u pogledu jednog od ovih elemenata sa sporazumom stranaka, arbitražna odluka neće biti priznata i izvršena, čak i ako su svi oni bili u saglasnosti sa pravom mesta arbitraže.²² Prema drugom tumačenju, koje je šire, ako sastav arbitražnog suda ili procedura nisu u skladu sa sporazumom stranaka, sud će ih razmotriti u svetlu saglasnosti sa nacionalnim pravom mesta arbitraže, pa ako ona postoji, on će priznati i izvršiti arbitražnu odluku bez obzira na to što neki elementi nisu u skladu sa sporazumom stranaka. Ovakav pristup primenjen je u nekoliko slučajeva u kojima su sudovi zauzeli stav da arbitražnoj odluci ne treba odbiti priznanje i izvršenje bez obzira na nesaglasnost procedure imenovanja arbitara i sastava arbitražnog suda sa sporazumom stranaka, ukoliko je arbitražni sud sastavljen u skladu sa pravom mesta arbitraže.²³

Treba primetiti da je u ovim predmetima arbitražni sporazum „ćutao“ o tome kakav će biti sastav arbitražnog suda u slučaju da jedna od strana ne postupi u skladu sa svojom obavezom da imenuje arbitra. Moguće je uzeti da je, budući da odredba čl. V st. 1(d) omogućava posezanje za pravom mesta arbitraže samo u slučaju nepostojanja sporazuma između stranaka, potpuno opravdano to što su sudovi u ovim situacijama primenili *lex fori*. Pošto se strane nisu sporazumele o

²² Ilustrativan primer uskog tumačenja odredbe čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije predstavlja predmet *Rederi Aktiebolaget Sally v. S.r.l. Termarea*, Corte d'appello d'Florence, 13 IV 1978. godina, Yearbook of Commercial Arbitration, br. IV, 1979. godina.

²³ Predmet *Al Haddad Bros. Enterprises v. M/S Agapi and Diakan Love*, 635 F.Supp (D.Del. 1986).

alternativnim metodima imenovanja arbitara, primena prava mesta arbitraže bila je logičan sledeći korak.²⁴

I načelno posmatrano, pod pretpostavkom da je razumno očekivati od stranaka da poznaju pravo za koje su se opredelile, odnosno pravo države u kojoj se nalazi mesto arbitraže koje su izabrale, u nekim predmetima zauzet je stav da je potpuno opravdano uzeti da odredba o izboru merodavnog prava ili mesta arbitraže u arbitražnom sporazumu implicitno upućuje na primenu *lex fori* u pogledu sastava arbitražnog suda i procedure koju će on primeniti.²⁵

Ovakvim pristupom donekle se favorizuje *lex fori* u odnosu na sporazum stranaka. Međutim, u slučaju opredeljenja stranaka samo za mesto arbitraže, bez eksplicitnog opredeljenja za primenu prava tog mesta, *lex fori* nesumnjivo ne bi trebalo da ima primarnu, već samo dopunsku ulogu, a do njegove primene moglo bi doći samo u situacijama kada arbitražni sporazum nije predvideo situaciju u pitanju.

Dakle, odredba čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije predviđa dva kriterijuma za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka – sporazum stranaka o sastavu arbitražnog suda i proceduri koju će on primenjivati, kao prvi, i *lex fori*, kao drugi, pri čemu prvi ima prioritet u odnosu na drugi. Iako široko tumačenje ove odredbe omogućava da *lex fori* u određenoj meri supstituiše sporazum stranaka, to nije u skladu sa namerom kreatora Konvencije, koja se sastojala upravo u tome da se sporazumu stranaka da apsolutni primat. Istorijski posmatrano, ovakva namera kreatora Konvencije prepoznata je od strane mnogih američkih sudova (uključujući i Vrhovni sud SAD), kao i Vrhovnih sudova Italije i Švajcarske.²⁶

Intencija kreatora Konvencije čini neprikladnim usvajanje one interpretacije koja pretpostavlja da se izborom mesta arbitraže stranke implicitno opredeljuju i za pravo kojim će se regulisati sastav arbitražnog suda i arbitražna procedura. Takva pretpostavka dovela bi do regresije u razvoju međunarodnog arbitražnog prava i povratka na stanje od pre donošenja Njujorške konvencije, kada je izvršenje stranih arbitražnih odluka bilo regulisano Ženevskom konvencijom o izvr-

²⁴ Van den Berg vidi *lex fori* kao sredstvo popunjavanja praznina, koje ima komplementarnu ulogu tamo gde je sporazum stranaka manljiv ili kao sredstvo supstitucije, koje ima supsidijarnu ulogu kada nema sporazuma stranaka o kompoziciji arbitražnog suda i proceduri koju će primeniti – videti Van den Berg – op. cit, str. 325.

²⁵ Predmet *Volt Information Sciences v. Board of Trustees of the Lealand Stanford Junior University*, 109 S. Ct. 1248 (1989).

²⁶ Predmeti *Ferrara S.p.A v. United Grain Growers Ltd.*, 441 F.Supp. (S.D.N.Y. 1977); *Joseph Muller A.G. v. Sigval Bergesen*, Yearbook of Commercial Arbitration, br. IX, 1984. Godina; *Fratelli Damiano s.n.c. v. August Tropfer & Co.*, Yearbook of Commercial Arbitration, 1984. godina.

šenju stranih arbitražnih odluka iz 1927. godine.²⁷ Prema ovoj konvenciji, izvršenje stranih arbitražnih odluka moglo je biti odbijeno ako je sastav arbitražnog suda ili arbitražna procedura bila u nesaglasnosti sa sporazumom stranaka i pravom mesta arbitraže. Ovo je bilo rešenje koje su kreatori Njujorške konvencije naročito želeli da prevaziđu kada su arbitražni sporazum učinili primarnim kriterijumom.²⁸

Autonomija stranaka ovako promovisana odredbom čl. V st. 1(d) može se ispoljavati u pogledu sastava arbitražnog suda i pravila arbitražne procedure sa onoliko detalja koliko stranke žele. Stranke se mogu opredeliti i za određeni sistem arbitražnih pravila – na primer, Arbitražna pravila UNCITRAL-a, koja ne samo da načelno podržavaju stranačku autonomiju volje, već i detaljno regulišu sastav arbitražnog suda (uključujući i situaciju kada jedna od stranaka propusti da imenuje svog arbitra) i obezbeđuju široku proceduralnu diskreciju arbitražnom sudu.²⁹

Dakle, budući da Njujorška konvencija daje primat autonomiji volje, stranke bi trebalo da to iskoriste predviđajući sa što je moguće više detalja pravila o sastavu arbitražnog suda i arbitražnoj proceduri. Međutim, pošto i *lex fori* ima određeni značaj prema odredbi čl. V st. 1(d), Konvencije, potrebna je opreznost prilikom selekcije mesta arbitraže. Stoga, stranke ne samo da bi trebalo da izbegnu izbor većeg broja mesta arbitraže, već bi, u meri u kojoj je to moguće, trebalo i da minimiziraju konflikt između *lex fori* i pravila o sastavu arbitražnog suda i arbitražnoj proceduri za čiju su se primenu opredelile. Konačno, ako stranke žele da izbegnu teškoće vezane za pregovaranje o konkretnim pravilima po kojima će se arbitraža sprovesti, najjednostavnije rešenje bilo bi da predvide primenu već postojećeg sistema arbitražnih pravila ili da organu imenovanja daju određena ovlašćenja u kreiranju pravila o sastavu arbitražnog suda i arbitražnoj proceduri koja će se primeniti u njihovoj arbitraži.

Odredba čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije može se instrumentalizovati i za stvaranje povoljnije klime za postizanje sporazuma o spajanju arbitražnih postupaka. Naime, jedna od taktika kojoj stranka koja nastoji da postigne spajanje može da pribegne u cilju navođenja ostalih da uzmu učešće u višestranačkoj arbitraži jeste unošenje u arbitražni sporazum odredbe da se ona odriče od prava na osporavanje arbitražne odluke pozivanjem na čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije. U tom slučaju, ako se arbitražna odluka donese na štetu stranke koja se odrekla

²⁷ 92 League of Nations Treaty Series 302, 1929/1930. godina.

²⁸ Videti Van den Beg – op. cit, str. 327.

²⁹ Videti Bernini, G. – *Arbitration in Multiparty Business Disputes*, Yearbook of Commercial Arbitration, br. V, 1980. godina, str. 291–293.

mogućnosti osporavanja, stranka koja zahteva njeno priznanje i izvršenje u inostranstvu moći će da se pozove na ovu odredbu arbitražnog sporazuma kao dokaz pristanka na konsolidaciju, pokazujući tako da se u nastaloj situaciji odredba čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije ne može primeniti. Međutim, ako se donese arbitražna odluka u korist stranke koja se odrekla prava na osporavanje, stranka koja zahteva odbijanje priznanja i izvršenja neće imati razloga da se poziva na odricanje, budući da bi to ojačalo argumente u korist priznanja i izvršenja.³⁰

Dakle, odricanje od prava na pozivanje na odredbu čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije može biti korisno sredstvo uticaja na druge učesnike transakcije, pa i sam arbitražni sud, da prihvate konsolidaciju. Na ovaj način može se indukovati pristanak svih stranaka na rešavanje višestranog spora u jedinstvenom postupku. Odricanje treba da potiče od stranke koja želi konsolidaciju i da bude upućeno strankama koje joj se inicijalno protive, i ono je uvek upereno u korist, a nikad na štetu ovih poslednjih, budući da njima ostaje na raspolaganju mogućnost pozivanja na odredbu čl. V st. 1(d) Njujorške konvencije.

Konačnost, poništenje i suspenzija arbitražne odluke

Peti osnov za odbijanje priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka, „da arbitražna odluka još uvek nije postala obavezujuća za stranke ili je poništena ili suspendovana“, u Zakonu o arbitraži RS regulisan je odredbom čl. 66. st. 1(5), dok je u Model zakonu i Njujorškoj konvenciji predviđen odredbama čl. 36. st. 1(a) (v), odnosno V st. 1(e).³¹

Što je veći broj stranaka u arbitražnom postupku, veća će biti i verovatnoća osporavanja arbitražne odluke po ovom osnovu, pri čemu su u višestranačkim situacijama moguća i višestruka osporavanja, bilo od strane jedne stranke ili više njih, čak i pred sudovima različitih država. Napadi na arbitražnu odluku tada se mogu zasnivati na jednom ili više osnova.

Osporavanje priznanja i izvršenja po ovom osnovu prema Njujorškoj konvenciji i Model zakonu može se zasnivati na merodavnom pravu za koje su se stranke opredelile ili pravu mesta donošenja arbitražne odluke. Tako se u jednom postupku pred holandskim sudom za izvršenje odluke donesene u Belgiji ali registrovane u Francuskoj i osporene pred francuskim sudom, pojavilo pitanje da

³⁰ Predmet *Burmah Oil Tankers Ltd. v. Marlucidez Armadora S.A.*, No. 80 Civ. 5324, (S.D.N.Y. 1981) Yearbook of Commercial Arbitration, br. VIII, 1983.

³¹ Ova odbrana od izvršenja korišćena je u predmetu *Fertilizer Corp. of India v. IDI Management, Inc.*, F.Supp. 948 (S.D. Ohio 1981).

li se odluka ima smatrati obavezujućom u Holandiji.³² Protivnik priznanja naveo je da postupak koji je bio u toku pred francuskim Apelacionim sudom ima suspenzivni efekat na izvršenje arbitražne odluke. Sud je zaista našao da odredba čl. 1486. francuskog Kodeksa civilne procedure predviđa da žalba pred sudom na čijem je području arbitražna odluka donesena odlaže izvršenje arbitražne odluke. Ipak, stranke nisu predvidele u svom arbitražnom sporazumu primenu francuskog procesnog prava, a prema spisima predmeta jasno je bilo da je arbitražna odluka donesena u Briselu. Iz tog razloga, prilikom odlučivanja o zahtevu za privremeno obustavljanje postupka priznanja i izvršenja arbitražne odluke, sud nije mogao stati na stanovište da arbitražna odluka ima nacionalnu pripadnost Francuske, usled čega bi došla u obzir primena prava ove zemlje.

Nije nezamislivo da se slične poteškoće pojave i u višestranačkim arbitražama koje se sprovode prema UNCITRAL-ovim arbitražnim propisima. Međutim, ovakvi problemi su u tom slučaju najčešće minimalni usled toga što ovi izvori sadrže detaljne odredbe o primeni pravila o sukobu zakona, kao i zato što odredba čl. 16. st. 4. Arbitražnih pravila UNCITRAL-a nedvosmisleno predviđa da se „arbitražna odluka ima doneti u mestu arbitraže.“

Arbitrabilnost rationae materiae

Dok razlozi za odbijanje priznanja i izvršenja o kojima je bilo reči u prethodnim redovima u centar pažnje stavljaju pravo koje su stranke izabrale ili pravo države u kojoj je arbitraža sprovedena, razlozi koji se tiču nearbitrabilnosti predmeta spora i povrede javnog poretka premeštaju fokus na pravo države u kojoj se priznanje i izvršenje arbitražne odluke zahteva. Ipak, pravo mesta arbitraže može biti indirektno relevantno i prilikom pozivanja na nearbitrabilnost, i to ako je odluku poništio državni sud zemlje u kojoj se nalazi mesto arbitraže zbog nearbitrabilnosti u pogledu predmeta spora prema odredbi čl. V st. 1(e) Njujorške konvencije, odnosno 36. st. 1(a)(v) Model zakona. Pod ovim ograničenim okolnostima, sud države u kojoj se traži priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke morao bi da odbije priznanje i izvršenje imajući u vidu pravo mesta arbitraže. U svim ostalim slučajevima, pak, odbijanje priznanja i izvršenja zbog nearbitrabilnosti predmeta spora biće zasnovano na pravu države u kojoj se priznanje i izvršenje arbitražne odluke zahteva.³³

³² Odluka Predsednika *Rechtbank of Zutphen* (Holandija), od 9. decembra 1981. godine, *Yearbook of Commercial Arbitration*, br. VIII, 1983. godina, str. 399 – 401.

³³ Videti odluku u predmetu *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*, 482 F.Supp. (D.D.C. 1980), poništenu odlukom 684 F.2d (D.C. Cir. 1981).

Propisi o arbitralnosti *rationae materiae* od velike su nacionalne važnosti. Oni se, naravno, razlikuju od jedne do druge države.³⁴ Međutim, prilikom pozivanja na nearbitralnost spora u cilju odbrane od priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke, sudovi najčešće usko tumače odredbe kojima je ovo pitanje regulisano, što je u skladu sa proarbitražnim intencijama kreatora odredaba relevantnih članova Njujorške konvencije i Model zakona.³⁵

Javni poredak

Odredbu o javnom poretku³⁶ kao mogućem osnovu odbrane od priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke, sadržanom u odredbi čl. 66. st. 2(2) Zakona o arbitraži RS, čl. V st. 2(b) Njujorške konvencije,³⁷ i čl. 36. st. 1(b)(ii) Model zakona, trebalo bi, takođe, interpretativno konstruisati uže u kontekstu međunarodne arbitraže u odnosu na njeno široko tumačenje u domaćim arbitražama. Kao što je već napomenuto, uži standard interpretacije primenjuje se i kada je reč o arbitralnosti *rationae materiae*, kao sredstvu odbrane od priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka. Arbitralnost se, prema nekim autorima, može, u stvari, tretirati i kao element javnog poretka kao šire kategorije.³⁸ U svakom slučaju, sudovi širom sveta jedinstveni su u stavu da odredbe o oba ova sredstva odbrane predviđena Njujorškom konvencijom i Model zakonom treba tumačiti usko.³⁹

U višestranačkom kontekstu, javni poredak, kao sredstvo odbrane od priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka, može se pokazati efikasnim u drža-

³⁴ Nearbitralni su, na primer, sporovi o zaštiti slobodne konkurencije, porodičnopravni sporovi, antidiskriminacioni sporovi i sl. – videti Van den Berg – op. cit, str. 369.

³⁵ U predmetu *Parsons*, sud je povukao razliku između domaćih i međunarodnih arbitražnih odluka na sledeći način: „Može biti da specijalne intencije i politika, koji se nalaze u osnovama istinski međunarodnog sporazuma... zahtevaju uže tumačenje nearbitralnosti u međunarodnom nego u domaćem kontekstu.“

³⁶ Javni poredak u arbitražnom pravu relevantan je u tri dimenzije: arbitražni ugovor, poništenje arbitražne odluke i priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke – videti Perović, S. – Javni poredak i arbitraža, Međunarodna privredna arbitraža – stanje i perspektive, Beograd, 1997. godina, str. 305.

³⁷ Ove odredbe predviđaju da se priznanje i izvršenje mogu odbiti ako nadležni sud nađe da bi oni bili „protivni javnom poretku države u kojoj se izvršenje traži...“

³⁸ Videti Van den Berg – op. cit, str. 360, gde autor iznosi stav da je opšte prihvaćeno da arbitralnost predstavlja element opšteg koncepta javnog poretka.

³⁹ Predmeti *Parsons*, *Sherk iShearson*, kao i predmet *M.A. McNulty v. Mc Mahon*, 482 U.S. L.Ed 2d, iz 1987. godine; *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. (1985), *iDeutsche Schachtel und Tiefbohrergesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co.*, (1987) 2 All ER 769.

vama koje su usvojile model zakon UNCITRAL-a protiv odluke koja je donesena u sledstvu prinudnog spajanja arbitražnih postupaka. Odluka stranog suda o prinudnoj konsolidaciji učinila bi arbitražnu odluku donesenu u jedinstvenom postupku neizvršivom u tim državama, ne samo zato što bi ona bila protivna sporazumu stranaka, već i zato što bi predstavljala povredu međunarodnog javnog poretka.

Potrebno je, ipak, primetiti da je svaka država koja je usvojila Model zakon slobodna da primeni svoj sopstveni koncept javnog poretka, kao osnova za odbijanje priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke.⁴⁰ Pritom, iako odredba čl. 36. st. 1(b)(ii) ne enumeriše konkretne elemente sadržine javnog poretka, mnogi sudovi tretiraju ovaj institut kao poslednju liniju odbrane pravičnosti i jednakosti u međunarodnom sistemu rešavanja sporova.⁴¹ U isto vreme, u skladu sa principom restriktivne primene osnova za odbijanje priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka, svojstvenom pravnim izvorima čiji je cilj šira primena arbitraže, čak i principi pravičnosti i jednakosti zahtevaju precizno određenje sadržine u međunarodnim arbitražama. Stoga, ni nacionalni standardi pravičnog suđenja ne mogu kontrolisati određivanje sadržine javnog poretka prema Njujorškoj konvenciji i Model zakonu. Potreba za striktnom konstrukcijom naročito je velika kada su odredbe tako široko formulisane kao one koje se odnose na javni poredak, i kada se nastoji da njihova primena bude zaista uniformna, a ne parohijalna.⁴²

Konačno, potrebno je uočiti još jednu razliku između odbrane po osnovu javnog poretka i arbitrabilnosti predmeta spora i odbrane zasnovane na drugom razlozima. Osnovna distinkcija sastoji se u tome što državni sud može načelno primeniti pravila o javnom poretku i arbitrabilnosti po sopstvenoj inicijativi, dok u slučajevima osporavanja po ostalim osnovima, stranke protiv kojih se priznanje i izvršenje traži moraju same isticati i dokazivati postojanje povrede. Mogućnost suda priznanja i izvršenja da po sopstvenoj inicijativi odbije priznanje i izvršenje arbitražne odluke iz razloga nearbitrabilnosti spora ili povrede javnog poretka,

⁴⁰ Videti komentar *Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Cal. W. Int'l L. J., br. 7, 1977. godina, str. 228 – 230, gde se citira Haight, G. – *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, U.S. Delegation Report, 1958. godina, str. 68. Videti i Aksen, G. – *American Arbitral Accession Arrives in the Age of Aquarius: United States Implements the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, S-W. Univ. L. Rev., br. 3, 1971. godina, str. 1 – 13. O sadržini javnog poretka videti Janičijević, D. – Javni poredak i izvršenje stranih arbitražnih odluka, STA Arbitraža, 2003. godina, str. 63 – 75.

⁴¹ Videti Komentar, op. cit, str. 250.

⁴² Videti. Gaja – *New York Convention*, 1980. godina.

prema nekim autorima, dodatno ukazuje na opravdanost podvođenja kriterijuma arbitrabilnosti pod domen javnog poretka.

ZAKLJUČAK

Zajedničko obeležje većine problema vezanih za učešće množine subjekata sa položajem stranke u arbitražnom postupku je činjenica da su ona toliko kompleksna da se za načinima njihovog razrešenja mora tragati na graničnim područjima arbitraže kakvu danas poznajemo, što naročito dolazi do izražaja kada arbitražnu odluku treba podvrgnuti proceduri priznanja i izvršenja.

Ukoliko stranke nameravaju da realizuju sve one prednosti koje rešavanje multilateralnih ili kompleksnih sporova u jedinstvenom formatu donosi, tj. da izbegnu rizik konfliktnih arbitražnih odluka, da obezbede učešće u jedinstvenom postupku svih onih subjekata koje transakcija pogađa i tako izbegnu vođenje nepotrebnih novih postupaka i da liše tužioca monopolskog položaja u pogledu određivanja ko će biti stranke arbitražnog postupka, i to bez opasnosti da arbitražnoj presudi bude uskraćeno priznanje i izvršenje, one arbitražnim sporazumom treba da predvide primenu onih instituta koji ostvarenje ovih ciljeva omogućavaju ili da se opredele za primenu onih arbitražnih pravila kojima su sva relevantna pitanja za njih na zadovoljavajući način rešena.

Različitost pravnih tradicija i nejednakost pozitivnopravnih sistema i dalje su faktori koje treba imati u vidu prilikom razmatranja pitanja vezanih za priznanje i izvršenje arbitražnih odluka donesenih u višestranačkim postupcima. Osim veoma uskog kruga osnovnih principa u pogledu kojih postoji široki međunarodni konsenzus, nacionalna zakonodavstva odlikuju se velikom šarolikošću, što za stranke u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži znači opasnost od neprijatnih iznenađenja.

Rešenje problema heterogenosti propisa trebalo bi tražiti u razvoju većeg broja univerzalnih principa, čija će se primena u internacionalnim arbitražama doživljavati kao dužnost i za koje će se smatrati da ih svi učesnici međunarodnog prometa poznaju i priznaju kada se saglašavaju na međunarodnu arbitražu, bez obzira na to iz koje države ili pravnog kruga potiču. Na taj način prevenirale bi se mnoge opasnosti koje vrebaju na putu priznanja i izvršenja arbitražnih odluka donesenih u višestranačkim arbitražama.

DEJAN JANIČIJEVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Niš

RECOGNITION OF FOREIGN MULTIPARTY ARBITRAL AWARDS

Summary

The principle objective of the New York Convention, as fundamental international legal source in the matter of recognition and enforcement of foreign arbitral awards, is to support the application of arbitration, but also to unify national enforcement and recognition regimes. The Convention does not explicitly regulate the enforcement and recognition of awards resulting from multiparty arbitration proceedings, hence leaving numerous complex issues inherent to this type of arbitration open. Therefore, when national courts encounter the problems of enforcement and recognition of such awards, in dealing with numerous problems inherent to the participation of multiple subjects in the arbitration proceedings, they need to create original interpretations of the Convention, applying their own concepts of justice and public policy. This paper represents the result of author's endeavors to analyze some of these problems critically and from different angles.

MARIJA KRVAVAC

DIREKTNI /SUPSTANCIJALNI METOD REGULISANJA UGOVORNIH ODNOSA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI

U V O D

Međunarodno privatnopravna regulativa uređuje situacije sa elementom inostranosti na direktan i indirektan način. Uzimajući u obzir svrhu materijal-nopravne regulative privatnopravni odnosi sa elementom inostranosti mogu biti regulisani kolizionim pravilima koja upućuju na pravo merodavno za određeno pitanje, bilo ono domaće ili strano, ili normama koje direktno uređuju određenu problematiku. Direktno, neposredno regulisanje postiže se utvrđivanjem nor-mi neposredne primene i posebnim materijalnim pravilima. Primena sistema na čiju merodavnost ukazuju unapred utvrđeni kriterijumi čini kolizioni metod, dok stvaranje posebnih materijalnih pravila za situacije sa elementom inostranosti predstavlja direktni, odnosno supstancijalni, metod regulisanja građanskih i tr-govinskih odnosa. Kolizione norme predstavljaju pravila o određivanju merodav-nog prava i osnovni instrument funkcionisanja indirektnog načina regulisanja, jedinstvenog u sistemu prava. Kada zakonodavac predvidi da je za ugovor me-rodavno pravo koje su izabrale stranke nadležan organ, u momentu primene na-cionalnih kolizionih normi, još uvek ne zna do kog prava one dovode, i koje je rešenje spora. Savremeno međunarodno privatno pravo u nekim situacijama ne-

Dr Marija Krvavac, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, sa privremenim sedi-štem u Kosovskoj Mitrovici.

sporno teži postavljanju "elestičnih" kolizionih pravila čija je svrha primena povoljnijeg prava i zaštita slabije strane ugovornice, veći obim delovanja stranačke autonomije volje. Umesto "slepog" kolizionog pravila koje je utvrđeno na generalan i apstraktan način za sve eventualne slučajeve određene vrste, koliziona norma dobija socijalnu dimenziju, pri čemu se vodi računa i o ostalim okolnostima predmeta u vezi sa drugim državama.

U pojedinim segmenatima građanskog i trgovinskog prava država direktno uređuje određene privatnopravne odnose sa elementom inostranosti, mimo kolizionih pravila, čime ih isključuje ili dupunjuje. Supstancijalni metod ima dužu tradiciju u odnosu na kolizioni, a pozitivan odnos preme direktnom metodu regulisanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti izražen je u međunarodnim sporazumima u konceptu jednakih pravila u državama ugovornicama, kao što je to slučaj sa ugovornim ili transportnim pravom. Takođe, evidentan je i značajan broj ugovora u procesu sveobuhvatne unifikacije meničnog i čekovnog prava, autorskog i prava industrijske svojine koji sadrže neposredna rešenja.

Norme neposredne primene

Koncept normi neposredne primene predstavlja izraz posebnog metoda regulisanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti i deo koncepta prinudnih normi *lex fori*. Francuski teoretičar Franceskakis ističe da propisi zakona koji zahtevaju trenutnu primenu, odnosno norme neposredne primene, spadaju u materijalnopravne norme *lex fori*. Njihova primena je obavezna na polju zaštite političkog, ekonomskog i društvenog stanja zemlje, nezavisno od toga da li se radi o unutrašnjem pravnom pitanju ili pitanju međunarodnog privatnog prava.¹ Pokušaji sadržinskog određenja normi neposredne primene u teoriji dovode do različitih definicija, prema kojim je reč o prinudnim materijalnim pravilima koje na eksplicitan ili na implicitan način određuju oblast svoje sopstvene primene, odnosno nameću svoju sopstvenu merodavnost bez posredovanja kolizione norme.² Uprkos razlikama u definisanju normi neposredne primene svima je zajedničko da su nezavisne od kolizionopravne tehnike regulisanja situacija sa elementom inostranosti i da se primenjuju na teritoriji određene države, kao imperativne norme. Reč je o propisima koji su suštinski značajni sa aspekta funkcionisanja dr-

¹ Franceskakis F., *La théorie du renvoi et lois conflits de systems en droit international privé*, 1958, 697.

² Bordaš B., *Sukob zakona kod ugovora o transferu tehnologije sa elementom inostranosti*, Novi Sad 1989, 149.

žave foruma³. Pravila neposredne primene donose se u istom zakonu sa kolizionim normama ili u posebnim propisima, ali nacionalna regulativa retko postavlja nedvosmislene kriterijume pomoću kojih bi sa sigurnošću znalo da se radi o normi neposredne primene tako da se njen prinudni karakter mora izvući iz same sadržine i svrhe. U Nacrtu srpskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu⁴ predlaže da ne daje definiciju norme neposredne primene, ali uređuje pitanje njene primene, za razliku od važećeg Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja⁵ koji ne sadrži opštu odredbu na osnovu koje bi nadležni sud bio ovlašćen da primenjuje domaće prinudne propise. Prema Nacrtu ZMPP:

“1. Norme neposredne primene prava Republike Srbije primenjuju se na sve slučajeve koji ulaze u njihovo polje primene bez obzira na pravo koje je inače merodavno.

2. Sud može primeniti ili uzeti u obzir norme neposredne primene druge države sa kojom je odnos blisko povezan.

3. Prilikom odlučivanja o primeni ili uzimanju u obzir normi iz st.2 ovog člana sud ceni njihovu prirodu i svrhu, kao i posledice njihove primene ili neprimene.”⁶

Iz toga proizilazi da srpski zakonodavac prihvata rešenje savremenog međunarodnog privatnog prava koje polazi od toga da će sud, ili drugi nadležan organ postupiti po nalogu zakonodavca i primeniti normu neposredne primene, ako je ona deo *lex fori*. Švajcarski zakonodavac predviđa da se imperativne norme švajcarskog prava zbog svog posebnog cilja imaju primeniti bez obzira na pravo merodavno, prema Zakonu o međunarodnom privatnom pravu (čl.18) Uobi-

³ Iz strane sudske prakse: Presuda BGH od 22. 06. 1972-II ZR 113/70 (Hamburg) Ugovorom opomorskom osiguranju robe koji za predmet ima izvoz kulturnog dobra iz jedne zemlje koja ovaj izvoz zabranjuje zbog zaštite svojih nacionalnih umetnina nisu povređeni predvidljivi interesi stranaka zbog povrede dobrih običaja”. Spor se ticao ugovora zaključenog između firme B&Co, u Nigeriji i osiguravajućeg društva u Nemačkoj o osiguranju transporta moremkoji se odnosio na prevoz tri sanduka sa umetničkim predmetima iz H. u Hamburg prema odgovarajućim opštim nemačkim uslovima osiguranja. Tužilac je zahtevao iz ustupljenog prava osiguranika naknadu štete zbog navodnog gubitka šest bronzanih figura. Tužena strana je osporavala da je E vlasnik osiguranika i da nije izdao punomoćje za ustupanje zahteva iz osiguranja. Bronzane figure uopšte nisu bile prevezene a ugovor o osiguranju bi bio nevažeći pošto osigurani prevoz krši nigerijsku zabranu izvoza umetničkih predmeta. Zaštićeni predmeti se podvrgavaju pod zabranu izvoza Nigerije kojom se ostvaruje zaštita njenog kulturnog dobra. (citirano prema Jakšić A., Đorđević S., Praktikum za MPP i Međunarodno građansko procesno pravo, Beograd 2004,129.).

⁴ www.mpravde.gov.rs

⁵ “Službeni list SFRJ”, br. 43/1982, sa ispravkama “Službeni list SFRJ”, br.72/82, “Službeni list SRJ”, br. 46/96, “Službeni glasnik RS” br.

⁶ Čl. 44 st. 1, 2 i 3. Nacrta ZMPP.

čajeno se polazi od stanovišta da se norme neporedne primene moraju primeniti i kada su deo merodavnog prava *lex causae* ili prava neke druge zemlje, ukoliko za to postoji interes domaće zemlje, bez obzira na to da li su javnopravne ili privatnopravne prirode.⁷Upućivanje kolizionog pravila nacionalnog prava ima se razumeti tako da ono obuhvata sva strana supstancijalna prava, i da, pritom, činjenica da pravilo merodavnog prava pripada javnom pravu nije od značaja.

Pravila o primeni normi neposredne primene domaći propisi vezuju za normiranje pojedinih situacija sa stranim elementom, kao što je to slučaj sa obaveznom primenom Zakona o stranim ulaganjima na svaki ugovor o ulaganju u domaća preduzeća, bez obzira na pravo merodavno na osnovu autonomije volje. Normama neposredne primene se uređuju značajni pravni odnosi sa međunarodnim obeležjem, kao što je režim stranih investicija, međunarodni transfer tehnologije, oblici privrednih kooperacija sa stranim pravnim subjektima, deviznopravni odnosi i dr.u okviru kojih se može postaviti pitanje njihove primene. Uslovi primene normi neposredne primene trećeg prava počivaju, u većini, na proceni sudije od slučaja do slučaja o tome da dati propis ili spor ostvaruje tesnu vezu sa zemljom koja je donela propis. Rimska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne odnose⁸ sadrži obaveštenja međunarodnim arbitrima na temelju kojih mogu da primene prinudne propise neke druge države sa čijim pravom činjenično stanje odražava bližu vezu, ako se i, u kojoj meri se prema pravu ove poslednje države takva pravila moraju primeniti, bez obzira na pravo merodavno za ugovor.

Propisi kojima se štite ekonomski interesi domaće države u poslovnom i platnom prometu sa inostranstvom odražavaju poseban interes države i govore u prilog njihove obavezne primene. Pozivanje na ovu vrstu propisa domaćeg zakonodavstva vrši se po pravilu u situacijama i kod radnji koje se odvijaju u preciznom pravnom okruženju. Briga o autonomnom privrednom razvoju domaće zemlje, zaštita domaćeg pravnog poretka leži u osnovi primene pravila neposredne primene.

Posebna supstancijalna pravila na međunarodnom nivou

Direktan, supstancijalni metod regulisanja na međunarodnom nivou počiva na utvrđivanju pravila koja izražavaju specifičnosti situacija sa međunarodnim obeležjem. Njima se odstupa od rešenja koja postoje za isključivo unutrašnje pravne odnose i stvaraju posebna pravila za međunarodne situacije. Reč je o

⁷ Sa aspekta teorije međunarodnog privatnog prava ova podela je bez značaja. Bliže Sajko K., Uloga javnog prava u MPP, PP br. 9-10, 1986, 406.

⁸ SL.L EZ, C 282 od 31.09.1980; V.čl. 7. Konvencije.

metodu koji se sve više razvija putem unifikacije i harmonizacije pojedinih delova građanskog i trgovačkog prava. U nastojanjima da se ujednače pravila materijalnog ugovornog prava (kao i u drugim pravnim oblastima) na međunarodnom nivou se izdvajaju različiti modeli i instrumenti unifikacije i harmonizacije prava. Nužnost ujednačavanja ugovornog prava proizašla je iz potrebe pravne sigurnosti, olakšavanja međunarodne trgovine, nesavršenosti *lex mercatoria*. Instrumenti unifikacije i harmonizacije kojim se postiže ujednačavanje ili usklađivanje pravnih normi u okviru jedne, ili više država su mnogobrojni i različiti. Izvanredno značajan proces međunarodne unifikacije ipak je još daleko od toga kada će eliminisati potrebu za međunarodnoprivatnopravnom problematikom, odnosno za kolizionim rešenjima.

U izvore posebnih materijalnih pravila za međunarodne situacije mogu se svrstati unutrašnji propisi, međunarodni ugovori i, u određenoj meri, sudska praksa.⁹ Međunarodni ugovori predstavljaju tradicionalni, najčešći instrument unifikacije i harmonizacije prava kojim države ostvaruju različite političke, ekonomske, pravne, kulturne i druge ciljeve.¹⁰ Države najčešće istupaju kroz međunarodne organizacije ali i kroz nevladine međunarodne organizacije, profesionalna udruženja trgovaca i pravnika. Međunarodni ugovor može da sadrži jednoobrazni zakon, kao poseban prilog koji su države članice u obavezi da unesu u unutrašnje zakonodavstvo (npr. Konvencija o jednoobraznom meničnom pravu iz 1931¹¹ i dr.) ili da sam tekst ugovora sadrži jednoobrazne odredbe koje se nakon ratifikacije primenjuju bez potrebe unošenja u nacionalno zakonodavstvo (npr. Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980, Konvencija o zastarelosti potraživanja u oblasti međunarodne prodaje robe iz 1971)¹² Polje primene međunarodnih ugovora u pravilu je ograničeno *rationae personae* i *rationae materiae* čime se isključuje određeni broj važnih pitanja. Osim toga, u slučajevima kada su ispunjeni uslovi za primenu konvencijskih odredbi to ne znači da će do nje i doći. Pokretanjem postupka u državi koja nije ratifikovala konvenciju (ili na drugi način izrazila pristanak na obavezivanje) primena konvencijskih pravila se može zaobići. U svim slučajevima kada nije moguće naći unifikovana međunarodna pravila meritornom rešavanju sporova prethodi rešavanje sukoba zakona u situacijama sa međunarodnim obeležjem. Brojne međunarodne konvencije na globalnom i regionalnom planu imaju za cilj ublažavanje različitosti nacional-

⁹ Sajko K., Međunarodno Privatno Pravo, Zagreb, 2005. 277.

¹⁰ Stanivuković M., Živković M., Međunarodno privatno pravo (opšti deo), Beograd, 58.

¹¹ "Službene novine Kraljevine Jugoslavije" br.24-IV, god. XVII-1935.

¹² "Službeni list SFRJ" - Međunarodni ugovori, br. 10/84; "Službeni list SFRJ" - Međunarodni ugovori, br. 5/78.

nih sistema i ispunjenje zahteva sudske prakse za jednakošću rešenja. Značaj konvencijskog prava nije rezultat samo velikog broja konvencija koje regulišu različita pravna pitanja, već isto tako i velikog broja država koje su ih prihvatile i na taj način, posredno ili neposredno, inkorporisale u svoj pravni sistem.

*Direktan način regulisanja ugovornih odnosa
sa elementom inostranosti*

Materija ugovornog prava regulisana je nacionalnim zakonodavstvom, međunarodnim ugovorima i u zemljama članicama Evropske unije, komunitarnim pravom, čiji izvori čine tzv. evropsko ugovorno pravo. Jedan od najznačajnijih međunarodnih pravnih instrumenata u oblasti supstancijalnog ugovornog prava predstavlja Konvencija UN o međunarodnoj prodaji robe (CISG) doneta 1980. godine u Beču¹³ u okvirima UNCITRAL-a. Konvencija predstavlja značajan izvor normi materijalnopravnog karaktera u oblasti prometa robe i usluga sa inostranstvom. Ona sadrži jedinstvena pravila u oblasti međunarodne prodaje robe a primenjuje se na trgovinske ugovore, ukoliko ugovorne strane ne odrede drugačije. Nesporno jedan od najznačajnijih međunarodnih ugovora, CISG je zaključen je na osnovu revidiranih haških konvencija-Haške konvencije o jednoobraznom zakonu o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari (ULIS) i Konvencije o jednoobraznom zakonu o zaključivanju ugovora o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari (ULFIS),¹⁴ koje su usvojene na diplomatskoj konferenciji u Hagu 1964. Uniformna pravila haških jednoobraznih zakona predstavljala su značajan put prevazilaženja razlika u nacionalnim pravima u domenu prodaje robe.¹⁵ Svrha Jednoobraznih zakona bila je kreiranje dispozitivnih pravila kojim će se "pomiriti" interesi prodavca i kupca. Oba dokumenta sadrže identične stavove iz kojih proizilazi da se ne pravi razlika između građanske i trgovačke kupoprodaje, i oba zakona će se primeniti bez obzira na trgovački ili građanski karakter ugovornih strana, odnosno ugovora. Donošenjem Bečke konvencije realizovana je ideja znamenitog teoretičara Rabela i njegovih istomišljenika stara pedeset godina o potrebi jedne univerzalne kodifikacije međunarodne prodaje robe.¹⁶

¹³ *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna 1980. Preuzeto : <http://www.un.org.uncitral> Ovu konvenciju je ratifikovala i naša zemlja "Službeni list SFRJ", D br. 10/847.

¹⁴ V.Todorović, *Trgovina i obligacije, Međunarodni ugovori* knj.5, t.I, Beograd 2000.

¹⁵ Videti Perović J., *Bitna povreda ugovora Međunarodna prodaja robe*, Beograd 2004, 21 (cit.)

¹⁶ *Ibid.*, 30.

Po čl. 1(1) Konvencija se primenjuje na ugovore o prodaji robe zaključene između stranaka koje imaju poslovno sedište na području različitih država: a) kad su to države ugovornice ili b) kad pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primenu prava jedne od država ugovornica. Odredba čl. 95. omogućuje državi članici da izjavi rezervu u pogledu tačke b). Takođe, Konvencija se primenjuje na ugovore o isporuci robe koja treba da se izradi ili proizvede, osim ako je strana koja je naručila robu preuzela obavezu da isporuči bitan deo materijala potrebnog za izradu ili proizvodnju (čl. 3 st. 1), kao i na ugovore u kojima se manji deo obaveza stranke koje isporučuju robu sastoji u obavljanju nekog rada ili pružanju usluga (čl. 3.st. 2). Pod robom se u skladu sa čl. 1 podrazumevaju samo pokretne telesne stvari, uz izuzetke po čl. 2 (roba koja je kupljena za ličnu ili porodičnu upotrebu ili za potrebe zajedničkog domaćinstva, osim ako prodavac bilo u koje vreme pre ili posle trenutka sklapanja ugovora nije znao niti je morao znati da se roba kupuje za takvu upotrebu; b) na javnoj dražbi, c) u slučaju zaplene ili nekog drugog postupka sudske vlasti, d) vrednosnih papira i novca, e) brodova, glisera sa vazдушnim jastukom i aviona, f) električne energije). Konvencija se ne primenjuje na odgovornost prodavca za smrt ili telesne povrede koje roba proizvodi bilo kom licu (čl. 5). Osim toga, Konvencija ne sadrži ograničenja *rationae personae* u pogledu državljanstva ili statusa stranaka tako da se primenjuje bez obzira na to jesu li stranke trgovci ili ne. Polje primene *rationae materiae* Konvencije odnosi se samo na sklapanje ugovora o prodaji i na prava i obaveze prodavca i kupca. Ukoliko sama Konvencija izričito drugačije ne određuje, njene odredbe se ne primenjuju na pitanje pravovaljanosti ugovora ili bilo koje od njegovih odredaba ili običaja, kao i na dejstvo koje bi ugovor mogao imati na svojinu prodane robe (čl. 4). Ugovorna volja stranaka ima prednost u odnosu na odredbe Konvencije koje imaju dispozitivan karakter, što znači da se stranama ugovornicama ostavlja sloboda da same odrede pravo i uslove koji će se primenjivati na ugovor, kao i da potpuno ili delimično, isključe primenu Konvencije u pogledu svog ugovornog odnosa. Time se potvrđuje princip slobode ugovaranja kao osnovni princip obligacionog prava usvojen u pravnim sistemima većine zemalja. Ukoliko bi, primera radi, u slučaju isključenja Konvencije za spor bio međunarodno nadležan srpski sud, merodavno pravo se utvrđuje po srpskom međunarodnom privatnom pravu, odnosno članu 19 ZRSZ, ako su stranke odredile merodavno pravo, a ukoliko to nisu učinile po članu 20. Koji upućuje na primenu merodavnog materijalnog ugovornog prava.

Strane ugovornice mogu predvideti primenu Konvencije i u slučaju kada nemaju poslovno sedište u državama ugovornicama i kada pravila međunarodnog privatnog prava ne ukazuju na primenu prava države ugovornice, samo ukoliko su konvencijske odredbe u skladu sa imperativnim normama merodavnog

prava (2a). Pored toga, stranke mogu predvideti primenu konvencijskih rešenja na ugovore o prodaji koji su izvan polja primene *rationae materiae* kao što su ugovori o prodaji brodova (čl. 2.e).

Konvencija se primenjuje na međunarodnu privrednu prodaju robe o čijem pojmovnom određenju nema definiciju.¹⁷ Naime, Konvencija ne definiše “prodaju” a značenje je moguće utvrditi tumačenjem njenih odredbi. Shodno konvencijskim načelima, pri tumačenju se mora imati na umu njen međunarodni karakter, i potreba da se unapredi jednakost primene konvencijskih odredbi kao i poštovanje savesnosti u međunarodnoj trgovini (čl. 7. st. 1). Konvencijski pojam robe odnosi se na pokretne stvari, što znači da nije obuhvaćena prodaja prava i nepokretnosti.

Popunjavanje praznina koje mogu da se jave unutar konvencijskog polja primene, odnosno pitanja koja se tiču materije uređene konvencijom a koja u njoj nisu izričito rešena podležu primeni opštih načela na kojima se temelji, ili pravu merodavnom na osnovu pravila međunarodnog privatnog prava (čl. 7. st. 2). Treba reći da u Konvenciji ima vrlo malo “opštih načela” tako da je ovaj nedostatak upotpunjen formulacijom “prema pravu merodavnom na osnovu pravila međunarodnog privatnog prava”.

Za punovažnost ugovora o prodaji konvencijske odredbe ne postavljaju zahtev u pogledu forme, pa ugovor ne mora biti zaključen niti potvrđen u pismenoj formi, niti podvrgnut bilo kojim drugim zahtevima u pogledu forme. On se može dokazivati na bilo koji način uključujući i svedoke, čime je dosledno usvojen princip konsensualnosti. Konvencija ne uređuje ni pitanje punovažnosti ugovora, niti ugovora u korist trećih lica već ih prepušta merodavnom domaćem pravu. Bečka konvencija uređuje veliki broj važnih pitanja koja proizilaze iz međunarodne privredne prodaje robe, ali ne predstavlja generalnu unifikaciju tako da pojedina pitanja kao što je zastarelost potraživanja, visina zateznih kamata, ostala nisu obuhvaćena ovim unifikatorskim dokumentom. Može se prihvatiti stanovište da materijalnopravne odredbe Konvencije predstavljaju kompromis između evropskog i anglosaksonskog prava tako da se stranke moraju upoznati ovaj sistem kako bi se opredelile za njega ili za neki drugi koji štiti njihove zajedničke interese. Danom stupanja na snagu Bečke Konvencije u našem pravu je stvorena tzv. dvojnost materijalnopravnog uređenja obligacionih odnosa, za uređenje odnosa u domaćem prometu roba i usluga i za uređenje spoljnotrgovinskih odnosa, odnosno trgovinskog prometa sa inostranim partnerima. Ovo zahteva pažnju i obzir od strane našeg zakonodavstva, sudova i arbitraže.

¹⁷ Draškić M., Stanivuković M., Ugovorno pravo međunarodne trgovine, Beograd 2005, 138.

Pitanje zastarelosti izaziva oprečna stanovišta u pogledu same pravne prirode, što dovodi do toga da se zastarelost u anglosaksonskim pravnim sistemima posmatra kao institut procesnog prava dok se u drugim nacionalnim pravima posmatra kao institut materijalnog prava. U uporednom pravu ne postoji ni saglasnost oko tačke vezivanja za merodavno pravo, dok naše pozitivno međunarodno privatno pravo zastarelost podvrgava pravu koje je merodavno za sadržinu pravnog odnosa ili pravne radnje povodom koje se pitanje zastarelosti postavlja.¹⁸ Takođe, naša zemlja je jedna od ugovornica Konvencije o zastarelosti potraživanja u oblasti međunarodne kupoprodaje robe.¹⁹ Prema Konvenciji, u situacijama kada se sedište prodavca i kupca nalaze u različitim zemljama ugovornicama, ili kolizivne norme foruma vode primeni prava zemlje ugovornice, sudovi će umesto nacionalnih pravila o roku zastarelosti primeniti konvencijski rok od četiri godine.²⁰

Direktan metod regulisanja ugovora u oblasti međunarodnog prevoza

Poseban značaj za razvoj međunarodne trgovine ima efikasan prevoz robe i putnika. Uprkos tome što je sloboda ugovaranja kod ovih pravnih poslova značajno ograničena broj međunarodnih ugovora u oblasti međunarodnog prevoza nije zanemarljiv. Strane ugovornice mogu da se sporazumeju o uslovima prevoza samo u skladu sa odredbama domaćih propisa i međunarodnih sporazuma, a stranačka autonomija volje je posebno ograničena u pogledu odgovornosti prevoznika. Konvencijske odredbe u oblasti međunarodnog prevoza imaju imperativan karakter i na jedinstven način uređuju osnovna pitanja ugovora u oblasti drumskog, železničkog, vazdušnog i poštanskog saobraćaja. Materijalnopravne odredbe konvencija u oblasti međunarodnog prevoza imaju ulogu specijalnog zakona koji može biti uklonjen samo posebnim ugovornim odredbama ili drugačijom izjavom volje stranaka. Odredbe imaju karakter specijalnih pravila koja se primenjuju namesto unutrašnjih dispozitivnih propisa u ovim oblastima. Do sukoba zakona može doći samo u onom delu koji nije voljom stranaka materijalno-pravnog karaktera zaobiđen, ili ako je izabrano merodavno pravo zemlje koja nije ratifikovala konvencije u oblasti međunarodnog transporta.

¹⁸ Član 162 d) nacрта ZMPP.

¹⁹ "Službeni list SFRJ" - Međunarodni ugovori 5/78; Preuzeto: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html.

²⁰ Iz domaće sudske prakse: Vrhovni sud Srbije, Prev. 27/2003 od 30.januara 2004.

Ugovori o prevozu putnika prtljaga i robe sa elementom inostranosti regulisani su Konvencijama Ekonomske komisije UN za Evropu²¹ koja predstavlja jednu od regionalnih komisija UN sa ciljem razvijanja privredne saradnje između država članica. U oblasti *međunarodnog drumskog prevoza* Komisija je usvojila Konvenciju o ugovoru o međunarodnom drumskom prevozu putnika i prtljaga (CVR)²² 1973.; Konvenciju o ugovoru za međunarodni prevoz robe drumom (CMR²³) iz 1956. i Protokol uz Konvenciju. CVR konvencija se primenjuje na sve ugovore o prevozu putnika, a u skladu sa konkretnim slučajem njihovog prtljaga, drumskim vozilima kada je u ugovoru predviđeno da se prevoz vrši na teritoriji najmanje dve zemlje, i da se polazište i odredište ili pak i jedno i drugo, nalaze na teritoriji jedne od država ugovornica bez obzira na to gde se nalazi sedište ili kojeg su državljanstva strane ugovornice (čl. 1). CMR Konvencija ima osnovni cilj da ujednači, u što je moguće većoj meri, propise u međunarodnom drumskom saobraćaju, uvođenjem jedinstvenog tovarnog lista u drumskom saobraćaju. Konvencija je pretrpela izmene u pogledu obračunske jedinice limita odgovornosti drumskog prevozioca za štetu u prevozu. One sadrže materijalnopravne odredbe kojima se utvrđuju prava i obaveze ugovornih strana, nadležnost sudova u rešavanju sporova, priznanje sudskih odluka. Pojam ugovora o prevozu se proširuje tako da se ima smatrati da odredbe konvencije CMR obuhvataju sve prevoze na teritoriji jedne zemlje, ako su sedišta korisnika prevoza u raznim zemljama, s tim što stranke mogu drugačije ugovarati. Konvencija isključuje autonomiju volje stranaka, što znači da stranke ne mogu da ugovore niti materijalne klauzule, niti da izvrše izbor merodavnog prava ako se na taj način odstupa od pravila konvencije. Izuzetak je predviđen u čl. 37. i 38. koji se odnose uglavnom na povraćaj naknade koju je isplatio prevoznik, i od kojih se može odstupiti.²⁴

Jedan od najpotpunije regulisanih privrednih poslova predstavlja *Međunarodni železnički transport*, čija pravila su do te mere ujednačena da se može govoriti o uniformnom pravu u toj materiji. Železničko transportno pravo na međunarodnom nivou čine Konvencija o međunarodnom prevozu železnicom

²¹ United Nations Economic Commission for Europe <http://www.unece.org>.

²² "Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 8/77. Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road od 1. March 1973; Protocol to the Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road od 5. July 1978.

²³ "Službeni list FNRJ" Dodatak br. 11/1958. *Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road 19 may 1956. And Protocol on the Contract for the International Carriage of Goods by Roads 5 July 1978.*

²⁴ Bliže Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2007, 408.

(COTIF) iz 1980²⁵ i prilozi : Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom železničkom prevozu putnika i prtljaga (CIV) i Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom prevozu robe železnicom (CIM),²⁶ kao i Uredba o međunarodnom prevozu opasne robe, zaključene u Bernu. Konvencija je izmenjena Protokolom iz Vilnusa 1999. i dopunjena priložima, kojim su Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom prevozu robe železnicom usklađuju sa propisima u drugim oblicima prevoza, kako bi se postigla liberalizacija i modernizacija propisa o prevozu putnika železnicom. Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom železničkom prevozu putnika i prtljaga se primenjuju na sve oblike prevoza putnika i prtljaga, uključujući i motorna vozila, kada je prevoznim dokumentima predviđeno da se prevoz vrši na teritoriji najmanje dve zemlje. Konvencije CIM i CIV sadrže i koliziona pravila koja upućuju na merodavno pravo “u kojoj imalac ostvaruje svoja prava”, a u slučaju da se ne mogu primeniti ni koliziona ni unifikovana pravila konvencije merodavan je stranački izbor nadležnog prava, odnosno pravo zemlje gde se u vreme prijeme ponude nalazilo sedište prevozioca, ukoliko ne postoji pravo u bližoj vezi.

Međunarodni vazdušni prevoz podrazumeva prevoz vazduhoplovom kod koga se, prema ugovoru o prevozu mesto polaska i mesto opredeljenja nalaze na teritorijama dveju država.²⁷ Na međunarodnom planu ovaj posao je uređen konvencijama, među kojima je najznačajnija Varšavska Konvencija o izjednačenju izvesnih propisa o međunarodnom vazdušnom prevozu²⁸ iz 1929. koja je kasnije izmenjena, odnosno prilagođavana promenjenim društvenim okolnostima. Konvencija se primenjuje na međunarodni saobraćaj putnika, prtljaga robe koji se vrši vazduhoplovima uz naknadu ili po osnovu zakupa, kao i na besplatan prevoz vazduhoplovima. Konvencija sadrži i kolizionu normu u pogledu procene grešaka usled koje je nastupila šteta koja upućuje na primenu prava zemlje *sua-lex fori*. Gvadalaharskom konvencijom²⁹ iz 1961. godine, odnosno drugom revizijom Varšavske konvencije, izmenjen je status ugovornog i faktičkog prevozioca u pravcu izjednačavanja njihovog položaja i pružanja veće pravne zaštite korisnicima vazdušnog prevoza.³⁰ Gvatemalski protokolom iz 1971. značajno je povećan

²⁵ “Službeni list SFRJ” Dodatak br. 12/63 i 8/84.

²⁶ “Službeni list FNRJ”, Dodatak br. XI /1955.

²⁷ Vasiljević M., Poslovno pravo, Beograd, 1999, 570.

²⁸ “Službene novine KJ, br. 124/1931;” “Službeni list FNRJ” - dodatak br. 6/1959; “Službeni list SFRJ” - Međunarodni ugovori, br. 1/1978.

²⁹ “Službeni list SFRJ” – Međunarodni ugovori, br. 3/1978.

³⁰ “Službeni list FNRJ”, D br. 6/59.

limit odgovornosti prevoznika u prevozu putnika, dok se Montrealski protokoli iz 1975. odnose na izmenu obračunske jedinice.

Proces međunarodne unifikacije pomorskog prava se povezuje sa radom brojnih međunarodnih organizacija, posebno onih osnovanih isključivo sa ciljem unapređenja i izjednačavanja pomorskog prava. Sa aspekta interesa subjekata pomorskih transakcija središnje mesto pripada međunarodnim konvencijama kojima se unifikuje pomorsko pravo ugovornih i vanugovornih odnosa. Međunarodni pomorski prevoz regulisan je međunarodnom konvencijom o izjednačavanju izvesnih pravila o teretnici (Briselska konvencija)³¹ iz 1924. i Protokolima uz Konvenciju (Protokol iz 1968 i Protokol iz 1979. o izmeni međunarodne konvencije za izjednačavanje nekih pravila o teretnici). Konvencija je poznata pod nazivom Haška pravila o konosmanu koja su preuzela načela *Harter Acta* iz 1893. donetih u SAD. Konvenciju su potpisale većina značajnih pomorskih država. Njima se uređuje odgovornost prevoznika za štetu nastalu usled nepodobnosti broda za plovību morem, i predviđeni brojni izuzeci od opšteg pravila odgovornosti prevoznika. U pogledu prava merodavnog za rešenje konkretnog spora nastalog iz ugovora o prevozu prema Konvenciji, u prvom redu će se primeniti pravo one zemlje na koje su se stranke izričito pozvale u ugovoru prilikom zaključenja. Uobičajeno je da čarteri i konosmani sadrže takve odredbe. U nedostatku kolizione autonomije volje volja stranaka se procenjuje iz teksta ugovora i ostalih okolnosti, i ukoliko se ni na taj način ne može odrediti merodavno pravo primenjuje se zakon zastave broda (*lex banderae.*) Na diplomatskoj konferenciji u Hamburgu 1978. godine doneta je Konvencija UN o prevozu robe morem (*Hamburška pravila*) kojom se uspostavlja jedinstven pravni režim koji reguliše prava i obaveze prevoznika i naručioca prevoza. Prevoznik je odgovoran za štetu nastalu na robu u periodu dok traje prevoz, osim ako ne dokaže da je preduzeo sve neophodne mere kako bi izbegao štetu ili gubitak. Hamburškim pravilima je odgovornost prevoznika propširena a odnosi se i na nove tehnologije, praktične problem koje je prouzrokovao prevoznik kao i štetu nastalu kašnjenjem. Dve ranije Briselske konvencije (1961. i 1967.) objedinjene su Konvencijom o prevozu putnika i prtljaga morem donetoj u Atini 1974.³² Njome se uređuje odgovornost za štetu koju je pretrpeo putnik u pomorskom prevozu. Predviđena je odgovornost prevoznika ukoliko se slučaj odigrao u toku trajanja prevoza i nastao kao posledica krivice ili nepažnje prevoznika. Protokolom iz 2002. uvedeno je obavezno osiguranje putni-

³¹ "Službeni list FNRJ", br. 7/1959. *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading "Hague Rules"*, 25. August 1924.

³² *Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage by Sea, 1974 and Protocols of 1976 and 1990.*

ka na brodu i povećan iznos limita odgovornosti. Prihvaćen je sistem objektivne odgovornosti, a prevoznik je u obavezi da plati osiguranje koje će pokriti oštetni zahtev. Važnost širokog područja međunarodnog pomorskog prava umanjuje činjenica da pojedine važne pomorske države još uvek, u pravilu, primenjuju svoje, nacionalno pomorsko pravo (npr. Japan) .

U okviru Ekonomske Komisije za Evropu doneta je u oblasti prevoza unutrašnjim vodenim tokovima Konvencija o ugovorima o međunarodnom prevozu putnika i prtljaga unutrašnjim vodenim tokovima (CVN)³³ 1976. koja zbog malog broja država potpisnica nije stupila na snagu.

UNIDROA načela međunarodnih trgovačkih ugovora

Uporedo sa kolizionim metodom regulisanja ugovornih odnos sa elementom inostranosti niz organizacija i udruženja na međunarodnom nivou nastoje da uslove poslovanja sa inostranstvom i ugovorno pravo u širem ili užem obimu obuhvate jedinstvenim pravilima. Izuzetno značajan učinak na tom polju je ostvario Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) međunarodna organizacija sa sedištem u Rimu koja je osnovana 1926³⁴. godine kao pomoćni organ Društva naroda. Posle transformacije sprovedene 1940.god. UNIDROIT je uspostavio današnji oblik i strukturu nezavisne, međunarodne, vladine organizacije. Cilj ove organizacije je unifikacija i harmonizacija privatnog prava država koje su njene članice. Institut je ograničio svoj rad na unifikaciju materijalnog pravila privatnog prava, dok su pitanja sukoba zakona i sukoba jurisdikcija ostavljena Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo. Pored niza nacrtana konvencija, koje su kasnije usvojene na diplomatskim konferencijama, u okviru ove organizacije su sastavljena Načela međunarodnih trgovačkih ugovora,(1994), kao rezultat potrebe za stvaranjem modernih jednoobraznih pravila opšteg ugovornog prava.³⁵ Svrhu svog postojanja UNIDROA ispunjava pripremanjem međunarodnih ugovora, model zakona, zakonodavnih vodiča i Načela. Od kada su objavljena 1994. godine Načela međunarodnih trgovačkih ugovora su široko u upotrebi. Polazeći od ideje stvaranja kodifikovanog međunarodnog trgovačkog

³³ *Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Inland Waterway (CVN) of 6 february 1976 and Protocol to the Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Inland Waterway of 5 july 1978.*

³⁴ International Institute for the Unification of Private Law-UNIDROIT <http://www.unidroit.org>.

³⁵ *Principles of International Commercial Contracts*, UNIDROIT, Rome 1994, izmenjeni i dopunjeni 2004.

prava prilikom izrade Načela uzeta su u obzir rešenja Američkog jednoobraznog zakonika, Američkih reseitmenta ugovornog prava, Bečke konvenciju, Građanski zakonik Kvebeka, Incoterms klauzule i dr. Nakon iscrpnog rada stvoren je neobavezujući pravni akt pod nazivom Načela međunarodnih trgovačkih ugovora, koja su 2004. pretrpela izmene. U Preambuli Načela iz 1994. navodi se da se primenjuju na međunarodne trgovačke ugovore ako su ih stranke ugovorile a mogu se primeniti ako su stranke ugovorile primenu opštih pravnih načela, *lex mercatorie* i sl.

UNIDROA Načela predviđaju da se mogu primeniti u sudskim ili arbitražnim postupcima kada se ugovorne strane sporazumeju o primeni "opštih principa prava" kao merodavnog prava, ili o primeni *lex mercatoria* kao i u postupku tumačenja i izmene međunarodnog i nacionalnog prava.³⁶ UNIDROA načela sadrže uniformna materijalnoppravna pravila i nekoliko uniformnih pravila o sukobu zakona, koja nemaju zakonodavni karakter. Kao izraz napora za obezbeđivanje međunarodne harmonije u odlučivanju UNIDROA Načela predstavljaju nov pristup međunarodnom trgovinskom pravu. Publikovani su u vidu zbornika a Institut je preporučio njihovu primenu u praksi.³⁷ Načela sadrže opšte odredbe koje se tiču; nastanka ugovora i ovlašćenja zastupnika; punovažnosti ugovora; tumačenja ugovora; sadržine ugovora i prava trećih lica; ispunjenja ugovora; neispunjenja ugovora, prava na ispunjenje, otkazivanja ugovora i šteta; poravnanja; ustupanja prava, ustupanja obaveza i ustupanja ugovora; i rok zastarelosti. U velikom broju međunarodnih trgovinskih ugovora strane ugovornice utvrđuju odredbe Načela kao pravo koje će biti merodavno za slučaj spora. Odredbe Načela čine deo autonomnog trgovačkog prava tako da predstavljaju dopunu konkretnih ugovora.

Načela su dopunjena 2004. godine tako da postoje i dodatna pitanja kojih nije bilo u osnovnom tekstu. U poglavlju koje sadrži opšte odredbe utvrđene su definicije najvažnijih pojmova, slobode ugovaranja, forme, obaveznosti, izmena i tumačenja ugovora kao i primene načela savesnosti i poštenja. Poglavlje koje uređuje zaključenje ugovora detaljno razrađuje načine zaključenja, odnosno pitanje prihvata ponude i njenog povlačenja, opoziva, odbijanja ponude, tipskih klauzula i neuobičajenih odredaba i njihovom tumačenju. Odredbe koje definišu punovažnost ugovora za zaključenje, izmenu ili raskid prihvataju prost sporazum ugovornih strana. Pored toga, Načela definišu i zabludu, prevaru, i njihov uticaj na punovažnost ugovora. U pogledu tumačenja Načela prihvataju tumačenje shodno

³⁶ Stanivuković M., Primena Načela međunarodnih trgovinskih ugovora (UNIDROIT) u postupku pred arbitražom, PP br. 5-8/99, 422-432.

³⁷ Bliže Hartkamp A., Principles of Contract Law, Towards a European Civil Code, Kluwer Law International, 1998, 105.

zajedničkoj nameri stranaka. Posebnu pažnja posvećena je sadržini ugovora tako što se pravi razlika između obligacije cilja i obligacija sredstava, s obzirom na to da li dužnik mora da obezbedi postizanje određenog cilja, odnosno tačno određeni rezultat, ili je obavezan da izvrši činidbu sa dužnom pažnjom razumnog lica.³⁸ Načela uređuju i pitanje vremena i mesta izvršenja ugovora, kao i izvršavanje novčanih obaveza. U pogledu neizvršenja ugovora, utvrđuje se šta se ima smatrati neizvršenjem, manjkavim izvršenjem i zadocnjenjem sa izvršenjem ugovora. U skladu sa tim predviđena je naknada štete za sve oblike neizvršenja ugovora, i detaljno uređenje pitanja dokazivanja štete, kamata i valuta.

Novi tekst Načela dopunjen je odredbama koje se odnose na zastupanje, ustupanje prava kao i na pitanje zastarelosti.³⁹ Dodato je 65 novih odredaba, mada su izmene neznatne tako da se ne bi mogle smatrati revizijom međunarodnog ugovora. Analizu bi svakako zahtevao pojam "nerazumne primene" iz čl. 1.9 u vezi sa kojim službeni komentar prihvata da razlozi za takvu primenu leže u određenim uslovima, prema kojim jedna ili obe ugovorne strane posluju i/ili netipičnoj prirodi transakcija.

Već je rečeno da je cilj Načela da se stvore pravila koja će se primenjivati širom sveta bez obzira na pravnu tradiciju, ekonomske kao i političke uslove različitih zemalja. Međunarodni karakter Načela istaknut je u komentarima uz pojedine odredbe, u skladu sa kojim će se Načela uzdržavati od upućivanja na nacionalna zakonodavstva u cilju objašnjavanja porekla i argumentacije ponuđenog rešenja.

ZAKLJUČAK

Neposredno regulisanje svih privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti na međunarodnom planu predstavlja još uvek utopiju i teško ostvarljiv cilj. S druge strane, niz organizacija i udruženja čine pokušaje na profesionalnom, privrednom, regionalnom i globalnom, međunarodnom nivou da se uslovi poslovanja sa inostranstvom i ugovorno pravo obuhvate jedinstvenim pravilima.

Zbog internacionalizacije prometa robe i usluga ugovorni odnosi su i činjenično i pravno povezani s najmanje dve države, i na tom području je uvek prisutna tendencija ujednačavanja ugovornih pravila. I pored intenzivne unifikacije i harmonizacije ugovornog prava još uvek postoje razlike u nacionalnim ugovornim pravima što stvara nesigurnost i nepredvidivost rešenja. Postojanje opšteg ugovornog prava bilo bi za učesnike ugovornih transakcija i događaja optimal-

³⁸ Bliže Perović J., nav. delo, 43 i dalje.

³⁹ Bliže Vilus J., UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora, Beograd, PŽ br.11/2005, 460 i dalje.

no rešenje. Uniformnost rešenja pomaže uspešnom razvijanju međunarodnih trgovačkih odnosa time što učesnicima unapred pruža jasnu sliku o njihovim pravima i obavezama. Opšte ugovorno pravo ne postoji ali se unifikacijom pojedinih segmenata ugovornog odnosa ono unapređuje, ujednačava i na taj način utiče na rešenja nacionalnog prava. Autonomija volje nije eliminisana, već dobija na raznovrsnosti. Ugovori su jedna od najznačajnijih poluga privrednog razvoja svih zemalja. Ujednačeno materijalno pravo u znatnoj meri isključuje kolizionopravni metod, ali konvencijsko pravo ne može u potpunosti zameniti i isključiti problem sukoba zakona, imajući u vidu da polje primene konvencija ograničeno pa nužno dolazi do upućivanja na nacionalno pravo. Kombinacija metoda međunarodnog privatnog prava u rešavanju privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti čini se najpogodnijom.

MARIJA KRVAVAC, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law University Prishtina,
Kosovska Mitrovica

CONTRIBUTION TO A MORE COMPLETE DEFINITION OF TERMS IN THE WORKING DRAFT OF THE CIVIL CODE OF SERBIA

Summary

Due to the internationalization of contract relations are factually and legally connected with two or more States, that is to say, with different legal system. They are by their nature international. That is why from its very beginning a development of contract law has been followed by tendency of international unification. Despite intensive international unification during the last years differences in national contract laws are still present. Therefore while deciding in contract disputes judges and arbitros usually face the problem of conflict of laws.

Determination of uniform contract law should consider both international and domestic elements as well as numbers of other elements considered in trade transactions that influences development of international trade relations. Collision method as an international private law mechanism always results in a state law. Contrary, direct method of international private law in contracts manifest its self through unification and harmonization in both civil and trade law. Unification process appears through creating of commercial systems and special contractual techniques and provisions.

CISG provides a uniform text of law for international sale of goods. It is adopted by almost all countries with which Serbia is intensively trading. The most important areas and subjects of international harmonization and unification which has been treated by UNIDROIT are international sale of goods, transport, liability, agencies ect.

RADOSVETA VASSILEVA

CONTRACT LAW AND THE SOCIAL CONTRACT: RETHINKING LAW REFORM IN THE FIELD OF CONTRACT LAW FROM THE PERSPECTIVE OF SOCIAL CONTRACT THEORY

I. INTRODUCTION

Recently, a number of EU jurisdictions have embarked upon landmark reforms of their laws of obligations, albeit to a different extent and in a different form.¹ Hungary, for instance, enacted a new civil code in 2013 (Hungarian Act V of 2013).² The UK enacted its Consumer Rights Act 2015 which introduced significant changes to its consumer law and which entered into force on October 1st, 2015. After decades of fierce debate,³ France overhauled its law of obligations with *Ordonnance n° 2016131 of 10 February 2016*. The aforementioned legislation enacted the ‘controversial,’ from a French perspective, concept of *imprévision*⁴

Dr. Radosveta Vassileva Teaching Fellow at the Faculty of Laws of University College London (UCL), the UK.

¹ Note there was a prior surge in law reforms in the 1990s: former-communist countries, which are now part of the EU, modified their legislation to adapt it to a market economy post-1989, the Netherlands implemented a new civil code in 1992, Germany amended its *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) in 2001, etc.

² It replaced the Hungarian Act no IV of 1959.

³ It is not thus surprising that France implemented the reform via an *ordonnance* as this special piece of legislation does not pass through Parliament.

⁴ French courts have been long divided about the merits of this principle which allows the modification or termination of agreements when performance becomes excessively onerous through no fault of either party due to unforeseeable events. In the leading decision *Canal de Craponne*

but attempted to delete⁵ cherished notions of French law such as the cause (basis of contract) which has been embraced by many jurisdictions which built their law of obligations on the basis of the Code civil. It is also worth mentioning that these changes have occurred in the context of a largely stagnated attempt by EU institutions to harmonize the law of obligations of EU Member States by introducing common principles.⁶

As Serbia is on the verge of implementing a large-scale reform in its law of obligations—Book II of the draft proposal for a civil code put forward in 2014 purports to introduce ‘significant’ changes to the current legislative framework,⁷ it seems interesting, from a comparative perspective, to consider to what extent Serbia can benefit from the experience of others, having in mind that there are some negative lessons to be learned as well. Notably, when one examines the evolution of debates regarding both recent national and supranational initiatives for law reform, one notes a key similarity. Law reform is persistently portrayed as a technical matter involving two decisions: 1) what instrument should we use? 2) which are the better principles to include in that instrument? To illustrate, the European Commission has been traditionally preoccupied with the form that harmonization of the law of obligations in the EU should take.⁸ Moreover, it con-

(1876), the Cour de cassation held that courts, no matter how equitable it seemed, could not consider the time and circumstances in order to modify agreements between parties and substitute freely negotiated clauses with new ones. Contrast with the approach of French judges to onerous performance in administrative contracts: with its arrêt *Gaz de Bordeaux* (1916), the Conseil d’Etat decided that the city of Bordeaux owed an indemnity to a concessioner which maintained the public lights in the city because the price of coal had increased five times since the time of entry, the price in the contract was no longer relevant to the new circumstances, and the change could not have been foreseen. See Yves Lequette, François Terré and Henri Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* (12 edn, Dalloz Bibliothèque 2008) 183-92.

⁵ While the ordonnance removed the explicit references to the cause, the principle seems to have remained in spirit: for instance, the new article 1128 defines ‘licit content’ as a condition of validity of contract and the new article 1169 voids agreements in case counter-performance is ‘illusory’ or ‘derisory.’

⁶ For the past 30 years EU scholars and politicians alike have debated the merits of harmonization. While once the European Commission even considered the idea of implementing a European Civil Code, the initiative at this point is confined to piecemeal consumer directives. For an overview of the development of the initiative, see Chapter 1 in Radosveta Vassileva, ‘Change of Economic Circumstances in Bulgarian and English Law. What Lessons for the Harmonization of Contract Law in the European Union?’ (Doctoral Thesis, University College London 2016).

⁷ See the introduction to Book II of the proposal.

⁸ In 2009 the Commission published the so-called Draft Common Frame of Reference (DCFR) which has the scope and purpose of a civil code. In 2010, it published a green paper proposing seven options for DCFR’s future among which a regulation on a European Civil Code, a regulation on European Contract Law, a toolbox, etc.; The text has remained an academic undertaking;

sistently calls for the selection of the common, better, balanced and simple legal principles.⁹ One could observe somewhat similar concerns in France regarding the choice of principles—French scholarship was so divided about the merits of *l'imprévision*,¹⁰ that it is not surprising that the French President opted to implement the reform via an *ordonnance*, as mentioned above, possibly to preclude such dead-end debates from continuing in Parliament.

Without underestimating the importance of discussing technical matters, it is relevant to stress that immersed in discussions over wordings and necessity of specific principles, commentators often ignore deeper questions—this issue has already been raised by some academics particularly in light of the on-going initiative to implement common principles of the law of obligations in the EU. It has already been asserted that the rule-based approach to drafting harmonization instruments lies on the assumption that ‘common rules equate with common solutions to legal problems,’ thus ignoring context and the values these rules incarnate.¹¹ Moreover, it has been emphasized that the fact that a common core of European private law exists does not imply the superiority of that solution: the choice of rules depends on whether one adopts efficiency or morality as a guiding principle.¹² Yet, others have underlined that selecting principles of contract law for the EU involves political choices¹³ and that principles could be qualified as ‘leftist’ if they promoted solidarity (altruism) and ‘rightist’ if they promoted autonomy.¹⁴

Subsequent debates involve the choice between directives which have to be transposed and regulations which are immediately applicable in Member States.

⁹ In its 2003 Communication, the Commission emphasizes with regard to the then future Common Frame of Reference: ‘Advantage should be taken of existing national legal orders in order to find possible common denominators, to develop common principles and, where appropriate, to identify best solutions,’ COM(2003) 68 final, page 17; In the Common European Sales Law (CESL) proposal, the Commission also maintains that CESL ‘should identify well -balanced solutions,’ COM(2011) 635 final, page 21; In the recent proposals for directives on contracts for the supply of digital content and contracts for the online and other distance sales of goods, the Commission emphasizes the necessity of ‘simple and modern rules,’ COM(2015) 634 final, page 6 and COM(2015) 635 final, page 8.

¹⁰ This is particularly evidenced by prior scholarly initiatives for the recodification of the French law of obligations. The *avant-projet Catala* (2005) does not accord the judge the right to modify agreements in case of impracticability while the *avant-projet Terré* (2009) does.

¹¹ Lucinda Miller, ‘Specific Performance in the Common and Civil Law’ in Paula Giliker (ed), *Re-examining Contract and Unjust Enrichment* (Nijhoff 2007) 285.

¹² Jan Smits, ‘European Private Law and the Comparative Method’ in Christian Twigg-Flesner (ed), *The Cambridge Companion to European Union Private Law* (CUP 2010) 36.

¹³ Martijn Hesselink, ‘Five Political Ideas of European Contract Law’ (2011) 2 ERCL 295.

¹⁴ Martijn Hesselink, ‘The Politics of a European Civil Code’ (2004) 10 ELJ 675, 676.

This paper attempts to contribute to the debate on the disadvantages of a rule-focused rhetoric concerning law reform in the field of obligations by showcasing the possible, yet complex links that exist between contract law and social contract theory.¹⁵ Although the social contract is a rational concept and not an historical event, the prominence of particular ideas about governance in a jurisdiction, especially at the time key principles of contract were formulated, may provide insights regarding the function that has been attributed to contract and the role assigned to the judge. By examining the ‘social contracts’ embedded in the contract laws of two jurisdictions, which have different paths of historical and social development—England, an established market economy, and Bulgaria, a former-communist State which only joined the EU in 2007, the paper highlights why contract law is not merely a set of technical rules, but forms part of a jurisdiction’s social model.

Why might this issue be of concern for Serbian law reform? The question has primarily theoretical and symbolic importance: what ‘social contract’ is embedded in the draft proposal for a civil code? Nonetheless, one may also speculate that it has practical significance. As will be argued, national judges interpret contractual principles from the perspective of their understanding of what the national ‘social contract’ is or should be. In other words, if judges believe that a new legal principle imposed by the legislator violates the terms of the ‘social contract’ of their jurisdiction, they may engage in legal creativity to circumvent it.

II. CONTRACT LAW AND THE ‘SOCIAL CONTRACT’

In the 1930s the Bulgarian jurist Lyuben Dikov published a series of articles dedicated to the relationship between contract law and social theory in prestigious journals and editions in Bulgaria, Germany, France, and Italy.¹⁶ The originality of his articles consists in highlighting the usefulness of social theory in explaining

¹⁵ With some exceptions, literature on the possible, yet complex links between contract and social contract is largely missing. Valcke has recently suggested that social contract theory may be helpful in understanding the differences between French and English contract law, Catherine Valcke, ‘On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory’ (2009) IV JCL 69.

¹⁶ ‘Il Diritto civile dell’avvenire’ (1931) 11 *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 153-180; ‘Norma giuridica e volontà privata’ (1934) 14 *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 681-706; ‘The Evolution of Contract’ (1938) 33 *Annuaire de l’Université de Sofia* 437-52, published in France as ‘L’évolution de la notion de contrat’ in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant* (Dalloz 1939) 201-18; ‘Die Abänderung von Verträgen den Richter’ in *Hedemann-Festschrift* (Jena 1938), published in Bulgarian as ‘Modification of Contracts by the Judge’ in *Modification of Contracts by the Judge* (Feneya 2010) 15-31.

and redefining contract. While Dikov's articles have been ignored and forgotten,¹⁷ they may prove helpful in exposing fundamental conceptual differences between jurisdictions which go beyond the divergences of legal principles and values.

Dikov emphasized that concepts such as will, legal norm, contract, etc. were simply 'incarnations of the leading social-philosophical systems during a given historical period.'¹⁸ Dikov maintained that law had a historical, a political, and a philosophical dimension.¹⁹ Yet, he believed that the philosophical dimension had the strongest influence. The scholar distinguished two main types of social-philosophical theories that explained the relationship between the individual and society—individualism and universalism. He also differentiated two subtypes of individualism—liberal and democratic. Dikov contended that each of these social systems had given rise to distinct notions of contract, private will, and legal norm.²⁰ Before explaining these three distinct concepts, it should be emphasized that Dikov argued that law was in transition and one could find elements of all of these concepts operating simultaneously.²¹ He also believed that individualist or universalist concepts of contract had to be invoked depending on the problem that had to be solved—the choice of concept and the timeframe of its operation depended on 'legal policy.'²² In that light, Dikov was a proponent of a dynamic approach to legal certainty²³ (greater freedom of the courts) and believed that judges needed proper tools to address the issues they confronted.²⁴

A. Individualist Notions of Contract

The central element and starting point of both liberal and democratic individualism is the human being: in both frameworks society is regarded as the to-

¹⁷ The rise of communism in Bulgaria in 1944 was accompanied by purges. As a prominent scholar, Dikov was sent to concentration camp, stripped off his academic honors, and his work was deemed 'Fascist.' Throughout his life he had been district judge, Dean of the Law Faculty of Sofia University, Rector of Sofia University, Minister of Justice. Dikov had written the first Bulgarian textbooks on merchant law. His treatise on the law of obligations and family law as well as his numerous articles are some of the most sophisticated examples of Bulgarian legal writing.

¹⁸ Dikov, 'The Evolution of Contract' (n 16) 438.

¹⁹ *ibid.*

²⁰ *ibid* 444-47.

²¹ Dikov, 'Norma giuridica e volontà privata' (n 16) 706; Dikov was writing in the interwar period, characterized by a clash of values and ideas of governance.

²² Dikov, 'Modification of Contracts by the Judge' (n 16) 29.

²³ Dikov, 'Il Diritto civile dell'avvenire' (n 16) 173.

²⁴ Dikov was convinced that the Code civil whose rules on obligations and contracts Bulgaria had borrowed from the 1865 Codice civile were outdated and inadequate, Lyuben Dikov, *Morality and Law* (Imprimerie de la Cour 1934) 15-16.

tal sum of individuals. However, the two social-philosophical systems differ in the authority they bestow upon the State. Dikov identifies as liberal individualists representatives of the Enlightenment from the 17th and 18th century—Hobbes, Locke, Rousseau, and Kant.²⁵ Despite the differences in their social contract theories, all of them argue that men are born free and independent and dispose of natural rights. However, men enter into a social contract²⁶ and transfer some of their rights to the State, while preserving certain rights for themselves (what Dikov calls ‘a private sphere of activity’).²⁷ In this framework, the State creates legal norms applicable to all individuals. Nonetheless, in their private spheres of activity, individuals make their own ‘private laws’ known as contracts, which have the force of law only for the individuals entering into them.²⁸ Dikov contends that this logical consequence of the liberal individualist social contract is incarnated in article 1134 of the version of the Code civil at the time.²⁹

By contrast, Dikov identifies as proponents of democratic individualism authors from the early 20th century - Kelsen, del Vecchio, Merkl, etc.³⁰ What is common between the theories of these authors is that individuals transfer all of their rights to the State, while in return the State allows them to act freely within limits. From this perspective, contracts between individuals cannot be equated to law. Rather, a contract is a tool for regulation of private legal relationships within the limits of freedom of contract delineated by the State through its laws. Contracts do not create law, but legal relationships giving rise to rights, which are re-

²⁵ Dikov, ‘Norma giuridica e volontà privata’ (n 16) 684.

²⁶ These philosophers held different views regarding the state of nature and the reasons for entering the social contract. For Hobbes, life in the natural state was unbearable for man because it was ‘solitary, poor, nasty, brutish, and short,’ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651) ch XIII; For Locke, while men in the state of nature were free, equal, and independent, enjoyment of property was unsafe and unsecure, John Locke, *Second Treatise of Government* (1690) ch VIII and IX; By contrast, Rousseau believed that men in the state of nature were physically unequal and enjoyed an unlimited right to everything. However, they entered into society to gain civil liberty, proprietorship and moral equality. Rousseau argued, nonetheless, that the institutions of his time promoted moral inequality. See Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762) ch IV and ch IX. Also Jean-Jacques Rousseau, *Discourse Upon the Origin and the Foundation of the Inequality among Mankind* (1754); For Kant and Hobbes, individuals may be coerced in the social contract, while for Locke they enter voluntarily. See John Locke, *Second Treatise of Government* (1690) ch VIII, Immanuel Kant, ‘Theory and Practice’ (1793), Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651) ch XII.

²⁷ Dikov, ‘The Evolution of Contract’ (n 16) 443.

²⁸ Dikov, ‘Norma giuridica e volontà privata’ (n 16) 685.

²⁹ ‘Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them.’

³⁰ On the differences between their theories, see Dikov, ‘Norma giuridica e volontà privata’ (n 16) 687-97.

cognized by the law.³¹ While they differ significantly in their approach to the origin of contractual rights, both liberal and democratic individualism result in a natural opposition between the interests of the individual and those of society.

Although French authors have proposed to resolve this problem in the framework of liberal individualism by introducing the idea of contractual solidarity,³² Dikov believes that solidarity only reduces, but does not eliminate the tension—solidarity simply constitutes a restriction in the name of public interest.³³ Furthermore, solidarity has found only limited application by the *Cour de cassation*³⁴ which, for example, refuses to recognize changed economic circumstances (*imprévision*) in civil contracts to this day, as noted above.

B. A Universalist Concept of Contract

Dikov argued that the ultimate conflict between social and individual interests can be resolved through the prism of universalism—an organic theory of the relationship between the individual and society by the Austrian philosopher Othmar Spann who was inspired by German philosophical idealism. Spann was looking for an alternative to capitalism (individualism) and Marxian socialism.³⁵ In his frame of reference, the starting point is society rather than the individual. Individuals are perceived as cells of an organism (society). Just like cells, they cannot exist by themselves, but only make sense as parts of the whole. From this perspective, what is good for the organism is good for every individual cell as well as for groups of cells and vice versa.

Moreover, there is no social contract as society precedes the individual. In contrast to communism, which denies private will and promotes equality (in the sense of sameness), in an organic framework the members of the community have certain freedoms and stay united in difference.

Before explaining why Dikov thought that Spann's theory was fundamental for revolutionizing contract law, an important clarification should be made. Spann's theories were misused by the Nazis to defend their totalitarian regime and limit free will which is why universalism has a bad name in Germany. However, it has been argued that the bad reputation is not justified. Scholars have underli-

³¹ Dikov, 'The Evolution of Contract' (n 16) 444.

³² In the early 20th century, Gény, Duguit and Gounot reacted against legal positivism and advocated contractual solidarity as a mechanism to correct the inequality of the bargain.

³³ Dikov, 'The Evolution of Contract' (n 16) 452.

³⁴ On the limited importance of contractual solidarity in French law, see Jean Cédras, 'Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation' in *Rapport 2003 de la Cour de cassation (la Documentation française 2004)* 186.

³⁵ Dikov, 'The Evolution of Contract' (n 16) 447.

ned the fundamental differences between Spann's theories and Nazi ideology.³⁶ Spann himself suffered from the Nazi regime: following the annexation of Austria to Nazi Germany, he was imprisoned by the Nazis and was banned from teaching at the University of Vienna.³⁷ Similarly to Bulgarian scholars during communism, academics in Fascist States at the time had to bow to the regime to avoid persecution.³⁸ Also, it has been emphasized that some of Spann's ideas are still 'prominent... in contemporary German political and legal culture'³⁹

Dikov believed that universalism could fundamentally redefine contract. From an organic perspective, he argued, contract is a legal relationship between members of the legal community and can only exist within the legal community. Because of the dependence of all cells to one another and to the whole, contract is not isolated from the organism⁴⁰ (no private sphere of influence).

Thus, contract is a unity of subjective and objective will—the will of the parties and the will of the community. The terms of contract are determined not only by the parties' will, but also by the will of the legal community as expressed in legislation and the concrete requirements for good faith and mutual trust.⁴¹ Dikov clarified that the limitations that laws put on freedom of contract are not true restrictions, but unavoidable consequences of the dependencies that cells have upon one another and society. These dependencies result in relative freedom of self-determination.⁴²

Dikov himself used the theory to justify judicial intervention in contracts. He argued that if the State is a party to a contract, it had to intervene when the enforcement of contract as written was harmful to the community. As the speaker of the community, the judge is the only figure of authority that can interfere in its

³⁶ See Samuel Rosenberg, 'Three Concepts in Nazi Political Theory' (1937) 1 *Science & Society* 229 -30; Tomas Riha, 'Spann's Universalism—The Foundation of the Neoromantic Theory of Corporative State' (1985) 31 *AJPH* 255-268.

³⁷ For a summary of his biography and a comparison of his intellectual contributions to those of rival Austrian scholars, see Tamara Ehs, 'The Other Austrians' (2011) 2 *Journal of European History of Law* 16-25.

³⁸ This of course does not mean that there were not scholars who were supportive and convinced in the virtues of these regimes. However, due to fear of 'witch-hunting,' many academics had to adapt their work to pass through censorship, which has also led to subsequent, often unjust labeling of their work.

³⁹ Anthony Carty, 'Alfred Verdross and Othmar Spann: German Romantic Nationalism, National Socialism and International Law' (1995) 6 *EJIL* 78, 97.

⁴⁰ Dikov, 'The Evolution of Contract' (n 16) 446.

⁴¹ *ibid* 450.

⁴² *ibid* 446.

name.⁴³ The requirement for contractual fairness is a natural consequence of the belonging of the individual units to a community, which precedes them.

III. APPLYING DIKOV'S TYPOLOGY

Dikov's typology is helpful in expounding that contract law is socio-politically biased because, from a theoretical perspective, it forms part of the State's social contract. This section examines the 'social contracts' embedded in the contract laws of two jurisdictions, which have different paths of historical and social development—England and Bulgaria, to show that Dikov's typology can also serve as a lens delineating fundamental divergences between national contract laws.

Without any major political turbulence, England has witnessed a gradual development of its contract law within the same framework—liberal individualism. By contrast, Bulgaria's turbulent political past resulted into a major evolution of its social contract—thus, its current contract law is predominantly organic.⁴⁴

A. The Private Sphere of the Individual in English Law

English contract law began developing in the late 18th and early 19th century which were dominated by liberal individualist thought and which had seen the industrial revolution and the rise of capitalism. Freedom and equality between people, despite their social status, were embraced as key organizing principles as England moved away from feudalism.⁴⁵

In the same period, English courts borrowed the will theory from the writings of Pothier⁴⁶ which had informed the drafting of the Code civil⁴⁷ and assigned it a key role.⁴⁸

⁴³ Dikov, 'Modification of Contracts by the Judge' (n 16) 25-28.

⁴⁴ Note unlike other former-communist countries, Bulgaria has not carried out a major reform of its law of obligations.

⁴⁵ See Peter Gabel and Jay Feinman, 'Contract Law as Ideology' in David Kairys (ed), *The Politics of Law* (3rd edn, Basic Books 1998) 497-510.

⁴⁶ His *Traité des obligations of 1761 was translated into English in 1806 and served as inspiration* for English judges: Pothier's version of the will theory impacted the analysis of the nature of the agreement, mistake, and assessment of damages in English law, David John Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (OUP 1999) 220-29.

⁴⁷ James Gordley, 'Myths of the French Civil Code' (1994) 42 *Am.J.Comp.L.* 459, 460.

⁴⁸ In *Printing and Numerical Registering Co v Sampson*, Sir Jessell MR famously said: '... men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider—that you are not lightly to interfere with this freedom of contract.' (1874-75) LR 19 Eq 462, 465.

In the so-called ‘classical model’ of English contract, free dealing was synonymous to fair dealing.⁴⁹

A brief overview of the modern English legal landscape demonstrates that English judges have largely remained committed to freedom of contract and refuse to intervene in agreements to avoid making contract for the parties. This approach is in line with the main idea of liberal individualism — citizens dispose of both inalienable rights and rights they transfer to the sovereign. The rights that parties keep for themselves are sacred and, consequently, so is their freedom to enter into agreements with one another. In their inalienable ‘private spheres’ — in the language of Dikov—they are free to make contracts which result in rights and duties only for them. The State’s responsibility involves the interpretation and enforcement of the rights and duties that the parties have explicitly agreed upon. The State can neither make laws violating the citizens’ inalienable rights nor can it intervene in their private spheres unless the parties unambiguously want it to.

In the instances common law judges have combatted issues of substantive unfairness in modern times, they have relied exclusively on the ‘tools’ permitted from a liberal individualist standpoint, thus preserving English contract law’s internal consistency and focus on the individual. Traditionally, the English common law, unlike Bulgarian law, as discussed below, uses the will theory itself as an instrument to remedy unjust outcomes or as an excuse not to. In essence, judicial activism is confined to developing the will theory because the judge cannot enter the individuals’ private spheres of influence. As noted above, in a liberal individualist framework, the individual has transferred only some of his rights to the State—based on this partial transfer, the judge may intervene only for public policy reasons. However, there are boundaries that he cannot cross.

One of the strategies, which the common law employs to achieve just outcomes, involves establishing vitiation of the agreement.⁵⁰ English law has developed various principles like mistake, misrepresentation, duress, etc. The purpose of all of them, nonetheless, is to demonstrate that the contract as written does not indicate the true will of the parties—by intervening judges do not make contract for the parties, but enforce their rights to ‘legislate’ in their private sphere of influence.

⁴⁹ Roger Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century* (2 edn, OUP 2006) 50.

⁵⁰ Traditionally, English judges show concern for substantive unfairness only if it is related to procedural unfairness. While judges diverge on how consideration should be established—factually or as a question of law—they are concerned about its sufficiency but not its adequacy. See Mindy Chen-Wishart, ‘Consideration: Practical Benefit and the Emperor’s New Clothes’ in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law* (Clarendon 1995) 139.

In addition, these doctrines have rather narrow scopes⁵¹ — a further illustration of English judges' concern not to lightly interfere with the individuals' private spheres.⁵² Even Lord Denning's inequality of bargaining power principle enunciated in *Lloyds Bank Ltd v Bundy*,⁵³ which has not been subsequently retained, does not go beyond the limits of judicial discretion delineated by liberal individualism. Denning had emphasized: 'One who is in extreme need may knowingly consent to a most improvident bargain, solely to relieve the straits in which he finds himself.'⁵⁴ In other words, the agreement had been vitiated.⁵⁵

Furthermore, while modern English law seems to have departed from the rigidity of literalist interpretation⁵⁶ notably with Lord Hoffmann's restatement⁵⁷

⁵¹ For instance, in the leading decision *Bell v Lever Bros* [1932] AC 161, the House of Lords refused to recognize a mistake as to the loyalty of directors as fundamental enough to avoid a compensation agreement; Prior to the Misrepresentation Act 1967, English law granted relief only for fraudulent and negligent misrepresentation, which are difficult to prove. See, for instance, *Derry v Peek* (1889) 14 App Cas 337 and *Hedley Byrne* [1964] AC 465; Contradictory case law on duress demonstrates the difficulties judges face in formulating how much pressure is necessary to set aside an agreement. In *CTN Cash and Carry* [1994] 4 All ER 714, a threat to withdraw a credit line was considered legitimate while in *B&S Contracts* [1984] ICR 419 a threat to cancel a contract unless an additional sum was paid was deemed as evidence of duress.

⁵² It is interesting to note that this concern has been embraced by common law scholars as well. Chen-Wishart, for instance, emphasizes that in a market economy a 'knowledgeable party should generally be allowed to take advantage of a less knowledgeable party' and that 'parties are under no obligation to help one another,' Mindy Chen-Wishart, *Contract Law* (5th edn, OUP 2015) 216 and 258.

⁵³ [1975] QB 326.

⁵⁴ *ibid.*

⁵⁵ *Laesio enormis* (extreme necessity) is one of the vitiating factors recognized in the Bulgarian LOC (articles 27 and 33); A similar idea is incarnated in article 1118 of the former version of Code civil.

⁵⁶ Common law doctrine distinguishes two schools of interpretation—the literalist and the purposive school. The literalist school (traditional approach) endorses the literal interpretation of contract. It seeks to identify the objective intention of the parties, abides by the ordinary meaning of language, and admits extrinsic evidence only in cases of ambiguity. The purposive school, by contrast, seeks to identify the meaning that the contract would convey to a reasonable person, prefers a common sense approach to the meaning of language, and does not recognize ambiguity as a precondition for the use of extrinsic evidence. Gerard McMeel, 'The Principles and Policies of Contractual Construction' in Andrew Burrows and Edwin Peel (eds), *Contract Terms* (2nd edn, OUP 2009) 39-41.

⁵⁷ At [1998] 1 All ER 98, 114, Hoffmann claims to have consolidated principles that were already stated by Lord Wilberforce in *Prenn v Simmonds* [1971] 3 All ER 237 and *Reardon Smith Line* [1976] 3 All ER 570; **Scholars have observed that the principles defined by Hoffmann are 'widely applied by the courts and accepted by academic commentators,'** See David McLauchlan, 'Contract Interpretation: What is It about?' (2009) 31 SLR 5, 6.

of the principles of construction in *Investors Compensation Scheme Ltd*,⁵⁸ the individual (and his will) have remained the points of departure for analysis. Lord Hoffmann defines interpretation as ‘the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.’⁵⁹ There is certainly debate about the significance of this change of method of interpretation.⁶⁰ Nonetheless, it should be noted that in purposive construction, judicial discretion is limited to choosing the meaning which is deemed reasonable in the context—judges cannot impose interpretations which the words as written in the contract cannot bear.⁶¹ Moreover, recent case law suggests judges are cautious to over rely on context, thus remaining focused on the language that parties themselves used.⁶²

The peculiar doctrine of frustration also illustrates how careful judges are to restrain their activism within the limits imposed by English law’s liberal individualist framework. In *Taylor v Caldwell*, the decision from which the doctrine of frustration emerged, Blackburn J grounded his conclusions on an implied condition.⁶³ In *Davis Contractors Ltd*, the decision which established frustration’s modern test, the principle was grounded on the radical change of the promise⁶⁴ - Lord Radcliffe declared that a contract could be frustrated only if due to the radical change in circumstance, the party has to do something that it did not promise to do. In principle, judges encourage parties to include detailed force majeure

⁵⁸ [1998] 1 All ER 98.

⁵⁹ *ibid* 114.

⁶⁰ McMeel emphasizes that the differences between the literalist and the purposive approach are, largely, differences of emphasis. McMeel (n 59) 39. Collins characterizes the opposition between the two schools as a ‘fissure of legal reasoning.’ Hugh Collins, ‘Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contract’ in David Campbell and others (eds), *Implicit Dimensions of Contract* (Hart 2003) 7.

⁶¹ In *Burnt Copper Ltd* [2014] EWHC 148 (Comm) [24], Judge Mackie QC declared: ‘Where there are competing meanings the court will choose the more commercially sensible of rival interpretations of express terms.’

⁶² In *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36 at [17] Lord Neuberger explicitly emphasizes that ‘the reliance placed in some cases on commercial common sense and surrounding circumstances.. should not be invoked to undervalue the importance of the language of the provision which is to be construed.’ In the said case, the UKSC upheld a clause providing for yearly indexation of service charges in lease agreements which had detrimental consequences for the lessees: by 2072 the lessees will have to pay £550,000 a year.

⁶³ (1863) 3 B & S 826, 833.

⁶⁴ [1956] AC 696, 729.

ure/hardship clauses in their agreements to distribute risk and to determine the effects of supervening events by themselves.⁶⁵

Finally, in modern times market individualism has been challenged by a rival ideology - consumer welfarism. Nonetheless, this transition to promoting fairness in certain agreements has not altered the underlying framework of English contract law. In Dikov's language, statutory instruments like the Consumer Rights Act 2015 can be interpreted as attempts to mitigate the injustices of liberal individualism - restrictions in the name of public interest. Essentially, such acts protect the private sphere of influence of individuals who are unable to defend their inalienable rights themselves - consumers. Nonetheless, from an English perspective, fairness and freedom of contract are still perceived as rival values and the tension between them has neither been eliminated in theory nor in practice. This is particularly visible in decisions like *Office of Fair Trading v Abbey National*⁶⁶ and *Ca-vendish Square Holding BV v Talal El Makdessi, ParkingEye Limited v Beavis*⁶⁷ in which the UK Supreme Court ruled against consumers.⁶⁸

B. The Individual and Society: Two Reference Points with Equal Weight in Bulgarian Law

The radical, yet piecemeal revisions of Bulgarian law due to the drastic political changes in the country have resulted into a strange paradox - the coexistence of the individualist and the universalist concept elaborated by Dikov in modern Bulgarian contract law. Unlike English law, Bulgarian law endorses two reference points that have equal weight - the individual and society.

1. The Transition from Liberal Individualism to 'Organic' Socialism

Until 1950 Bulgaria had a Law on Obligations and Contracts (LOC)⁶⁹ based on the Codice civile of 1865 which was largely a replica of the Code civil. This

⁶⁵ In *Joseph Constantine* [1942] AC 154, 163, Viscount Simon LC declared: 'There can be no discharge by supervening impossibility if the express terms of the contract bind the parties to performance, notwithstanding that the supervening event may occur'; See also William Swalding, 'The Judicial Construction of Force Majeure Clauses' in Ewan McKendrick (ed), *Force Majeure and Frustration of Contract* (2nd edn, Lloyd's Press 1995) 18.

⁶⁶ [2010] 1 AC 696.

⁶⁷ [2015] UKSC 675.

⁶⁸ In *Abbey*, the court declared that overdraft charges by banks form part of the core terms of a contract to avoid subjecting them to fairness review pursuant to Regulation 5 (now Section 62 of the CRA); In *ParkingEye*, the court held that a £85 charge for overstaying the two-hour parking limit by almost an hour was not unfair.

⁶⁹ Enacted in 1892.

LOC reflected a liberal individualist approach to contracts. Parties were free to determine the content of the agreement, which had the force of law for them.⁷⁰ However, the agreement needed to have a lawful cause—not to be contrary to the law, good morals or public order.⁷¹ When Bulgaria became a communist country, nonetheless, the 1892 LOC was abolished and a new LOC reflecting communist ideology was enacted in 1950. The communist LOC abandoned the notion that contracts have the force of law. Rather, contracts were regarded as mere tools facilitating the completion of the state economic plan.⁷²

While freedom of contract was allowed, it was limited by both the economic objectives and the standards of moral behavior (socialist coexistence) endorsed by the State. Article 9 of the communist version of the 1950 LOC stipulated: ‘Parties are free to determine the content of their agreement as long as it does not contradict the law, the national economic plan and the rules of socialist coexistence.’ The consequence for violations of these restrictions was invalidity. Article 26, para 1 (LOC) stated: ‘Void are contracts that contradict the law or the state economic plan, contracts that circumvent the law or contracts that violate the rules of socialist coexistence...’ Moreover, state entities could be forced to enter into a contract to fulfill the state economic plan in certain circumstances.⁷³

What looks surprising, however, is that these restrictions can be reasoned from the perspective of the universalist approach described by Dikov—what is good for the State is good for groups of individuals (for instance, State-owned entities) and individuals themselves. Since the state economic plan is approved by the State, it is not a restriction, but a natural consequence of the fact that individuals belong to the socialist community and are building a socialist future together. Likewise, the members of the community (cells) could not violate the rules of socialist coexistence because this would impact negatively the social organism.

One of the contributions of my doctoral thesis was to demonstrate a peculiar paradox—contrary to convenient myths propagated by the Bulgarian go-

⁷⁰ Article 28, para 1 of the first LOC corresponds to article 1134, para 1 of the Code civil.

⁷¹ Article 27 of the first LOC corresponds to article 1133 of the Code civil.

⁷² Article 8 of the first version of the 1950 LOC: ‘Contracts are concluded and performed on the basis of the socialist political framework, socialist ownership of the means of production, and the people’s economic plan. They serve the development of socialism, the fulfillment of the people’s economic plan, and the defense of the material and cultural interests of socialist organizations and citizens according to the principles of socialism.’

⁷³ Article 11 of the communist version of the LOC; On this peculiarity of socialist law, see Stephen Szasz, ‘The Duty to Conclude a Contract in East European Law’ (1964) 13 *The International and Comparative Law Quarterly* 1470.

vernment⁷⁴ and scholars⁷⁵ that the 1950 LOC was an original Bulgarian piece of legislation inspired by the principles of socialism, my research has shown that while the LOC is a creative compilation, it is primarily based on Book IV (and partially Book II) of the *Codice civile* of 1942, which was drafted during the rule of Mussolini.⁷⁶ In that light, it has to be emphasized that it is known that Spann, whose organic theory was mentioned above, had an important influence on Italian corporatism,⁷⁷ the philosophy that underlay the 1942 *Codice civile*. In a chapter dedicated to the motivation and character of Italian codification, Filippo Vassalli, the head of the working group that drafted the 1942 version as well as the group that defascized the code following the fall of Mussolini in 1943, clarifies: ‘The regime of obligations and individual rights is constantly adapted to the needs of the national economy either by regulatory action of the corporate order expressly referred to in the [civil] code, or by a number of criteria, such as the protection of production... the duty to act honestly and in good faith, the duty of corporate solidarity, which... tend to place the rights of individuals in an organic link with the economic life and morality of the nation.’⁷⁸ As a result of the organic influence which played a role in the code’s genesis, the document provides for a larger degree of State control of agreements’ contents. This organic dimension appealed to leading Bulgarian jurists at the time who were influenced by organic social theory, including Spann’s views.⁷⁹

⁷⁴ According to the verbatim report of the sitting of 3 November 1950, at which the LOC was enacted, the law was inspired by the Soviet Civil Code of 1922, Poland’s Draft of a Bill on the General Part of Civil Law (1947) as well as Soviet doctrine.

⁷⁵ Tokushev maintains that the 1950 LOC is based on ‘the principles of socialist law and planned economy.’ Dimiter Tokushev, *History of the New Bulgarian State and Law 1878-1944* (Sibi 2008) 182; Kalaidjiev claims that the LOC is an original Bulgarian normative act created in accordance to the classical solutions of the continental (French-German) tradition, Angel Kalaidjiev, *The Law of Obligations: General Part* (5th edn, Sibi 2010) 26.

⁷⁶ On the reasons which may have led to this legislative choice, see Chapter 2 in Radosveta Vassileva, ‘Change of Economic Circumstances in Bulgarian and English Law. What Lessons for the Harmonization of Contract Law in the European Union?’ (Doctoral Thesis, University College London 2016).

⁷⁷ On the origin, development and current state of corporatism in Italy, see Mariuccia Salvati, ‘The Long History of Corporatism in Italy: A Question of Culture or Economics?’ (2006) 15 *Contemporary European History* 223; On the complex links between Spann’s universalism and Mussolini’s leading theoreticians, see Chiara Spinsante, ‘Il corporativismo fascista: Il dibattito italiano sulla riforma corporativa dello Stato durante gli anni Venti e la sua recezione da parte del conservatorismo tedesco nella Repubblica di Weimar’ (Doctoral Thesis, University of Macerata 2012).

⁷⁸ Filippo Vassalli, *Studi Giuridici*. Volume III (Giuffrè 1960) 615.

⁷⁹ See footnote 77.

2. From 'Organic Socialism' to a Hybrid Approach

After the fall of communism, Bulgarian legislators chose simply to amend the 1950 LOC rather than to draft a new one from scratch. They reintroduced the classical liberal individualist idea that contracts have the force of law for the parties into the LOC.⁸⁰ They also deleted the references to the state economic plan and socialist economic structures.⁸¹ However, they did not alter the LOC's underlying organic framework. The LOC is permeated with diverse open norms⁸² and principles which permit judicial intervention into agreements to enforce substantive fairness (also known as equivalence of performance⁸³) and which continue to be applied in practice.⁸⁴

For instance, article 266, para 2, applicable to manufacturing contracts, stipulates: 'If in the course of the performance of the contract the duly determined prices of materials or labor change, the compensation shall be adjusted accordingly, even where it was agreed upon as a total sum.' While Bulgarian courts have enforced this rule on a number of occasions,⁸⁵ one of the most interesting cases is Decision 1/2013 on com.c.921/2011 by the Supreme Court of Cassation which (SCC) concerns an agreement for construction between a company and a local municipality at a fixed price supposed to be paid in tranches. The company had delayed performance because of increased costs and the municipality withheld its last tranche to enforce a liquidated damages clause. While the lower court had stipulated that the clause was enforceable, the SCC quashed their decision because it violates article 266, para 2. Since the price of materials and labor had increased, the municipality owed the company an additional payment, which it did not make, so it caused itself the delay. Not only the liquidated damages were unenforceable, but also the municipality was ordered to pay the last tranche with interest.⁸⁶

⁸⁰ Article 20a, para 1 (current LOC).

⁸¹ Article 9 currently states: 'Parties are free to determine the content of the contract insofar as it does not contravene the mandatory provisions of both the law and good morals.'

⁸² Good faith, fairness, interests of society, good morals, etc.

⁸³ The idea that what the promisor gives should be equivalent to what he receives.

⁸⁴ Note Bulgarian law disposes of these tools in addition to the vitiating factors such as mistake, threat, etc. as well as the subjective theory of interpretation to which it adheres.

⁸⁵ See the following decisions by the Supreme Court of Cassation: Decision 169/2003 on civ.c.2520/2002, Decision 671/2008 on com.c.290/2008, Ruling 763/2013 on com.c.1106/2012.

⁸⁶ Contrast with *Davis Contractors* [1956] AC 696, a case with similar facts, in which the House of Lords refused to grant the builders an award for recovery of extra costs in quantum meruit. The costs were primarily incurred due to increase in the price of labor.

Moreover, organic reasoning also informs Bulgaria's legislative culture. In addition to amending the LOC in the early 1990s, Bulgarian legislators re-established the dualism of Bulgarian private law⁸⁷ by enacting a Law on Commerce (LC). Essentially, the LC contains rules applicable to merchant contracts.⁸⁸ Many of them are striking from a liberal individualist perspective. Article 300, for example, allows the judge to supplement the agreement in certain instances.⁸⁹ Article 307 allows the judge to modify/terminate a contract due to supervening onerousness upon a unilateral request by one of the parties.⁹⁰ Such legislative choices are emanations of the organic approach to contract, which has been internalized by the Bulgarian legal community. As noted above, English judges deliberately refuse to intervene in agreements and to make contract for the parties. In addition, as mentioned above, they are often reluctant to rely on legislation to enforce substantive fairness in consumer agreements. In Bulgaria, however, judges apply these interventionist principles in commercial agreements in which there is equality of bargaining power.

Finally, recent examples of judicial activism demonstrate that Bulgarian judges reason organically even when confronted with rigid legal norms. For example, unlike the LOC which allows courts to modify liquidated damages clauses in civil contracts,⁹¹ article 309 of the LC explicitly forbids judges to scale down⁹² agreed damages in merchant agreements: 'The liquidated damages due under a merchant transaction concluded between merchants may not be reduced

⁸⁷ Dividing private law into civil and commercial law. Dualism of private law has been embraced by continental jurisdictions like France and Germany. However, it is not universally accepted: Italy and Switzerland do not have autonomous commercial law. See *International Encyclopedia of Comparative Law* (1981) vol VIII, ch 2, para 167-70; Dualism does not exist in England.

⁸⁸ The LC and LOC are subsidiary.

⁸⁹ 'Where the parties agree to supplement the contract upon the occurrence of certain circumstances, and should they fail to reach agreement in the event of such occurrence, either party may petition the court to do so. When rendering its decision, the court shall take into consideration the objective of the contract, the remainder of its contents and commercial custom.'

⁹⁰ 'A court may, upon request by one of the parties, modify or terminate the contract entirely or in part, in the event of the occurrence of such circumstances which the parties could not and were not obliged to foresee, and should the preservation of the contract be contrary to fairness and good faith'; This principle has recently been applied to terminate lease agreements entered into in 2007 which had become subsequently imbalanced due to an economic crisis. See Decision 50/2010 on com.c. 10/2010 of the Varna Appellate Court and Decision 240/2013 on com.c.259/2011 of the Supreme Court of Cassation; Official statistics demonstrate that the inflationary change which imbalanced the agreements was 6% (inflation was estimated at 6.5% in 2006 and 12.5% in 2007).

⁹¹ Article 92.

⁹² They can scale them up, nonetheless.

on grounds of excessive amounts.’ In the key Decision on Interpretation⁹³ 1/2010, nonetheless, the SCC relied on article 9 of the LOC mentioned above to declare that agreed damages clauses in any agreement are to be avoided if they contravene good morals. Because of the cosmetic amendment of article 9, the LOC preserved the organic approach to freedom of contract which characterizes Bulgarian communist law—contractual content is subjected to moral review by the judge who is society’s lawful speaker. In other words, unlike English judges, Bulgarian judges dispose of larger discretionary powers and their creativity is not confined to stretching the will theory.⁹⁴

IV. WHAT ‘SOCIAL CONTRACT’ UNDERLIES OR SHOULD UNDERLIE THE SERBIAN LAW OF OBLIGATIONS?

The previous discussion demonstrates that from a theoretical perspective contract law forms part of a jurisdiction’s social model. Hence there are no ‘good,’ ‘bad’ or ‘balanced’ legal principles - there are principles which are compatible or incompatible with the social model of the jurisdiction in which they are supposed to operate. It thus seems that Dikov’s typology of contracts may serve as a starting point for conceptual debate regarding Book II (Obligations) of the draft proposal for a Serbian civil code. Notably, what ‘social contract’ underlies or should underlie the Serbian law of obligations? This question is interesting from a theoretical point of view, but may also affect the application of a future Serbian civil code, particularly if the ‘social contract’ embedded in the legislation is in dissonance with the ‘social contract’ as understood and internalized by Serbian judges.

A brief overview of the Law of Obligations (LO) of 1978, which is still in force in Serbia, demonstrates that Serbian law already has ‘organic’ character (and is much closer in spirit to Bulgarian law) as it embraces a number of principles allowing a significant degree of judicial intervention in agreements - see articles 133-136 on changed circumstances, article 274 allowing to decrease agreed damages clauses, article 63 on mistake, etc.⁹⁵ It is interesting, however, that when one compares Book II of the draft proposal for a civil code to the LO, one notes that the drafters have not only preserved but, at times, advanced the orga-

⁹³ These special decisions of Bulgarian courts are primary sources of law.

⁹⁴ The Bulgarian approach lies in stark contrast with the UKSC’s concern that ‘[the] penalty rule is an interference with freedom of contract’ and that it is ‘based on public policy’ in *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi, ParkingEye Limited v Beavis* [2015] UKSC 67 at [33] and [243]; In addition, unlike English judges, Bulgarian judges are not concerned about equality of bargaining power when qualifying an agreed damages clause as excessive.

⁹⁵ Note English law refuses to extend frustration to extremely onerous performance, as visible by cases such as *Tennants (Lancashire)* [1917] AC 495. As noted above, they generally refuse to strike out excessive liquidated damages clauses and have severely limited the scope of mistake too.

nic framework by providing judges with further discretion regarding agreements. For instance, the draft proposal provides Serbian judges with an additional tool to control the content of agreements. By virtue of articles 39 and 42 of the proposal, judges can void agreements whose scope or basis contravene mandatory provisions, good morals, and morality.⁹⁶ This should be contrasted with articles 49 and 51 of the current LO, which mention good morals and mandatory provisions as grounds for invalidation, but not morality. A second example involves the interpretation of contracts—article 68 of the proposal which does not have an equivalent in the current LO allows the judge to examine diverse surrounding circumstances to determine the intention of the parties like pre-contractual negotiations, good business practice, the agreement's purpose, etc., which may further subjectivism.⁹⁷

Is the enhancement and strengthening of the organic framework of the Serbian law of obligations desirable? As a foreign scholar who has only begun to discover the richness and complexity of the Serbian legal tradition, I can only make several comparative observations. Firstly, both the liberal individualist and the organic model of contract exist in Europe and there is little sign of convergence. In that light, the introduction to Book II indicates that one of the goals of the draft is to align Serbian law to the standards embedded in EU documents pertaining to the development of a European Civil Code - a project that is now discarded for diverse political and cultural reasons including, in my humble opinion, the clash of liberal individualist and organic models.⁹⁸ By staying committed to an organic model, Serbia is making a choice which needs to be debated more openly, especially if it intends to develop a market economy. Secondly, and this can only be affirmed via discussion with judges as well as examining future case law on the civil code if it is implemented, do Serbian judges support the organic model? Is it interventionist enough for their taste or does it go too far? As demonstrated by my discussion in the previous section, English judges traditionally refuse to apply EU legislation which allows intervention in agreements. By contrast,

⁹⁶ Contrast with the approach of English judges who traditionally refuse to strike out clauses for moral reasons such as substantive unfairness even in consumer agreements. See footnote 69.

⁹⁷ Contrast with English law which has an overt preference for literal interpretation. Also, as mentioned above, judges advocating a contextual approach refuse to examine pre-contractual evidence.

⁹⁸ The traditional opponents of harmonization in the EU are the UK, France, Belgium, the Netherlands, Austria and Germany. These jurisdictions blocked the implementation of the Common European Sales Law which was the last chance for revival of a harmonization in the law of obligations in the EU **going beyond consumer law. The laws of the first three reflect liberal individualist values as they were shaped primarily in the 18th-early 19th century. The laws of the last three are well-known for their interventionist principles.**

Bulgarian judges not only find excuses to apply interventionist principles by molding their criteria of application, but also rely on creativity to avoid norms which preclude intervention. If judges do not support new rules which have been implemented, they do what they believe is right and only then seek the means to justify their solution.

SUMMARY

As Serbia is on the verge of reforming its law of obligations, it seems interesting to consider the implications of such reform from a comparative perspective. In line with the theme of this year's conference, this paper endorses a theoretical approach. It showcases the possible, yet complex links that exist between contract law and social contract theory by building on the work of Lyuben Dikov— an established Bulgarian authority prior to communism. Although the social contract is a rational concept and not an historical event, the prominence of particular ideas about governance in a jurisdiction, especially at the time key principles of contract were moulded, may provide insights regarding the function that has been attributed to contract law. Then, the paper examines the 'social contracts' embedded in the contract laws of two jurisdictions, which have different paths of historical and social development—England and Bulgaria, to provide concrete examples of the usefulness of Dikov's theory as a lens of analysis of contract law and to highlight why contract law is not merely a set of technical rules, but indeed forms part of a jurisdiction's social model. Hence it seems relevant to encourage debate on the 'social contract' embedded in the current proposal for a Serbian civil code as the issue has both conceptual and practical implications.

JELENA VUKADINOVIĆ-MARKOVIĆ

ARBITRAŽNA KLAUZULA U OPŠTIM USLOVIMA POSLOVANJA

– Pitanje forme ili saglasnosti ugovornih strana –

ARBITRAŽNI UGOVOR KAO PRAVNI OSNOV ARBITRAŽE

Sporovi nastali iz međunarodnih poslovnih odnosa se rešavaju pred nacionalnim sudovima ili arbitražnim tribunalima. Neophodan uslov da se određeni spor izuzme iz nadležnosti nacionalog suda i poveri na rešavanje privatnim arbitražama je postojanje prethodne saglasnosti volja ugovornih strana. Ugovor o arbitraži predstavlja posebnu vrstu saglasnosti dva ili više lica da spor koji je nastao ili će nastati između njih bude rešen od strane arbitara.¹ Prihvatanje arbitražnog,

Dr Jelena Vukadinović-Marković, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999, str. 193, br. 385. O ugovoru o arbitraži u domaćoj literaturi v. S. Triva "O arbitraži, njenoj pravnoj prirodi i o arbitražnom ugovoru" *Arbitražno rešavanje sporova*, Novi Sad 1973, str. 5-45; B. Poznić, "Ugovor o arbitraži i arbitražni postupak", *Ugovori u međunarodnoj trgovini*, knjiga I, Beograd 1987, str. 235-273; V. Popović, "Ugovor o arbitraži", *Srpska pravna misao*, Banja Luka 1995, str. 239-250; J. Perović, "Punovažnost ugovora o arbitraži", *Međunarodna privredna arbitraža- stanje i perspektive*, Zbornik radova, Beograd 1997, str. 123-136; R. Keča, *Arbitražni sporazum*, Novi Sad, 1999; G. Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža, osnovna pitanja i problemi*, Beograd, 1999; M. Cukavac, "Sadržina arbitražnog ugovora", *Arbitraža*, časopis Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Jugoslavije, Beograd 2001, str. 15-65; J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002; G. Stanković, B. Starović, R. Keča, N. Petrušić, *Arbitražno procesno pravo*, Niš, 2002; G. Knežević i V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2010; J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd 2012.

a ne sudskog rešavanja sporova mora biti nedvosmisleno, izraženo na takav način da ne ostavlja bilo kakvu sumnju u želju stranaka da određeni spor bude rešen privatnim načinom. Drugim rečima, za uspostavljanje arbitražne nadležnosti potreban je punovažan arbitražni ugovor. Da bi ugovor o arbitraži bio punovažan potrebno je da se ispune uslove koje ugovorno pravo predviđa za nastanak i punovažnost ugovora.² Pored njih ugovor o arbitraži mora biti usmeren na pravni odnos koji može biti rešen arbitražnim putem. U suprotnom, ovakav ugovor bi u krajnjem ishodu bio proglašen bez dejstva.³

Po svojoj pravnoj prirodi, ugovor o arbitraži spada u kategoriju obligacionih ugovora i kao takav obavezuje ugovorne strane da nastali ili budući spor, u skladu sa načelom *pacta sunt servanda*, umesto pred sud iznesu pred arbitražu.⁴ Iznošenje spora pred arbitražu istovremeno znači i zabranu strankama da po istom sporu pokrenu postupak pred sudom. U tom smislu se kao osnovna karakteristika i *differentia specifica* arbitražnog ugovora, u odnosu na klasične ugovore, navodi njegovo prorogaciono (pozitivno) i derogaciono (negativno) dejstvo.⁵ Prorogaciono dejstvo se sastoji u uspostavljanju nadležnosti arbitraže, a derogaciono u zabrani sudova da u tim sporovima odlučuju. S obzirom na procesna dejstva, arbitražni ugovor se definiše kao "materijalni ugovor koji se tiče procesnih prava."⁶ Ugovorne (materijalne) prirode je po načinu nastanka i uzajamnim pravima i obavezama, dok se procesni sadržaj manifestuje kroz prorogaciono dejstvo. Pro-

² V. čl. 12 Zakona o obligacionim odnosima. U pravnoj teoriji više o ovim uslovima v. S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1980, str. 245.

³ Više o arbitralnosti sporova kao podobnosti za arbitražno rešavanje v. J. Vukadinović, "Pojam arbitralnosti u arbitražnim pravima Srbije i Hrvatske", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva : zbornik radova sa Savetovanja pravnika*, Budva 2012, str. 235-245.

⁴ Osim vladajućeg shvatanja o obavezujućem dejstvu arbitražnog ugovora zasnovanog na načelu *pacta sunt servanda*, postoje i mišljenja da arbitražni ugovor ne obavezuje ugovorne strane, pa tužilac može da se obrati ili predviđenom arbitražnom tribunalu ili odgovarajućem sudu. Ovakvo shvatanje je retko i najčešće se odnosi na sporove iz radnih odnosa i potrošačkih ugovora. V. više J. Grossberg "The Magnuson-Moss Warranty Act, the Federal Arbitration Act, and the Future of Consumer Protection", *Cornell Law Review*, Volume 93 Issue 3 March 2008, dostupno na: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3092&context=clr> . str. 673-674.

⁵ V. UNCTAD International Commercial Arbitration, 5.2. The Arbitration Agreement, Geneva, 2005, UNCTAD/Misc. 232/Add.39, tač. 1.2. str. 8, dostupno na http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39_en.pdf

⁶ Ovo je široko prihvaćeno shvatanje ne samo u pravnoj teoriji, već i u izvorima arbitražnog prava, i sudskoj praksi. U tom smislu K. H. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento, "Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations - General Overview", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, issue 1, March 2009, str. 24. marg. br. 47. Dostupno na http://www.arbitration-icca.org/media/1/13234293353100/5-germany_as_a_place_for_international_arbitration.pdf autori navode odluku Nemačkog Saveznog suda pravde, BGH, 30.01. 1957, BGHZ 23, 198(200).

cesno dejstvo se sastoji u prenosu ovlašćenja na odlučivanja na arbitre, čime arbitražni ugovor "isključuje državno sudstvo i zasniva odgovarajući procesnopравни prigovor."⁷ Zbog takve složene prirode, na punovažnost i pravno dejstvo arbitražnog ugovora se primenjuju materijalna i procesna pravila. Materijalnim pravilima ugovornog prava se uglavnom određuje nastanak i punovažnost, dok procesna pravila regulišu prenos nadležnosti, dopuštenost zahteva za pokretanje i vođenje arbitražnog postupka i ograničenja nadležnosti sudova.⁸ Može se zaključiti da, bez obzira na izvesne razlike koje postoje u određivanju pravne prirode arbitražnog ugovora, a koje su logična posledica razlika u shvatanju pravne prirode arbitraža, potpuna saglasnost postoji u tome da arbitražni ugovor predstavlja pravni osnov nadležnosti svake arbitraže⁹.

Uslovi punovažnosti arbitražnog ugovora

Elementi koji su neophodni za nastanak punovažnog arbitražnog ugovora odnose se na: sposobnost ugovaranja, saglasnost volja ugovornih strana, predmet, kauzu i formu.¹⁰

Za nastanak i punovažno zaključenje arbitražnog ugovora potrebno je da ugovorne strane poseduje sposobnost koja se prema pozitivnim propisima zahteva za zaključenje ove vrste ugovora. U opštem smislu, za zaključenje ugovora potrebno je da ugovorne strane poseduju poslovnu sposobnost. Kako ugovor o arbitraži proizvodi i određena procesna dejstva koja ga razdvajaju od klasičnih obligaciono pravnih ugovora, u pravim sistemima koji su prihvatila jurisdikcionu prirodu ugovora o arbitraži¹¹, pored poslovne sposobnosti zahteva se postojanje i parnične sposobnosti.¹² Na ovom stanovištu bili si i radaktori srpskog Zakona o arbitraži predviđajući da se za punovažno zaključenje ugovora o arbitraži zahteva da ugovorne strane pored poslovne poseduju i sposobnost da budu stranke u postuku.¹³

⁷ V. G. Stanković i dr., *n. delo*, str. 95.

⁸ V. K.H. Böckstiegel, S. Kröll, P. Nacimiento, *n. delo*, str. 24. marg. br. 47.

⁹ J. Perović, *n. delo*, 2012, str. 190.

¹⁰ J. Perović, *n. delo*, 2002, str. 87.

¹¹ Više o pravnoj prirodi arbitraže v. J. Vukadinović, "Pravna priroda arbitraže", *Revija za evropsko pravo*, br. 1/ 2016, str. 131-148.

¹² Više o opštem pojmu parnične sposobnosti B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2010, str. 147 i dalje.

¹³ Čl. 5 Zakona o arbitraži.

Saglasnost ugovornih strana

Ugovor o arbitraži nastaje saglasnošću volja ugovornih strana. Da bi postignuta saglasnost proizvela pravno dejstvo, mora biti priznata od strane pravnog poretka. Volja ugovornih strana mora biti slobodna, ozbiljna i stvarna i da je upućena na nešto što je moguće ostvariti.¹⁴ Ako volja ne poseduje neke od navedenih svojstava, to će se odraziti na nastanak i pravno dejstvo arbitražnog ugovora. Takvi nedostaci mogu ili sprečiti nastanak ugovora ili dovesti do nastanka ugovora sa manama.¹⁵

Slobodna volja znači da lice koje je zaključilo ugovor o arbitraži nije bilo pod nekim uticajem koji dovodi do mane volje, tj. da volja ugovornih strana nije izjavljena pod pretnjom, zabludom ili prevarom.

Ozbiljna volja označava nameru lica koje je zaključilo ugovor o arbitraži da zaključi upravo ovaj ugovor i da je svesno posledica ugovaranja. Stvarna volje znači da je zaključenje ugovora rezultat stvarne, a ne prividne ili fiktivne volje ugovornih strana.

Iskazana volja označava spremnost ugovornih strana da prihvate prava i obaveze koji proizilaze iz ugovora. Sadržina ugovora iskazana u pravima i obavezama rezultat je pregovora između ugovornih strana. Drugim rečima, ugovori koji se odlikuju sporazumno određenom sadržinom, u pravom smislu reči predstavljaju rezultat dogovora ugovornih strana.¹⁶

Međutim, postoje ugovori koji su unapred u celini pripremljeni od strane jedne od ugovornih strana. Druga strana nema mogućnost pregovaranja oko sadržine ugovora, već jedino može da prihvati ili ne prihvati ponuđeni tekst ugovora. Kod ove vrste ugovora jedna od ugovornih strana definiše bitne elemente i uslove ugovora često u vidu formulara ili se u samom tekstu ugovora nalaze samo neki od elemenata ugovora dok se na ostale upućuje u opštim uslovima poslovanja¹⁷. Naretko u opštim uslovima poslovanja je sadržana arbitražna klauzula, te se sa pravom postavlja pitanje "života" takve arbitražne klauzule. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li je postojala ozbiljna i stvarna volja strane koja pristupa ugovoru da prihvati i arbitražnu klauzulu.

¹⁴ V. S. Perović, *n. delo*, str. 253-254.

¹⁵ O manama volje uopšte v. S. Perović, *n. delo*, str. 258-310. dok o posledicama mana volje na arbitražni ugovor pre svih J. Perović, *n. delo*, 2002, str. 93-96.

¹⁶ J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd 2015, str. 213.

¹⁷ U domaćoj literaturi se ovaj izvor prava sreće pod različitim nazivima: opšti uslovi prodaje, opšti uslovi poslovanja, opšti uslovi ugovora, opšti uslovi za prodaju, opšti uslovi za uvoz, opšti uslovi za izvoz ili (samo) opšti uslovi. Više o terminologiji i opštem pojmu K. Jovičić, S. Vukadinović, "Opšti uslovi poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini", *Pravni život*, br. 12 / 2009, str. 725-750.

Pisana forma ugovora

U većini izvora arbitražnog prava zahteva se pisana forma ugovora o arbitraži. Pod pisanom formom se podrazumeva da je saglasnost sadržana u ispravama koje su obe strane potpisale. Zahtev za pisanom formom i odstupanje od principa konsensualnosti obrazlaže se pozivanjem na dva razloga.¹⁸ Prvo, ugovaranjem arbitraže stranke odstupaju od sudova kao uobičajenih organa za rešavanje sporova pa zahtev za pisanom forma predstavlja “poslednju opomenu” strankama da ne budu iznenađene zbog takve promene. Drugi razlog je *ad probationem* funkcija pisane forme arbitražnog ugovora.¹⁹

Pisana forma je predviđena kao obavezna i u međunarodnim konvencijama,²⁰ brojnim nacionalnim zakonima²¹ i pravilnicima međunarodnih trgovinskih arbitraža.²² Razloge tome bi, svakako, trebalo tražiti u posebnoj karakteru i značaju koji zakonodavci daju ugovoru o arbitraži. Međutim, zbog pojave savremenih sredstava komunikacija prisutna je tendencija da se zahtev za pisanom formom shvati široko tako da obuvata ne samo saglasnost volja koja je izražena u jednom dokumentu koji su potpisale obe stranke, već i saglasnost volja koja je “zabeležena u bilo kom obliku, bez obzira da li je arbitražni ugovor zaključen usmeno, konkludentim radnjama ili na drugi način”²³

¹⁸ G. Knežević, V. Pavić, *n. delo*, str. 47; A. M. Steingrubr, *Consent in International Arbitration*, The Oxford University Press, 2012, str. 106.

¹⁹ G. Knežević, V. Pavić, *n. delo*, str. 48. Treba naglasiti da je uslov punovažnosti ugovora o arbitraži ili *ad solemnitate* pisana forma, dok forma *ad probationem* služi isključivo kao dokaz postignute saglasnosti.

²⁰ V. čl. II.2 Njujorške konvencije; čl. I(a) Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, od 1961. godine.

²¹ V. čl. 583(1) austrijskog Zakona o arbitraži (sadržanog u Zakoniku o građanskom postupku, sa izmenama iz 2013) dostupno na <http://www.viac.eu/en/materials>; čl. 2(1) Portugalskog zakona od 2011 (Law No 31/86 od 29.08. 1986, sa izmenama Decree-Law No 38/2003, od 8. marta 2003, dostupno na http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=198128#LinkTarget_446), čl. 807. Italijanskog ICCP, od 2006 (Title VIII of Book IV of the Italian Code of Civil Procedure, dostupno na <http://www.jus.uio.no/lm/italy.arbitration/doc.html>), paragraf 1031 Nemačkog Zakona o arbitraži (German Arbitration Law 1998, Tenth Book of the Code of Civil Procedure, dostupno i na <http://www.dis-arb.de/de/51/materialien/german-arbitration-law-98-id3>).

²² V. čl. 1. WIPO Arbitration Rules, koja su stupila na snagu 01. juna 2014. godine (dostupna na <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>), o zahtevu za pisanu formu arbitražnog ugovora se može zaključiti i na osnovu modela arbitražne klauzule koja je preporučena Pravilnikom Nemačke arbitraže DIS_Arbitration Rules 98, na snazi od 01.07. 1998. Dostupna na <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10>; čl. 5. Arbitražna pravila kineske međunarodne privredne i trgovinske komisije, na snazi od 01.01. 2015. godine (dostupna na <http://www.cietac.org/index.cms>); čl. 8. Pravilnika o spoljnotrgovinskoj arbitraži Vid. i čl. 7.2 UNCITRAL Model zakona.

²³ V. čl. 7(2) UNCITRAL Model zakona, prva alternativa.

Tako se, prema odredbama člana 12, stav 4. Zakona o arbitraži, ugovor o arbitraži smatra zaključenim i ako se stranke u pisanom ugovoru pozovu na drugo pismeno koje sadrži ugovor o arbitraži (opšti uslovi za zaključenje pravnog posla, tekst drugog ugovora i sl.) ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane deo ugovora. Ovakav način zaključivanja arbitražnog ugovora ne stvara posebne dileme jer i upućujuća klauzula čini dao zaključenog osnovnog posla. Problem može nastati ako je arbitražna klauzula deo opštih uslova poslovanja na koje upućuje klauzula ugovora bez posebnog isticanja postojanja arbitražne klauzule.

OPŠTI USLOVI POSLOVANJA

Masovna proizvodnja i ubrzani način trgovine doveli su da toga da klasične individualne ugovore zamene formularni, standardni, ugovori po pristupu tzv. adhezioni ugovori ili opšti uslovi poslovanja.²⁴ Ovi ugovori ne nastaju putem ponude i odgovora na ponudu već prihvatanjem unapred pripremljenog teksta koji sadrži elemente i uslove ugovora²⁵. Kod ugovora po pristupu, elementi i uslovi ugovora krojeni su od strane jedne ugovorne strane, dok druga ugovorna strana može takav ugovor prihvatiti bez mogućnosti pregovaranja oko njene sadržine. Sadržina ovih ugovora nije krojena u odnosu na osobenosti pojedinih ugovornih strana već naprotiv, namenjeni su neodređenom i neograničenom broju lica koji zaključuju ovakvu vrstu ugovora. Iako autonomija volje predstavlja manifestaciju slobode ugovaranja, upravo ugovori po pristupu negiraju ovu slobodu. Sadržina ugovora po pristupu nije uvek data u samom pismenu ugovora. Često se u skrojenom ugovoru poziva na opšte uslove poslovanja, koji imaju formu „*potpune zbirke (zakona) ugovornih klauzula*”²⁶ ili možemo reći da predstavljaju povezanu celinu (sistem) ugovornih odredbi.²⁷

Po svojoj pravnoj prirodi opšti uslovi poslovanja su poslovni akti kojima se uređuju obligacionopravni, tj. ugovorni odnosi.²⁸ Obligacioni odnosi između ugovornih strana uspostavlja se isključivo i samo preko ugovora, dok su opšti uslovi sastavni deo ugovora.

²⁴ Više o nastanku opštih uslova poslovanja u savremenim poslovnim odnosima v. K. Jovičić, S. Vukadinović, *n. delo*, str. 732 i dalje.

²⁵ Prema čl. 2 : 209 Principi evropskog ugovornog prava .

²⁶ U. Drobniig, “Standard Forms and General Conditions in International Trade; Dutch, German and Uniform Law”, *Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of Internatioan Trade*, (ured. Voskuil and Wade), TMC Asser Institut, Martinus Nijhoff Publisherss, 1983, str. 118.

²⁷ Opšte uslove poslovanja treba razlikovati od uzansi. Uzanse predstavljaju sakupljene, sistematizovane i objavljene poslovne običaje donete od strane ovalašćenih organa ili organizacija. Opšte uslove poslovanja donosi određeni privredni subjekt, na osnovu slobodne procene donosioca.

²⁸ M. Velimirović, *Poslovno pravo*, Podgorica 2000, str. 27.

Ove klauzule predstavljaju dopunske uslove koji se ne retko nalaze odštampani na poleđini pisane ponude ili sasvim odvojeno od nje, u obliku kodifikacije.²⁹ Drugim rečima, opšti uslovi poslovanja mogu biti u potpunosti sadržani u ugovoru, "kao njegov opšti deo"³⁰ ili se na njih ugovor može pozvati i to na različite načine. Najčešće i, za obe ugovorne strane, najkorektnije rešenje jeste da ugovor sadrži upućujuću klauzulu kojom se na izričit način ugovara i uključuje primena opštih uslova poslovanja.

Opšti uslovi poslovanja obezbeju drugu stranu samo ako su joj bili ili morali biti poznati u času zaključenja ugovora. Ako se nalaze na poleđini formulara koji predstavlja sadržaj ugovor, pristanak druge strane u vidu potpisa nesumnjivo ukazuje da je druga strana bila upoznata sa njenom sadržinom. Ukoliko nisu odštampani na poleđini ugovora, ponudilac se mora na njih pozvati na način da druga strana bude upoznata sa namerom ponudioca. Sa druge strane, smatra se da su opšti uslovi poslovanja ponuđenom poznati kad je njihova primena uobičajena u odnosnoj privrednoj grani ili ako su objavljeni na propisan ili uobičajen način.³¹ U tom smislu, opšti uslovi poslovanja bi trebalo biti objavljeni u određenom, tj. odgovarajućem glasilu, da budu izloženi u poslovnim prostorijama privrednog subjekta ili, što je danas redovna i uobičajena praksa, da su objavljeni i dostupni na veb sajtu.

Kad je arbitražna klauzula sadržana u opštim uslovima poslovanja, osnovano se postavlja pitanje da li se davanjem saglasnosti na opšte uslove poslovanja, strana koja pristupa ugovora saglasila i sa arbitražnom klauzulom. Dileme koje nastanu odnose se na zadovoljenje forme ugovora o arbitraži i postojanje saglasnosti ugovorne strane.

Opšti uslovi poslovanja i pisana forma ugovora o arbitraži

Sa stanovišta zahteva za pisanom formom ugovora o arbitraži, pitanje je sporno jer se arbitražna klauzula/arbitražni ugovor ne nalazi u osnovnom poslu koji potpisuju ugovorne strane ili njihovi ovlašćeni predstavnici, već u odvojenom dokumentu: opštim uslovima poslovanja ili opštim uslovima prodaje (u daljem tekstu, OUP).³² Kao sporno se postavlja pitanje da li je i u ovakvim slučajevima zadovoljen zahtev za pisanom formom. U generalnom smislu, odgovor zavisi od

²⁹ J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 1979, str. 89.

³⁰ R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac 2014, str. 54.

³¹ V. čl. 143. Zakona o obligacionim odnosima; čl. 32 Opšte uzanse za promet robom.

³² V. A. J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention*, Kluwer 1981, str. 217, navodi da će pisana forma ugovora biti ispunjena samo ako se u glavnom ugovoru izričito poziva na kompromisornu klauzula sadržanu u opštim uslovima poslovanja koji predstavljaju poseban dokument. Str. 8 i 9 u: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_conventi

toga da li se OUP i u njima sadržana arbitražna klauzula (ugovor) smatraju sastavnim delom osnovnog posla ili ne. Ako se arbitražna klauzula tumači kao deo osnovnog posla kao i druge klauzule, zadovoljena je pisana forma i može se smatrati da je arbitražni ugovor sadržan u odvojenim dokumentima. U tom smislu je u nekim pravnim sistemima dovoljno da se arbitražna klauzula nalazi u OUP da bi ugovor o arbitraži punovažno nastao.³³ Međutim, u sudskoj praksi je izražen i stav da bi arbitražnu klauzulu trebalo tretirati kao posebnu ili neuobičajenu odredbu ugovora³⁴, te nije dovoljno opšte upućivanje na OUP, već je potrebno da se na nju posebno skrene pažnja kod upućivanja na opšte uslove poslovanja u kojima je sadržana.³⁵

Na obavezu da se u nekim slučajevima posebno istakne da se upućivanjem na opšte uslove poslovanja bira i arbitražna klauzula ukazuju i neka nacionalna prava, na primer u slučaju kad je sadržana u konosmanu, dok se kod arbitražnih ugovora u kojima je jedna strana potrošač obavezno traže lični potpisi ugovornih strana³⁶. Što se tiče pitanja da li je, u slučajevima kad je razmenjen dokument potpisala samo jedna strana, saglasnost postignuta u pisanoj formi, u praksi je prihvaćeno tumačenje da se ne mora tražiti pisana saglasnost obe strane, već je dovoljno da arbitražni ugovor bude učinjen "očevidnim."³⁷

S druge strane, pravni sistemi koji zahtev za pisanom formom ugovora tumače na tradicionalan način, zahtevaju da se na postojanje arbitražne klauzule u

on_of_1958_overview.pdf. Za prihvaćeni stav u srpskom pravu, v. pre svih B. Poznić, *n. delo*, str. 244 i dalje.

³³ Prema holandskom pravu ugovor o arbitraži je validno zaključen ukoliko je klauzula sadržana u opštim uslovima poslovanja na koje je strana koja pristupa saglasila izričito ili prećutno. V. čl. 1021 Holandski zakon o građanskom procesnom pravu. Nemački Zakon o arbitraži u članu 1031 predviđa da će se, ukoliko se u ugovoru upućuje na opšte uslove poslovanja koji sadrže arbitražnu klauzulu, smatrati da je ugovor o arbitraži punovažno zaključen. Čl. 178 Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu za punovažni ugovor o arbitraži ne zahteva da bude potpisan od strane ugovornih strana.

³⁴ Ovakav stav proizilazi iz teorije o autonomiji arbitražnog ugovora. Više o autonomiji ugovora o arbitraži pre svih v. J. Perović, "Autonomija ugovora o arbitraži", *Pravo i privreda*, br. 5-8/2008, str. 535-544.

³⁵ V. J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer 2003, str. 142, pas. br. 7-38. V. i odluku u predmetu *Concordia Agritrading Pte Ltd v. Cornelder Hogewerff Pt Ltd*, 3 Int Alr N-42 (2000) Singapore High Court, 18 October 1999. U italijanskom pravu se za ugovaranje unutrašnje arbitraže zahteva da je ugovornik znao i specijalno odobrio arbitražnu klauzulu koja je sastavni deo opštih uslova poslovanja. Specijalno odobrenje pak nije potrebno za ugovaranje međunarodne arbitraže, ako je arbitražna klauzula u opštim uslovima bila poznata ili morala biti poznata drugoj ugovornoj strani.

³⁶ Čl. 1031 (5) Nemačkog zakona o arbitraži

³⁷ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *n. delo*, str. 135, pas. 6p. 7-16. Vid. predmet *Robobar v Finncold*.

opštim uslovima poslovanja jasno ukaže.³⁸ Primitno je ipak da se zahtev za pisanom formom vremenom ublažava. Na takav stav ukazuje i Uncitral Model zakon³⁹ koji nudi u vidu alternative potpuno napuštanje strogih uslova pisane forme i prihvatanje usmenog sporazuma kao valjanog osnova za zaključenje ugovora o arbitraži. Insistiranje na uslovu pisane forme arbitražne klauzule u opštim uslovima poslovanja vremenom gubi na značaju.

U tom smislu, sudovi su u pojedinim sporovima⁴⁰ fleksibilno tumačili ispunjenost pisane forme ugovora o arbitraži predviđenu članom II Njujorške konvencije. U obrazloženju su istakli da predviđeni načini ispunjenja pisane forme ne treba shvatiti ekskluzivno, već da su u datom članu izneti samo neki od načina ispunjenja forme.⁴¹ Tako je Švajcarski Kasacioni sud, u predmetu *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*,⁴² istakao da je ugovor o arbitraži punovažno zaključen iako nedostaje potpis stranke koja pristupa ugovoru.

U arbitražnoj praksi je postavljeno pitanje i da li je dovoljno da ugovorne strane potpišu dokument koji sadrži arbitražnu klauzulu da bi ugovor o arbitraži punovažno nastao.

Drugim rečima, da li se zahteva posebna saglasnost na arbitražnu klauzulu koja je sadržana u opštim uslovima poslovanja. Švajcarski Vrhovni sud je zauzeo stav da je ugovor o arbitraži punovažno zaključen iako na postojanje arbitraž-

³⁸ Tako je u slučaju *Bomar* (Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières), u postupku koji se vodio za poništaj arbitražne odluke, Francuski Kasacioni sud zauzeo stav da arbitražni tribunal nema nadležnost jer strana koja je pristupila ugovoru (Bomar) nije bila upoznata sa postojanjem arbitražne klauzule sadržane u opštim uslovima poslovanja. Ovaj stav je kasnije imenjen odlukom Apelacionog suda koji je u obrazloženju odluke između ostalog istakao da je francuska strana (Bomar) morala biti upoznata sa postojanjem arbitražne klauzule kao i da je prihvatanjem opštih uslova prihvatila i arbitražnu klauzulu, jer joj je druga (tuniska strana) dostavila kopiju opštih uslova poslovanja. Sud je u obrazloženju istakao da član II stav 3 Njujorške konvencije ne isključuje mogućnost zaključenja punovažnog arbitražnog ugovora ukoliko je sadržan u drugom dokumentu na koji se upućuje u pismenu koji su stranke potpisale, ako se ne dovodi u sumnju postojanje saglasnosti ugovornih strana. Apelacioni sud je u obrazloženju istakao da je arbitražni ugovor punovažan iako je sadržan u formi kluzule u opštim uslovima poslovanja na koje se upućuje. Posebno upućivanje na arbitražnu klauzulu ne smatra se uslovom za zaključivanje valjanog arbitražnog ugovora.

³⁹ Čl. 7, druga alternativa Uncitral Model Zakona

⁴⁰ *Jiangxi Provincial Metal & Mineral Import & Export Corp v Sulanser Co Ltd* [1995], XXI *Y. B. Com. Arb.*, 1995, str. 546-549

⁴¹ Sud je u obrazloženju istakao da se reči *shall included* ne treba shvatiti kao *only*

⁴² *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Sud je, pozivajući se na načelo savesnosti i poštenja, smatrao da postoji punovažan arbitražni ugovor i kad nisu ispunjene sve formalnosti, ali postoji jasna saglasnost strana. Dostupno na http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=564

na klauzula nije posebno upozoreno, a sadržana je u opštim uslovima poslovanja odštampana na poledini tovarnog lista. Davanje saglasnosti na osnovni posao koji sadrži upućivanje na opšte uslove poslovanja je dovoljno da se tumači da je strana pristala i na arbitražnu klauzulu sadržanu u OUP. Tuženi je u svom prigovoru istakao da na postojanje arbitražne klauzule nije bio prethodno upozoren, da njeno postojanje predstavlja nepoznanicu, te da se nije saglasio sa predloženim arbitražnim ugovorom.

Međutim, sud je u obrazloženju istakao da je, imajući u vidu da su ugovorne strane privrednici koji se dugi niz godina bave trgovinom upoznati sa opštim uslovima koji se uobičajeno koriste u ovoj grani i da se arbitražni način rešavanja sporova koristi kao uobičajeni, prigovor koji se odnosi da tuženi nije znao za postojanje arbitražne klauzule bez pravnog utemenjenja.⁴³

Sud nije razmatrao pitanje ispunjenja pisane forme ugovora o arbitraži već je kao osnovno, postavio pitanje postojanja saglasnosti ugovornih strana, što čini ovaj slučaj intresantnim. U obrazloženju odluke sud je istakao da je razmorio prigovor tuženog da nije znao za postojanje klauzule u Opštim uslovima poslovanja, ali da ga nije našao opravdanim. Iako je prigovor tuženog odbijen, slučaj je od značaja jer se razmatralo o postojanju saglasnosti strane koja pristupa OUP. Pitanje saglasnosti ugovornih strana bilo je predmet diskusija i u drugim slučajeva.

Tako je Francuski Kasacioni sud u predmetu *Dreistern Werk v. Crouzier*,⁴⁴ istakao da postojanje ugovora o arbitraži sadržano u Opštim uslovima poslovanja treba isključivo ispitivati u smislu postojanja saglasnosti volja ugovornih strana, a ne u pravcu zadovoljenja pisane forme ugovora. Ovo shvatanje zauzeto je i u nizu kasnijih odluka koje su doneli francuski,⁴⁵ ali i italijanski sudovi.⁴⁶

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu sve liberalnije tumačenje pisane forme ugovora o arbitraži, punovažnost arbitražnog ugovora u OUP treba ispitivati u smislu postojanja saglasnosti ugovornih strana da budući spor podvrgnu arbitraži na rešavanje.

⁴³ G. O. V. T. Ltd. XV Y. B. *Com. Arb.* (1995), str. 509-511. Isto je smatrao i Američki Vrhovni sud u predmetu *Aceros Prefabricados, S. A. V. TradeArbed*, dostupno na http://archive.onlinedmc.co.uk/aceros_v_tradearbed.htm

⁴⁴ *Dreistern Werk v. Société Crouzier, Revue de l'arbitrage*, 1991, str. 291-301.

⁴⁵ V. odluku u slučaju *Société Bomar Oil N.V. v. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP)*, 9 November 1993. Suprotno, v. odluku Italijanskog Kasacionog suda u slučaju No. 11529 od 19 Maja 2009 (*Dreyfus Commodities Italia v. Cereal Mangimi*).

⁴⁶ *Del Medico v. Iberprotein*, dostupno na http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=categ_see&id=47

Princip autonomije ugovora o arbitraži kao opšti princip arbitražnog prava zahteva da se arbitražna klauzula tumači nezavisno i samostalno od osnovnog posla. U suprotnom, ako bi se arbitražna klauzula izjednačila sa ostalim klauzulama u ugovoru bili bi narušeni opšti principi arbitražnog prava.

Zbog opšte tendencije konsensualnosti i laicizacije ugovora, insistiranje na ispunjenosti pisane forme ugovora o arbitraži sadržane u opštim uslovima poslovanja gubi na značaju. Postojanje saglasnosti volja ugovornih strana je potrebno postaviti kao osnovno pitanje u ovim slučajevima. Bez saglasnosti volja ugovornih strana ugovor o arbitraži ne bi mogao biti zaključen. Drugim rečima, saglasnost volja ugovornih strana predstavlja preduslov da bi se o ostalim uslovima punovažnosti uopšte moglo raspravljati.

Imajući u vidu navedeno, a iz razloga pravne sigurnosti i poštovanja osnovnih načela arbitražnog prava, ugovorne strane bi na postojanje arbitražne klauzule u OUP morale biti posebno upozorene. Ne zbog ispunjavanja pisane forme ugovora, već iz razloga postojanja saglasnosti volje ugovornih strana. U suprotnom će "život" arbitražne klauzule /ugovora zavisiti od slobodnog sudijskog uverenja.

JELENA VUKADINOVIĆ-MARKOVIĆ, Ph.D.,
Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade

ARBITRATION CLAUSE IN THE GENERAL TERMS AND CONDITIONS - Question of form or consent of the contracting parties -

Summary

General terms and conditions have nowadays become so frequent and significant that they are rightfully called "autonomous rights of economy". The superiority of one of the Contracting Parties in the economic, professional or other sense no longer constitutes a higher rule of business relationships in which the general conditions are used. The increasing use of general terms and conditions is due to the reason of time economy and velocity of business transactions in the standardization and uniformity of concluded contracts. Often the general terms and conditions also include the arbitration clause. Accepting the standpoint that by signing of the documents with general terms and conditions containing an arbitration clause the arbitration agreement is concluded simultaneously shall result in the fact that the resolution of disputes before an arbitration tribunal shall be accepted as a usual way of resolving disputes in business practice. On the other hand, such conception leads to negation of the theory of the autonomy of arbitration agreement and to the degradation of the arbitration clause to the same treatment shared by other clauses in the certain agreement.

ZORAN JORDANOSKI

APPLICATION OF MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

INTRODUCTION

The International commercial arbitration as a method of resolving disputes outside of the national courts with all its positive features and opportunities become the most preferred method of dispute resolution in the last fifty years. Widely accepted principle of party autonomy and the possibility parties to choose which law or rules of law will be applicable for their dispute, contributed for the parties to use the arbitration as a main model for their dispute.

Nowadays, “it is generally recognized that parties to an international commercial agreement are free to choose for themselves the law (or the legal rules) applicable to that agreement.”¹ The Party autonomy become a basic “conflict rule that permits the parties to choose the governing law for their agreement.”² This autonomy “permits parties to choose the law of a particular country or so-

Zoran Jordanoski, LL.M, Master of Law on International Law and International Relations, Head of Unit for Legal and Normative Affairs, Directorate for Personal Data Protection of the Republic of Macedonia.

¹ Alan Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004), 94.

² Giuditta Cordero-Moss, *International Commercial Arbitration - Party Autonomy and Mandatory Rules* (Oslo: Tano Aschehoug, 1999), 52.

vereignty to govern their contract that involves two or more jurisdictions.”³ “The ability to choose arbitration, and how the arbitration will be conducted, provides parties with the opportunity to construct a mutually beneficial arrangement to which both parties will voluntarily agree.”⁴ Therefore, “parties may choose a system of national law, but may also choose to rely on trade usage, a-national rules of law, transnational law, *lex mercatoria*, general principles of law or general principles of international law.”⁵

However, no matter how widespread and universally party autonomy is accepted as a “general principle of private international law and is to be respected in principle, it should operate within the limits imposed by such other equally important general principles of law or subject to any restraints of public policy.”⁶ “It would be wrong or overly euphoric to believe that the parties’ autonomy to choose the law or rules of law applicable to their dispute is totally unlimited.”⁷ Hence, for example “one general principle of law that party autonomy must contend with is the conflict of laws principle which provides that certain mandatory rules must be applied in the territory where certain activities are conducted or undertaken.”⁸ “This principle is based on the idea of national sovereignty and is designed to protect the public interest.”⁹ Moreover, because there are possibility parties to use this mechanism to avoid these mandatory rules, as well as to protect the public policy,

³ Mo Zhang, “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law,” *Emory International Law Review, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2008-44* 20 (2006): 511.

⁴ Elizabeth Shackelford, “Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration,” *University of Pittsburgh Law Review* 67, no. 4 (2006): 901.

⁵ Marc Blessing, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law,” *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*. (Kluwer Law International, 1994), 400, quoted in Helena Carlquist, *Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration (Master Thesis)*, Goteborg University, 2006, 12.

⁶ D.W. Bowet, *State Contract with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, LVIX, 1984, 53, quoted in A. F. M. Maniruzzaman, “International Arbitration and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview,” *Journal of International Arbitration* 7, no. 3 (1990): 54.

⁷ Blessing, *Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law*, 402.

⁸ Batiffol Henri & Lagarde Paul, *Droit International Prive*, 1987 p. 792, quoted in Mohammad Reza Baniassadi, *Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration*, 10 Int’l Tax & Bus. Law. 63 (1992). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol10/iss1/2> (12.09.2016). See also Maniruzzaman, “International Arbitration and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview,” 53-54.

⁹ Baniassadi, *Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration*, 63.

sometimes arbitrator will be faced with the need to apply a law different than the law chosen by the parties.

The key question that arises here is “can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties?”¹⁰ Should arbitrator take into consideration and apply mandatory rules beside the will of the parties, and which are these rules. This dilemma appears because the main goal of the arbitrator is to provide lawful award and to make every efforts to ensure that award will be enforceable as such and there will not be any obstacles or possibilities for its annulment. The problem appears because there are no universal standards for application of the mandatory rules and each country defines it in its own national legislation.

Considering all these questions, the focus of this paper is to analyze the issue of the mandatory rules in international commercial arbitration and their application. This paper confirms that the party autonomy as a main conflict of law rule in the international commercial arbitration is not absolute and there are certain restrictions. It requires analysis of different approaches to application of these restrictions because these substantially affect the scope of party autonomy and the outcome of the arbitration proceedings. This paper examines the application of the mandatory rules in the light of the most significant cases, the rules of international arbitral institutions, existing international treaties, national laws and their logical interpretation. The first part of this paper is devoted to mandatory rules, their definition and the grounds for their application in the context of international commercial arbitration. In the second part an analysis of the potential mandatory rules that has to be applied is given. Finally, the last section is devoted to concluding analyzes which should give appropriate method and future recommendations for application of mandatory rules beside of the will of the parties.

MANDATORY RULES

“An existence of a general transnational rule of law supporting the autonomy of the parties almost too good to be true.”¹¹ The mandatory rules in the context of international commercial arbitration are rules that has to be applied beside of the will of the parties. “They represent the fundamental policy of a state in the sense that they cannot compete with other foreign laws or the will of the parties.”¹² “This leads to the arbitrator being faced with two primary concerns when conducting the proceedings. On one hand he must respect the will of the

¹⁰ Giuditta Cordero-Moss, Can an arbitral tribunal disregard a choice of law made by the parties? *Stockholm International Arbitration Review* (2005), 1.

¹¹ Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 96.

¹² Okezie Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration* (Westport, CT: Quorum Books, 1994), 180, quoted in Tonje Ørving, *The Arbitrator's Role in the Application of*

parties and on the other he must consider the fate of his award as to avoid an annulment or a refusal of enforcement.”¹³

Defining the mandatory rules in French law *Francescakis* define them as “rules of French law - whether they belong to public or private law that the interest of the French community is so big to put them into competition with foreign rules.”¹⁴ Also, *Mayer* defines these norms as “laws that purport to apply irrespective of a contract’s proper law or the procedural regime selected by the parties”¹⁵, respectively these norms “must be applied to an international relationship irrespective of the law that governs that relationship.”¹⁶ In other words “mandatory rules of law are a matter of public policy (*ordere public*) and moreover reflect a public policy so commanding that they must be applied even if the general body of law to which they belong is not competent by application of the relevant rule of conflict of laws.”¹⁷

Generally, the “mandatory rules limits the parties’ choice and must be applied to certain situations”¹⁸ and thus they protect the economic, political and social interests of each country. Considering this, mandatory rules is mostly related to competition law, security issues, monetary issues, issues related to employment and issues related to confiscation and nationalization. These rules are very similar with the rules of the public policy because both are applying regardless of the will of the parties. The difference is that the rules of public policy applies at the stage of recognition and enforcement of award, while the mandatory rules applies during the arbitral proceedings and the outcome of the proceedings directly depend

Mandatory Rules and Conflict of Law Rules in International Commercial Arbitration. Masteroppgave, University of Oslo, 2009, 9.

¹³ Serge Lazareff, “Mandatory Extraterritorial Application of National Law,” *Arbitration International* 11, no. 2 (1995), 553, quoted in Ørving, *The Arbitrator’s Role in the Application of Mandatory Rules and Conflict of Law Rules in International Commercial Arbitration*, 8.

¹⁴ *Francescakis Phocicon*, *Repertoire de droit international prive*, Dallos, Paris 1968, tome I, p. 480, quoted in Tibor Varadi et al., *Međunarodno Privatno Pravo*, 9th ed. (Beograd: Pravni Fakultet Univerziteta U Beogradu, Javno Preduzeće “Sluzbeni Glasnik”, 2007), 169 .

¹⁵ Pierre Mayer, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, 2 *Arbitration International*, 1986, 274, quoted in Andrew Barraclough and Jeff Waincymer. “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration.” *Melbourne Journal of International Law* at <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2005/9.html>. (11.0916), 2.

¹⁶ Mayer, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, 274.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Marc Blessing, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration,” *Journal of International Arbitration* 14, no. 4 (1997): Kluwer Law International, 23.

on them. Moreover, the “mandatory rules would include those aspects of public policy and rules of national law that are couched in an imperative manner.”¹⁹

Regarding the mandatory rules, Moss suggests that the party autonomy can be restricted on three different grounds:

(1) The choice of a foreign law must be rejected if its application violates fundamental principle of public policy, (*ordre public*), (2) the choice of applicable law is further inadmissible when other conflict rules apply, and, (3) the application of the chosen law may be limited because of overriding mandatory rules.²⁰

Also, Blessing detects three limitations to the parties’ autonomy regarding the selection of the applicable law:

(1) A choice of applicable law shall be considered invalid if the intention is to defraud the law; (2) mandatory rules of a different legal system than the one chosen may in some situations apply; and, (3) public policy may in some cases restrict the parties’ freedom of choice.²¹

Contrary, the business community notes that these rules are deriving from the internal law of each country and should be applied only in the cases in front of the national courts. This because at the international commercial arbitration the arbitrator is establishing his jurisdiction based on the parties’ agreement. Only the parties are authorized to determine the rules according to which the dispute will be resolved. Once when the jurisdiction of arbitrator is established and the applicable law is determined, the arbitrator is bound to decide only according to the rules of law chosen by the parties. The arbitrator does not have any obligations to apply the mandatory rules of a particular country.

However, the practice is not supporting these claims. First, arbitrator shall take into consideration the mandatory rules which are foreign to the applicable law chosen by the parties because he is also bound to make all efforts “to guarantee that his award is ultimately enforceable and also to safeguard the credibility of arbitration as an effective mechanism for the settlement of disputes arising from commercial contracts.”²² Secondly, the lack of its own *lex fori* puts arbitrator in a position of international judge and thus directly forced him to take into consideration the law of the countries where the parties are coming from. Hence, arbitrator undoubtedly has the right to go beyond the expressed will of the parties and to take into consideration the mandatory rules and to make all efforts to ensure the fate of his award. Since it’s clear that the award has to be recognized or enforced

¹⁹ Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, 180-181.

²⁰ Moss, *International Commercial Arbitration - Party Autonomy and Mandatory Rules*, 53.

²¹ Blessing, *Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law*, 402-404.

²² See generally Albert Berg, “Recent Enforcement Problems under the New York and IC-SID Conventions,” *Arbitration International* 5, no. 1 (1989), quoted in Baniassadi, *Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration*, 66.

ced somewhere, the risk of no-recognition of the award is much higher if the arbitrator avoid the mandatory rules of such country.

This theoretical claims are regulated in several international documents. In this regard the article 9.1 of the Regulation EC No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (hereafter: “Rome I Regulation”) regulates that “overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract.”²³ Disrespecting these rules could lead to setting aside or suspension of the award on the ground of the public policy. Also, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (hereafter: “UNCITRAL Model Law”) in the article 34(2)(b)(ii) provide that “an arbitral award may be set aside if the court finds that the award is in conflict with the public policy of this State.”²⁴ Moreover, and probably the most important, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereafter: “New York Convention”) in the article V(2)(b) states that the “recognition and enforcement of the award may be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”²⁵

Hence, having in mind all of this international documents, the conclusion is that arbitrator shall take into consideration the mandatory rules beside the will of the parties. He “must consider the fate of his award so as to prevent annulment, thus taking into consideration the mandatory rules of the country or countries where enforcement of his award could conceivably be sought.”²⁶ Having in mind this, many of the arbitration rules regulate this issue in a manner that arbitrator is allowed to disregard the law chosen by the parties.²⁷

²³ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), article 9.1

²⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, article 34(2)(b)(ii).

²⁵ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 1958, article V(2)(b).

²⁶ Lazareff, *Mandatory Extraterritorial Application of National Law*, 140.

²⁷ Article 1(3) of the UNCITRAL Arbitration Rules (1976, 2010 and 2013) states that “these Rules shall govern the arbitration except that where any of these Rules is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate, that provision shall prevail.” Article 6 of the ICC Arbitration Rules state that “When the Court scrutinizes draft awards in accordance with article 33 of the Rules, it considers, to the extent practicable, the requirements of mandatory law at the place of the arbitration.” Article 14.5 of the LCIA Arbitration Rules state that

APPLICATION OF MANDATORY RULES

The determination of the source of mandatory rules is also very important. Namely, according to traditional theories, these rules should derive from the chosen applicable law for the contract, while the modern approaches note that they are completely independent. This implies that there are several mandatory rules that arbitrator should take into consideration, such as mandatory rules of the selected applicable law, mandatory rules of the country where the contract or the award has to be performed and mandatory rules of the countries that are in close relations to the contract. In certain cases the mandatory rules of the seat of the arbitration (*lex fori*) also has to be applied.

Mandatory rules that are part of the chosen applicable law

“There is no real difficulty when the mandatory rules are part of the substantive law chosen by the parties because an arbitrator is bound to apply such law in its entirety.”²⁸ Even it is undisputable, this method opens two questions. The first question is whether the arbitrator is free to apply the mandatory rules of the chosen law even when the parties failed to note it in the agreement, while the second question is whether the parties are free to derogate certain mandatory provisions of the chosen applicable law.

Regarding the first question, the assumption is that the parties are familiar with the rules of that law, including its mandatory rules, since it was their own choice. “It is generally agreed that if the *lex contractus* has been chosen by the parties, its mandatory rules must be applied.”²⁹ Also, if the substantive law is determined by the arbitrators, “the orthodox approach is for arbitrators to then automatically apply all of this law’s mandatory rules.”³⁰ This is confirmed by the ICC

“the Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge these general duties, subject to such mandatory law(s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may decide to be applicable; and at all times the parties shall do everything necessary in good faith for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration, including the Arbitral Tribunal’s discharge of its general duties.”

²⁸ Baniassadi, *Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration*, 71.

²⁹ Mayer, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, 280, Lazareff, *Mandatory Extraterritorial Application of National Law*, 138, Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, quoted in Barraclough and Waincymer. *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, 15.

³⁰ Barraclough and Waincymer. *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, 18.

Case No. 6142 of 1990³¹ in a dispute between a Spanish and French company. Namely, in this contract parties has chosen the Spanish Law as applicable, while the seat for the arbitration was agreed to be in Paris. The problem appeared from the different language versions of the contract. While the French version contained a provision for early termination of the contract, such a provision in the Spanish version of the contract was missing. Beside the fact that there was a side letter which states that the French version of the agreement will prevail, “the tribunal exerted its obligation to apply Spanish *ordre public* due to the governing law being Spanish.”³² “The side letter giving prevail to the French agreement was deemed invalid because it was considered as giving effect to a version which would violate the Spanish *ordre public*.”³³

Regarding the second question however, the possibility of derogation of the mandatory rules of the chosen applicable law, from a theoretical point of view it can be argued that if the parties are free to choose applicable law for their contractual relation, it also should be has a freedom to exclude all or some of the mandatory rules of said law.³⁴ However, although there is a theoretical possibility, the practice shows that the will of the parties to exclude the mandatory rules of the chosen applicable law “will prevail so far as it is consistent with relevant public policy.”³⁵ In this situation arbitrator may refuse this derogation of the mandatory rules of the selected applicable law beside will of the parties. The only exception of their obligation to apply these mandatory rules is when their application could lead to the violation of the international public policy.³⁶ In this situation, arbitrator have to examine the real intention of the parties and to give effect to the rules that will meet their needs, but in the same time to exclude the use of those national rules that are inconsistent with generally accepted international trade practices.

Mandatory rules that are foreign to the chosen applicable law

The real difficulty arise when the relevant mandatory rules derives from a legal system that is foreign to the chosen applicable law. “When a mandatory rule is not deriving from the *lex contractus* or the *lex fori*, it means that it is the rule of

³¹ ICC Case No. 6142 from 1990.

³² Ørving, *The Arbitrator’s Role in the Application of Mandatory Rules and Conflict of Law Rules in International Commercial Arbitration*, 16.

³³ *Ibid.*

³⁴ Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, 184.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Baniassadi, *Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration*, 72.

a third country which has some other connection to the dispute.”³⁷ In this situation, the application of mandatory rules of a third country is based on the ground of the public policy.³⁸ This because the number of issues of public law nature (such as issues related to competition law, environmental protection etc.) that is entrusted to arbitration is increasing and the countries still consider that have an exclusive jurisdiction in their regulation. They treat these rules as mandatory and no exclusion is allowed. In situation when parties have chosen particular applicable law that is inconsistent with these mandatory rules of a third country, the arbitrator will be faced to make a balance between the will of the parties and the vital interests of the countries that have some connection with the dispute.

Regarding the application of the mandatory rules that are foreign to the chosen applicable law, there are three mostly accepted methods for their application. The first method requires arbitrator to give effect to the trade regulations and other basic economic legislation of the country where the contract was or has to be performed. The second method provides that arbitrator should give effect to the mandatory rules of the law of the country or countries where the enforcement of the award conceivably will to be sought. The third method requires application of the mandatory rules of a particular country or countries if the contract or the parties have close connection with that country or countries or if certain circumstances indicate the existence of such connection. Even if is not widely accepted, there is a fourth method according to which arbitrator have to apply the mandatory rules of the country where is the seat of the arbitration (*lex fori*).

According to the first method arbitrator should give effect to the mandatory rules of the country where the contract was or has to be performed (*lex loci solutionis*), even when these rules could lead to inability for performing the contractual obligations. “This is because the parties should be presumed to act on the understanding that the contract would be performed in accordance with the rules of the country where performance is required.”³⁹ Also, the arbitrator is not in a position and it will be unfair to penalize one of the parties for its inability to perform its obligations due to legal obstacles in the country where the contractual obligations had to be performed.

In fact, there are a many situations of trade restrictions and limitations imposed between the countries. These certain internal provisions treat the contractual obligations as unlawful and its performing becomes legally impossible. In

³⁷ Ørving, *The Arbitrator's Role in the Application of Mandatory Rules and Conflict of Law Rules in International Commercial Arbitration*, 18.

³⁸ Peter Edward Nygh, *Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), 26.

³⁹ Hyder Razvi, “Mandatory Rules of Law in International Business Arbitration,” *The Lahore Journal of Economics* 3, no. 2 (1998): 51.

that situation arbitrator should take into consideration all circumstances that led to the dispute and the mandatory rules of the country where the contract had to be performed which will have significant influence on the final award. For example, in a situation when the contractual parties are seller from Egypt and buyer from France and French Law was chosen to be as a govern law for the contract, the seller was unable to fulfill his contractual obligation because of the Egypt's embargo. It's undisputed that the Egypt's embargo is a mandatory rule which restraints the seller to fulfill his obligation. However, since French is the govern law, the arbitrator have to choose whether he will directly apply the Egypt's mandatory rule, or he will take this mandatory rule as a *vis major* and through French law he will justify his decision. In both situations, the outcome will be same: arbitrator will take into consideration the mandatory rule of the country where the contract had to be performed beside the chosen applicable law and the will of the parties. This is well illustrated in ICC Case No. 1859 where the tribunal stated:

Since the contract must be performed in Lebanon, Syria and Jordan, it is a sure fact that the Lebanese importer was obliged to comply with the mandatory rules of the countries of importation and that the Japanese party cannot now claim that those rules cannot be raised against him.

Any merchant of a country who attempts to sell his products in another country is bound to respect the mandatory rules of the country of reception and cannot claim to be unaware of or not respect police laws or the regulation governing the importation of its goods, particularly when this law or regulation existed at the time of the performance of the contract.⁴⁰

The application of the mandatory rules of the country where the contractual obligation has to be performed is regulated in the article 9.3 of the Rome I Regulation which states that "effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful."⁴¹ Therefore, there are no doubts that in order to bring lawful and fair award the arbitrator have to take into consideration the mandatory rules of the country where the contract has to be performed.

The second method grows from the idea that each arbitrator shall "take into consideration the mandatory rules of the country or countries where enforcement of his award could conceivably be sought."⁴² This arises from the fact that one of the main characteristics and goals of the arbitration is to provide a high de-

⁴⁰ ICC Case 1859, quoted in Razvi, *Mandatory Rules of Law in International Business Arbitration*, 52.

⁴¹ Regulation (EC) No 593/2008 (Rome I), article 9.3.

⁴² Lazaref, *Mandatory extraterritorial application of national law*, 553.

gree of enforceable awards. This will not be possible without respecting the mandatory rules and the public policy of the country where the enforcement probably will be sought. Direct support for this method provides the New York Convention, according to which “the recognition and enforcement of the award may be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”⁴³ Also, the UNICITRAL Model Law provides that the “recognition or enforcement of an arbitral award may be refused if the court finds that the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.”⁴⁴

Moreover, the major arbitral institutions accept this method for application of the mandatory rules. For example, the ICC Arbitration Rules regulates this matter in a way that provides that “the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law.”⁴⁵ Also, the LCIA Arbitration Rules requires “the LCIA Court, the LCIA, the Registrar, the Arbitral Tribunal and each of the parties shall act at all times in good faith ... and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognized and enforceable at the arbitral seat.”⁴⁶ Similarly, the Article 47 of the Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce provides that “the Arbitral Tribunal and the parties shall act in the spirit of these Rules and shall make every reasonable effort to ensure that all awards are legally enforceable.”⁴⁷

The best example for the applicability of this method is the dispute between *Mitsubishi Motors Corp. and Soler Chrysler - Plymouth Inc.* where the question for the arbitrability of the dispute was raised because it's related to US antitrust legislation. This because each country attempts to protect its national interests and its public policy. However, despite the sensitivity of the issue and the strict antitrust regulation in the US, the judge in the US Supreme Court citing the New York Convention noted that “the national courts of the United States will have the opportunity at the award - enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed.”⁴⁸ The message was that the US courts might refuse the request for recognition and enforcement of the award due to violation of the public policy. This meant that the arbitrator is directly obliged to take into consideration the mandatory rules of the country

⁴³ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, article V (2)(b).

⁴⁴ UNICITRAL Model Law, article 36(b)(ii).

⁴⁵ ICC Arbitration rules (2012), Article 41.

⁴⁶ LCIA Arbitration rules (2014), Article 32.2.

⁴⁷ SCC Arbitration rules (2010), Article 47.

⁴⁸ U.S 614 (1985), p. 473.

where the enforcement of the award will be sought despite the will of the parties. On the other hand, non-compliance with the mandatory rules of the place of enforcement is a direct obstacle and reason for that country to refuse to recognize the award.

Moreover, “the award of parties can be refused recognition or enforcement because it does not respect regional mandatory rules. This is what happened in the case *Eco Suisse v. Benetton* where the European Court of Justice stated that an arbitral award which does not respect European competition law can be set aside.”⁴⁹ Consequently, it is undisputable that each arbitrator have to take into consideration the mandatory rules of the country or countries where the enforcement of their award conceivable will be sought. Otherwise, they can face with the obstacles with recognition and enforcement of their award.

The third method is wider and requires conducting the test of closest connection. “When considering how a discretion to apply mandatory rules should be exercised, it is logical to look at the approach taken by national courts.”⁵⁰ According to this approach, the arbitrator should examine all relevant connecting factors in order to identify the law or laws which have close connection with the contract.

This method is well regulated in the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations according to which “effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.”⁵¹ According to this rule, three conditions must be fulfilled for application of the mandatory rule. First, there has to be a close connection between the issue and the certain country. Second, the rule has to be from mandatory nature, and third the arbitrator has to be aware of the nature and purpose of such mandatory rule, as well as the consequences of its application or non-application.⁵² This method is

⁴⁹ Case C-126/97 *Eco Swiss v. Benetton* [1997] ECR I-3055, quoted in Maxime Discours, “Discretion of Arbitrators and Application of Mandatory Rules: Is the Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Arbitration concerning the Choice of the Substantive Law as Provided by the U.N.C.I.T.R.A.L. Arbitration Rules, the I.C.S.I.D. Convention and the I.C.C. Arbitration Rules Experiencing a Crisis?,” Master dissertation., 2013, 38.

⁵⁰ Barraclough and Waincymer. *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, 23.

⁵¹ Convention on the law applicable to contractual obligations (Rome Convention), 1980, article 7(1).

⁵² Blessing, *Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*, 32.

also fully implemented by the Switzerland's Federal Code on Private International Law.⁵³

The method of a close connection is the most flexible method for application of the mandatory rules. In this regard, arbitrator are able to evaluate the applicable law chosen by the parties and their legitimate expectations, but also is authorized to analyze all the potential interested countries and their legitimate interest for application of its mandatory provisions. In this manner arbitrator should examine all factors that links the contract to particular country or countries and it's up to them to decide whether he will they apply or not the mandatory rules of some of the countries that are closely connected to the contract. Hence the conclusion is that "the arbitrator must give effect to mandatory rules of a country closely connected with the contract."⁵⁴ Occasionally, it could be the mandatory rules of the country where the contract was or have to be performed, the country where the enforcement of the award conceivably will be sought, the country of the seat of arbitration, or sometimes it could mean application of regional or international mandatory rules. Therefore, the assumption is that this method is most appropriate for arbitrator to decide whether he will apply some mandatory rule or not.

Even if it's not commonly accepted, there is a forth method which requires application of the mandatory rules of the country of the seat of arbitration (*lex fori*). Anyway, the main assumption is that arbitrators are free to ignore these rules. This because "even if the parties have made a choice on the place of the arbitration this may not always be due to the legislation connected to the country, but rather because of its geographical location or neutrality."⁵⁵ Best example for this is Sweden which was place of arbitration for many disputes between US and Russian (previously USSR) companies. This position is also confirmed by the US Supreme Court judge in the dispute between *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, who noted that:

There is no reason to assume at the outset of the dispute that international arbitration will not provide an adequate mechanism. To be sure, the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states: hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates.⁵⁶

⁵³ Switzerland's Federal Code on Private International Law, 1987, article 19.

⁵⁴ Ole Lando, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute," ed. Petar Sarcevic, *Essays on International Commercial Arbitration*, 1989, 157.

⁵⁵ Moss, *International Commercial Arbitration - Party Autonomy and Mandatory Rules*, 328, quoted in Ørving, *The Arbitrator's Role in the Application of Mandatory Rules and Conflict of Law Rules in International Commercial Arbitration*, 13.

⁵⁶ US 614 (1985), 473.

However, having in mind that there is not always a clear distinction between the mandatory rules and the public policy which often leads to their overlapping, arbitrator may be faced with the necessity to apply some of the mandatory rules of the host country. This because most of the countries has adopted the UNICITRAL Model Law rule which states that an arbitration award may be set aside by the national court of the country of the seat of arbitration if the court finds that “the award is in conflict with the public policy of this State.”⁵⁷ Moreover, the New York Convention also states that the recognition and enforcement of a foreign arbitral award may be refused if “the award has not let become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which or under the law of which, that award was made.”⁵⁸ Therefore, to ensure that the award will be legally binding for the parties, the arbitrator is faced to respect the public policy of the host country, which sometimes could lead to application of rule different of the one chosen by the parties. However, despite the theoretical possibilities for the application of the mandatory rules of the host country, in practice they will be applied only when they are consistent with the fundamental principles generally accepted on an international level.⁵⁹ Moreover, instead the public policy of the host country, arbitrators often invoke the application of the international public policy in order to justify their decision to derogate the govern law chosen by the parties.

CONCLUSION

From the analysis of the methods for application of the mandatory rules beside the will of the parties it is clear that despite many attempts and efforts of the countries and the international organizations the problem is still not resolved and the practice is not uniform. There are still different approaches and rules in the arbitration laws that requires application of the mandatory provisions of the public law. Therefore, each arbitrator is faced with the question whether to give effect to these rules beside the will of the parties or not. In this situation each arbitrator have to examine all connections of the contract with the interested countries and to give effect to the mandatory rules of the countries that are in close relations, as well as the mandatory rules of the countries that could affect the arbitral award.

⁵⁷ UNICITRAL Model Law, article 34(2)(b)(ii).

⁵⁸ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, article V(1)(e).

⁵⁹ Moss, *International Commercial Arbitration - Party Autonomy and Mandatory Rules*, 329.

Nevertheless, it is acknowledged that the parties are free to choose which law will govern their contractual relationship and the party autonomy remains main conflict rule for determination of the applicable law. Since there is no uniform practice for the application of the mandatory rules, one thing is certain, that the arbitrator will give priority to the party's choice if it's not in contradiction with some mandatory rule or it's not inconsistent with the international public policy. Even if the parties could be unhappy with the application of the mandatory rules, at the end they could benefit because they will have better chances for recognition and enforcement of the award.

From the other side the application of the mandatory rules is very important for the arbitration as institution. Extending the principle of party autonomy to the maximum and giving the full freedom to the parties can result in a risk for the arbitration as an institution and its credibility can be endangered and it could easily lose the support of the countries. That's why is so important for the arbitrators to be careful when deciding whether to apply the mandatory roles of interested countries or not. Otherwise the fate of the arbitral award will be uncertain.

In this manner it's remarkable that the number of the arbitral institutions that are accepting the mechanism for applying the mandatory rules regardless of the will of the parties is increasing. Also, the number of legal experts who are supporting the application of the mandatory rules is increasing too. Giving this opportunity to the arbitrators to investigate the possibility of applying other rules rather than those chosen by the parties will increase the flexibility of the arbitration. Sometimes this could mean that the arbitrators may correct the injustice that it could appear if they respect the will of the parties. From the other hand the debate on the application of the mandatory rules should continue and should lead to the formation of generally accepted standards on international level which would facilitate the work of the arbitrators and will eliminate the threats that endanger the awards. This will lead to greater certainty and awareness for the parties that sometimes some mandatory rule may be applied in their case beside their will. Only through strict defined criteria for application of the mandatory rules could increase the efficiency and fairness of the arbitration.

ZORAN JORDANOSKI, LL.M,
Master of Law on International Law
and International Relations, Head of Unit for Legal
and Normative Affairs, Directorate for Personal Data Protection
of the Republic of Macedonia

APPLICATION OF MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Summary

This article deals with the application of the mandatory rules of public law in the International commercial arbitration as an alternative method of disputes resolution mainly used in international trade relations.

In the introduction the author underlines that the party autonomy as a main conflict rule for determination of the applicable law is not absolute and it's limited by other conflict rules. In this part the author point out the importance of the mandatory rules.

In the first part of the article the definition, characteristics and the grounds for application of the mandatory rules are given.

In the second part the methods for application of mandatory rules are determined. The author emphasizes that the application of the mandatory rules is very important for the efficiency of the arbitration as institution and the enforcement of the arbitral awards.

The last part of this article is devoted to concluding analyzes which are giving the appropriate method and future recommendations for application of mandatory rules beside of the will of the parties.

RADOJE BRKOVIĆ

ŠTRAJK KAO METOD REŠAVANJA RADNIH SPOROVA

U V O D

Štrajk predstavlja poslednje sredstvo borbe, kojim zaposleni i sindikat prisiljavaju poslodavce da poštuju dogovoreno u pogledu uslova rada. Štrajk je najčešće korišćena forma kolektivne (industrijske) akcije koju preduzimaju radnici pri ostvarivanju prava iz radnog odnosa.¹ Kroz štrajk, najjasnije se odražava društvena moć i slabosti sindikata i poslodavca. Izostanak socijalnog mira zbog pasivnosti poslodavca najčešće završava štrajkom. Štrajk, u savremenom smislu značenja tog pojma, nastaje tek sa jačanjem sindikata² i postizanjem određenog stepena razvoja kolektivnih akcija. U početku, štrajk je bio nezakonit metod rešavanja, pre svega industrijskih konflikata.³

Prošlo je dosta vremena do priznavanja prava na sindikalno organizovanje. Bez prava na sindikalno organizovanje nezamislivo je organizovanje zakonitog

Dr Radoje Brković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ T. Kalamatiev, *Opšta načela, vidovi zapošljavanja i kolektivna prava zaposlenih u javnom sektoru*, Radno i socijalno pravo, br. 1/2014, str. 123.

² Više: P. Jovanović, *Radno pravo*, Novi Sad, 2012, str. 390.

³ Za vreme Luja XV prema štrajkačima su preduzimane krivične sankcije, novčane kazne, konfiskacija imovine

štrajka, jer između prava na sindikalno organizovanje i prava na štrajk postoji "te-sna povezanost".⁴

Vremenom, štrajk, od krivičnog dela⁵ i građanskog delikta, postaje sloboda⁶ zaposlenih i njihovih organizacija,⁷ a kasnije i pravo. Pravo na štrajk prvenstveno se priznaje zakonom, potom ustavi velikog broja zemalja priznaju pravo na štrajk, i na kraju međunarodnim aktima, pre svega onima koji se odnose na ljudska prava, priznaje se pravo na štrajk.

U današnjim uslovima globalnog privređivanja pravo na štrajk spada u grupu osnovnih socijalno-ekonomskih prava. Izričito je priznato u ustavima⁸ i zakonima velikog broja država. Dakle, osim ustava pravo na štrajk može biti regulisano samo zakonom ili pak ustavom i zakonom određene države, kao što je npr. slučaj i u Srbiji.

Što se tiče definicije štrajka, ni pravna doktrina ni praksa industrijskih odnosa, ne daju precizne kriterijume na osnovu kojih bi mogla da se da opšteprihvaćena definicija. Različito se definiše štrajk, a što je posledica različitih shvatanja elemenata, pre svega cilja i predmeta, ovog metoda kolektivnog delovanja, pre svega, sindikata.

Organizovanje štrajka i učestvovanje u štrajku kao pravo zaposlenog

Zaposleni su aktivni subjekti štrajka. Pravo na štrajk je osnovno pravo zaposlenih. Pristalice ovog gledišta o pravu na štrajk ističu da je pravo na štrajk indi-

⁴ P. Jovanović, *op. cit.*, str. 390.

⁵ U Velikoj Britaniji sve do 1825. godine bilo je zabranjeno sindikalno organizovanje, a štrajk je tretiran kao protivpravno delo kojim se nanosi šteta drugom licu. Naime, po shvatanju britanskih sudova, štrajkačke akcije su bile uperene protiv prirodnih ekonomskih zakona, tržišne utakmice koja se organizuje na tržištu robe, kapitala i rada.

⁶ Početkom XX veka počinje period slobode štrajka

⁷ MOR povodom predloga Komiteta eksperata za primenu konvencija i preporuka zauzela je stav da se zaštita od preduzimanja antisindikalnih akata diskriminacije podjednako odnosi i na učesnike zakonitog štrajka. Ovakav stav MOR-a rezultat je rada kontrolnih mehanizama prema legislativi i praksi postupanja država članica a povodom primene konvencije broj 87 o sindikalnim slobodama i zaštiti sindikalnih prava iz 1948.godine – Hodges-Aeberhard, J., Odero de Dios, A., *Principles of the Committee on Freedom of Association concernig strikes*, International Labour Review, Vol. 126, 1987, str.544

⁸ Pravo na štrajk eksplicitno je priznato ustavom sledećih država: Francuska, Španija, Italija, Švedska, Grčka, Srbija, Crna Gora i sl. Dok je implicitno priznato u ustavu npr. Nemačke, Belgije, Luksmeburga. U Austriji, Velikoj Britaniji i Danskoj pre se može govoriti o slobodi štrajka nego o pravu na štrajk.

vidualno pravo zaposlenih⁹, a koje se ostvaruje kolektivnim akcijama zaposlenih i da stoga ne može biti kolektivno pravo sindikata. Dakle, prema ovom konceptu sindikat¹⁰ nema pravo da organizuje štrajk, već to pravo pripada zaposlenom.

Odluku o organizovanju štrajka donose sami zaposleni tajnim ili javnim izjašnjavanjem, uglavnom to je većina zaposlenih, zbog čega se u teoriji radnog prava ovaj koncept prava na štrajk upoređuje sa neposrednom industrijskom demokratijom, iz razloga što se štrajk organizuje i u njega stupa neposredno od strane zaposlenih a ne posredno preko sindikata.

U Srbiji, važećim Zakonom o štrajku, nije regulisan način izjašnjavanja zaposlenih prilikom donošenja odluke o stupanju u štrajk. Smatramo da bi bilo neophodno da se zakonom utvrdi postupak izjašnjavanja zaposlenih kod donošenja odluke o organizovanju štrajka.

Koncept prava na štrajk kao osnovnog prava zaposlenih garantovaće se pod uslovom da se ustavom određene države tako i utvrdi.

U Srbiji, važeći Ustav iz 2006-e godine sadrži i zaseban član kojim je propisano da zaposleni imaju pravo na štrajk, u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom, uz isticanje da ovo pravo može biti ograničeno samo zakonom, shodno prirodi ili vrsti delatnosti.¹¹ Tumačenjem ove ustavne odredbe proizilazi da je štrajk osnovno pravo zaposlenih.¹²

U savremenom svetu rada pravo na štrajk je "izričito priznato u ustavima i/ili zakonima velikog broja zemalja". Dakle, pravo na štrajk reguliše se: ustavima i zakonima (što je slučaj i sa Srbijom) ili zakonima¹³.

⁹ U francuskoj doktrini radnog prava prevlađuje shvatanje da je pravo na štrajk ne samo kolektivno pravo, već je individualno pravo koje se ostvaruje kolektivnim delovanjem zaposlenih – G.H.CamerLzncck, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1986, str. 929, 931, 976.

¹⁰ Zanimljivo je shvatanje koje ističu predstavnici kanadske teorije radnog prava. Po njima, pravo na sindikalno udruživanje je osnovno pravo. Pravo na štrajk kao i pravo na kolektivno pregovaranje su savremena prava, prava novije generacije, koja su stvorena od strane zakonodavne vlasti prama tome nisu ni uključena u slobodu održavanje i ne mogu imati karakter osnovne slobode – T.A.Opie, L. Bates, *A. Guide tr Canadian Labourt Law*, Ontario, 1996, str. 596-597.

¹¹ Ustav Republike Srbije, «Sl. glasnik RS», br. 98/2006, čl. 61.

¹² B. Lubarda, Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu, str. 996; "Pri ostvarivanju prava na štrajk, kao kolektivne akcije svaki radnik zasebno ostvaruje svoje pojedinačno pravo na štrajk... svaki zaposleni slobodno odlučuje o svom učešću u štrajku, što znači da zaposlenog ne obavezuje odluka sindikata ili većine zaposlenih o stupanju u štrajk... organizovanje štrajka je stvar kolektivne odluke, a učešće stvar slobodno izražene volje" – P. Jovanović, *op.cit.*, str. 392.

¹³ U Makedoniji Zakon o radnim odnosima ne određuje pojam štrajka ali upućuje na dva pravna režima za ostvarivanje prava na štrajk - T. Kalamantijev, *Štrajk vo pozitivnoto pravo na Republika Makedonija*, Zbornik vo čest na Profesor dr Stefan Georgijevski, Skopje, 2008

Međutim, za koncept prava na štrajk vrlo je važno da li je ustavom direktno ili indirektno, priznato pravo na štrajk.

U prilog shvatanju da je štrajk pravo zaposlenog a ne privilegija sindikata mogu se kao primer navesti Francuska, Italija i Španija.

Osim navedenog, argumenti za ovaj koncept prava na štrajk su i pravne situacije koje nastaju npr. kod sindikalno neorganizovanih radnika, pod uslovom da se utvrdi koja je to grupa radnika 1/12 ili 1/10 bez obzira što kod poslodavca postoji organizovan sindikat ova grupa radnika ima pravo da organizuje štrajk. Kao i grupa ili većina zaposlenih koji nije sindikalno organizovana iz razloga što npr. kod poslodavca sindikat uopšte nije organizovan.¹⁴

U Italiji, prema Ustavu iz 1948. godine, garantuje se pravo na štrajk članom 40. i to kao pravo zaposlenog a ne kao privilegija sindikata. Takav koncept proizilazi i iz zakona o radnicima iz 1970. godine a rezultat je i sudske prakse Kasacionog suda.¹⁵

Koncepcije o pravu na štrajk u Srbiji

U Srbiji, Ustavom iz 2006-e godine, pravo na štrajk je eksplicitno priznato. Pravo na štrajk je osnovno pravo zaposlenih, a ne pravo sindikata. Ovakva koncepcija prava na štrajk je prihvaćena samo ako se radi o štrajku na nivou preduzeća. To uostalom proizilazi iz odredbi Zakona o štrajku iz 1996. godine¹⁶, međutim, ako je reč o granskom ili generalnom štrajku, pravo na organizovanje takvih štrajkova je privilegija sindikata¹⁷, a ne pravo radnika, radnici imaju pravo da učestvuju u štrajku. Pravo na štrajk je individualno pravo zaposlenih koje se kolektivno ostvaruje (odlukom većine zaposlenih kod poslodavca i odlukom sindikata na višem nivou organizovanja - granski i generalni štrajk).

Zakonom o štrajku nije propisano na koji način se glasa kada se radi o ostvarivanju prava na štrajk, da li tajno ili javno. Ako štrajk organizuje sindikat

¹⁴ U SAD-u pravo na štrajk nije ustavno pravo. Bez obzira što se dozvoljava samo organizovan štrajk (što je inače praksa u uporednom radnom pravu) pravi se zuzetak i dozvoljava se grupi ili većini zaposlenih da organizuju tzv. divlji štrajk, pri čemu je broj takvih štrajkova neznatni u odnosu na organizovani štrajk, tj. štrajk organizovan od strane sindikata, tzv. drugi koncept prava na štrajk - Goldman A.L, *Labour Law and Industrial Relations in the United States of America*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1984, str. 272.

¹⁵ L. Betten, *The right to Strike in Community Law*, Amsterdam, 1985, str. 135-137; T. Treu, *Labour Law and Industrial Relations in Italy*, Kluwer Law International, 2007, str. 207-210

¹⁶ čl. 2, stav 1, Zakona o štrajku, «Sl. list SRJ», br. 29/96.

¹⁷ čl. 3, st. 2. i 3. Zakona o štrajku iz 1996. godine.

u skladu sa važećim Zakonom o štrajku, glasanje o štrajku ne predstavlja uslov za ostvarenje ovog prava.

Kada se radi o zabrani štrajka, novim Zakonom o štrajku mora se preciznije regulisati na koga se zabrana odnosi. Smatramo, da bi državnim službenicima koji su zasnovali radni odnos na izvršilačkim radnim mestima kao i nameštenicima trebalo priznati pravo na štrajk uz ispunjenje uslova koji se odnose na obezbeđenje minimuma procesa rada. Takođe, potrebno je da se suzi krug delatnosti koje su od javnog interesa uvažavajući međunarodne standarde rada, tj. preporuke Komiteta za slobodu udruživanja MOR-a. Smatramo, da su to delatnosti koje su od neposrednog značaja za život, zdravlje ili ličnu sigurnost kako celog, tako i određenog dela stanovništva. Neophodno je praviti razliku između minimuma procesa rada u vitalnim službama od tzv. tehnološkog minimuma procesa rada. Takođe, minimum procesa rada treba regulisati primenom načela bipartizma, odnosno tripartizma (kolektivnim ugovorom ili posebnim zakonom).

U odnosu na važeći Zakon o štrajku, posebno odredbe koje se odnose na mirenje pre stupanja u štrajk, smatramo da su te odredbe neprecizne i da treba jasno utvrditi nadležnost Republičke Agencije za mirno rešavanje radnih sporova (fakultativno mirenje za opšti režim štrajka i obligatorno mirenje za poseban režim štrajka).

Zabrana i ograničavanje prava na štrajk.

U uporednom i međunarodnom radnom pravu pravo na štrajk nije apsolutno pravo već se ostvaruje u skladu sa zakonom koji ga reguliše i/ili kolektivnim ugovorom.

U Srbiji, kao što smo istakli, prema Ustavu iz 2006. godine (čl. 61) “zaposleni imaju pravo na štrajk u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom “pri čemu isto može biti ograničeno samo zakonom shodno prirodi ili vrsti delatnosti”.

Bez obzira što je pravo na štrajk osnovno socijalno pravo a u nekim državama građanska sloboda, svaka država treba da reguliše predmet štrajka, ko ima pravo da organizuje štrajk, šta su dopušteni ciljevi štrajka, protiv koga je usmeren, u kojim oblicima se može javiti i sl. To je značajno da se utvrdi koja je kolektivna akcija zaposlenih a koja nije tj. da li je svaki oblik štrajka zakonit ili nije. S toga, koordinate štrajka, bio on pravo ili sloboda, moraju biti određene jer to je značajno zbog radnopravnih i građanskopravnih posledica štrajka. Upravo, zbog posledica koje štrajk može prouzrokovati privredi na nivou cele zemlje ili na određenom području, ostvarivanje prava na štrajk jedino je dopušteno pod određenim uslovima ili ograničenjima pri čemu opšta zabrana štrajka, kako se to ističe u doktrini kolektivnog radnog prava, u suprotnosti je sa principima slobode udruživanja.

Određenom krugu zaposlenih prema međunarodnim standardima rada pravo na štrajk moguće je, nacionalnim zakonodavstvom, zabraniti ili ograničiti. Ono što je najspornije kako u teoriji tako i u praksi ustavnog, upravnog i specijalizovanog radnog suda jeste koja lica podležu zabrani štrajka i koje su to delatnosti (vitalne službe, osnovne usluge...) u kojima se umesto potpune zabrane štrajka primenjuje tzv. koncept minimalnih usluga.

Prema međunarodnim standardima rada određenoj kategoriji zaposlenih nacionalnim zakonodavstvom može se zabraniti pribegavanje štrajku. U uporednom radnom pravu različito je određen krug lica koja ne mogu štrajkovati.

U većini država štrajk se zabranjuje za profesionalne vojnike i policajce kao i za državne službenike pod uslovom da vlast obavljaju u ime države.

U Nemačkoj javni službenici i crkveno osoblje nemaju pravo na štrajk.¹⁸ Zabrana štrajka opravdava se činjenicom da svi javni službenici nemaju pravo na kolektivno pregovaranje, jer za to ne postoji potreba jer, uslovi rada uključujući platu regulišu se zakonima. Osim toga, pravni položaj državnih službenika predmet je upravnog a ne radnog prava. Karijerni službenici imaju kompenzaciju zbog toga što ne mogu da štrajkuju. Ističe se da imaju, za razliku od ostalih zaposlenih gde je pravni osnov za radno angažovanje ugovor o radu, siguran posao, povoljniji sistem svih oblika penzijskog osiguranja kao i neke druge socijalne prestacije. Takođe, ističe se i obaveza lojalnosti¹⁹ državnog službenika prema državi.

Zakonodavstvo Nemačke kojim se zabranjuje pravo na štrajk bilo je predmet analize od strane Komiteta nezavisnih eksperata koje su svojim mišljenjem zaključili da se takvom praksom krše odredbe Evropske socijalne povelje koja ne dozvoljava zabranu štrajka svim državnim službenicima.

U Italiji zabrana štrajka se odnosi na profesionalne vojnike i policajce s obrazloženjem da bi pribegavanjem štrajku navedenih lica bila ugrožena nacionalna bezbednost, svojina građana i fizičko blagostanje. Navedena zabrana regulisana je Ustavom Italije (čl. 52).

U Srbiji prema pozitivnom pravu²⁰ nemaju pravo na štrajk zaposleni u Vojsci Republike Srbije, zaposleni u Vojnoobaveštajnoj agenciji i u Vojnobezbednosnoj agenciji. Koncept "osnovnih" i "minimalnih" usluga najznačajniji je oblik ograničenja prava na štrajk kako u uporednom, tako i u nacionalnim zakonodavstvima. Naime, štrajk je najjače oružje radne borbe, tako je bilo u vreme prvih

¹⁸ Više: Seiter, H., *Streikrecht und Aussperrungsrecht: ein Arbeitskämpfersystem auf d. Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte*, Tübingen: Mohr, 1975. str. 508.

¹⁹ Više: Weiss, M., u Schmidt, M., *Labour Law and Industrial relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, str. 209-210.

²⁰ Zakon o Vojsci Srbije «Sl. glasnik RS», br. 116/2007, 88/2009, Zakon o Vojnoobaveštajnoj agenciji i o Vojnobezbednosnoj agenciji «Sl. glasnik RS», br. 88/2009, 55/2012 - odluka US i 17/2013.

spontanih štrajkova a tako je i u savremenom globalizovanom svetu. Međutim kao i svako drugo pravo tako i pravo na štrajk trpi ograničenje. Svaka država treba da obezbedi socijalnu ravnotežu, da osigura socijalni mir i da što manje ograničava pravo na štrajk. Institut zloupotrebe prava naročito može biti korišćen kod ostvarivanja prava na štrajk. S toga, Zakonom se određuju uslovi za zakonit štrajk. Ne može se dopustiti da određene kategorije zaposlenih štrajkujući nanose štetu celom stanovništvu ili delu stanovništva, ne sme se ugroziti javni poredak. Ali, isto tako moraju se obezbediti kompenzacije licima kojima se ograničava pravo na štrajk. Potrebno je imati meru dozvoljenosti u ograničenosti prava na štrajk. Najsloženije pitanje kod prava na štrajk jeste određivanje osnovnih i minimalnih usluga kod kojih zaposleni moraju ispunjavati određene uslove da bi ostvarili pravo na štrajk. Konkretnije, kod ovih usluga štrajk se može ostvariti po posebnom režimu njegovog organizovanja.

Praksa i nacionalno zakonodavstvo različito određuju pojam “usluga osnovne važnosti” (termin koji se koristi od strane Komiteta za slobodu udruživanja) i “minimalnih usluga” u odnosu na međunarodne standarde rada.

Međunarodni standardi rada dozvoljavaju “zabranu štrajka u vitalnim službama pod uslovom da se pojam vitalnih službi shvati u užem smislu”.²¹ Upravo problem nastaje baš kod određivanja sadržine pojma “osnovne službe”. U nekim državama koncept “osnovnih usluga” se koristi da bi se odredile usluge kojima štrajk nije zabranjen ali pod uslovom da se obezbedi minimum procesa rada. U drugim državama, koncept “osnovnih usluga” koristi se da bi se ostvarila osnovna ograničenja, a često da bi se štrajk i zabranio. Stoga, najbolje je da svaka država precizno odredi šta su to osnovne i minimalne usluge. Nadzorna tela MOR-a osnovne usluge određuju kao one čiji “bi prekid rada mogao ugroziti život, zdravlje ili ličnu sigurnost celog ili dela stanovništva”.²² U navedenom smislu to su sledeće usluge: zdravstvo, snabdevanje vodom i električnom energijom, telefonske usluge i kontrola leta.

Smatramo da ovako određen pojam osnovnih usluga i određivanja vrsta delatnosti je adekvatno postavljen i da države-članice MOR-a nacionalnim zakonodavstvom i praksom uvažavaju ovako utvrđen standard čime bi se zagarantovalo ostvarivanje prava na štrajk. Međutim, u nekim situacijama moguće je da neke usluge koje nisu osnovne zbog dugog trajanja štrajka ili njegovog obima moraju da postanu osnovne. U praksi država članica MOR-a navodi se dopremanje vode na ostrva, metro i slično pri čemu se ta praksa vrlo restriktivno primenjuje, ako je

²¹ Lubarda, B., nav. delo, str.1003.

²² ILO, *Freedom of association and collective bargaining: General survey of the Committee of Experts on the application of the Conventions on freedom of association*, Report II (4B), International Labour Conference, 69 Session, 1983, Geneva, t 214.

to nužno jer ne postoji mogućnost da se na drugi način obezbedi život, zdravlje, lična sigurnost stanovništva.

Praksa u uporednom radnom pravu je različita ako se radi o vrstama osnovnih usluga. Kod nekih država ove usluge su reducirane na najniži (neophodni) nivo a kod drugih su preširoko određene. Razlike postoje i u pogledu kompenzacija koje se nude zaposlenima ove vrste usluga kod kojih je ograničenje a nekada i zabrana štrajka legitimno jer se radi o zaštiti nacionalnih interesa. U nekim državama lučke ili pomorske usluge su osnovne a u drugima nisu. No, bez obzira na ove razlike smatramo da kompenzacija zaposlenih mora biti regulisana nacionalnim propisima i mora se garantovati kroz postupke mirenja i posredovanja kao i obavezna arbitraže pri čemu je shodno načelu adekvatnosti i srazmernosti da strane u alternativnim načinima rešavanja kolektivnih radnih sporova samostalno učestvuju u određivanju i primeni mirnih procedura.

Koncept minimalnih usluga prema standardima nadzornih tela MOR-a primenjuje se umesto potpune zabrane štrajka u onim delatnostima koje su takve prirode da s jedne strane ne opravdavaju da se zaposlenima štrajk potpuno zabrani, ali, s druge strane, zbog posebnih okolnosti pravo na štrajk mora da se ograniči - u suprotnom dovodi se u opasnost zadovoljenje osnovnih potreba stanovništva.

Da bi se minimalne usluge smatrale opravdanim potrebno je da iste, po svom trajanju i obimu, zaista predstavljaju potreban minimum rada vršenja usluga i drugo, važno je, da zaposleni, pre svega, životnim uslugama paritetno sa poslodavcima i javnom vlašću učestvuju u definisanju minimalnih usluga. Smatramo da je dobra praksa da se posebnim zakonom regulišu odnosi socijalnih partnera kod utvrđivanja procedura za rad u osnovnim službama.²³

Kada se radi o obavezi obezbeđivanja minimuma procesa rada za privatni i javni sektor pravni okvir za ograničenje prava na štrajk u osnovnim uslugama nije isti. Tipičan primer je Belgija, kod koje iako postoji sloboda štrajka, to pitanje je drugačije regulisano u odnosu na druge države.

Naime, u uporednom radnom pravu opšte prihvaćen je stav da zakonodavac utvrdi pravila zagarantovanih minimalnih usluga u javnom sektoru ostavljajući privatnom sektoru da samostalno inicira sa drugim socijalnim partnerima dogovor u pogledu kriterijuma za utvrđivanje minimalnih usluga. U Belgiji je obrnuta pravna situacija²⁴ iako je ona najliberalnija evropska država kada je reč o dozvoljenim ciljevima štrajka a što je inače uopšte karakteristika Belgijskog pravnog sistema.

²³ Videti Zakon o osnovnim službama Belgije iz 1948. godine.

²⁴ Više: Steward, A., Bell, M., *The Right to Strike: A Comparative perspective – A study of nationallaq in six EU states*, The institute of Employment Rights, Liverpool, 2009. str. 11.

Opšti i poseban režim štrajka

Opšti režim štrajka se odnosi na sve delatnosti, osim na delatnosti od javnog interesa čiji bi prekid rada mogao da ugrozi život i zdravlje ljudi ili da nanese štetu većih razmera. Za ovakve delatnosti važe pravila koja se primenjuju na poseban režim štrajka.

Opšti režim štrajka najčešće se propisuje za privatni sektor, u kome se bez većih ograničenja može pristupiti organizovanju štrajka. Ipak, i ovakva sloboda organizovanja štrajka danas trpi izvesna ograničenja, jer se u uporednom pravu sve više u kolektivnim ugovorima predviđaju tzv. anti-štrajk klauzule kojima se radnici moraju uzdržati od pribegavanja štrajku sve dok se ne iscrpe svi pokušaji mirnog rešavanja spornih pitanja.

U delatnostima od javnog interesa kao što su: elektroprivreda, vodoprivreda, saobraćaj i drugi, važi poseban režim štrajka. To znači da u navedenim delatnostima zaposleni mogu početi sa štrajkom tek pod uslovom da je obezbeđen minimum procesa rada. Minimum procesa rada utvrđuje osnivač, odnosno direktor koji je ovom prilikom dužan da uzme u obzir i mišljenje sindikata.

U pojedinim zemljama, pravo na štrajk se odnosi na sve radnike, bilo da su zaposleni u javnim ustanovama ili privatnim organizacijama, dok u drugim zemljama pravo na štrajk je uskraćeno javnim službenicima.

Zaposlenom u državnom organu, profesionalnom pripadniku vojske Srbije i pripadniku policije prestaje radni odnos kada se utvrdi da je organizovao štrajk ili učestvovao u štrajku²⁵.

Zakon o radnim odnosima Republike Makedonije ne reguliše poseban režim za ostvarivanje prava na štrajk. Ipak, štrajk u pružanim snagama, policiji, državnoj upravi, javnim preduzećima i javnim ustanovama uređuje se posebnim zakonom.²⁶

Ograničenje prava na štrajk i minimalne usluge u Srbiji

Na osnovu Ustava iz 2006. godine i Zakona o štrajku iz 1996. godine Srbija se opredelila za koncept štrajka kao pravo zaposlenih mada se čl. 3. navedenog

²⁵ Tako je propisano Zakonom o štrajku (član 18 stav 1). Međutim, po Zakonu o policiji iz 2005. godine pripadnici policije imaju pravo na štrajk. S obzirom da je Srbija ratifikovala Revidiranu evropsku socijalnu povelju iz 1996. godine (čl.6 stav 1 tačka 4 priznaje se pravo na štrajk u slučaju konflikta interesa) potrebno je da se donese novi zakon o štrajku kojim će se tačno navesti koji javni službenici ne mogu imati pravo na štrajk a kod kojih će to pravo biti ograničeno.

²⁶ T.Kalamatiev, A.Trešnjev, *Pozitivno pravna regulativa štrajka i njegova krivično-pravna zaštita (komparativna analiza u Republici Makedoniji i Republici Srbiji)*, Radno i socijalno pravo, br. 1/2008, Beograd, str. 105

zakona, kada se radi o odluci o stupanju na štrajk, pravo na organizovanje štrajka daje i sindikatu.²⁷

Ostvarivanje prava na štrajk u Srbiji osim Zakona o štrajku regulisano je i posebnim zakonima npr. Zakonom o osnovnom obrazovanju i vaspitanju, Zakonom o srednjem obrazovanju iz 2013. godine, Zakonom o policiji iz 2005. godine i dr. Osim zakona, pravo na štrajk, u manjem obimu, regulisano je i podzakonskim aktima (uredbama²⁸ i pravilnicima).

Pravo na štrajk reguliše se i kolektivnim ugovorima od kojih je najznačajniji Poseban kolektivni ugovor za državne organe iz 2015. godine²⁹ (čl. 60.) odnosi se na pravo na štrajk.

Za ostvarivanje prava na štrajk u Srbiji značajna je sudska praksa Ustavnog suda Srbije iako sudska praksa nije izvor prava u formalnom smislu. Ovaj sud kao najčešći razlog za preispitivanje akata su odredbe kojima se propisuje ostvarivanje minimuma procesa rada. Predmet ocene ovog suda su predmeti koji se odnose na ograničavanje prava na štrajk policijskim i drugim javnim službenicima.

Kao što smo istakli pravo na štrajk u Srbiji je zabranjeno profesionalnim vojnicima.³⁰

Pravilima policijskih službenika pravo na štrajk je prilično ograničeno. Na osnovu Revidirane evropske socijalne povelje iz 1996. godine a koju je Srbija ratifikovala 2009. godine, na osnovu čl. 6. državni službenici imaju pravo na štrajk bez obzira što aktuelni Zakon o štrajku i Zakon o državnim službenicima ne navode izričito da imaju pravo na štrajk.

Štrajk u Srbiji ograničen je obavezom ispunjenja minimuma procesa rada u pojedinim delatnostima. Radi se o najvećim ograničenjima koja su suprotna međunarodnim standardima rada usvojenim od strane Komiteta za slobodu udruživanja i Komiteta eksperata MOR-a.

²⁷ U uporednom pravu postoje različiti kriterijumi na osnovu kojih se vrši podela štrajkova. Ako kao kriterijum uzmemo legalitet, štrajkovi se dele na zakonite i nezakonite. Na osnovu kvantitativnog kriterijuma, tj. broj radnika i preduzeća zahvaćenih štrajkom, štrajkovi se dele na opšte (generalne) i delimične (parcijalne), i štrajkove na nivou grane i na nivou preduzeća. Štrajk može zahvatiti celu jednu privrednu granu, a čije su posledice pogubne po državu i njenu nacionalnu bezbednost i nose obeležje opšteg generalnog štrajka. U odnosu na način odvijanja štrajka, postoje sledeće vrste štrajka: štrajk iznenađenja, štrajk upozorenja, tromboza štrajkovi, okupacioni štrajkovi, štrajkovi solidarnosti i slično. Koje će sve vrste štrajkova postojati u okviru jedne države ne postoje jedinstveni stavovi.

²⁸ Ovim aktima najviše je regulisana oblast minimum procesa rada u raznim delatnostima: obrazovanje, Elektroprivreda, JAT, ŽTP, Zdravstvene ustanove i dr.

²⁹ Službeni Glasnik RS, br. 25/2015

³⁰ Čl. 14. Zakona o vojsci Srbije iz 2007. godine.

Dva su nedostatka odredbi Zakona o štrajku. Prvi, široka definicija delatnosti u kojima treba obezbediti minimalne usluge i drugi, zanemarena uloga zaposlenih u utvrđivanju obima minimuma procesa rada što je šteta za zaposlene i prividno je korist za poslodavca jer cena štrajka bez obzira koliko traje je previsoka u odnosu na socijalni dijalog, jer realno određen minimum procesa rada je najvažniji uslov za ostvarivanje zakonitog štrajka u tim delatnostima. Ovakva praksa utvrđivanja minimuma usluga predstavlja sredstvo za onemogućavanje prava na štrajk.

Smatramo da novim Zakonom o štrajku treba u potpunosti prihvatiti smernice MOR-a o utvrđivanju minimuma usluga i utvrditi obavezu mirnog rešavanja kolektivnih radnih sporova posredstvom Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, pre nego što se stupi u štrajk u delatnostima koje su od vitalnog značaja za državu, jer se jedino takvim postupanjem, pre svega zakonodavca, može ispoštovati čl. 61. Ustava Srbije iz 2006. godine u kome je određeno da "pravo na štrajk može biti ograničeno samo zakonom shodno prirodi ili vrsti delatnosti".

ZAKLJUČAK

Štrajk je tekovina borbe radnika za poboljšanje uslova rada, ali on nikako u savremenim uslovima privređivanja ne sme da bude agresivna metoda jer je pravo na štrajk fundamentalno pravo i bitno obeležje stepena demokratizacije sloboda i prava i po osnovu rada. Danas, štrajk pripada korpusu osnovnih ljudskih prava, regulisan kako nacionalnim propisima tako i međunarodnim radnim standardima.

Svaka država treba da stvori optimalne pretpostavke za razvoj socijalnog dijaloga na svim nivoima, da bi se dala prednost mirnim metodama rešavanja industrijskih konflikata, jer je vrlo visoka ekonomska, socijalna i politička cena štrajka, bez obzira o kojoj je vrsti štrajka reč.

Država ne sme gubiti regulatornu ulogu u sistemu socijalne politike. Neophodno je da se nužno usklade odnosi rada i kapitala jer od štrajkova nisu, u uslovima ekonomske i socijalne krize, imune ni najrazvijenije države, kako Evrope tako i sveta, jer države u kojima se ne poštuju (naročito socijalno-ekonomska) prava ne mogu biti garant ni političkih ni građanskih prava. Samo zakonit štrajk je pravno relevantan za organizatore i učesnike i javnu vlast, jer u uporednom radnom pravu, bez obzira na koncept štrajka, dopušten je samo organizovani, a ne i divlji – neodobreni štrajk.

Pravo na štrajk je zagarantovano Ustavom Srbije. Međutim, uprkos ovoj garanciji od strane najvišeg pravnog akta, štrajk se uređuje zakonom koji sadrži brojne nedostatke i koji je anahron.

Neophodno je da Srbija u svoj pozitivnopravni poredak uvrsti i nov zakon o štrajku koji neće sadržati sporne odredbe iz trenutno važećeg zakona. Takođe, novi Zakon o štrajku mora sadržati rešenja koja su se u uporednom pravu pokazala kao efikasna.

RADOJE BRKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

THE STRIKE AS A METHOD OF RESOLVING LABOR DISPUTES

Summary

In this paper, the author analyzes the strike as a method that can be used by employees for the settlement of labor disputes. The strike is used as a means of resolving labor disputes, when it remained without results. At the beginning of the review carried out by the concept of a strike in Serbia. Then determine whether the right to strike may be restricted under any circumstances. The author also establishes the difference between general and special regime strike. Using comparative methods, the processing of all the matters aforesaid, the author finally concludes that the strike can be an effective means of resolving labor disputes but only in exceptional situations.

POSTUPAK PRE OTKAZA OD STRANE POSLODAVCA

U V O D

Otkaz ugovora o radu je jednostrana izjava volje data u skladu sa zakonom, čije pravno dejstvo počinje danom njenog dostavljanja i ne zavisi od volje druge strane u radnom odnosu.¹ Nasuprot otkaza zaposlenog poslodavcu koji je izraz njegove ustavom priznate slobode rada (uz poštovanje otkaznog roka), otkaz ugovora o radu od strane poslodavca podvrgnut je, zahvaljujući naporima Međunarodne organizacije rada i sindikata, brojnim zakonskim ili kolektivnim ugovorom utvrđenim uslovima. Tendencija je da se zakonom postave objektivne granice raskidanja radnog odnosa i time pruži puna zaštita i garantija zaposlenom u postupku otkaza ugovora od strane poslodavca. Generalno, zakonske odredbe o prestanku radnog odnosa imaju za cilj da položaj zaposlenih postave što stabilnije i čvršće, da im obezbede postojanost u radnim odnosima kako bi na taj način nesmetano uživali svoje pravo na rad, a s druge strane, zaštita radnog odnosa i potreba stabilnosti zaposlenja ne sme urušiti legitimni interes poslodavca za poslovanjem baziran na “nepovredivosti” privatne svojine. U tome su idejni koreni nastanka radnog prava. Izmenama i dopunama Zakona o radu 2014. godine srpsko radnopravno zakonodavstvo krenulo je u drugom smeru – ka tendencijama

Dr Slobodanka Kovačević-Perić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, sa privremenim sedištem u Koc. Mitrovici.

¹ P. Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2012, str. 321. Dušan R. Paravina, *Radno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 1998, str. 145.

koje destabilizuju položaj zaposlenih u radnom odnosu i daju veću "slobodu" poslodavcu kod otkazivanja ugovora o radu.² Iako se napuštanje koncepta "klasičnog" disciplinskog postupka u opštem režimu radnih odnosa, i slična normotvorna rešenja, pravdaju svojinskom osnovom radnog odnosa, mora se naglasiti da je u proceduralnim pravilima (pa i proceduri otkaza) izražen zahet vladavine prava. Naime, vladavina prava podrazumeva, između ostalog, i odgovarajući pravni postupak (*due process of law*), odnosno postojanje pravila o nepristrasnom i pravičnom postupku koji omogućava rešenje nastalog spora, uz istovremena jemstva pravne sigurnosti i individualne slobode. U smislu rečenog, disciplinski postupak ima za cilj da pruži neophodne garantije, zaštitu zaposlenom od nezakonitog postupanja poslodavca, odnosno od zloupotrebe disciplinskih ovlašćenja disciplinskog organa, posebno diskrecionih ovlašćenja u vezi sa udaljavanjem sa rada kao privremenom i akcesernom disciplinskom merom, kao i da disciplinski organ u odgovarajućem postupku pribavi odgovarajuće dokaze.³ Time se doprinosi da utvrđivanje disciplinske krivice poprimi sve atribute jednog humanog postupka, u kome se shodno postulatima vladavine prava poštuje dostojanstvo ličnosti, štite fundamentalne sloboda i prava čoveka. Proceduralna pravila su, kako je prethodno naglašeno, izraz vladavine prava, ona su utemeljena u fundamentalnim pravima čoveka, s toga njih ne diktira pravo svojine, već univerzalnost ljudskih prava na radu.

Razlike u pravima, obimu obaveza i ovlašćenja mogu da budu pravno utemeljene na svojinskim razlikama, ali ne i razlike u proceduralnim pravila za utvrđivanje odgovornosti. U smislu rečenog, normotvorna rešenje kojim se ukidaju pravila postupka za utvrđivanje odgovornosti, nemaju uporišta ni u međunarodnoj regulativi ni u uporednom pravu u zemljama koje imaju razvijene industrijske odnose. U uporednom pravu postoje dva tipa procedure: proceduralna korektnost i poštenje prema radniku na kojem je primenjena disciplinska mera i procedure koje uključuju predstavnike radnika. Zakoni, sudske odluke i kolektivni ugovori koji predviđaju procedure prvog tipa mogu se naći u većini zemalja. U te procedure obično spadaju: 1) provera činjenica; 2) pravo radnika na saslušanje na kojem bi izneo argumente u svoju korist, u pratnji drugog radnika ili sindikalnog zvaničnika; 3) pravo žalbe rukovodstvu na višem nivou. Uobičajeni zahtev je i da se radniku pre otkaza daju usmena i pisana upozorenja u slučaju manjih propusta u radu. Radnik često ima pravo da traži pismeno obrazloženje otkaza. Za

² S. Kovačević-Perić, Otkaz od strane poslodavca, *Pravo i privreda*, Beograd, Godina LIV, br. 4-6/2016., str. 641.

³ B. A. Lubarda, *Radno pravo*, (rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2012, str. 653.

realizaciju ovih standarda postoje odgovarajući instrumenti MOR-a.⁴ Tako, u nemačkom pravu, pravni režim disciplinske odgovornosti zaposlenih uređuje se autonomnim aktima – pre svega pravilnikom o radu poslodavca, u skladu sa načelima sudskog porekla (stavovi Saveznog radnog suda). Pruža se značajna zaštita zaposlenih od arbitrarnosti postupanja poslodavca – predviđanjem saglasnosti saveta zaposlenih na pravilnik o radu, kao i na disciplinsku sankciju koju poslodavac namerava da izrekne protiv zaposlenog. Štaviše, ako savet zaposlenih uskraiti svoju saglasnost na disciplinsku sankciju, poslodavac gubi svoju disciplinsku vlast, koja tada pripada nezavisnom arbitražnom vođi.⁵

POSTUPAK OTKAZA: SMISAO I ZNAČAJ

Zaštita radnika od “samovolje poslodavca” koja dovodi do “otpuštanja radnika” (gubitka zaposlenja), predstavlja jedan od prioriteta radnopravne regulative. Da bi se otkaz ugovora o radu sproveo na *ex lege* propisan način on mora da bude ne samo opravdan, već i zakonit. U tom duhu je determinisana i celokupna međunarodna aktivnost zaokružena u aktima Međunarodne organizacije rada, pre svega, Konvencija br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca iz 1982. godine,⁶ kojom se u članu 7. propisuje: “Radni odnos radnika neće prestati zbog razloga vazanih za ponašanje radnika ili njegov rad pre nego što mu se omogućiti da se brani od iznetih navoda, osim ako se s razlogom ne može očekivati od poslodavca da mu pruži tu mogućnost”. To znači da su zakonodavstvom o radu (heteronomni i autonomni izvori) predviđeni *slučajevi, osnovi i postupak* otkaza, kao i *zaštita* zaposlenog u vezi sa otkazom. U uporednom pravu se u načelu zakonom u opštem režimu radnih odnosa uređuje manji broj elemenata materije disciplinske odgovornosti, bilo da se radi o zakonu o radi ili radnim odnosima (Velika Britanija, Srbija, Crna Gora, Makedonija, Hrvatska, Slovenija), zakoniku o radu (Francuska, Ruska Federacija) ili, pak, posebnom zakonu o disciplinskoj odgovornosti (Estonija).⁷ Materija disciplinske odgovornosti se u uporednom pravu redovno uređuje pravilnikom o radu, ali se javlja takođe i kolektivni ugovor o

⁴ R. Blanpain and C. Engels, *Comparative Labour Law and Industrial Relation in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1998, str. 300.

⁵ M Weiss, M. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, str. 2008, str. 92-93, navedeno prema: B. A. Lubarda, *Radno pravo*, nav. delo, str. 616-617.

⁶ „Službeni list SFRJ“ – *Međunarodni ugovori*, br. 4/1984.

⁷ Navedeno prema: B. A. Lubarda, *Radno pravo*, nav. delo, str. 616.

radu, kojim se uglavnom uređuje pitanje samog disciplinskog postupka.⁸ U osnovi, zakonom se ne uređuje katalog mogućih povreda radnih i obaveza ponašanja, jer povrede obaveze mogu biti krajnje različite, tako da u disciplinskom radnom pravu (prevashodno u opštem režimu radnih odnosa) nije moguće decidirano primeniti načelo legaliteta.

Shodno odredbama Zakonu o radu⁹ poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu samo ako postoji *opravdani razlog*. Postoje *tri grupe razloga* koji se smatraju opravdanim (valjanim) za otkaz od strane poslodavca, to su: razlozi koji se odnose na *radnu sposobnost* zaposlenog; razlozi koji se odnose na *ponašanje zaposlenog*; razlozi koji se odnose na *potrebe poslodavca*. U okviru svakog otkaznog razloga, zakonom su dalje predviđeni slučajevi kada poslodavac može da otkáže ugovor o radu. Za razliku od ranijeg zakonodavstva (do Zakona o radu iz 2001. godine)¹⁰ pozitivni radnopravni propisi u opštem režimu radnih odnosa ne predviđaju klasičan disciplinski postupak za utvrđivanje odgovornosti za povredu radne obaveza i narušavanje radne discipline. Premda, shodno Konvenciji br. 158 činjenice o otkaznom razlogu moraju biti valjane,¹¹ a da bi se došlo do takvog kvaliteta činjenica poslodavac je dužan da preduzme određene procesne radnje u zakonom predviđenim rokovima, pre otkaza ugovora o radu, kako bi utvrdio valjanost činjenica koje su osnov za davanje otkaza, i time pružio mogućnost zaposlenom da se brani od iznetih navoda. U smislu odredaba konvencije, *postupak otkaza* ugovora zbog ponašanja zaposlenog svodi se na dve obavezne radnje: (1) radnju utvrđivanja navedenih činjenica; (2) radnju upozorenja.¹² Treća procesna radnja – pribavljanje mišljenja sindikata je neobavezna, jer poslodavac nije dužan da pribavlja mišljenje sindikata – to je obaveza zaposlenog. Poslodavac je u obavezi da mišljenje *razmotri ukoliko je dostavljeno*. Ovaj otkazni postupak je svojevrstan “sumarni disciplinski postupak” i može se podeliti na dve procesne faze (u zavisnosti od radnji koje se moraju preduzeti): faza pre otkaza i faza u toku postupka otkaza.

⁸ Isto, str. 617.

⁹ Zakon o radu, (“Službeni glasnik RS”, br. 75/2014; dalje u fusnotama: ZR), čl.179.

¹⁰ “Službeni glasnik RS”, br. 70/2001, 73/2001-ispr.

¹¹ Konvencija br. 158 upućuje na „*valjan razlog*“ za otkaz na inicijativu poslodavca. U istom imenoj konvenciji u članu 4. propisano je: “Radni odnos radnika neće prestati ako za takav prestanak ne postoji valjan razlog vezan za sposobnost ili ponašanje radnika ili za operativne potrebe preduzeća, ustanove ili službe”.

¹² P. Jovanović, *Odgovornost zaposlenog kroz postupak otkaza ugovora o radu*, Radno pravo u uslovima tranzicije, Kragujevac, 2003, str. 64.

POSTUPAK PRE PRESTANKA RADNOG ODNOSA

Upozorenje zaposlenog na postojanje razloga za otkaz

Upozorenje je prvi procesni korak i inicijalna faza postupka otkaza ugovora o radu. *Upozorenje zaposlenom*, od strane poslodavca da postoje razlozi za davanje otkaza je *akt pokretanja* otkaznog postupka.¹³ Poslodavac je dužan da pre otkaza ugovora o radu zaposlenog u *pisanoj formi upozori* na postojanje razloga za otkaz u slučaju *kada zaposleni* svojom krivicom *učini povredu radne obaveze* ili *ne poštuje radnu disciplinu* (čl. 180. st. 1). Nezakonito je rešenje o otkazu koje je doneto bez pismenog upozorenja o postojanju razloga za otkaz.¹⁴ Dakle, upozorenje zaposlenog o postojanju razloga za otkaz ugovora je nužna zakonska forma u postupku davanja otkaza samo kada se opravdani razlozi za otkaz odnose na ponašanje zaposlenog.

U ostalim slučajevima, kada se opravdani otkazni razlozi odnose na radnu sposobnost zaposlenog¹⁵ ili na operativne potrebe poslodavca kada usled tehnoloških, ekonomskih ili organizacionih promena prestane potreba za obavljanjem određenog posla ili dođe do smanjenja obima posla – poslodavac nije dužan da upozori zaposlenog na postojanje razloga za otkaz. Isto je i u slučaju odbijanja zaposlenog da zaključi aneksa ugovora o radu (radi premeštaja na drugi odgovarajući posao kod istog ili drugog poslodavca i odbijanje zaključenja aneksa ugovora o radu u vezi izmene obračuna zarade) – poslodavac nije dužan da upozori zaposlenog na postojanje razloga za otkaz.

Dostavljanjem upozorenja zaposleni se poziva na odgovornost. *Svrha upozorenja* je da se zaposlenom omogući pravo na odbranu. Naime, dostavljanjem pisanog upozorenja zaposleni se upozorava na mogućnost otkaza, na postojanje razloga za otkaz, upoznaje se sa okolnostima i činjenicama za dobijanje otkaza, a sve u cilju kako bi se zaposlenom omogućilo da se brani od iznetih navoda. Pravo na odbranu zaposlenog je bitna pretpostavka zakonitosti postupka davanja otkaza ugovora o radu, koju eksplicitno predviđa i Konvencija MOR-a br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca. Prema konvenciji, radni odnos

¹³ P. Jovanović, *Radno pravo*, 2012, nav. delo, str. 328.

¹⁴ *Presuda Vrhovnog Kasacionog suda*, Rev 2. 1046/2013 od 5. 02. 2014. godine.

¹⁵ Ukoliko se opravdani razlog za otkaz odnosi na radnu sposobnost zaposlenog – ako ne ostvaruje rezultate rada ili nema potrebna znanja i sposobnosti za obavljanje poslova na kojima radi poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu ili izrekne neku drugu zakonom propisanu mera (iz člana 179a), ako mu je prethodno dao pisano obaveštenje u vezi sa nedostacima u njegovom radu, uputstvima i primerenim rokom za poboljšanje rada, a zaposleni ne poboljša rad u ostavljenom roku (čl. 180 a. ZR).

radnika neće prestati zbog razloga vezanih za ponašanje radnika ili njegov rad pre nego što mu se omogući da se brani od iznetih navoda, osim ako se s razlogom ne može očekivati od poslodavca da mu pruži tu mogućnost (čl. 7. Odeljak B).¹⁶

Ukoliko postoje opravdani, odnosno, "valjani" razlozi za otkaz, poslodavac je dužan da zaposlenog u *pisanoj formi 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. *Pisana forma* upozorenja uslov je zakonitosti otkaza. Upozorenje se mora dati u pisanoj formi, kao i sva druga akta kojima se odlučuje o ostvarivanju pojedinačnih prava, obaveza i odgovornosti zaposlenog. Shodno sudskoj praksi upozorenje mora postojati *neposredno pre davanja otkaza* ugovora o radu za konkretnu povredu a uopštena upozorenja data za eventualno buduće povrede ne ispunjavaju svrhu upozorenja iz člana 7. Odeljak (B) Konvencije MOR-a broj 158 o postupku pre ili u vreme prestanka radnog odnosa.¹⁷

U upozorenju zaposlenom da su se stekli uslovi za otkaz poslodavac je dužan da navede: 1) *osnov* za davanje otkaza; 2) *činjenice* i *dokaze* koji ukazuju na to da su se stekli uslovi za otkaz; i 3) *rok za davanje odgovora* na upozorenje. Ukoliko poslodavac dostavi upozorenja, ali to upozorenje ne sadrži razloge za davanje otkaza (osnov za davanje otkaza), činjenice i dokaze koji ukazuju na to da su se stekli uslovi za otkaz ugovora o radu, rok za davanje odgovora, otkazivanje ugovora o radu u tom slučaju je nezakonito.¹⁸ Takvo upozorenje, po svojoj sadržini, ispunjava uslove samo u procesnom smislu, ali ne i u materijalno-pravnom smislu.

Dostavljanje upozorenja zaposlenom o postojanju razloga za otkaz je deo otkaznog postupka propisan zakonom. Od dana dostavljanja upozorenja teče rok za izjašnjenje zaposlenog na navode iz upozorenja. Rok u kome zaposleni ima pravo da da odgovor na upozorenje je rok od *najmanje osam dana*. Zakonom je predviđeno najmanje moguće trajanja tog roka (osam dana), što znači da poslodavac može da odredi rok i duže od osam dana. Poslodavac ne može da otkáže ugovor o radu pre nego što protekne rok za izjašnjavanje zaposlenog na navode iz upozorenja. Stoga, poslodavac u upozorenju mora da precizira broj radnih dana za davanje odgovora.

¹⁶ U tom smislu i Preporuka br. 166 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca predviđa obavezu obaveštenje o razlogu otkaza u pisanom obliku, postupak mirenja pre donošenja tužbe, i odsustvo sa rada tokom otkaznog roka radi traženja novog zaposlenja.

¹⁷ *Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev II. 207/2008* od 18. 06. 2008. godine.

¹⁸ "Upozorenje o otkazu ugovora o radu mora biti u pisanom obliku i mora da sadrži razloge za otkaz." (*Presuda Okružnog suda u Beogradu GŽ. 1. br. 1709/03* od 3.12.2003. godine).

Mišljenje sindikata

Zaposleni uz izjašnjenje može da priloži mišljenje sindikata čiji je član, u navedenom roku ostavljenom za izjašnjenje na navode u pisanom upozorenju (čl. 181). Zakonom o radu utvrđena je obaveza poslodavca da razmotri priloženo mišljenje sindikata ukoliko je dostavljeno u ostavljenom roku od osam dana računajući od dana dostavljanja upozorenja. Sindikat je dužan da na zahtev zaposlenog dostavi mišljenje. Ukoliko kod poslodavca nije obrazovan sindikat zaposleni može, shodno zakonu, da zatraži mišljenje od predstavnika koga odrede zaposleni.¹⁹ Mišljenje sindikata ne obavezuje poslodavca. Međutim, poslodavac čini povredu zakona ako ne razmotri priloženo mišljenje sindikata, odnosno predstavnika zaposlenih – posledice padaju na teret odluke o otkazu, otkaz je u tom slučaju nezakonit. Zaposleni može da zatraži i priloži *mišljenje sindikata*, odnosno predstavnika zaposlenih *samo za upozorenje na postojanje razloga za otkaz*, ali *ne i za rešenje o otkazu* ugovora o radu. Drugim rečima, konačna odluka o otkazu je na poslodavcu i na nju nije dužan da zatraži mišljenje sindikata. Prema Zakonu o radu (čl.16. st.1. tač. 5) poslodavac je dužan da zatraži mišljenje sindikata u slučajevima utvrđenim zakonom, a kod poslodavca kod koga nije obrazovan sindikat od predstavnika koga odrede zaposleni.

Dostavljanje mišljenja sindikata na upozorenje zaposlenog o postojanju razloga za otkaza, kao procesna radnja u otkaznom postupku imala je drukčije vrednovanje i kvantifikaciju prema odredbama Zakona o radu iz 2005. godine²⁰ – *poslodavac je bio dužan da upozorenje o postojanju razloga za otkaz dostavi na mišljenje sindikatu* čiji je zaposleni član, pa je, s tim u vezi, dostavljanje upozorenja i sindikatu, predstavljalo procesnu pretpostavku za pravilnost i zakonitost rešenja o otkazu. U pozitivnom radnom zakonodavstvu, sa aspekta dostavljanja mišljenja sindikata na upozorenje zaposlenog o postojanju otkaznih razloga, akcenat je na zaposlenom koji uz izjašnjenje na navode o postojanju opravdanih razloga za otkaz sam pribavlja i dostavlja mišljenje sindikata. Navedeno zakonsko rešenje može se pravdati činjenicom da poslodavac nije uvek upoznat kom sindikatu zaposleni pripada, što može da predstavlja problem u praksi u postupku otkazivanja ugovora o radu. Stoga poslodavac nema obavezu da upozorenje u slučaju otkaza ugovora o radu dostavlja sindikatu, već se sindikat može izjasniti na navedeno upozorenje samo ukoliko to zahteva zaposleni. Ako zaposleni priloži poslodavcu mišljenje sindikata na upozorenje o razlozima za otkaz ugovora o radu, poslodavac je dužan da razmotri dostavljeno mišljenje i uzme u obzir prilikom odlučiva-

¹⁹ ZR, član 16. st. 1. tač. 5).

²⁰ Zakon o radu, "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005...

nja o prestanku radnog odnosa. S obzirom da mišljenje sindikata nije u značajnijoj meri (u praksi) obavezivalo poslodavca, svakako da je novoponuđeno rešenje u duhu garantovanih sindikalnih sloboda i zaštite sindikalnih prava, kao i zaštite privatnosti i podataka ličnosti. Smatramo da se kao alternativa “mišljenja sindikata” moglo predvideti obraćanje i/ili savetu zaposlenih, tamo gde je to zakonom moguće, shodno funkciji koju savet zaposlenih ima prema Zakonu o radu. Naime, prema članu 205. savet zaposlenih daje mišljenje i učestvuje u odlučivanju o ekonomskim i socijalnim pravima zaposlenih, na način i pod uslovima utvrđenim zakonom i opštim aktom.

Posle izjašnjavanja zaposlenog (njegove odbrane na navode iz pisanog upozorenja) poslodavac odlučuje o davanju otkaza u zavisnosti da li postoje disciplinski opravdani razlozi za davanje otkaza. U suprotnom, ako postoje olakšavajuće okolnosti ili ako priroda povrede radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline nije dovoljan razlog za otkaz ugovora o radu, tada poslodavac može da postupi na dva načina. Prvo, može zaposlenom da izrekne neku drugu meru predviđenu zakonom²¹ (privremenog udaljenja sa rada bez naknade zarade, u trajanju od jednog do 15 dana; novčanu kaznu u visini do 20 posto osnovne zarade zaposlenog, u trajanju do tri meseca). Drugo, može da izrekne opomenu sa najavom otkaza – kao disciplinsku meru. U ovom slučaju, poslodavac može da obavesti zaposlenog da će mu otkazati ugovor o radu bez ponovnog upozorenja, ako u narednom roku od šest meseci ponovo učini istu ili sličnu povredu radne obaveze ili nepoštuje radnu disciplinu (čl. 179a st. 1. tač. 3)).

Dakle, upozorenje može da bude i *finalni akt* postupka u slučaju otkaza,²² ne samo akt pokretanja odgovornosti zaposlenog za povredu radne obaveze ili discipline ponašanja. Iz navedenog proističe da zakon predviđa dva oblika upozorenja zaposlenog na postojanje razloga za otkaz. U prvom slučaju, pisano upozorenje je nužna zakonska forma u postupku davanja otkaza, a u drugom slučaju, poslodavac neće dati zaposlenom otkaz, ali mu u upozorenju predočava da je učinjena povreda radne obaveze i da je ocenio da postoje olakšavajuće okolnosti (dobri rezultati rada zaposlenog, dug radni staž, ranije ponašanje zaposlenog), odnosno da *priroda povrede radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline* nije takva da treba da usledi momentalni otkaz ugovora o radu (kada je u pitanju lakša povreda radne obaveze), ali ga i obaveštava da ukoliko ponovo učini istu ili sličnu povredu, poslodavac može da mu automatski otkáže ugovor o radu bez ponovnog upozorenja tzv. opomena sa najavom otkaza. Opomena (engl. *Warning*; fr. *l'avertissement*) je po pravilu prva i najblaža mera koja stoji na raspolaganju

²¹ ZR, član 179 a.

²² P. Jovanović, *Radno pravo* (2012), nav. delo, str. 329.

poslodavcu da utiče blagovremeno na korigovanje ponašanja zaposlenog na radu.²³ Opomena je obična komunikacija o ponašanju zaposlenog, kojom se zaposleni upozorava na određeni njegov čin ili propust, i ujedno usmerava kako da promeni svoje ponašanje, da se savesnije i brižljivije ponaša u ispunjavanju svojih radnih dužnosti kako ne bi ponovo napravio takvu grešku. Na taj način zaposleni biva blagovremeno upozoren na moguće posledice ponavljanja povrede radnih obaveza i narušavanja discipline ponašanja, ali i ohrabren u pogledu stabilnosti zaposlenja -opomena vrši vaspitni uticaj, "drugim rečima ako izvuče pouke iz opomene".²⁴

Opomena kao mera ima moralni uticaj, ali time na gubi pravno obeležje i karakter. Opomena je, dakle, pravna sankcija jer se izriče za povredu pravnih normi, a ne moralnih normi.²⁵ Kao disciplinska mera opomena je svojevrsno davanje *druge šanse* zaposlenom da poboljša svoj radni učinak, zatim odnos prema radnim obavezama, odnos prema drugim zaposlenima, poslodavcu i strankama – klijentima poslodavca, ali i jedan oblik/vrsta upozorenja da mu se može izreći i teža disciplinska sankcija (kazna) ukoliko ponovi istu ili učini neku drugu povredu radne obaveze. S obzirom da je opomena mera moralnog dejstva, učinak takve sankcije je relativan i zavisi od individualnih svojstava osobe kojoj se izriče. S toga, jačanje intenziteta ovih sankcija je moguće postići kroz oblike javnosti, pismenog saopštavanja itd.²⁶

²³ Navedeno prema: B. A. Lubarda, *Radno pravo*, nav. delo, str. 644.

²⁴ B. A. Lubarda, nav. delo, str. 644-645.

²⁵ Prema profesoru V. Brajić opomena je isključivo moralna sankcija. O tome: V. Brajić, *Radno pravo*, Privredna štampa, Beograd, 1980, str. 23; i D. Bolanča, *Disciplinska odgovornost pomoraca*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 29/1-2, 1992, str. 233 i dalje.

²⁶ U *uporednom pravu* opomena može biti usmena ili pisana (prva pisana opomena, poslednja pisana opomena), javna opomena, poslednja javna opomena. U uporednom pravu *usmena opomena* je po pravilu prvi korak u kažnjavanju zaposlenog, s tim da poslodavac unosi u personalni-radni dosije zaposlenog zabeležku da je opomena saopštena zaposlenom. Ukoliko usmena opomena ne dovede do promena u radu ili ponašanju zaposlenog sledi izricanje *pisane opomene*, u kojoj se navodi priroda povrede radne obaveze, kakav rad i ponašanje se očekuje od zaposlenog, kao i period u kome treba da pokaže poboljšanje rada, tj. korigovanje ponašanja. *Poslednja pisana opomena* može se izreći zaposlenom ukoliko i dalje ne koriguje svoj rad i ponašanje na radu izričeno pisanim opomenom. Poslednja pisana opomena je ozbiljno upozorenja zaposlenom pred otkaz. Stoga se poslednja opomena ne daje za lakše već teže povrede radne obaveze. Ovakvim načinom sankcionisanja ostvaruje se načelo progresivnosti, odnosno postupnosti u kažnjavanju zaposlenog. Ako opomena ne dovede do poboljšanja rada ili ponašanja zaposlenog, može uslediti sledeća po težini disciplinska mera: *uslovna disciplinska kazna* (engl. *specific period of probation*), **uz istovremenu napomenu** da ako se u određenom periodu ne koriguje ponašanje ili rad zaposlenog, sledi teža disciplinska kazna (npr. udaljenje zaposlenog s rada bez naknade zarade ili, čak, otkaz). Navedeno prema: B. A. Lubarda, *Radno pravo*, nav. delo, str. 644-645.

Opomena kao disciplinska mera predviđena je i Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu²⁷ i izriče se zaposlenom za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne obaveze, ukoliko *postoji osnovana sumnja* da je izvršeno zlostavljanje (čl. 23. st. 2. tač. 1).

ZAKLJUČAK

Otkazni postupak je uveden u opšti režim radnih odnosa Republike Srbije zakonodavstvom o radu 2001. godine. Time je procedura utvrđivanja disciplinske odgovornosti sa klasičnog disciplinskog postupka svedena na "sumarni postupak" (upozorenje zaposlenog i mišljenje sindikata) – ukida se disciplinska komisija, ovlašćenja poslodavca suštinski su drugačija, ukida se pravo prigovora kao sredstvo interne zaštite (supstituisano je obraćanjem arbitru), itd. Svi ovi subjekti, kao učesnici disciplinskog postupka, imali su određeni položaj, ulogu u postupku, istupali su sa određenim zakonskim pravima, ovlašćenjima, dužnostima. Postupak se odvijao u okvirima načela zakonitosti, autonomnosti, javnosti, akuzatornosti i ostalih opšte usvojenih principa u oblasti procesnog prava. Iako je takvo normotvorno rešenje pravdano svojinskom transformacijom-tranizicijom, ovo rešenja radnopravne regulative iz 2001. godine,²⁸ nije otklonjeno ni izmenama i dopunama radnog zakonodavstva iz 2014. godine, što smatramo (*mišljenje autora*) jednom od najspornijih zakonskih odredbi, prevashodno, jer se prema odredbama Zakona o državnim službenicima (u daljem tekstu: ZDS)²⁹ postupak utvrđivanja odgovornosti u državnim organima odvija sprovođenjem procesnih pravila klasičnog disciplinskog postupka. Postupak utvrđivanja disciplinske odgovornosti u državnim organima je sistematičniji, i delotvorniji, usled postupnosti odlučivanja organa koji je utvrđuju. Na to upućujuću i odredbe člana 112-114. ZDS, shodno kojim se supsidijarno primenjuju pravila opšteg upravnog postupka o usmenoj raspravi, dokazivanju, zapisniku i dostavi. Ovaj svojevrstan *favor laboratoris* zaposlenih u državnim organima, u odnosu na zaposlene kod poslodavca u preduzećima, ujedno je presedan jer se odstupa od načela jedinstvenosti sistema radnih odnosa, kao jednog od fundamentalnih načela domaće radnopravne regulative. Osnov za ovakav dualizam u utvrđivanju odgovornosti ne može se pravdati svojinskom osnovom. Naime, mora se naglasiti da je disciplinski postupak procesna forma preko koje se ostvaruje sadržina materijalno-pravnih normi o

²⁷ "Službeni glasnik RS", br. 36/10.

²⁸ Zakon o radu, "Službeni glasnik RS", br. 70/2001, 73/2001 - ispr.

²⁹ "Službeni glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005 - ispr., 83/2005 - ispr., 64/2007, 67/2007 - ispr., 116/2008, 104/2009 i 99/2014.

odgovornosti zaposlenih za povredu radne obaveze.³⁰ Disciplinski postupak treba posmatrati kao jednu fazu između povrede radne obaveze i izricanja disciplinske sankcije, u kojoj disciplinski organ u odgovarajućem postupku pribavlja dokaze o disciplinskom delu. U tim proceduralnim pravilima izražen je zahtev vladavine prava. Bladavina prava podrazumeva, između ostalog, i odgovarajući pravni postupak (*due process of law*), odnosno postojanje pravila o nepristrasnom i pravičnom postupku koji omogućava rešenje nastalog spora, uz istovremena jemstva pravne sigurnosti i individualne slobode. U smislu rečenog, disciplinski postupak ima za cilj da pruži neophodne garantije, zaštitu zaposlenom od nezakonitog postupanja poslodavca, odnosno od zloupotrebe disciplinskih ovlašćenja disciplinskog organa, posebno diskrecionih ovlašćenja u vezi sa udaljavanjem sa rada kao privremenom i akcesornom disciplinskom merom, kao i da disciplinski organ u odgovarajućem postupku pribavi odgovarajuće dokaze.³¹ Proceduralna pravila su, kako smo istakli, izraz vladavine prava, ona su utemeljena u fundamentalnim pravima čoveka, s toga, njih ne diktira pravo svojine, već univerzalnost ljudskih prava na radu. Razlike u pravima, obimu obaveza i ovlašćenja mogu da budu pravno utemeljene na svojinskim razlikama, ali ne i razlike u proceduralnim pravila za utvrđivanje odgovornosti. Ovakvo zakonodavno rešenje nema opravdanja ni u uporednom pravu, tim pre, što je i na međunarodnom planu, generalno posmatrano, stav, naročito sudstva, da je svrsishodnije uvesti proceduralne zahteve pre ili u vreme otkaza, nego da procesni propusti padaju na teret odluke prilikom utvrđivanju valjanosti odluke poslodavca da uruči otkaz.

Postavlja se pitanje o svrsishodnosti uvođenja proceduralnih zahteva – kao obavezne faze pre otkaza od strane poslodavca, da bi se otkaz ostvario na *ex lege* propisan način, ako se ima u vidu odredba o pravnim posledicama nezakonitog prestanka radnog odnosa. Naime, prema članu 191. stav 5. Zakona o radu, ako sud u toku postupka utvrdi da je postojao osnov za prestanak radnog odnosa, ali da je poslodavac postupio suprotno odredbama zakona kojima je propisan postupak za prestanak radnog odnosa, sud će odbiti zahtev zaposlenog za vraćanje na rad, a na ime naknade štete dosudiće zaposlenom iznos do šest zarada zaposlenog. Ovde se suočavamo sa situacijom u kojoj je sud našao da postoji osnov za prestanak radnog odnosa, a da je rešenje o prestanku radnog odnosa nezakonito isključivo zbog povrede procesnih normi. Kad iz tih razloga rešenje o prestanku radnog odnosa bude poništeno, ovom odredbom se traži da sud odbije zahtev zaposlenog za vraćanje na rad uz dosuđivanje naknade štete u iznosu od samo šest

³⁰ Slično: Z. Ivošević, *Disciplinska i materijalna odgovornost*, "Dragan Srnić", Šabac, PEC Beograd, 1991, str. 40.

³¹ B. A. Lubarda, nav. delo, str. 653.

izostalih zarada.³² Ova odredba podleže kritici. Na zakonitost rešenja o prestanku radnog odnosa, kao i svih drugih odluka o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa, jednako utiču materijalne i procesne povrede zakona. Procesne mane ne mogu se marginalizovati relativizacijom njihovog značaja, ukoliko rešenje poslodavca bude poništeno [...].³³

SLOBODANKA KOVAČEVIĆ-PERIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, The Faculty of Law,
University of Priština, Kosovska Mitrovica

PROCEDURE PRIOR TO DISMISSAL BY THE EMPLOYER

Summary

Termination of an employment contract has to be, not only justified, but also legitimate from the aspect of procedure. In this regard, an employer is obligated to take certain procedural steps before the termination of an employment contract, in order to determine the validity of the facts that are the basis for dismissal, as well as during the procedure of cancellation. Positive regulations, in general regime of labor relations, do not prescribe a classic disciplinary procedure to establish responsibility for violation of duties and violation of labor discipline. The author critically analyzes a positive legal solutions of the cancellation procedure, consisting of two segments - a warning and opinion of trade unions, if it's delivered.

³² Preuzeto od: Z. Ivošević i M. Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2015, str. 439-440.

³³ Isto, str. 440.

PRAVO NA KOLEKTIVNO PREGOVARANJE U NOVIM PRIVREDNIM USLOVIMA

U V O D

U uslovima globalizacije, brzih tehnoloških i drugih promena, uslovi rada se brzo menjaju, te se moraju stalno prilagođavati. Takve promene povlače veliki rizik od konflikata zaposlenih i poslodavaca, koji se najefikasnije mogu izbeći kroz socijalni dijalog putem kolektivnog pregovaranja. Socijalni dijalog možemo definisati kao kompleks društvenih odnosa, socijalno-ekonomskih prava i institucionalnih formi.¹ On, u svojoj suštini treba da vodi ka integraciji političke i industrijske demokratije, sa krajnjim ciljem postizanja demokratizacije i humanizacije ukupnih društvenih odnosa, a posebno onih u vezi sa radom. U državama u kojima je socijalni dijalog na zavidnom nivou, postoji i veća stabilnost političke demokratije. U suprotnom, tamo gde je socijalni dijalog u krizi neminovno dolazi do dehumanizacije na radu i slabljenja socijalne moći sindikata.² Posledica toga je i visoka stopa nezaposlenosti i nesigurnost radnih mesta.

Jedno od ponuđenih rešenja za države sa nerazvijenim socijalnim dijalogom i visokom stopom nezaposlenosti je fleksibilizacija tržišta rada. Fleksibilizaciju rada možemo definisati kao sposobnost tržišta rada da se brzo prilagodi pro-

Dr Bojan Urdarević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Videti više u: P. Jovanović, Građa za kolektivno radno pravo Srbije, *Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava*, Beograd, 2009, str. 143.

² B. Lubarda, Socijalni dijalog i radno zakonodavstvo, *Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava*, Beograd, br. 1/2007, str. 30.

menjenim privrednim uslovima, uključujući i mogućnost ublažavanja određenih spoljnih uticaja koji mogu pogoditi čitave nacionalne ekonomije³. Naravno, čitava koncepcija počiva na ideji da bi socijalni partneri trebalo da ostvare kompromis između fleksibilnosti tržišta rada i sigurnosti zaposlenja, ali je to neostvarivo u situaciji kada je socijalni dijalog na niskom nivou. Takođe, fleksibilizacija radnih odnosa smatra se i direktnim krivcem za opadanje sindikalnog članstva, o čemu je i sprovedeno jedno interesantno istraživanje u Republici Hrvatskoj.⁴

Socijalni dijalog možemo posmatrati i kao zbir kolektivnih prava zaposlenih i poslodavca. U tom smislu, ukoliko bismo podigli nivo kolektivnog pregovaranja, podigli bismo i nivo socijalnog dijaloga. Kolektivno pregovaranje možemo definisati u užem i širem smislu. U širem smislu, ono predstavlja postupak usaglašavanja koji uključuje svaku vrstu bipartitnih ili tripartitnih diskusija koja se odnose na radnopravna pitanja, a u čemu svoje mesto može imati i država kao partner.⁵ U užem smislu, kolektivno pregovaranje uključuje postupak pregovaranja između pojedinačnih poslodavaca, odnosno njihovih udruženja, i zaposlenih, odnosno njihovih udruženja, a u cilju zaključenja kolektivnog ugovora.⁶

Da bi se kolektivno pregovaranje odvijalo demokratski, a kolektivni ugovori odslikavali stvarnu volju zaposlenih i poslodavaca, organizacije koje zastupaju socijalne partnere treba da budu slobodne, nezavisne i nepristrasne. Takođe, bitan uslov da pravo na kolektivno pregovaranje bude realizovano u praksi je i pomoć države, tako što će utvrditi pravila pregovaranja, podstaći pregovaranje i ukinuti prepreke za vođenje pregovora. U uslovima ekonomske i druge globalizacije dolazi do krupnih i veoma značajnih promena u preduzeću i svetskoj ekonomiji u celini. Neke od tih promena su odavno postale vidljive, a neke se tek nagoveštavaju.

Međunarodno regulisanje prava na kolektivno pregovaranje

Akti Organizacije Ujedinjenih nacija ne predviđaju pravo na kolektivne pregovore i ugovore i zato, tom pitanju, više pažnje posvećuje Međunarodna organizacija rada. Filadelfijska deklaracija, koja je sastavni deo Ustava Međunarodne organizacije rada, proklamuje jedan od zadataka te organizacije – dopuštenost priznanja prava na kolektivne pregovore, i ističe da je ovo, u potpunosti, primenljivo na sve narode. Takođe, i član 2 Deklaracije o osnovnim principima i pravi-

³ Videti više u: J. Jowther, *Fleksibilnost radne snage i uloga hrvatskih socijalnih partnera u neziniu povećanju, Financijska teorija i praksa*, 27(4), Institut za javne financije, Zagreb, 2003, str. 459.

⁴ Videti više u: I. Grgurev, I. Vukorepa, *Uloga sindikata u doba gospodarske krize u Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 3-4/2015, Zagreb, str. 387-408.

⁵ M. Đ. Učur, V. Smokvina, *Industrijske akcije kao sindikalna prava i slobode, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, br. 2/2010, Rijeka, str. 676.

⁶ C. Bernard, *EC Employment Law*, Oxford University Press, New York, 2006, str. 758.

ma na radu iz 1998. godine, poziva sve države članice da se pridržavaju principa i prava navedenih u Ustavu Međunarodne organizacije rada, kao i da posebno poštuju, unapređuju i ostvaruju, pored ostalog, pravo na slobodu udruživanja i kolektivnog pregovaranja⁷.

U instrumentima Međunarodne organizacije rada kolektivno pregovaranje se smatra aktivnošću ili procesom koji vodi ka zaključivanju kolektivnog ugovora, pri čemu države članice imaju obavezu da uspostave određene mehanizme kojima će unaprediti proces kolektivnog pregovaranja⁸. Tako na primer, Preporuka broj 91 o kolektivnim ugovorima, pod pojmom kolektivni ugovor podrazumeva sve ugovore u pisanoj formi koji se zaključuju između poslodavaca, grupe poslodavaca ili jedne ili više organizacija poslodavaca, s jedne strane, i jedne ili više predstavničkih organizacija ili, ukoliko takve organizacije ne postoje, predstavnik radnika koji su propisno izabrani i ovlašćeni od strane radnika u skladu sa nacionalnim zakonima i propisima, s druge strane.⁹ Ovakvo međunarodno definisanje pojma kolektivnog ugovora je u skladu sa zakonodavstvom većine evropskih država članica Evropske unije, gde se kolektivni ugovori definišu kao formalni pisani sporazumi čije je glavno obeležje regulisanje uslova rada zaposlenih.¹⁰ Takođe, prema tekstu ove preporuke, kolektivni ugovori trebalo bi da obavezuju potpisnike i one u čije ime su zaključeni. Odredbe ugovora o radu koje su suprotne tekstu kolektivnog ugovora treba da se smatraju ništavim i nezakonitim i da se automatski zamenjuju odgovarajućim odredbama iz kolektivnog ugovora.¹¹

Jednom zaključen kolektivni ugovor primenjuje se na sve zaposlene koji rade u preduzećima obuhvaćenim tim kolektivnim ugovorom, osim ako u samom ugovoru nije predviđeno nešto drugo.

⁷ http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_serb.pdf

⁸ J.M. Servais, *International Labour Law*, Walters-Kluwer, 2011, str. 120.

⁹ Videti član 2 Preporuke broj 91o kolektivnim ugovorima na sledećoj internet strani: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R091>

¹⁰ N. Bodiroga-Vukobrat, S. Laleta, Posebnosti kolektivnog pregovaranja u evropskome pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta, Rijeka*, Vol. 28, br. 1/2007, str. 338.

¹¹ Stoga je 1951. godine Preporuka broj 91 ustanovila princip obavezujuće prirode kolektivnih ugovora i njihove prednosti nad individualnim ugovorom o radu, sa izuzetkom klauzula u ovim ugovorima koje su povoljnije za radnika u odnosu na one predviđene kolektivnim ugovorom – načelo *in favorem laboratores*. Ipak, praksa poznaje i drugačije primere. Tako, na primer, u Francuskoj se početkom 80-tih godina prošlog veka nastojalo da se sprovedu opsežne radnopravne reforme koje bi podsticale regulisanje radnopravnih pitanja na nivou poslodavca, dakle bez učestvovanja nezavisnih sindikata na višim nivoima organizovanja, pa je došlo do situacije da su se sporazumima na nivou poslodavca derogirala prava zaposlenih garantovana zakonom ili kolektivnim ugovorima jače pravne snage, i to na način koji je bio po njih nepovoljniji. Videti više u: C. Howel, *The Transformation of the French Industrial Relations: Labour Representation and the State in the Post-Dirigiste Era*, *Politics & Society*, Vol 37, br. 2/2009, str. 238.

U slučaju potrebe, a s obzirom na pravno dejstvo kolektivnih ugovora u svakoj državi, u nacionalnim zakonodavstvima potrebno je da budu predviđene mere o pravnom dejstvu svih, ili nekih kolektivnih ugovora. Pravno dejstvo kolektivnog ugovora može biti uslovljeno ispunjenjem sledećih zahteva: (a) da kolektivni ugovor obuhvata dovoljan broj subjekata, po mišljenju kompetentnog organa vlasti, predstavnika poslodavaca i zaposlenih; (b) da je poslodavcima i zaposlenima, na koje se odnosi kolektivni ugovor, data mogućnost da prethodno iskažu svoje primedbe na ugovor.

Prema tekstu Preporuke, kontrolu nad izvršenjem kolektivnih ugovora vrše organizacije poslodavaca i zaposlenih, organi inspekcije rada, ili organi specijalno formirani za tu delatnost.

Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 98 o pravu na organizovanje i kolektivno pregovaranje, ne sadrži definiciju kolektivnih ugovora, ali od zemalja koje su je ratifikovale traži da preduzmu odgovarajuće mere, koje odgovaraju domaćim uslovima, gde je to potrebno, kako bi podstakli i promovisali puni razvoj i korišćenje mehanizma dobrovoljnog pregovaranja, sa ciljem regulisanja pravila i uslova zaposlenja putem kolektivnih ugovora.¹²

Konvencija br. 154 o kolektivnom pregovaranju odnosi se na sve oblasti ekonomske delatnosti osim na vojsku i policiju, pri čemu je ostavljena mogućnost da se nacionalnim zakonodavstvom mogu predvideti i posebni načini primene ove konvencije u pogledu državnih organa.¹³

Termin kolektivno pregovaranje, u smislu člana 2 ove konvencije, odnosi se na sve pregovore koji se vode između poslodavca, grupe poslodavaca ili jedne ili više organizacija poslodavaca, s jedne strane, i jedne ili više organizacija radnika, s druge strane, radi: (a) utvrđivanja uslova rada i zaposlenja; (b) regulisanja odnosa između poslodavaca i radnika; (v) regulisanja odnosa između poslodavaca ili njihovih organizacija i organizacije radnika.

Vrlo interesantno pitanje koje je razmatrano pre donošenja ove Konvencije odnosi se na vezu između prava na slobodu kolektivnog pregovaranja i stepena opterećenja nacionalnih privreda¹⁴. Naime, poboljšanje uslova rada, a što bi trebalo da bude osnovni cilj sindikata prilikom kolektivnog pregovaranja, dovelo bi do povećanja cene rada, što će imati određene posledice na konkurentnost preduzeća, ali i nacionalnih tržišta. Stoga, u vremenu ekonomske recesije, mno-

¹² Videti član 4. Konvencije broj 98 o pravu na organizovanje i kolektivno pregovaranje na sledećoj internet strani: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::no::P12100_ILO_CODE:C098

¹³ Videti član 1. Konvencije broj 154 o pravu na kolektivno pregovaranje na sledećoj internet strani: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C154

¹⁴ L. Betten, *International Labour Law*, Kluwer, 1993, str. 97.

ge države će biti pred izazovom da kontrolišu nivo zarada u svim ekonomskim sektorima, pa će tako i sloboda kolektivnog pregovaranja biti ograničena. Komitet eksperata Međunarodne organizacije rada, razmatrajući ovo pitanje, zauzeo je stav da sloboda pregovaranja povodom zarada i ostalih uslova rada čini sastavni deo slobode udruživanja, pa tako svaka mera kojom bi se ovo pravo ograničilo može predstavljati povredu ovog prava¹⁵.

Dalje, Konvencija br. 154 o kolektivnom pregovaranju, ne podrazumeva samo sindikate legitimnim učesnicima u pregovorima, već i druge izabrane organizacije zaposlenih. Rešenje ovog pitanja prepušteno je na razmatranje nacionalnom zakonodavstvu ili praksi, odnosno oni su ti koji treba da odrede na koje sve subjekte se odnosi kolektivno pregovaranje, pri čemu se mora voditi računa da se ni u kom slučaju ne oslabe pozicije relevantnih organizacija zaposlenih, pre svega sindikata. Ova Konvencija sadrži i specijalne standarde koji se odnose na pomoć pri kolektivnim pregovorima u skladu sa nacionalnim uslovima. Oni su usmereni na to da kolektivni pregovori budu mogući za sve poslodavce i kategorije zaposlenih u svim proizvodnim granama, predviđenim Konvencijom, i da se postepeno proširuju na sva pitanja koja proizlaze, saglasno Konvenciji, iz sfere kolektivnog pregovaranja.

Preporuka br. 163 o kolektivnom pregovaranju dopunjuje Konvenciju br. 154 i predlaže uspostavljanje i razvoj na dobrovoljnoj osnovi, slobodnih, nezavisnih i predstavničkih organizacija poslodavaca i zaposlenih.¹⁶

Dopušteno je zakonsko priznanje reprezentativnog sindikata ali pod uslovom da : (a) priznanje sindikata vrše nezavisni organi; (b) reprezentativni sindikat mora imati podršku većine zaposlenih; (v) sindikat koji nije dobio dovoljan broj glasova na izborima mora imati pravo da traži sprovođenje novih izbora posle proteka određenog vremenskog roka.

Svaka država ima obavezu da razradi i utvrdi posebne kriterijume na osnovu kojih će se utvrđivati postupak priznanja reprezentativnog sindikata, pri čemu je potrebno precizno formulisati: (a) uslove da bi se sindikat priznao kao isključivi predstavnik zaposlenih; (b) kriterijume i postupak kolektivnog pregovaranja; (v) kriterijume i postupak za utvrđivanje reprezentativnosti sindikata; (g) pravne posledice priznanja reprezentativnosti sindikata; (d) pravila sprovođenja postupka za ponovnim utvrđivanjem reprezentativnosti sindikata (najranije posle 12

¹⁵ ILO Committee of Experts, , General Survey, 1983, str. 102. Važno je napomenuti, da je ovaj, početni, tvrd stav Komiteta eksperata kasnije ublažen time što je ostavljena mogućnost da se napravi izuzetak u slučaju "nacionalnog ekonomskog interesa", pri čemu bi ovo ograničenje moralo da traje samo određeni vremenski period i mora biti praćeno adekvatnim merama zaštite životnog standarda zaposlenih.

¹⁶ Videti član 2 Preporuke na internet strani http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087931.pdf.

meseci od prethodnih izbora); (đ) određivanje državnog organa u čijoj je nadležnosti sprovođenje postupka priznanja svojstva reprezentativnosti (ovo može biti nezavisni upravni organ ili ministarstvo rada); (e) dužnost reprezentativnog sindikata da predstavlja sve, bez izuzetaka, zaposlene koji su obuhvaćeni kolektivnim ugovorom (nezavisno od toga da li su ili nisu članovi sindikata); (ž) pravo žalbe u slučaju povrede postupka prilikom utvrđivanja reprezentativnosti sindikata.

Ukoliko je to neophodno, treba stvoriti takve uslove da se kolektivni pregovori mogu voditi na bilo kom nivou, pri čemu mora biti obezbeđena koordinacija između tih nivoa.¹⁷

Dakle, prema standardima Međunarodne organizacije rada, primarni cilj nacionalne politike treba da bude promovisanje i podsticanje slobodnog i dobrovoljnog kolektivnog pregovaranja, omogućavanjem najveće moguće autonomije stranama, uz istovremeno uspostavljanje zakonskih okvira i administrativnih tela kojima se socijalni partneri mogu dobrovoljno obratiti na osnovu međusobnog sporazuma, a radi omogućavanja zaključivanja kolektivnog sporazuma.¹⁸

Kolektivno pregovaranje u uslovima globalizacije i princip supsidijarnosti

Proces globalizacije je bio veoma intenzivan poslednjih decenija, delujući, u manjoj ili većoj meri, na gotovo sve zemlje sveta. Uticaj ekonomske globalizacije na sistem kolektivnog pregovaranja je veoma veliki. Polazeći od šireg shvatanja pojma kolektivnog pregovaranja, može se zaključiti da se proces globalizacije ne odražava samo na prirodu, karakter i sadržinu odnosa koji se između socijalnih partnera uspostavljaju u postupku pregovora i zaključivanja kolektivnih ugovora, nego i u postupku rešavanja industrijskih konflikata.

Procesi intenzivne globalizacije ekonomije doprinose slabljenju partnerskih pozicija subjekata kolektivnog pregovaranja, što u određenoj meri umanjuje i njihovu sposobnost za rešavanje ekonomskih, socijalnih, radnopravnih i drugih značajnih pitanja.¹⁹ Globalizacija ekonomije, u izvesnom smislu, dovodi i do slabljenja tripartitne saradnje, pa samim tim i do slabljenja socijalnog partnerstva, naročito u pojedinim visokorazvijenim zemljama tržišne privrede.²⁰ Nesporo je da se ovakvi trendovi nepovoljno odražavaju i na stanje socijalnog dijaloga u zemljama u tranziciji i zemljama u razvoju.

¹⁷ Član 4 Preporuke br. 163 o kolektivnom pregovaranju.

¹⁸ Međunarodna organizacija rada, Smernice o radnom zakonodavstvu, Ženeva, 2001, str. 80.

¹⁹ International Labour Organization, *Tripartite consultation at the national level on economic and social policy*, Geneva, 1996.

²⁰ Kulić Ž., *Kolektivno pregovaranje u uslovima globalizacije*, u: *Radikalne promene u preduzećima i privredi u uslovima globalizacije*, Beograd 2003, str. 376.

Danas postoji rasprostranjeno mišljenje da demokratski poredak čini osnovno obeležje sistema "zdravih radnih odnosa". U tom smislu, i kolektivno pregovaranje postalo je povezano sa idejama demokratije, slobode i pravde.²¹ Kako se često ističe: "jedna od najviše gajenih nada od strane onih koji su se prvobitno borili za koncept kolektivnog pregovaranja je da bi ono uvelo u svet rada država u razvoju neke od osnovnih odlika političke demokratije koje postoje u razvijenim državama".²² U skladu sa tim, potrebno je da postoji efikasna ravnoteža između izvršne, zakonodavne i sudske vlasti u svim sistemima radnih odnosa, što u današnjim globalnim uslovima privređivanja nije uvek slučaj.²³

Princip supsidijarnosti je originalno razvijen kao deo socijalnog sistema zasnovanog na participaciji i solidarnosti kao strukturnih principa i nastao je kao odgovor na marksizam, stavljajući sebe između liberalne doktrine individualizma i kolektivizma.²⁴

Doktrina supsidijarnosti bazira se na komplementarnosti i međuzavisnosti dve posebne, premda fundamentalno povezane dimenzije, odnosa između pojedinca i celine, sa jedne strane, i odnosa između ekonomskih i društvenih interesa, sa druge. U ovom kontekstu, princip supsidijarnosti, zamišljen kao način kolektivnog pregovaranja, takođe se zasniva na komplementarnosti, ali onoj koja postoji između nivoa donošenja odluka. Dakle, danas ne postoji opšte prihvaćeni "najbolji" nivo na kojem bi se odvijali kolektivni pregovori, već odgovarajući nivo u kolektivnom pregovaranju zavisi pre svega od: moći, interesa, ciljeva i prioriteta zainteresovanih stranaka; strukture sindikalnog pokreta i organizacija poslodavaca, kao i od tradicionalnih modela industrijskih odnosa. Prema tome, i centralizovano i decentralizovano pregovaranje može imati svoje prednosti i mane u zavisnosti od datog konteksta.

U načelu, princip supsidijarnosti nalaže da odluka treba da bude doneta na nivou na kome može biti najefikasnija i sve dok je u razumnim okvirima, na nivou koji je najbliži pojedincima na koje se odnosi. U skladu s tim, supsidijarnost bi trebalo da bude vodeći princip kolektivnog pregovaranja kako bi se odgovorilo na interese međusobne konkurencije poslodavaca u sve globalnijem trgovinskom okruženju.²⁵ Opseg pregovaranja na lokalnom nivou ne bi trebalo da bude

²¹ H. F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkley 1972, str. 2.

²² Ibid.

²³ A. Cox, C. Derek, R. Gorman, *Labor Law, Cases and Materials*, Westbury 1996, str. 11.

²⁴ G. Ankerl, *Towards a Social Contract on a World-wide Scale: Solidarity Contracts*, *International Institute for Labour Studies* br. 47/1980, Geneva 1980, str. 3.

²⁵ M. Biagi, *Changing Industrial Relations – A Few Comments on the Report of the High Level Group on Industrial Relations and Managing Change in the European Union*, in: *Selected Writings*, eds. Tiraboschi M., Kluwer Law International 2003, str. 34.

nametnut ugovornim stranama na osnovu neke predodređene strukture pregovaranja, već same ugovorne strane treba da definišu polje njegove primene.²⁶

Predlog da se supsidijarnost učini vodećim principom kolektivnog pregovaranja dovodi do problema u pogledu pronalaženja odgovarajućeg balansa između širokog i uskog, centralnog i lokalnog, kako bi se osiguralo da sistemi radnih odnosa mogu da se prilagode budućim promenama. Ono što čini ovaj zadatak tako teškim i neophodnim, jeste činjenica da globalizacija oblikuje novi socijalni poredak koji je umnogome drugačiji od postojećeg. Stoga je teško shvatiti da proces integracije (u smislu povećanog globalizma) može izazvati proces decentralizacije (u smislu povećanog lokalizma).

Paradoksalno i pomalo neočekivano, jeste da su globalizacija i integracija tržišta doveli do podele tržišta i težnji ka njegovoj lokalnoj dimenziji.²⁷ Drugim rečima ostvareni su sasvim suprotni efekti od onih koji su se očekivali.

U sferi radnih odnosa, termin "decentralizacija" se odnosi na povećano kolektivno pregovaranje na lokalnom nivou, tj. "široko posmatrani trend ka decentralizaciji pregovaranja na nivou kompanije".²⁸ Zaista, kako je navedeno u izveštaju Međunarodne organizacije rada, Zapadna Evropa je region gde je ova pojava zabeležena sa najvećom stopom razvoja.²⁹ Ipak, sistem kolektivnog pregovaranja i dalje ostaje centralizovan, i odvija se najviše na granskom i nacionalnom nivou.³⁰ Kako se često naglašava, podesniji naziv za decentralizaciju u ovom kontekstu je "reartikulacija".³¹

Od početka 90-ih godina XX veka, centralizovani kolektivni ugovori (koji su često nestajali tokom mnogih decenija), iznova su se pojavili u mnogim državama Zapadne Evrope, pa je postalo jasno da je pored kretanja struktura kolektivnog pregovaranja ka decentralizaciji, istovremeno naglašena i sve veća strategijska

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ International Labour Organization, Organizing for Social Justice, *World Labour Report*, Geneva 1997-98, str. 34. Kako je zabeleženo u izveštaju Međunarodne organizacije rada: "Od kraja 1970-ih, postoji sve veća tendencija ka decentralizaciji kolektivnog pregovaranja u najvećem delu sveta. Kolektivno pregovaranje na nivou preduzeća se razvija i u većini država, pregovaranje na ovom nivou ima za cilj povećanje kapaciteta preduzeća i njegovo prilagođavanje zahtevima tržišta proizvoda i radne snage."

²⁹ European Industrial Relations Observatory Online (EIROOnline), Industrial Relations in the EU, Japan and USA, <http://www.eiro.eurofound.ie/>

³⁰ I pored široko prihvaćenog trenda koji se odnosi na decentralizaciju kolektivnog pregovaranja, većina država članica Evropske unije i dalje primenjuje centralizovani model.

³¹ R. Adams, Assessing the Extent of Freedom of Association and the Effective Right to Bargain Collectively in Light of Global Developments, *International Labor Office*, Geneva 2003. str. 3.

važnost evropskog, centralizovanog, nivoa.³² Iz tog razloga, nastojanja ka sve značajnijem pregovaranju na lokalnom nivou ne daju legitimne razloge za strah da će se decentralizovano pregovaranje svesti na "pregovaranje na dole", tj. da će voditi ka umanjenom pregovaranju i ka opštem pogoršanju radnih uslova.³³

Evropski trend ka decentralizaciji pregovaranja na nivou kompanije mora se razlikovati od režima inače decentralizovanog kolektivnog pregovaranja, koji postoje u Kanadi i Sjedinjenim Američkim Državama. Ovi režimi su osmišljeni kao decentralizovani (pregovaranje na jednom nivou, jedan poslodavac i jedna pregovaračka jedinica) i isključivo funkcionišu na lokalnom nivou.³⁴ Iz tog razloga ne postoji mogućnost ka većoj centralizaciji, već nasuprot, ka većoj decentralizaciji. Kako se kolektivno pregovaranje ne može kretati više ka lokalnom nivou, veća decentralizacija u ovom kontekstu neizbežno znači i dezintegraciju sveukupnog kolektivnog pregovaranja. Stoga nastaje postepena eliminacija kolektivnog pregovaranja, usled opadanja njegove zastupljenosti na lokalnom nivou. Ono što je zajedničko svim decentralizovanim sistemima, jeste njihova efikasnost i jednostavnost. To znači da radnici znaju kakva je njihova pozicija: zastupa ih samo jedan sindikat i može se primeniti samo jedan kolektivni ugovor koji reguliše sve odnose i uslove pri zaposlenju. Međutim, ove prednosti su od malog značaja ako režim izgubi svoju relevantnost u kontekstu globalnog takmičenja. Potpuno decentralizovani okviri pregovaranja se jako teško prilagođavaju novonastalim uslovima privređivanja. S obzirom da u ovim sistemima ne postoji suprotna sila sposobna da neutralizuje tendenciju kompanija za takmičenjem za investicije, često se dešava da se zaštita radnika svodi na minimum predviđen zakonom.³⁵

Veliku teškoću predstavlja to što nijedan sistem pregovaranja nije čist i oslobođen uticaja drugih sistema.³⁶ Pojedini autori smatraju da centralizovani sistemi omogućuju veću stabilnost i obezbeđuju bolju distribuciju tereta i beneficija, time minimizujući rizike koji nastaju usled međunarodne konkurencije.³⁷ Drugi, pak, tvrde da su decentralizovani sistemi bolje opremljeni da se nose sa trenutnim potrebama za prilagođavanjem uprkos menjanju radne snage i sve većim pritiscima da se izađe u susret zahtevima konkurencije. Ako sagledamo koncepciju evropskog kolektivnog radnog prava, lako ćemo uvideti da je ono nedovoljno ujedinje-

³² M. Biagi, op. cit. str. 39.

³³ R. Adams, op. cit. str. 4.

³⁴ V. Marleau, *Globalization, decentralization and the role of subsidiarity in the labour setting*, Oxford 2006, str. 109.

³⁵ Ibid.

³⁶ M. Biagi, op. cit. str. 35.

³⁷ Ibid.

no, već možemo govoriti o određenom stepenu partikularizma jer postoje određena područja koja su ostala u isključivoj nadležnosti država članica.

Kako je primećeno u još Globalnom izveštaju Međunarodne organizacije rada iz 2006. godine: "sprovedene studije iz ove oblasti ne nalaze sistematski uticaj jačine centralizacije pregovaranja na ukupan porast zarada, inflacije i nezaposlenosti, što znači da ne postoji "optimalna" struktura pregovaranja".³⁸ U tom slučaju, ništa ne treba da bude namatano pregovaračkim stranama i one bi trebalo same da uspostave oblik pregovaranja koji najbolje odgovara njihovim potrebama u određenom trenutku. Ovakav pristup bi se odnosio na pridržavanje međunarodnih radnih standarda koji utvrđuju da fundamentalni principi dobrovoljnog pregovaranja zahtevaju da pregovarački partneri moraju biti "majstori svojih pregovaračkih odnosa".³⁹

Dok ovo isključuje nametanje specifičnog oblika pregovaranja koji ograničava slobodu strana da odaberu nivo na kome žele da pregovaraju, to takođe implicira i slobodu da se pregovara na više od jednog nivoa, kao i da se odredi nivo na kome će se svako posebno pitanje razmatrati. Na kraju, to znači da pitanja oblika pregovaranja, odnosno da li se radi o centralizovanom ili decentralizovanom modelu pregovaranja, nisu od posebne važnosti. Ovo stanovište je podržano i u članu 4 Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 98 u vezi sa pravom na organizovanje i kolektivno pregovaranje, koje propisuje da dobrovoljno kolektivno pregovaranje mora da se unapredi na svim nivoima gde se može preduzeti. To znači da je neophodna državna intervencija kako bi se omogućilo stranama u pregovorima da prihvate prednost celokupnog opsega dostupnih mogućnosti u cilju unapređenja dobrovoljnih kolektivnih pregovaračkih inicijativa.⁴⁰ Preporuka Međunarodne organizacije rada br. 163 o kolektivnom pregovaranju potvrđuje ovo objašnjenjem da "treba da se preduzmu mere prilagođene nacionalnim uslovima, ukoliko je neophodno, tako da je kolektivno pregovaranje moguće na bilo kom nivou, uključujući nivoe ustanova, preduzeća, regiona ili države".

U sverastućem globalnom trgovinskom okruženju gde je pregovaračka moć poslodavaca povećana, mogućnost sindikata da utiču na izbor odgovarajućeg nivoa pregovaranja može biti značajno umanjena ukoliko ne postoji adekvatna zaštita. U tom cilju potrebno je preduzeti sve neophodne mere kako bi se obezbedila sigurnost sindikata.⁴¹

³⁸ V. Marleau, op. cit. str. 116.

³⁹ International Labour Organization, *Freedom of Association, Digest of decisions and Principles of the Freedom of Association*, Geneva 2006, str. 852.

⁴⁰ Ova odredba sadrži dva osnovna elementa. Prvi je nastojanje javne vlasti da promoviše kolektivno pregovaranje. Drugi element odnosi se na dobrovoljnost pregovaranja koja podrazumeva samostalnost stranaka u pregovorima.

⁴¹ V. Marleau, op. cit. str. 117.

Pristup zasnovan na supsidijarnosti zahteva koordinaciju između nivoa pregovaranja, kako bi se obezbedio minimum zaštite, i zastupanja svih radnika u skladu sa načelom proporcionalnosti. Samo po sebi, kolektivno pregovaranje nikada ne garantuje specifične rezultate već samo pravičan proces koji može voditi ka željenim ishodima. Kao osnovni princip kolektivnog pregovaranja, supsidijarnost funkcioniše na isti način. Dok ona ne garantuje specifičan sadržaj pregovaranja i ishode na višem nivou, ona garantuje da će postojati mere pregovaranja na širokoj osnovi, što implicira nešto više od pukog socijalnog dijaloga u obliku konsultacije.⁴²

Od sistema kolektivnog pregovaranja zasnovanog na supsidijarnosti očekuje se da dokaže da je uzajamno delotvoran na socijalne partnere nudeći pravičan kompromis između potreba radnika za “zaštitnim pregovaranjem” i “sigurnosti zastupanja”, sa jedne strane, i potreba poslodavaca za “pragmatičnim pregovaranjem” i “operativnom fleksibilnošću”, sa druge strane.

Doktrina supsidijarnosti uvažava da je pojedinac osnovna društvena “socijalna jedinica” i, konsekvntno propagira da se moraju ohrabrivati autonomija pojedinca, sloboda izbora i industrijski napredak. U tom cilju, državne vlasti moraju podržati individualne slobode radnika, pravo na udruživanje i organizovanje. Ovaj pristup nema nameru da dovede u pitanje jedinstvo društva ili države. Naprotiv, ima nameru da ojača zakonitost ovakvog jedinstva obezbeđujući da će to biti istinski odraz volje naroda.

Na ovaj način, supsidijarnost podržava demokratiju omogućavajući njen razvoj na svim nivoima. Ovakvo prošireno zastupanje je moguće putem političke opredeljenosti i podsticanja slobode ljudi na udruživanje i prava na organizovanje.⁴³

Odavno uspostavljeni principi Međunarodne organizacije rada u vezi slobode udruživanja u sindikalne svrhe, afirmišu važnost podrške države oko prava na organizovanje i kolektivno pregovaranje. Pristup Međunarodne organizacije rada je takođe zasnovan na supsidijarnosti i ogleda se u zahtevu da primena međunarodnih radnih standarda bude sprovedena na nivou na kome se može najefikasnije postići (tj. na nivou države), te je ova organizacija posebno aktivna u oblasti slobode udruživanja i kolektivnog pregovaranja zbog važnosti koju nose ovi principi u radnom okruženju.⁴⁴

Logika supsidijarnosti nalazi se u zahtevu za državnom intervencijom kako bi se uspostavila adekvatna zaštita u cilju obezbeđenja slobodnog i efikasnog sprovođenja radničkih prava i sprečavanja eksploatacije radnika. Takođe, cilj dr-

⁴² Iako odbijanje poslodavaca da učestvuju u kolektivnom pregovaranju ne predstavlja povredu odredaba o slobodi udruživanja, uvek mora postojati obaveza pregovaranja u dobroj veri.

⁴³ E. Voegelin, *The New Science of Politics*, Chicago 1952, str. 50.

⁴⁴ Pored osnovnog sistema kontrole, Međunarodna organizacija rada osnovala je Komitet za slobodu udruživanja i Komisiju za pomirenje u sporovima koji nastanu povodom slobode udruživanja.

žavne intervencije je i postavljanje minimalnih radnih standarda kako bi se obezbedilo zaštitino zakonodavstvo.

Naravno, sa globalizacijom, ovaj pristup je sada pod značajnim pritiskom. Konceptija ekonomske integracije ne prati koncept supsidijarnosti, koji priznaje važnost postojanja ravnoteže između ekonomskih i socijalnih interesa. Ono što pogoršava problem jeste činjenica da osnovni princip ekonomije slobodnog tržišta, zahteva pristup međusobno pomešanih socijalnih i ekonomskih činilaca.

U ekonomiji postoje smetnje koje se ne mogu ukloniti zato što ekonomske i socijalne dimenzije nisu hermetički izolovane jedna od druge i funkcionišu kao dva komplementarna i međuzavisna aspekta istog sistema.

Negativni, sporedni efekti globalizacije čine neophodnijom nego ikada intervenciju države i podršku institucija u društvenoj sferi, posebno zato što osnovne pretpostavke koje naglašavaju radnu regulativu takođe zahtevaju reviziju kako bi osigurali relevantnost zakona o radu na tržištu rada koje se više ne odlikuje jednim jasno definisanim modelom zaposlenja. U isto vreme, jaki finansijski pritisci čine intervenciju države mnogo manje efikasnom i mnogo težom za obezbeđivanje.⁴⁵ Ovo ponovo naglašava važnost postojanja spremnog plana supsidijarnosti, kako bi se kontrolisali moćni, negativni pritisci.

Stanje u oblasti kolektivnog pregovaranja u Republici Srbiji

Kolektivno pregovaranje predstavlja osnovu na kojoj se temelji socijalni dijalog kao jedan od ključnih preduslova uspešnog i ravnomernog razvoja savremenog društva. Ukoliko ne postoji kolektivno pregovaranje, nema ni kolektivnih ugovora, a to na kraju znači da nema ni industrijske, odnosno političke demokratije. U ovom smislu kolektivno pregovaranje predstavlja predradnju zaključenju kolektivnih ugovora.⁴⁶

Nažalost, i pored toga što je Srbija bliža evropskim tendencijama u ovoj oblasti, i dalje nedostaju najvažniji nivoi centralizovanog pregovaranja. To se ogleda u činjenici da i dalje nemamo zaključen opšti kolektivni ugovor, a i broj zaključenih granskih kolektivnih ugovora nije na zavidnom nivou. Paradoksalno, ili ne, tek ovo nije uticalo na jačanje kolektivnog pregovaranja kod poslodavca, te nije izvršena očekivana decentralizacija kolektivnog pregovaranja. Drugim rečima, pregovaranje na nivou poslodavca ne rezultira onim brojem i kvalitetom ko-

⁴⁵ Kao posledica ovog, veliki deo svetske radne populacije nalazi se trenutno u neformalnom sektoru i samim tim ostavljen je izvan bilo kakvog oblika socijalne zaštite. Na primer, 1975. godine posotjalo je svega 79 izvoznih zona u 25 država, dok se 2002. godine ovaj broj popeo na 3.000 u 116 država. Videti više u: H. Arthurs, *Labour Law without the State*, *University of Toronto Law Journal* br. 1/1996, Toronto 1996, str. 46.

⁴⁶ R. Brković, B. Urdarević, A. Antić, *Praktikum za radno i sociojlno pravo*, Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac, 2015, str. 343.

lektivnih ugovora koji bi izašli u susret svim upućujućim normama važećeg radnog zakonodavstva i zadovoljilo potrebe prakse za autonomnim regulisanjem uslova rada.⁴⁷

Iako je u poslednjih nekoliko godina došlo do izvesnog poboljšanja sistema kolektivnog pregovaranja u našoj zemlji, činjenica je da još uvek postoje izvesni problemi sa kojima se strane u pregovorima redovno susreću, i koje značajno usporavaju pregovarački proces. Ovi razlozi su brojni, a mi ćemo izdvojiti samo neke koji su najznačajniji.

Prvo, nejasno je ko sačinjava platformu za pregovore, odnosno tekst radne verzije kolektivnog ugovora o čijoj sadržini se pregovara. Ovo pitanje je vrlo značajno i prepušteno je volji ugovornih strana, ali u praksi dovodi do značajnih problema. Naime, često će poslodavačka strana insistirati na tome da platforma za pregovore bude prethodno donet pravilnik o radu, a naročito u situaciji kada nije postojao ranije zaključen kolektivni ugovor. U tom slučaju postoji opasnost da pregovori traju duže od zakonom predviđenog roka, nakon čega će se, u skladu sa članom 3 stav 2 tačka 3 Zakona o radu pregovori dalje nastaviti u dobroj veri, a u međuvremenu primenjivaće se Pravilnik o radu.⁴⁸ Postavlja se pitanje kako, i u kojoj meri će ovako formulisana zakonska odredba uticati na zaključivanje kolektivnih ugovora nakon isteka roka od 60 dana. Svakako treba imati u vidu da pregovori označavaju krhko stanje koje prethodi zaključenju ugovora, gde ih svaka strana može prekinuti kada god poželi. Na kraju, Valtazar Bogišić je imao pravo kada je rekao: razgovor je razgovor, a ugovor je strankama zakon.⁴⁹ Dakle, sama zakonska odredba koja predviđa da se pregovori moraju voditi u dobroj veri ne znači da će to uvek povoljno uticati na veću stabilnost pregovora. Pitanje o kome se može diskutovati jeste da li je uopšte moguće pregovarati u dobroj veri prilikom zaključivanja kolektivnog ugovora, ukoliko se pregovaračke strane nalaze u međusobno suprotstavljenim pozicijama, gde su neretko jedni drugima protivnici.

Drugo, često se javljaju nedoumice oko sastava, brojnosti i načina rada odbora za pregovore. Naime, prema članu 20 Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova⁵⁰, postupak mirenja u kolektivnom sporu vodi se pred Odborom za mirenje, koga čine po jedan predstavnik strana u sporu i miritelj. Ova zakonska nor-

⁴⁷ P. Jovanović, Aktuelna pitanja kolektivnih prava zaposlenih, *Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava*, Beograd, br. 1/2007, str.22.

⁴⁸ Inače čitav proces kolektivnog pregovaranja treba da bude "u dobroj veri", odnosno kod pregovaračkih strana mora postojati u svakom trenutku spremnost i želja da se postigne sporazum. Ukoliko pregovori predugo traju, a nema rezultata, ili se termini za pregovore teško dogovaraju, ili su pregovarači stalno zauzeti pa pregovore tretiraju kao "gubljenje vremena", najčešće neće doći do zaključenja kolektivnog ugovora.

⁴⁹ Član 1020 Opšteg imovinskog zakonima za Crnu Goru.

⁵⁰ Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova ("Sl. glasnik RS", br.125/2004 i 104/2009).

ma nije primenljiva u praksi iz bar dva razloga. Jedan se odnosi na to što strane u kolektivnom pregovoru insistiraju na tome da pregovorima prisustvuju i njihovi zakonski zastupnici, pa se broj članova Odbora povećava. Drugi se odnosi na činjenicu da se neretko menjaju članovi Odbora, pa samim tim i njegov sastav. Ovaj problem postoji kako na strani poslodavca, tako i na strani zaposlenih, a posebno je izražen u slučaju da u pregovorima učestvuju i predstavnici osnivača. Čestim menjanjem sastava Odbora pregovori se dodatno komplikuju i usložnjavaju, a na štetu celokupnog pregovaračkog procesa.

Treće, pitanje koje se odnosi na mogućnost zaključivanja kolektivnog ugovora kod poslodavca ukoliko prethodno nije postignuta saglasnost svih učesnika u procesu kolektivnog pregovaranja je i dalje aktualeno, kako u teoriji radnog prava, tako i u praksi. Povodom ovog pitanja oglasili su se i predstavnici resornog ministarstva koji iznose mišljenje prema kojem: "bez obzira na postojanje reprezentativnog sindikata koji ne prihvata zaključenje kolektivnog ugovora kod poslodavca, moguće je zaključenje istog sa druga dva koja ispunjavaju uslove reprezentativnosti."⁵¹ Argumentacija za ovakvo mišljenje počiva na tumačenju člana 248 Zakona o radu⁵² prema kome kolektivni ugovor o radu zaključuju poslodavac i reprezentativni sindikat kod poslodavca. Primetićemo da je zakonodavac prevideo mogućnost da se na strani zaposlenih nađe više reprezentativnih sindikata, pa tako zakon ne propisuje da je nužna saglasnost svih reprezentativnih sindikata za zaključenje kolektivnog ugovora. Ovakva zakonska norma nije u skladu sa uobičajenom radnopravnom terminologijom, gde je, na primer, u Preporuci 91 Međunarodne organizacije rada navedeno da "kolektivni ugovor predstavlja svaki pisani sporazum koji se odnosi na uslove rada i zaposlenja, zaključen između poslodavca ili udruženja poslodavaca, s jedne strane i jednog ili više reprezentativnih udruženja radnika, odnosno njihovih predstavnika sa druge strane."⁵³ Ovakvom mišljenju pridružuje se i sudija B. Živković koji navodi da "svi učesnici kolektivnog pregovaranja ne moraju potpisati kolektivni ugovor da bi ovaj opšti akt bio zaključen i proizvodio pravno dejstvo u pravnom saobraćaju, već je dovoljno da ga potpišu poslodavac i neki od reprezentativnih sindikata."⁵⁴ Opravdano se može postaviti pitanje koji je to reprezentativni sindikat koji ima kapacitet da zaključi kolektivni ugovor i pored protivljenja ostalih reprezentativnih sindikata. Odgovor na ovo pitanje nudi prof. dr Ž. Kulić koji navodi da se "kolektivni ugovor može zaključiti i u slučaju da se jedan ili više učesnika pregovora sa time ne slažu,

⁵¹ (Mišljenje Ministarstva rada i socijalne politike, br. 011-00-00271/2011-02 od 6. aprila 2011).

⁵² Zakon o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014).

⁵³ Preporuka 91 http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312429

⁵⁴ B. Živković, *Zaključivanje kolektivnog ugovora kod poslodavca, Časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava, Izabrani stručni radovi*, Beograd, 2016. str. 28.

ali pod uslovom da oni koji žele da ga zaključe okupljaju veći deo članstva, odnosno uživaju veći stepen reprezentativnosti od onih koji se zaključivanju kolektivnog ugovora protive.”⁵⁵

Sudska praksa, pak stoji na suprotnom stanovištu i to u smislu da je “ništav kolektivni ugovor zaključen između poslodavca i jednog od reprezentativnih sindikata, ukoliko nije postignuta saglasnost volja svih učesnika koji su imali pregovaračku legitimaciju.”⁵⁶Ovakvo tumačenje izvodi se iz činjenice da se kolektivni ugovor kod poslodavca ne donosi izglasavanjem, već se zaključuje u postupku pregovaranja, kao produkt usaglašavanja i kompromisa učesnika u zaključivanju kolektivnog ugovora o sadržini i obimu međusobnih prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa.

U načelu, i jedno i drugo tumačenje se mogu braniti određenom pravnom argumentacijom. U prvom slučaju, ako se dozvoli zaključivanje kolektivnog ugovora samo jednom reprezentativnom sindikatu, ukupna pregovaračka moć sindikata se značajno smanjuje. Poslodavačka strana koja zna da mu je za zaključivanje kolektivnog ugovora potrebna, na primer, saglasnost samo jednog od tri reprezentativna sindikata je izuzetno povoljna, te će on nastojati da pridobije jedan od sindikata, ispuni njihove zahteve, koji su za njega najpovoljniji i tako zaključi kolektivni ugovor. U praksi, to će dovesti do povećanja broja zaključenih kolektivnih ugovora kod poslodavca, ali će oni sve više ličiti na pravilnik o radu, a sve manje na kolektivni ugovor. (podvukao B.U.) Sa stanovišta industrijske demokratije, kolektivnih prava radnika i na kraju unapređenja socijanog dijaloga, smatramo da je ovakvo gledište neprihvatljivo. U drugom slučaju, postoji obaveza postizanja konsenzusa svih učesnika kolektivnog pregovaranja, što na neki način “niveliše” pregovaračke pozicije svih subjekata i dovodi ih u ravnopravan položaj. Nažalost, i ovde su moguće, i dešavaju se zloupotrebe, a one se odnose na to da svaki učesnik u pregovorima, može da blokira kompletan pregovarački proces i onemogućiti njegov pozitivan ishod. Smatramo da izlaz iz navedene situacije ne treba tražiti samo u zakonskoj normi, već i u kompletnoj promeni pristupa kolektivnom pregovaranju i socijalnom dijalogu uopšte. Na kraju, da bismo imali kvalitetne kolektivne pregovore potrebno je da imamo i kvalitetne pregovarače, homogene sindikate koji će zastupati zajedničke interese, a ne interese samo svojih sindikalnih organizacija.

⁵⁵ Ž. Kulić, Analiza stanja u oblasti kolektivnog pregovaranja, *Radna grupa za analizu propisa o socijalnom partnerstvu i kolektivnom pregovaranju*, Beograd, 2014, str. 9.

⁵⁶ (Iz presude Apelacionog suda u Nišu, Gž1. 854/10 od 26. 03. 2010. godine – Bilten Apelacionog suda u Nišu, broj 2/2011, Intermex, autor sentence: Ivana Rađenović, sudija Apelacionog suda u Nišu).

ZAKLJUČAK

Možemo da zaključimo da sistem kolektivnog pregovaranja, zasnovan na tradicionalnim pravilima i principima i prilagođen logici funkcionisanja nacionalnih ekonomija, u izvesnom smislu, deluje "zatečeno" pred nezadrživim i sve snažnijim naletom procesa globalizacije. Subjekti kolektivnog pregovaranja dugo vremena nisu preduzimali ozbiljnije mere za prilagođavanje novonastaloj situaciji, iako su ubrzo shvatili da nešto mora da se menja. Takvo stanje pogodovalo je izvesnom slabljenju partnerske pozicije sindikata, naročito u postupku pregovora i zaključivanja kolektivnih ugovora na nivou multinacionalnih kompanija.

Međutim, danas sve veći broj sindikata i udruženja poslodavaca iskazuju sve veće interesovanje za jačanje svog uticaja na međunarodnom planu. Internacionalizovanoj ekonomiji neophodan je i internacionalizovani sistem kolektivnog pregovaranja koji sadrži niz obavezujućih pravila koja se odnose na sve nivoe kolektivnog pregovaranja, uključujući i one koji se vode na nivou multinacionalnih kompanija. Jedino na taj način može se omogućiti efikasnija zaštita prava i interesa zaposlenih, odnosno poslodavaca, i istovremeno ublažiti pojave ugovaranja neujednačenih zarada i drugih uslova rada za rad iste sadržine.

U pogledu domaćeg zakonodavstva neophodno je postići znatno viši stepen socijalnog dijaloga. Jedan od načina za to je i postizanje homogenosti unutar sindikalne scene, čime bi se ojačao njihov položaj.

BOJAN URDAREVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

THE RIGHT TO COLLECTIVE BARGAINING IN THE NEW ECONOMIC SETTING

Summary

The author in this article is analyzing the right to collective bargaining as one of the basic collective rights of employees and employers thanks to whom employees have a possibility to be more successful in protecting their individual and collective rights and interests. Employees and trade unions are becoming partners which employers must respect, not only in the process of negotiation, but also in the case of resolving labour disputes. Collective bargaining is a useful and democratic instrument which can be used to overcome any disputes between employees and employer, and as such its very important for the functioning of the labour market.

The aim of the article is to analyze the institute of collective bargaining and to present some practical issues that occur during that process.

MARIJANA MILOŠEVIĆ

PRAVNI REŽIM ZAPOŠLJAVANJA STRANACA U POZITIVNOM PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

SLOBODA KRETANJA RADNIKA U PROŠIRENOJ EVROPSKOJ UNIJI

Sloboda kretanja radnika predstavlja jedno od temeljnih načela EU. Sudska praksa suda Evropskih zajednica je vrlo važan izvor pravila o slobodi kretanja radnika. Nezaposlenost, nedostatak poslovnih mogućnosti i niska primanja podstiču migracione trendove. Mobilnost radne snage predstavlja neizostavan element za uspešno funkcionisanje međunarodnog tržišta i podsticanje zaposlenosti. Samim tim, slobodno kretanje radnika od krucijalne je važnosti za funkcionisanje međunarodnog tržišta rada.¹

Evropska unija prepoznala je važnost migracije radne snage u rešavanju brojnih problema koji se tiču nedostatka radne snage. Imajući to u vidu, preduzeće su adekvatne mere kojima se određenim kategorijama migranata olakšava ulazak u Evropsku uniju. Privlačenje visokokvalifikovane radne snage od krucijalne je važnosti za jačanje konkurentnosti Evropske unije. Ti migranti dobijaju posebnu boravišnu i radnu dozvolu na temenju plave karte EU-a. Tom kartom im se olakšava pristup tržištu rada i omogućava im se ostvarivanje niza socijalnih i ekonomskih prava. Spajanje porodice, pored zapošljavanja predstavlja još jedan va-

MsC Marijana Milošević, pravnik Samostalnog sindikata radnika energetike Srbije.

¹ Mirta Kapural, Slobodno kretanje radnika u proširenoj Europskoj uniji i njezin uticaj na Hrvatsku, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, 2005, str. 85–92.

žan razlog koji prethodi migracijama. Zakonodavac prilikom izrade novog Zakona o strancima, preuzeo je rešenja iz direktive koja reguliše pravo koje se odnosi na spajanje porodice.²

Neophodno je spomenuti i azil kao oblik međunarodne zaštite koji dobijaju migranti. Obaveza Evropske unije da štiti one kojima je pomoć potrebna sastavni je deo Povelje o temeljnim pravima³ i Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije. Takođe, predstavlja i međunarodnu obavezu koja proizilazi iz Ženevske konvencije o statusu izbeglica iz 1951. godine.⁴ Evropska unija se od 2005. godine zalaže za stvaranje Zajedničkog evropskog sastava azila (CEAS).

Godine 2013. donet je niz zakonskih rešenja kojima su usklađeni aspekti koji se odnose na postupak, uslove dobijanja azila i sl.⁵ S obzirom da Republika Srbija ima status kandidata za članstvo u EU, naglašava se potreba da ažurira i uskladi svoje zakonodavstvo sa međunarodnim propisima. Republika Srbija obavezana je kao jedna od naslednica nekadašnje (SFRJ) i kao sukcesor državne zajednice Srbije i Crne Gore brojnim međunarodnim ugovorima koji se tiču pitanja azila, a koje su njene prethodnice ratifikovale. Srbiju tako, između ostalog, obavezuju Konvencija UN o statusu izbeglica iz 1951. godine, Protokol o statusu izbeglica iz 1967. godine⁶, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁷, Konvencija UN protiv mučenja i drugih surovih, nečovečnih ili ponižavajućih po-

² Directive 2003/109/EC concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, OJ L 16 of 23.1.2004, str. 44.

³ Povelja o osnovnim pravima Evropske unije prvi put u istoriji EU jedinstvenim tekstom utvrđuje niz građanskih, političkih, ekonomskih i socijalnih prava svih građana i lica s prebivalištem u Evropskoj uniji. Povelja je objavljena na Samitu EU u Nici 7. decembra 2000., ali kao politička deklaracija koja nije bila obavezujuća. Potpisana je na plenarnoj sednici Evropskog parlamenta 12. decembra 2007. u Strazburu.

⁴ Ženevska konvencija o statusu izbeglica je sačinjena 28. jula 1951. godine a stupila na snagu 22. aprila 1954, predstavlja osnovni dokument kojim se reguliše status izbeglice, odnosno na osnovu koje se procenjuju okolnosti i na osnovu kojih se utvrđuje da li neko lice ispunjava uslove za sticanje statusa izbeglice.

⁵ Politike Evropske unije: Migracije i azil, Evropska komisija, Glavna uprava za komunikaciju, Informiranje građana, 1049 Brudželles, Belgija, 2014, str. 3-10.

⁶ Protokol o statusu izbeglica zaključen je 31. januara 1967. godine u Njujorku. Stupio je na snagu 4. oktobra 1967. godine, u skladu sa čl. 8 (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 15/67).

⁷ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima je međunarodni instrument o ljudskim pravima legislativnog karaktera. Pakt je usvojen rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 2200 A(XXI) od 16. decembra 1966. godine, a stupio je na snagu 23. marta 1976. godine. SFRJ je ratifikovala Pakt zakonom od 30. januara 1971. godine (Službeni list SFRJ, br. 7/1971).

stupanja i kažnjavanja⁸, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁹, Evropska konvencija za sprečavanje mučenja, nečovečnih ili ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja¹⁰, Konvencija UN o pravima deteta.¹¹ Srbija je u obavezi da u svoje zakonodavstvo unese odgovarajuće odredbe i da donese odgovarajuće akte kako bi svoje zakonodavstvo upodobila međunarodnim obavezama. Najznačajniji domaći pravni dokumenti koji regulišu postupak azila jesu Ustav i Zakon o azilu koji ovo pravo reguliše detaljnije. Ustav Srbije usvojen 2006. godine garantuje stranom državljaninu koji osnovano strahuje od progona zbog svoje rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili pripadnosti nekoj grupi ili zbog svojih političkih uverenja, pravo na utočište u Republici Srbiji (čl. 57, st.1 Ustava)¹², i određuje da će postupak dobijanja utočišta biti utvrđen zakonom. Zbog toga je usvajanje Zakona o azilu¹³ bilo od izuzetne važnosti.¹⁴

Veliki značaj u promovisanju slobode kretanja radnika unutar EU ima Mreža EURES-a (Evropska mreža javnih službi za zapošljavanje). EURES mreža pokrenuta je 1993. godine i instrument je poboljšanja mobilnosti radne snage na evropskom tržištu rada. EURES doprinosi većoj mobilnosti radnika na sledeći način: kroz pružanje raznih informacija, savetovanja i usluga posredovanja (job-matching) kako za poslodavce tako i za lica koja traže zaposlenje.

⁸ Usvojena rezolucijom Generalne skupštine UN 39/46 od 10. decembra 1984. Stupila na snagu 26. juna 1987. godine.

⁹ Evropska konvencija o ljudskim pravima je pravni akt Saveta Evrope (1949.) o zaštiti sloboda i prava, donet u Rimu, u Italiji, 4. novembra 1950. godine.

¹⁰ Evropska konvencija o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja Saveta Evrope (ETS 126) je međunarodni instrument o ljudskim pravima legislativnog karaktera. Državna zajednica Srbija i Crna Gora je ratifikovala Konvenciju o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja 2003.godine (Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, broj 9/2003).

¹¹ Konvencija o pravima deteta je prvi međunarodnopravni instrument koji je obuhvatio celokupan opseg ljudskih prava – građanska, kulturna, ekonomska, polička i socijalna prava. Republika Srbija je po osnovu sukcesije od 2001. godine članica Konvencije o pravima deteta (Službeni list SFRJ- Međunarodni ugovori, broj 15/90 i Službeni list SRJ, br. 4/96 i 2/97) i oba njena protokola - Fakultativni protokol o prodaji dece dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji uz Konvenciju o pravima deteta i Fakultativni protokol o učešću dece u oružanim sukobima uz Konvenciju o pravima deteta u julu 2002. godine (Službeni list SRJ, br. 7/2002).

¹² Ustav Republike Srbije je restriktivniji u odnosu na Povelju o ljudskim i manjinskim pravima SCG, ne predviđa strah od progona zbog boje kao razlog za pružanje utočišta.

¹³ 28. novembra 2007. godine usvojen je Zakon o azilu kojim je regulisan postupak za dobijanje azila, kao i prava i obaveze azilantata, čija je primena počela u aprilu 2008. godine.

¹⁴ Pravo na azil - Pravni okvir u RS, Komentar Zakona o azilu Srbije, Beogradski centar za ljudska prava, strana 4.

ZAPOŠLJAVANJE STRANACA U JUGOSLAVIJI

Jugoslovensko zakonodavstvo se bavilo zapošljavanjem stranaca i pre ratnog perioda. Ekonomska emigracija naše zemlje ima dugu tradiciju. Nakon drugog svetskog rata tokovi emigracije bili su izvesno vreme prekinuti. Međutim, u uslovima demokratizacije čitavog društva, omogućen je odlazak stanovništva van granica naše zemlje.¹⁵

Vlada Kraljevine SHS je 24. novembra 1925. godine donela Pravilnik o uposlenju stranih radnika, koji je sadržao odredbe prema kojima je, ministar nadležan za socijalnu politiku, imao ovlašćenja da može posebnim pravnim aktom da uredi postupak izdavanja dozvola strancima.¹⁶

Uredbom o zaposlenju stranih državljana¹⁷ u Kraljevini Jugoslaviji regulisana su brojna pitanja u vezi sa zapošljavanjem i radom stranih državljana u predratnoj Jugoslaviji. Jedna od odredbi, bila je izdavanje posebne dozvole za zaposlenje stranih državljana “koji svoju telesnu ili umnu snagu ili usluge stavljaju u službu trećih lica za nagradu ili besplatno ili u cilju obuke, ili koji obavljaju kakav samostalan rad za koji nije potrebno ovlašćenje odnosno dozvola po Zakonu o radnjama ili kome drugom zakonskom propisu”. Uredbom su regulisana brojna pitanja u oblasti zapošljavanja stranaca, kao i na primer, dozvola za boravak. Dozvola se izdavala na zahtev poslodavca. Taj zahtev poslodavac je upućivao Ministarstvu socijalne politike, odnosno nadležnoj banovini. Takođe, Uredbom su bili precizirani i uslovi za izdavanje i produženje ove dozvole. Iste godine 21. septembra, donet je i Pravilnik za primenu ove Uredbe. Pored Uredbe i Pravilnika doneto je i Upustvo za izdavanje i evidentiranje dozvola na neodređeno vreme. Stoga, su po prvi put, jasno precizirana neka od pravila za zapošljavanje stranaca i izdavanja dozvola za zaposlenje. Za izdavanje radnih dozvola i to kvalifikovanim radnicima, bila je nadležna inspekcija rada. Radne dozvole inspekcija rada je izdavala na period do godinu dana. A, radne dozvole za duži period rada stranaca izdavalo je Ministarstvo socijalne politike.¹⁸

¹⁵ Arsenov Sava, “Ekonomska emigracija i zapošljavanje stranaca u Jugoslaviji,” Savezni biro za poslove zapošljavanja, Beograd, 1987, str. 89.

¹⁶ Latković Boško, “Zapošljavanje stranaca u Republici Srbiji: dosadašnji razvoj i aktuelna rešenja,” Pravo i privreda, broj 7-9/2015, str. 3.

¹⁷ Uredba je objavljena u Službenim novinama Kraljevine Jugoslavije, 11. aprila 1935. godine. Ovom Uredbom regulisano je pitanje zaposlenja stranih državljana, tako što nadležna vlast može izdati dozvolu za rad tek pošto nadležna javna berza rada proveri da li ima domaćih nezaposlenih radnika, koji bi radili te poslove.

¹⁸ Nenad Đorđević, Zakoni, Uredbe i ostali propisi, izdani od 1. XII 1918. do 31. XII 1936, Beograd, 1936, str. 329-330.

Prema statističkim istraživanjima tokom 1937. godine, služba koja se bavila zapošljavanjem stranaca (pretača današnje NSZ), prijavilo se 3.530 stranaca koji su bili u potrazi za poslom. Pored navedene Uredbe, zapošljavanje stranih državljana bilo je regulisano i Zakonom o uslovima za zasnivanje radnog odnosa sa stranim državljanima.¹⁹ Ovim Zakonom je, pored ostalog, bilo predviđeno da strani državljanin, kao i lica bez državljanstva, prilikom zasnivanja radnog odnosa, morali su, pored uslova koji se odnose na jugoslovene, da ispune i neke dodatne uslove. Posebni uslovi, odnosili su se na: odobrenje za stalno nastanjenje, odnosno za privremeni boravak u SFRJ, i odobrenje za zasnivanje radnog odnosa.

Odobrenje za stalno nastanjenje dobijalo se od nadležnog SIZ-a za zapošljavanje. Naravno, ukoliko strani državljanin predhodno dobije dozvolu za stalno nastanjenje od nadležnih vlasti. Prestanak radnog odnosa sa stranim državljaninom, bio je regulisan kao i prestanak rada naših državljana, osim u slučaju isteka dozvole za stalni ili privremeni boravak.

Pored navedenog Zakona, zapošljavanje stranaca bilo je regulisano i Zakonom o evidencijama u oblasti rada.²⁰ Ovim zakonom bila su uređena pitanja evidencije stranih državljana i lica bez državljanstva zaposlenih u SFRJ. O zapošljavanju stranih državljana, evidenciju su vodile tzv. zajednice o zapošljavanju. Prema podacima iz ovih evidencija, 1985. godine u Jugoslaviji je bilo zaposlenih ili nezaposlenih lica sa čak 69 različitih državljanstva, a postojao je i određeni broj lica bez državljanstva. Zanimljiv podatak je, prema evidencijama ovih zajednica, bilo je i 576 stranih državljana koji su tražili zaposlenje.²¹

UREĐIVANJE ZAPOŠLJAVANJA STRANACA NOVIM ZAKONOM

Nakon 30 godina donet je novi Zakon o zapošljavanju stranaca koji za razliku od ranije važećeg Zakona o zasnivanju radnog odnosa sa stranim državljanima, više štiti domaću radnu snagu. Jedan od uslova za zapošljavanje stranca, je da poslodavac mora da dokaže da nije sa tog radnog mesta otpustio državljanina Srbije u roku od tri meseca, a takođe mora dokazati da na NSZ u roku od mesec dana nije uspeo da pronađe državljanina Srbije sa odgovarajućim kvalifikacijama. Ovo predstavlja restriktivnu odredbu zakona ali je svakako prihvatljiv jer je isti način zapošljavanja nerezidenata prisutan i u Evropskoj uniji i drugim zemljama.

¹⁹ Službeni list SFRJ, br. 11/78 i 64/89, Službeni list SRJ, br. 42/92, 24/94 i 20/96 i Službeni glasnik RS, broj 101/2005 – dr zakon.

²⁰ Službeni list SRJ, br. 46/96.

²¹ S. Arsenov, Zapošljavanje stranaca u Jugoslaviji, Migracijske teme, 3, Beograd, 1987, str. 89-91.

Neophodno je napomenuti da postoji grupa stranaca na koju se navedeni zakon ne primenjuje. Zakon o zapošljavanju stranaca se ne primenjuje na zapošljavanje stranca koji:

1) ima pravo na privilegiju i imunitete u skladu sa potvrđenim međunarodnim ugovorima; 2) u Republici, bez zasnivanja radnog odnosa, boravi radi obavljanja određenih poslova i projekata; 3) je predstavnik inostranog medija; 4) u Republici boravi radi obavljanja verskih poslova i verske službe; 5) je volonter; 6) obavlja poslove od interesa za Republiku; 7) je član posade broda; 8) je član spasi-lačke jedinice koja pruža pomoć prilikom otklanjanja nesrećnih slučajeva...

Odredbe ovog zakona se ne primenjuju ni na stranca čiji boravak u Srbiji ne traje duže od 90 dana u roku od šest meseci od dana prvog ulaska u zemlju, i to na stranca koji:

1) je vlasnik, osnivač, zastupnik ili član organa pravnog lica registrovan u Srbiji, pod uslovom da nije u radnom odnosu u tom pravnom licu; 2) u zemlji boravi radi uspostavljanja poslovnih kontakata ili prisustvovanja poslovnim sastancima; 3) je predavač ili istraživač koji učestvuje na profesionalnim skupovima; 4) lično obavlja privremene obrazovne, sportske, umetničke, kulturne i druge slične aktivnosti; 5) je upućeno lice koje u Srbiji boravi na naučnom, sportskom, kulturnom događaju...; 6) u zemlji boravi radi obavljanja poslova opremanja i izlaganja opreme i eksponata na sajmovima, izložbama...

Da bi strani državljanin radio na teritoriji naše zemlje neophodno mu je odobrenje za privremeni boravak i dozvola za rad.²²

Pozitivni efekti Zakona su brojni: 1) potpuno regulisanje materije u delu koji se odnosi na zapošljavanje stranaca i ostvarivanje prava na rad; 2) usaglašavanje zakona sa međunarodnim propisima; 3) omogućavanje zapošljavanja i samozapošljavanja pod precizno definisanim uslovima; 4) omogućavanje ostvarivanja prava na spajanje porodice pod određenim uslovima; 5) ostvarivanje prava u vezi sa nezaposlenošću u skladu sa zakonom; 6) ograničenje broja stranaca koji ostvaruju pravo na rad u skladu sa potrebama zapošljavanja na tržištu rada RS; 7) precizno regulisanje izdavanja dozvola za rad; 8) prevazilaženje dosadašnjih problema u praksi koje je izazivao raniji zakon; 9) mogućnost sankcija za nepridržavanje odredbi zakona, čime se omogućava efikasan sistem zaštite i nadzora nad primenom zakona.²³

Zakon definiše i slobodu kretanja radnika u skladu sa Direktivom 2004/38 koja se odnosi na ostvarivanje prava građana Unije i članova njihovih porodica da

²² Rezon media grup, Vodič kroz radne odnose broj 27, Stručna periodična publikacija o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenih i poslodavaca, januar 2015, strana 12-13.

²³ Bilten službenih mišljenja Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, Ing pro, Beograd, 3/2015, str. 227-228.

se slobodno kreću i borave na teritoriji država članica, kao i uslove pod kojima se oni mogu kretati i boraviti unutar država članica.²⁴

Imajući u vidu činjenicu da je starenje stanovništva jedan od glavnih problema u Evropi, rešavanje ovog problema pokušava da se obezbedi kroz traženje kompromisa u regulativi koja će, sa jedne strane omogućiti popunjavanje upražnjenih radnih mesta uvoznom radnom snagom, ali sa druge strane, zaštititi domaće radnike. To je bio jedan od pokretača izmena zakona. U narednom periodu ostaje da vidimo efekte navedenih izmena.

ZNAČAJ ZAKONSKOG REGULISANJA ZAPOŠLJAVANJA STRANACA U RS

Zakon o zapošljavanju stranaca predstavlja potrebu svake moderne države. Sa razvojem društva, a posebno modernih tehnologija fluktuacija radne snage je dosta izražena. Iako je oblast zapošljavanja stranaca u Srbiji pravno regulisana, od izuzetne važnosti je da se oblast zapošljavanja stranaca uskladi sa novim trendovima na međunarodnom tržištu rada. Na taj način će se doprineti i prevazilaženju dosadašnjih brojnih problema u praksi. Istovremeno, harmonizacijom domaćih propisa iz ove oblasti sa propisima EU, svakako postajemo konkurentniji na tržištu rada.

Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju (SSP), iz 2008. godine, preuzete su dve važne obaveze: uspostavljanje zone slobodne trgovine i usklađivanje zakonodavstva sa pravom EU. S jedne strane, sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju stvara se zona slobodne trgovine između Republike Srbije i Evropske unije u prelaznom periodu od šest godina. Dok sa druge strane, u okviru Sporazuma posebno je uređeno kretanje radnika, poslovno nastanjivanje, pružanje usluga, kretanje kapitala gde su date osnove za uređivanje položaja radnika i članova njihovih porodica, pristup stručnom usavršavanju, poslovnom nastanjivanju, položaj privrednih društava... Neophodno je naglasiti da je ova oblast uređena i potvrđenim konvencijama i to: Uredbom o ratifikaciji Konvencije Međunarodne organizacije rada br. 97 o migraciji u cilju zapošljavanja²⁵ i Zakonom o ratifikaciji Konvencije 143 o migracijama u uslovima zloupotrebe i unapređenju jednakih mogućnosti i tretmana radnika migranata.²⁶

Koliki je značaj donošenje ovog zakona možemo zaključiti iz podataka Nacionalne službe za zapošljavanje, prema kojima je tokom 2013. godine radnu dozvolu u našoj zemlji dobilo 2.784 stranca. Međutim, postoje i procene Nacionalne

²⁴ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004.

²⁵ Službeni list FNRJ - Međunarodni ugovori, broj 3/6.

²⁶ Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori, broj 12/80.

službe zapošljavanja, prema kojima je u Srbiji radno angažovano skoro trostruko više stranih državljana od broja izdatih radnih dozvola. Da bi se celokupan broj ljudi bez radne dozvole uveo u zvanične tokove, kako bi se povećala privredna aktivnost i povećala naplata poreza, ovaj zakon je svakako bio neophodan. Tako je prema podacima Nacionalne službe zapošljavanja tokom 2013.godine, najveći broj radnih dozvola izdat Rusima, Kinezima, Turcima, Rumunima, Bosancima, Nemcima i Grcima. Oni se uglavnom zapošljavaju u kompanijama iz njihovih država, najčešće na menadžerskim ili upravaljačkim poslovima ali isto tako i u građevinarstvu, zemljoradnji, rudarstvu, trgovinskim i ugostiteljskim sektorima. Što se tiče državljana zemalja članica EU, najviše radnih dozvola se izda državljanima SR Nemačke, Italije, Austrije i Grčke. Oni, takođe, najčešće rade kao menadžeri u predstavništvima svojih kompanija, kao inženjeri ili na rukovodećim poslovima u bankama.

U dosadašnjoj praksi u druge države građani najčešće odlaze, pre svega, zbog boljih mogućnosti za zapošljavanje i to obično mlađa populacija koja lakše može naći posao. Praksa pokazuje da građani na radu u drugim državama često pristaju na poslove za koje su kvalifikovaniji i najčešće ne uživaju iste beneficije kao domaći državljanin. Novim zakonom, strancima se omogućava ostvarivanje jednakih prava na rad i zapošljavanje, kao i državljanima Republike Srbije, što je obaveza u odnosu na Konvencije Međunarodne organizacije rada i pravo EU, koje se donošenjem ovog zakona ugrađuje u pravni sistem Republike Srbije.

Određbe Zakona su vrlo značajne i sa aspekta međunarodnog prava. S obzirom da uvažavaju odredbu Direktive 2009/52 koja se tiče minimalnih standarda u pogledu sankcija i mera protiv poslodavaca koji zapošljavaju neregularne migrante.²⁷

Ovaj Zakon se od prethodnih propisa koji su uređivali ovu materiju razlikuje i po tome što definiše na koje kategorije stranaca se njegove odredbe ne primenjuju.²⁸

Opšti uslovi zapošljavanja propisani su i Zakonom o radu²⁹ koji važe kako za zapošljavanje državljana Republike Srbije, tako i za zapošljavanje stranaca. A odnose se na nemogućnost zasnivanja radnog odnosa sa licem mlađim od 15 godina života. U skladu sa međunarodnim standardima, odredbe o zabrani diskriminacije odnose se pored domaćih i na strane državljanin. Stranom državljaninu prestaje radni odnos kada mu istekne važenje odobrenja za privremeni boravak, kada mu bude otkazan privremeni boravak ili se poništi dozvola o nastanjenju, a

²⁷ Directive 2009/52 of June 2009 for minimum standards of sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals, OJ L/168/24.

²⁸ Vid. član 3. Zakona o zapošljavanju stranaca Službeni glasnik RS, broj 128/14.

²⁹ Službeni glasnik RS, br. 24/05, 61/05, 54/09,32/13 i 75/14.

isti se može produžiti ako mu je produžen privremeni boravak i izdato novo odobrenje za zasnivanje radnog odnosa.

Primer iz prakse – zapošljavanje stranaca u Naftnoj industriji Srbije

NIS je jedna od najvećih vertikalno integriranih energetske kompanije u jugoistočnoj Evropi. Osnovne delatnosti ove kompanije su: istraživanje, proizvodnja i prerada nafte i gasa, promet širokog asortimana naftnih derivata, kao i realizacija projekata u oblasti energetike.

Najviše radnih dozvola, prema podacima NSZ-a, izdaje se državljanima Ruske Federacije. Rusi najviše zapošljavaju u energetici - kompanijama NIS ili Gaspromneft, Lukoil..., kao članovi upravnih odbora, direktori, savetnici, a u manjem broju rade na terenu, a takođe, ima i onih koji rade kao lektori ili prevodioci za ruski jezik.

Ruski Gaspromneft, je 2009. godine postao većinski vlasnik Naftne industrije Srbije. Ulaganja ruskih kompanija u energetiku i naftnu industriju Srbije svakako su vrlo značajna. U vremenu svetske ekonomske krize i visoke stope nezaposlenosti u našoj zemlji, mogućnost zapošljavanja u ovako renomiranoj kompaniji svakako je vrlo značajno. Na primeru ove kompanije, zapošljavanje stranaca se pokazalo kao dobar poslovni potez, što svakako može poslužiti kao primer dobre prakse i ostalim kompanijama u Republici Srbiji.

U pogonima Naftne industrije Srbije, u Beogradu, Pančevu i Novom Sadu, trenutno radi oko pedesetak državljana Rusije. Najviše ih ima u centralama u Beogradu i Novom Sadu. Sasvim je izvesno da će se ovaj broj povećati jer „Gaspromneft“ želi da ima više svojih stručnjaka prilikom obimnih i skupih poslova modernizacije NIS-a u narednom periodu. U skladu sa tim, možemo očekivati da se zapošljavanje stranaca u ovoj kompaniji nastavi i u narednim godinama u skladu sa novim Zakonom.

S obzirom da je Republika Srbija na putu ka zapadnim integracijama svakako je održavanje dobrih poslovnih odnosa sa zemljama iz okruženja značajan korak ka povećanju ukupne zaposlenosti u zemlji.

Privlačenje stranih ulaganja, koja predstavljaju značajan izvor privrednog rasta, treba da bude jedan od prioriteta Republike Srbije. Ali, da bi došlo do privlačenja stranih investitora, potrebno je ukloniti administrativne prepreke za strana ulaganja kroz izmene postojećih propisa, osnivanje i jačanje odgovarajućih institucija. Iako je jedan od glavnih uslova za povećanje ulaganja politička stabilnost, međunarodna praksa pokazuje da svaka mera za unapređenje poslovnog okruženja doprinosi većem prilivu stranih ulaganja, a samim tim dolazi i do povećanja ukupne zaposlenosti u zemlji.

ZAKLJUČAK

Priorit Republike Srbije poslednjih godina svakako predstavlja proces pridruživanja Evropskoj uniji. Samim tim, započete su brojne aktivnosti na usklađivanju zakonodavstva naše zemlje sa pravnim tekovinama Evropske unije.

Povećana međunarodna privredna saradnja i povećanje kretanja na međunarodnom tržištu rada usloveli su potrebu da se na nacionalnim i međunarodnim pravnim normama urede pravni odnosi. Najvažniji segment u globalnom prometu kapitala i radne snage bila je potreba da se urede uslovi zapošljavanja stranaca u našoj zemlji i da im se omogući pravna sigurnost i zaštita u periodu angažovanja kod poslodavca. Donošenju novog zakona u ovoj oblasti prethodile su brojne stručne rasprave iz razloga što je, sa većim međunarodnim povezivanjem i međunarodnom trgovinom, naša država u obavezi da se prilagodi novim društveno-ekonomskim okolnostima i savremenim uslovima poslovanja.

Upravo iz svega navedenog, proistekla je potreba da se kroz nove zakonske norme, sa jedne strane, zaposlenima i poslodavcima omogući da što konkurentnije i efikasnije nastupaju na međunarodnom tržištu rada, a sa druge strane, da im se omogući što bolja pravna zaštita.

Neophodno je uspostaviti čvršću saradnju nadležnih državnih institucija po pitanjima migracije radne snage i ovu oblast učiniti transparentnijom. Na taj način stвориće se ambijent za pozitivan rast stranih investicija što će se direktno odraziti i na povećanje zaposlenosti u Republici Srbiji.

MARIJANA MILOŠEVIĆ, MSc
Jurist in Autonomous Trade Union
of Energy Workers of Serbia

LEGAL REGIME OF EMPLOYMENT OF FOREIGNERS UNDER THE LAW OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The adoption of the new Law on Employment of Foreigners, a legal framework for the regulation of the labor market and improving the business environment in the Republic of Serbia in the part relating to the employment of foreigners. On the one hand, the law clearly regulates the employment of foreigners, but on the other hand provides for mechanisms to protect the domestic labor market. The need for the adoption of the new Labour Law has arisen due to harmonization with international regulations. Foreigners enables the realization of equal rights and conditions to work and employment, as well as nationals. Labour legislation of the Republic of Serbia the new law on employment of foreigners following the trends of European legislation. In the future, it is imperative that RS provide financial and institutional resources for employment and social policy and strengthen the social dialogue at all levels.

ALEKSANDAR ANTIĆ

ELEKTRONSKA KOMUNIKACIJA I POLOŽAJ ZAPOSLENIH

U V O D

Društvene promene koje su produkt inovacija u oblasti informacionih i komunikacionih tehnologija dešavaju se svakodnevno i teško ih je u potpunosti sagledati i razumeti. Međutim, činjenica je da novi oblici, kao i unapređenje starih, komunikacija utiču na sve sfere društva. Samim tim promene koje izazivaju elektronska komunikaciona sredstva nisu zaobišle ni radne odnose i radni proces.

Elektronska komunikacija sa sobom nosi brojne benefite, ali i negativne posledice. Za svaki konkretan slučaj teško je utvrditi šta preovlađuje. Međutim, kao i sa svakim novim tehnološkim pronalaskom u oblasti informacionih i komunikacionih tehnologija treba postupati obazrivo i koristiti ga na način koji će u potpunosti isključiti, ili barem ublažiti, njegove negativne aspekte.

Korišćenjem novih elektronskih komunikacionih sredstava komunikacija koju vrše zaposleni sa kolegama, poslodavcem, poslovnim partnerima i klijentima postaje brža, efikasnija i jeftinija, a često i besplatna. Takođe, neka od elektronskih sredstava za komunikaciju imaju i druge svrhe, te se tako mogu koristiti i za reklamiranje ili za izgradnju i poboljšanje pozitivne slike u javnosti zaposlenog i poslodavca. Međutim, mane elektronskih komunikacionih sredstava proizilaze iz toga što se njihovim korišćenjem često briše granica između privatnog i

Aleksandar Antić, saradnik u nastavi i doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

poslovnog života, radnog i slobodnog vremena i ugrožava privatnost zaposlenog. Zaposleni su zbog njih stalno dostupni poslodavcima, a njihovi nalozi i zahtevi utiču na celokupan život zaposlenog.

Neodgovarajuće korišćenje elektronskih sredstava za komunikaciju po zaposlenog može proizvesti negativne posledice u vidu disciplinske odgovornosti ili prestanka radnog odnosa. Poslodavac određuje način korišćenja elektronskih sredstava za komunikaciju, kako tokom radnog vremena, tako i nakon njega.

Poslodavac može izreći neku od disciplinskih mera zaposlenom ili mu otkazati radni odnos tek nakon što utvrdi posle sprovedenog nadzora da je zaposleni koristio sredstva za komunikaciju suprotno njegovim nalogima i uputstvima. Nadzor mora biti najavljen zaposlenom i on o njemu mora biti obavešten. Međutim nedavna odluka Evropskog suda za ljudska prava dozvoljava izuzetke u prethodno navedenom pravilu, a što će se negativno odraziti na položaj zaposlenih.

Opšti pogled na društvene mreže

Razvoj nauke i tehnologije je neminovnost i proces koji je teško zaustavljiv. Ono što je za našu epohu posebno karakteristično je razvoj informacionih i komunikacionih tehnologija. Njihov napredak, promenio je i menja društvo u korenu. Samim tim, utiče i na brojne društvene, pa između ostalih i na radne odnose. Dakle, uticaj informacionih i komunikacionih tehnologija je nesporan, sporno je da li se on odvija u pozitivnom ili negativnom smeru.

Društvene mreže su produkt informatičkog društva i globalizacije. Sve veća i izraženija tendencija ljudi za sveopštom, neograničenom povezanošću i komunikacijom, iznedrila je društvene mreže kao svoj rezultat. Međutim, još uvek se ne može dati krajnji sud u vezi toga da li su one društvo izmenile na bolje, ili gore.¹ Zbog njihove rasprostranjenosti, važnosti i ambivalentnog stava društva prema njima biće im posvećena nešto veća pažnja u odnosu na ostala elektronska komunikaciona sredstva.

Može se zaključiti da i društvene mreže, kao uostalom i sva tehnička i informatička dostignuća, imaju svoje pozitivne i negativne aspekte. Za njihovu detaljniju analizu nije nam dovoljan prostor u ovome radu tako da ćemo napomenuti samo najznačajnije.

Pozitivne aspekte društvenih mreža je brzo uvideo poslovni svet. Neograničen reklamni prostor, je svakako najvažniji iz perspektive kapitalista. Takođe, ciljne grupe kojima se upućuje reklame su detaljno i precizno određene. Ne mo-

¹ S. Popić, *Sociološke implikacije virtuelnih zajednica zasnovanih na „multimodalnom globalno-lokalnom komunikacionom medijskom sistemu”*, Tradicija, modernizacija, identiteti, Međunarodna naučna konferencija, ur. Bojana Dimitrijević, Niš, 2012, str. 195.

žemo prenebregnuti i činjenicu da su društvene mreže izuzetno, najčešće besplatno komunikaciono sredstvo, što je između ostalog i jedan od razloga za njihov nastanak. Međutim, ne smemo zaboraviti i negativne strane društvenih mreža. Mnogobrojne studije su ukazale da lica koja ih previše koriste² imaju određene negativne psihičke posledice, koje se ogledaju u razvijanju ili pogoršanju bolesti (depresija, anksioznost...), u otuđenosti od društva³ i stvaranju zavisnosti⁴ od njihovog korišćenja.

Poslodavci danas, za razliku od nekih ranijih perioda, najčešće nemaju ravnodušan stav prema društvenim mrežama. Pozicija koju poslodavci zauzimaju prema ovoj komunikacionoj inovaciji je često ambivalentan. Oni su svesni mnogobrojnih pogodnosti koje one u sebi nose (reklamiranje, komunikacija...), ali i njihovih nedostataka, te stoga često ne mogu u potpunosti izgraditi pozitivan ili negativan stav prema njima. Međutim, danas najveći broj poslodavaca ima jedno ili više zaposlenih lica koja brinu o njegovom marketingu, a kojima je cilj da adekvatnim pozicioniranjem proizvoda i usluga na tržištu, uz pomoć između ostalog i društvenih mreža, povećaju profit poslodavca.⁵ Samim tim, možemo zaključiti da je odnos poslodavaca prema društvenim mrežama u većoj meri pozitivan nego negativan.

Društvene mreže i položaj zaposlenih

Društvene mreže utiču i na položaj zaposlenih. Kao komunikaciono sredstvo koje se masovno koristi proizvode svoje dejstvo, kako na već zaposlena lica, tako i na tražioce posla (kandidate za zaposlenje kod poslodavca), kao i na formalne i neformalne odnose između radnika i poslodavca.⁶

² Lica koja previše koriste društvene mreže stvore najčešće i svoj virtuelni identitet, lišen nedostataka i ograničenja koja karakterišu njihov stvarni, a što im otežava povezivanje i komunikaciju u realnom vremenu. Vidi više: M. Milinković, *Učešće u virtuelnim zajednicama: onlajn i oflajn život*, CM - časopis za upravljanje komuniciranjem, 2015, vol. 10, br. 34, str. 79-82.

³ A. Jugović, *Karakteristike samoubistva mladih*, Specijalna edukacija i rehabilitacija, (Beograd), Vol. 11, br. 1/2012. str. 173.

⁴ Zavisnost od društveni mreža je jedan nov oblik zavisnosti često povezan i sa zavisnošću od upotrebe interneta. Videti više u M. Kovačević-Lepojević, *Pojam i karakteristike internet – zavisnosti*, Specijalna edukacija i rehabilitacija, (Beograd), Vol. 10, br. 4/2011.

⁵ Lj. Zuber, A. Mandić, *Specifičnosti promocije putem novih medija*, SVAROG br. 7. oktobar, 2013. str. 190-192.

⁶ V. Vijaya, Z. Le, W. Mo, L. Hui, J. Shi, *Social networks and employee voice: The influence of team members' and team leaders' social network positions on employee voice*, Organizational Behavior and Human Decision Processes, Vol. 132, 2016, str. 39.

Profilu zaposlenih lica na društvenim mrežama neprocenljiv su izvor informacija poslodavcu. One mogu neposredno ili posredno biti povezane sa njegovim interesom, te je stoga neophodno da na njih obrati pažnju. Značaj informacija sadržanih na profilima zaposlenih uvidele su brojne kompanije, pa je sve приметnija praksa da jedno ili više lica u kadrovskoj službi povremeno ili stalno vrše uvid u profile zaposlenih.⁷

Sadržina profila zaposlenih na društvenim mrežama, kao i informacije koje oni objavljuju, utiču na formiranje slike u javnosti o njima, ali i o poslodavcu.⁸ Dakle, uzrok zainteresovanosti poslodavca za sadržinu profila zaposlenih na društvenim mrežama, između ostalog, je vođen i racionalnim razlozima, s obzirom da utiču na njegov marketing. Međutim, pored dobrog pozicioniranja u javnosti postoje i drugi razlozi zbog kojih poslodavac vrši povremeni uvid ili stalan nadzor nad profilima svojih zaposlenih na društvenim mrežama. Nakon uvida ili nadzora nad profilima, poslodavac relativno jednostavno može utvrditi povredu radne obaveze ili radne discipline, nanošenje štete, steći uvid u ličnost svoga zaposlenog i njegovo kretanje i saznati brojne druge informacije koje inače od njega ne bi mogao zahtevati (političko opredeljenje, porodičan status, članstvo u sindikatu⁹...).

Poslodavci iz, prethodno navedenih razloga, klauzulom u ugovoru o radu ili opštim aktom ograničavaju pravo zaposlenih na objavljivanje sadržaja na društvenim mrežama. Zabrana se izriče jednom opštom formulacijom (npr. zabranjuje se objavljivanje sadržaja koje bi moglo da ugrozi ugled poslodavca u javnosti) ili taksativnim navođenjem sadržaja koji ne sme biti objavljen na profilima zaposlenih (sadržaj vezan za političko opredeljenje, informacije o radnom procesu kod poslodavca, iznos zarade, uslovi rada...). Prethodno navedene zabrane česte su u opštim aktima državnih organa, zbog toga što ponašanje državnih službenika van

⁷ Takođe, poslednjih godina pri konkursima za zaposlenje sve je evidentnije korišćenje društvenih mreža od strane službi za ljudske resurse, ne za komunikaciju sa kandidatima za posao ili za oglašavanje slobodnih radnih mesta, već za analizu profila na društvenim mrežama kandidata za konkretno radno mesto. Vidi više u: J. Mello, *Social media, Employee Privacy and Concerted Activity: Brave New World or Big Brother?*, Labor Law Journal, Fall 2012, Vol. 63 Issue 3, str. 168.

⁸ P. Sánchez Abril, A. Levin, A. Del Riego, *Blurred Boundaries: Social Media Privacy and the Twenty-First-Century Employee*, American Business Law Journal, Volume 49, Issue 1, 63–124, Spring 2012, str. 68.

⁹ Napomenuli bismo da poslodavac na osnovu čl. 207 Zakona o radu može potpuno nesmetano i zakonito doći u posed podataka o tome koji zaposleni je član sindikata i kojeg, jer je u obavezi da na osnovu pisane izjave zaposlenom odbije iznos od zarade na ime sindikalne članarine i da je uplati na odgovarajući račun sindikata.

radnog vremena utiče na formiranje mišljenja građana o državi.¹⁰ U ovom slučaju može se govoriti o ograničenju slobode govora zaposlenima, jer su javno istupanje zaposlenih na ovaj način i sloboda govora direktno povezani.¹¹ Prethodno navedena ograničenja pravdaju se zaštitom interesa poslodavca, a njihovo nepoštovanje po zaposlenog proizvodi negativne posledice u vidu prestanka radnog odnosa ili disciplinske odgovornosti, s obzirom na član 179. stav 3. tačku 8. i član 179a Zakona o radu¹².

Takođe, poslodavci mogu zabraniti korišćenje društvenih mreža tokom radnog vremena ali i otvaranje profila zaposlenima na društvenim mrežama. Zabrana otvaranja profila na društvenim mrežama je najteža po zaposlenog jer zalazi direktno u njegovu privatnu sferu i faktički utiče na njegov privatni život¹³. Nepoštovanje ove zabrane poslodavca, po zaposlenog, može proizvesti iste negativne posledice poput nepoštovanja zabrane vezane za objavljivanje sadržaja na profilima, a na osnovu čl. 179. stav 2. tačka 5. Zakona o radu. Međutim, čak i onda kada korišćenje društvenih mreža tokom radnog vremena nije predviđeno kao povreda radne obaveze, eksplicitno u opštim aktima poslodavca ili u ugovoru o radu, zaposleni može disciplinski odgovarati ili mu poslodavac može otkazati radni odnos pozivanjem na odredbu čl. 179. stav 2. tačka 3. Zakona o radu (zbog necelishodnog i neodgovornog korišćenja sredstava rada).

Poslodavac može naložiti zaposlenima, da otvore ili održavaju već otvoreni profil firme, na društvenim mrežama, ili profil u svoje ime koji će im služiti za poslovnu komunikaciju tokom radnog vremena. On će im izreći uputstva vezana za sadržaj koji na njemu mogu da objavljuju, kao i za način komunikacije sa poslovnim partnerima i klijentima. Ponašanje suprotno navedenim uputstvima za posledicu bi takođe, imalo disciplinsku odgovornost ili prestanak radnog odnosa. Postavlja se pitanje, da li zaposleni mogu koristiti poslovni profil na društvenim mrežama (svoj ili firmin) za privatnu komunikaciju?

S obzirom na cilj radi kojeg je profil otvoren, kao i da sva komunikacija koja se sa njega vrši u pozadini ima zvaničan stav poslodavca, odgovor bi bio odričan. Čak ni profil otvoren u ime zaposlenog koji on koristi u poslovne svrhe,

¹⁰ D. Dammeier, *Fading Privacy Rights*, Harvard Law & Policy Review, Vol. 6, 2012, str. 303. Značaj društvenih mreža za rad državnih organa, kao i njihovi pozitivni i negativni aspekti, prepoznati su i u Srbiji. Više u: *Vodič kroz društvene mreže za državne službenika na poslovima informisanja o EU*, Kancelarija za evropske integracije, Vlada Republike Srbije, Beograd, 2015. god.

¹¹ P. Kim, *Electronic Privacy and Employee Speech*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 87 (2012), Iss. 3 (2012), str. 904.

¹² "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.

¹³ K. Ball, E. Daniel, C. Stride, "Dimensions of employee privacy: an empirical study", *Information Technology & People*, Vol. 25 Iss 4, 2012, str 377.

ne sme se koristiti za privatnu komunikaciju tokom ali i nakon radnog vremena. Poslodavac može, nakon prethodnog obaveštenja¹⁴, izvršiti uvid u zvaničan profil zaposlenog, pa ukoliko utvrdi da je isti korišćen za privatnu komunikaciju zaposlenom može otkazati radni odnos ili izreći neku od disciplinskih sankcija. Naravno, prethodno obaveštenje nije neophodno pri uvidu u firmin profil na društvenim mrežama.

Društvene mreže olakšavaju poslodavcu reklamiranje, nadzor i komunikaciju sa zaposlenima, poslovnim partnerima i klijentima, ali mišljenja smo da njihovi negativni aspekti u velikoj meri otežavaju položaj zaposlenih. Zbog toga možemo zaključiti, da se položaj zaposlenih usled postojanja društvenih mreža promenio u negativnom smeru. Jedan od razloga je i ugroženost njihovog privatnog života usled faktički neograničene kontrole kojoj često bivaju izloženi zaposleni koji imaju profile na društvenim mrežama, a što za posledicu ima povećanje stresa i brisanje granice između slobodnog i radnog vremena.¹⁵ Pravo na poštovanje privatnog života može biti ograničeno na radnom mestu i u radno vreme, a izvan radnog mesta i radnog vremena poslodavčeva (upravljačka, normativna i disciplinska) vlast, u načelu, ne dopire do zaposlenog i sfere njegove autonomije, koja se označava terminom „privatni život“.¹⁶

Komunikacija putem elektronske pošte (e-mail) i položaj zaposlenih

U odnosu na društvene mreže komuniciranje posredstvom elektronske pošte je već ustaljeni način komunikacije. Kao jednostavno, brzo i besplatno komunikaciono sredstvo za relativno kratko vreme pozicioniralo se na vrhu komunikacionih sistema brojnih poslodavaca. Zbog toga se nadzor komunikacije koje zaposleni obavljaju putem elektronske pošte kako između sebe, tako i sa klijentima, pojavila kao nužnost.¹⁷

¹⁴ Moramo napomenuti da od ovog pravila, po našem mišljenju, postoje izuzeci koji u svoje osnovu imaju presudu Evropskog suda za ljudska prava, u slučaju *Bărbulescu v. Romania*, *Application no. 61496/08, od 12.01. 2016. godine*, a o čemu će biti više reči u delu rada koji se odnosi na uticaj komunikacije zaposlenih putem e-mail-a na njihov položaj.

¹⁵ B. Marcus, B. William, B. Wendy, *Hot buttons and time sinks: The effects of electronic communication during nonwork time on emotions and work-nonwork conflicts*, *Academy of Management Journal*, Vol. 58, No. 3, 2015, str. 783.

¹⁶ Lj. Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2013, str. 486.

¹⁷ J. Snyder, *E-mail Privacy in The Workplace a Boundary Regulation Perspective*, *Journal of Business Communication*, Volume 47, Number 3/2010, str. 268.

Zaposleni na poslu najčešće koriste zvanični *e-mail* radi razmene informacija i elektronskog sadržaja. Znatno ređe se dešava da u te svrhe koriste elektronsku poštu koju koriste za komunikaciju sa licima sa kojima nisu poslovno povezani (rodbina, prijatelji...).

Pri korišćenju poslovnog *e-mail-a* zaposleni su dužni da se pridržavaju naloga poslodavca. Oni su najčešće sadržani u opštem aktu poslodavca i utvrđuju se jednom opštom formulacijom (npr. zaposleni je dužan da pri komunikaciji koristi poslovni rečnik i ton). Znatno ređe se koristi taksativno navođenje reči ili fraza koje se ne mogu koristiti u poslovnoj komunikaciji. Nepoštovanje prethodno navedenih naloga od strane zaposlenog, za posledicu može imati prestanak radnog odnosa ili disciplinsku sankciju na osnovu ovlašćenja poslodavca sadržanog u čl. 179. stav 3. tačka 1. i 8. i čl. 179a.

Ono što se javlja kao problem pri komunikaciji posredstvom elektronske pošte, je to što ovo komunikaciono sredstvo često briše granicu između radnog i slobodnog vremena zaposlenog. Zbog opšte dostupnosti mobilnih i drugih elektronskih uređaja povezanih sa internetom zaposleni su praktično stalno dostupni poslodavcu. To je jedan od najvećih izvora stresa kod zaposlenih, koji ukoliko je konstantan vremenom dovodi do pojave psihofizičkih bolesti i pada produktivnosti.¹⁸ Kao problem prepoznat je i u Francuskoj.¹⁹ U novom Zakona o radu Francuske²⁰, koji će početi da se primenjuje od prvog januara 2017. godine u okviru dela koji se odnosi na kolektivno pregovaranje predviđena je i mogućnost da sastavni deo kolektivnog ugovora u kompanijama koje imaju više od 50 zaposlenih, bude i pravo zaposlenih da se „isključe“ (*droit à la déconnexion*). Pod ovim pravom podrazumeva se zabrana poslodavcima da šalju elektronsku poštu zaposlenima nakon radnog vremena, kao i pravo radnika da ne odgovaraju ukoliko istu prime, pri čemu se sankcije za povredu prethodno navedenog prava utvrđuju kolektivnim ugovorom.²¹

Ukoliko poslodavac želi da izvrši nadzor nad korišćenjem službenog *e-mail-a*, tokom radnog vremena, neophodno je da o tome prethodno obavesti zaposlenog. Međutim, nedavna odluka Evropskog suda za ljudska prava u slučaju

¹⁸ *Stress prevention at work checkpoints: Practical improvements for stress prevention in the workplace*, Geneva, International Labour Office, 2012, str. 61-73.

¹⁹ U Francuskoj prema istraživanjima čak osamdeset i tri procenata zaposlenih vrši poslovnu prepisku putem elektronske pošte i nakon završetka radnog vremena. Više u: M. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, Septembre 2015, Paris.

²⁰ https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050

²¹ <http://travail-emploi.gouv.fr/grands-dossiers/LoiTravail/quelles-sont-les-principales-mesures-de-la-loi-travail/article/droit-a-la-deconnexion>

Barbulesku (*Bărbulescu*) protiv Rumunije dovodi u pitanje prethodno navedeno pravilo.

Nalog gospodina Barbuleskua na *Yahoo Messenger-u*, koji je on otvorio i koristio u poslovne svrhe, bio je nadziran od strane poslodavca duži vremenski period, a da on o tome nije bio obavešten. Poslodavac je utvrdio da je gospodin Barbulesku poslovni nalog na *Yahoo Messenger-u* tokom radnog vremena koristio i za privatnu prepisku, te mu je zbog toga otkazao radni odnos zbog povrede radne discipline. Evropski sud za ljudska prava je potvrdio stav nacionalnih sudova da prethodno navedenim postupanjem poslodavca nije došlo do povrede čl. 8. (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda²² jer je poslodavac pristupio poslovnom nalogu zaposlenog na *Yahoo Messenger-u* i u uverenju da je sadržao poruke poslovne prirode.²³

Na osnovu prethodno navedene presude mišljenja smo da poslodavac izuzetno može izvršiti nadzor prepiske izvršene posredstvom poslovne elektronske pošte bez prethodnog obaveštenja zaposlenog. Međutim, ovo mora biti strogo propisima uređen izuzetak, koji će se restriktivno tumačiti.

Na osnovu naših pozitivnopravnih normi, mišljenja smo da kao i u slučaju korišćenja društvenih mreža tokom radnog vremena, poslodavac može izreći neku od disciplinskih sankcija zaposlenom ili mu otkazati radni odnos, i onda kada takvo ponašanje nije eksplicitno predviđeno kao povreda radne discipline opštim aktima poslodavca. Osnov za ovakvo ovlašćenje poslodavca nalazi se u čl. 179. stav 2. tačka 3. Zakona o radu, kojim se navodi da poslodavac može otkazati zaposlenom radni odnos i zbog necelishodnog i neodgovornog korišćenja sredstava rada. Pošto je i poslovni *e-mail* sredstvo za rad njegovo neodgovarajuće korišćenje od strane zaposlenog predstavlja povredu prethodno navedene odredbe.

Elektronska pošta kao komunikaciono sredstvo široko je rasprostranjena u svetu rada i ima svoje pozitivne i negativne strane. Mišljenja smo da za razliku od društvenih mreža, u slučaju *e-mail-a* prevladavaju njegovi pozitivni aspekti, tj. od korišćenja ovog komunikacionog sredstva zaposleni imaju više koristi nego štete. Međutim, nedavna presuda Evropskog suda za ljudska prava, predstavlja ozbiljan atak na položaj zaposlenih i po našem mišljenju predstavlja opasan presedan po zaposlene. Neophodno bi bilo u pozitivnopravnom poretku Srbije predvideti pravo, po svojoj sadržini slično nedavno ustanovljenom pravu zaposlenih u Fran-

²² "Službeni list SCG" - Međunarodni ugovori, br. 9/2003.

²³ Evropski sud za ljudska prava, *Case of Bărbulescu v. Romania*, Application no. 61496/08, od 12.01. 2016. godine.

cuskoj, kojim bi se zaštitila privatnost i slobodno vreme radnika, a koje bi faktički ograničilo korišćenje *e-mail-a* samo tokom radnog vremena.

Komunikacija putem telefona i položaj zaposlenih

Od svih prethodno navedenih komunikacionih sredstava, komunikacija telefonom je najstarije i najrasprostranjenije komunikaciono sredstvo. Pojavom mobilnih telefona obim i intezitet razmene informacija putem ovog komunikacionog sredstava se samo uvećao.

Danas se mobilni telefoni zbog povezanosti sa internetom i postojanja brojnih aplikacija za obradu i čuvanje informacija, kao i za obavljanje drugih zadataka, označavaju terminom mobilni kompjuteri ili mobilni uređaji pošto se više njihova osnovna funkcija ne sastoji samo u razmeni poruka i poziva.²⁴ Komunikacija posredstvom društvenih mreža i elektronske pošte moguće je vršiti preko svih modernih mobilnih telefona. Takođe, razgovor putem telefona ima određeni stepen subjektivnosti i stvara povezanost sa ljudima sa kojima se komunicira više od elektronske pošte ili društvenih mreža, jer se može čuti sagovornik, tj. njegov glas.²⁵

Zbog značaja koji imaju za komunikaciju mnogi poslodavci svojim zaposlenima dodeljuju službene mobilne telefone, pomoću kojih ona treba da se odvija. Način poslovnog komuniciranja ima brojne specifičnosti u odnosu na svakodnevnu komunikaciju. Pri poslovnoj komunikaciji treba poštovati određena pravila kako bi poslovni rezultat, u vidu povećanja profita, bio što bolji.²⁶ Takođe, određuju im iznos novca koji mogu potrošiti u tu svrhu kao i pravila kojih treba da se pridržavaju tokom komuniciranja putem telefona, kako mobilnog, tako i fiksnog.

Ukoliko poslodavac zabrani privatnu komunikaciju putem službenog telefona ponašanje zaposlenog suprotno njegovoj zabrani za posledicu može imati posledicu u vidu prestanka radnog odnosa ili disciplinske sankcije. Ovlašćenje za prethodno navedeno ponašanje poslodavca proizilazi iz čl. 179. stav 3. tačka 1. i 8. i čl. 179a. Zakona o radu. Kao i u slučaju društvenih mreža i elektronske pošte, čak i ako poslodavac izričito ne zabrani korišćenje službenog telefona u privatne svrhe, bilo opštim aktom ili klauzulom u ugovoru o radu, zaposlenom može izreći

²⁴ N. Masoud, K. Ronak, H. Hojat Allah, *Mobile Computing: Principles, Devices and Operating Systems*, World Applied Programming, Vol (2), Issue (7), July 2012, str. 307..

²⁵ *Project Communication Guide*, Pinnacle Public Relations Training – INTERREG, Brussels, 2012, str. 24.

²⁶ D. Mihailović, I. Kovačević, *Poslovna komunikacija i karakteristike zaposlenih menadžera*, PSIHOLOGIJA, 2008, Vol. 41 (2), str. 242.

disciplinsku sankciju ili raskinuti radni odnos zbog toga što se prethodno navedeno ponašanje zaposlenog može označiti kao povreda čl. 179. stav 2. tačka 3. Zakona o radu, u kome se navodi da poslodavac može otkazati zaposlenom radni odnos i zbog necelishodnog i neodgovornog korišćenja sredstava za rad. Telefon se da označiti kao sredstvo za rad ne samo kod profesija koje se oslanjaju isključivo na korišćenje telefona (npr. rad u kol centrima) već i u drugim profesijama u kojima ga možemo posmatrati kao dopunsko sredstvo za rad.²⁷

Poslodavac može izvršiti nadzor i snimanje telefonskih razgovora koje zaposleni vrši putem službenog telefona samo ukoliko ga o tome prethodno obavesti. Ukoliko utvrdi tokom nadzora da zaposleni vrši ponašanje suprotno njegovim nalogima, može mu raskinuti radni odnos ili izreći disciplinsku sankciju. U suprotnom, zaposleni ne može snositi negativne posledice.

Evropski sud za ljudska prava ustanovio je kriterijum „razumnog očekivanja privatnosti“. Između ostalih ovaj kriterijum navodi se i u presudi Halford (*Halford*) protiv Velike Britanije.²⁸ On podrazumeva da zaposleni u situaciji kada ne zna da je nadziran ne može disciplinski odgovarati zbog povrede radne obaveze ili radne discipline niti mu se može otkazati radni odnos.²⁹ Nedoizvoljenim snimanjem poslodavac zaposlenom može naneti štetu, kako nematerijalnu, tako i materijalnu. Zaposleni, ne znajući da je pod nadzorom, može izneti određeni informacije koje ne moraju nužno biti vezane za rad kod poslodavca ili poslodavca (npr. lični i porodični život, imovinsko stanje, odnosi u društvu...), a koje njemu mogu naneti imovinsku ili neimovinsku štetu.

Radi zaštite poslodavčevih interesa, onda kada su oni važni za zajednicu, dozvoljeno je ograničiti prava zaposlenih, pa između ostalih i pravo na privatnost, ali poslodavac ne sme grubo narušiti ravnotežu koja postoji između njegovih interesa i prava zaposlenih.³⁰ Dakle, poslodavac nadzorna ovlašćenja mora koristiti izuzetno i umereno jer je njegov interes suprotstavljen građanskim pravima zaposlenih, pa između ostalih i pravu na privatnost.

Prema našem mišljenju, za razliku od prethodno navedenih novih oblika komunikacija (društvene mreže i elektronska pošta), telefon je i dalje nužno sredstvo za vršenje razmena informacija na poslu. Najveći problem pri korišćenju te-

²⁷ *Employee communications and consultation*, Acas, London, 2014, str. 14.

²⁸ Evropski sud za ljudska prava, *Case of Halford v. The United Kingdom*, Application no. 20605/92, od 25.06.1997. god.

²⁹ Lj. Kovačević, *op. cit.*, str. 519 i 520.

³⁰ Lj. Kovačević, *Radnopravna zaštita građanskih prava i sloboda na mestu rada-Prodor demokratskih vrednosti u svet rada ili kompenzacija za veću nesigurnost zaposlenja?*, Teme, g. XXXVII, br. 4, str. 1592.

lefone kao komunikacionog sredstva povezan je sa ugroženošću privatnosti i dostupnosti zaposlenog poslodavcu i nakon radnog vremena. Prethodno navedeni problemi vezani su i za komunikaciju putem elektronske pošte, odnosno društvenih mreža. Međutim, mišljenja smo da je komunikacija putem telefona u današnjem svetu rada nužnost, a da se njeni negativni aspekti moraju isključiti ili ograničiti intervencijom države u radne odnose.

ZAKLJUČAK

Informacione i komunikacione inovacije promenile su celokupno društvo. Radni odnosi su takođe, pretrpeli određene izmene usled uticaja prethodno navedenih tehnoloških inovacija.

Nova komunikaciona sredstva olakšala su poslovanje poslodavcima i omogućila uvećanje profita. Ujedno, učinila su komunikaciju bržom, efikasnijom i jeftinijom. Pitanje je koji su negativni aspekti koje sa sobom nose elektronska sredstva za komunikaciju i da li su pretežniji u odnosu na pozitivne?

Društvene mreže, *e-mail* i telefon su danas neophodna sredstva za razmenu informacija i digitalnog sadržaja. Poslodavac svojim zaposlenima određuje način njihovog korišćenja. Ponašanje zaposlenih suprotno uputstvima poslodavca za posledicu može imati disciplinsku odgovornost ili prestanak radnog odnosa.

Kako bi utvrdio da li je zaposleni postupio suprotno njegovim nalogima, poslodavac mora izvršiti nadzor komunikacije koju je zaposleni vršio preko konkretnog elektronskog sredstva. Ovo zadiranje u subjektivnu sferu zaposlenog dozvoljeno je samo ako je zaposleni o nadzoru prethodno obavешten. Međutim, nedavna odluka Evropskog suda za ljudska prava navodi nas na zaključak da u odnosu na ovo pravilo mogu biti predviđeni izuzeci.

Korišćenjem elektronskih sredstava za komunikaciju briše se granica između radnog i slobodnog vremena zaposlenog i ugrožava se njegovo pravo na privatnost. Zaposleni stiče utisak da nadzor poslodavca nad njegovim ponašanjem ne prestaje nakon radnog vremena, a često je prinuđen i da poslovnu komunikaciju vrši u svoje slobodno vreme. Sve to kod njega izaziva stres, nezadovoljstvo i utisak da neprekidno radi bez odmora, a što dugoročno ima negativne posledice po njegovo zdravlje i produktivnost.

Zbog toga je neophodno da država intervenišući u radne odnose zaštititi zaposlenog kao faktički slabiju stranu, kroz predviđanja zabrana i prava koje treba da omogućite zaštitu njegove privatnosti i slobodnog vremena. Poslodavcu treba omogućiti da samo izuzetno zadire u privatnu sferu zaposlenog, i to u situacijama kada se njegov interes izjednačava ili graniči sa javnim.

ALEKSANDAR ANTIĆ

Teaching assistant and Ph.D. Candidate,
Faculty of Law University of Kragujevac

ELECTRONIC COMMUNICATION AND POSITION OF EMPLOYEES

Summary

The author is analyzing the impact of electronic communication at the position of employees. Technological progress has spawned new forms of communication. Among them stand out the exchange of information through social networks, e-mail and phone. The above communication tools facilitate the work of employees, but also hinder their position. They carry both positive and negative aspects, and it is difficult to determine which are prevalent in the particular case. In electronic communications employees must comply with orders and guidelines of the employer. Otherwise, it can disciplinary suit or be terminated. Electronic communication compromised the privacy and free time of employee. It is necessary to provide specific mechanisms to protect employees from the negative aspects of electronic communications.

SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U PARNICAMA IZ RADNIH ODNOSA KROZ PRAKSU EVROPSKOG SUDA PRAVDE I PRAKSU DOMAĆIH SUDOVA

Postupci u parnicama iz radnih odnosa i propisani rokovi
– važeći normativni okvir

Zaoštavanje procesne discipline, te suzbijanje zloupotrebe procesnih prava, kojima se konkretizuje pravo na suđenje u razumnom roku i ubrzanje postupka, predvideo je osnovni procesni zakon- Zakon o parničnom postupku¹. Dužnost je stranaka da predlože vremenski okvir i sud će ih u pozivu za pripremno ročište između ostalog upozoriti i na to². Stranka je dužna najkasnije na pripremnom ročištu ili na prvom ročištu za glavnu raspravu (ako pripremno ročište nije obavezno) da iznese sve činjenice kojima obrazlaže svoje predloge, da predloži dokaze kojima potvrđuje te činjenice, da se izjasni o navodima i predloženim dokazima protivne strane, kao i da predloži vremenski okvir za sprovođenje postupka³. Sud će na ovom ročištu odlučiti koje će dokaze izvesti na glavnoj raspravi i rešenjem će odrediti vremenski okvir za sprovođenje postupka⁴.

Mr Vesna Bilbija, miritelj/arbitar kod Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, Subotica.

¹ Zakon o parničnom postupku-ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014.

² ZPP, čl. 303, st. 1.

³ ZPP, čl. 308, st. 1.

⁴ ZPP, čl. 308, st. 3.

Uređujući posebne postupke, ZPP, u svojoj glavi XXIX uređuje postupak u parnicama iz radnih odnosa. Odredbe čl. 438 izričito propisuju da u postupku u parnicama iz radnih odnosa, a naročito prilikom određivanja rokova i ročišta, sud posebno vodi računa o potrebi hitnog rešavanja radnih sporova.

Međutim, negativni poslovni ambijent tokom tranzicije i privatizacije rezultirao je kršenjem svih ljudskih prava, a najčešće radnih i socijalnih, pa se broj sporova iz radnih odnosa najviše povećao, te oni traju godinama i neretko završavaju u Strazburu, pred Evropskim sudom za ljudska prava. Broj predstavlja je u periodu od 2011. do 2013. godine porastao 300 puta, bilo ih je preko 12.500, a samo tokom 2012. godine Srbiji je naloženo da isplati 1,6 miliona evra na ime naknade štete⁵.

Skraćivanje rokova koje se može tumačiti kao vid procesne discipline predvidele su i poslednje izmene i dopune Zakona o radu⁶ iz jula meseca 2014. godine. Naime, izmenama u članu 195. Zakona, koji reguliše pravo zaposlenog (ili predstavnika sindikata čiji je zaposleni član ako ga zaposleni ovlasti), da protiv rešenja kojim je povređeno pravo zaposlenog ili kad je zaposleni saznao za povredu prava, pokrene spor pred nadležnim sudom, rok za pokretanje spora je sadašnjih 90 dana smanjen na 60 dana od dana dostavljanja rešenja, odnosno saznanja za povredu prava. Pored toga, brisan je stav 3 pomenutog člana, kojim je bilo propisano da se spor pred nadležnim sudom pravosnažno okončava u roku od šest meseci, s obzirom da su rokovi za postupanje sudova regulisani posebnim propisima.

Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova⁷, uređuje način i postupak mirnog rešavanja kolektivnih i individualnih radnih sporova, izbor, prava i obaveze miritelja i arbitara i druga pitanja od značaja za mirno rešavanje radnih sporova⁸. U cilju pružanja pomoći i sprečavanja nastanka spora, propisano je da učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora mogu da, zajednički ili pojedinačno, podnesu predlog Agenciji za mirno rešavanje radnih sporova za učešće miritelja u kolektivnom pregovaranju⁹. Ako je predlog podneo jedan od učesnika, Agencija dostavlja predlog i dokumentaciju drugim učesnicima s pozivom da se u roku od tri dana izjasne da li prihvataju učešće miritelja u kolektivnom pregovaranju. Postupak mirenja u kolektivnom sporu vodi se pred Odborom za mirenje koga čine po

⁵ Olga Kićanović, Prednosti vansudskog rešavanja radnih sporova: zakonske i potencijalne mogućnosti, *Radno i socijalno pravo*, br. 1/2014, 270.

⁶ Zakon o radu-ZOR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14.

⁷ Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova-ZMRRS, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004 i 104/2009.

⁸ ZMRRS, čl. 1. st. 1.

⁹ ZMMRS, čl. 16-29, uređuje kolektivni spor.

jedan predstavnik strana i miritelj. Rokovi su kratki: miritelj je dužan da zakaže raspravu u roku od tri dana od dana prijema predloga i dokumentacije o predmetu spora, strane u sporu su dužne da najkasnije do dana kada je rasprava zakazana, odrede svog predstavnika u Odboru. Potom, ako Odbor ne donese preporuku u roku od pet dana od dana zaključenja rasprave, miritelj može stranama u sporu da predloži preporuku. Preporuka ne obavezuje strane u sporu, ali ako je strane prihvate - zaključuju sporazum o rešenju spora. Ako se postupak mirenja ne okonča zaključenjem sporazuma o rešenju spora pred Odborom u roku od 30 dana od dana otvaranja rasprave, miritelj raspušta Odbor i nastavlja postupak mirenja neposrednim kontaktom sa stranama u sporu, u kom slučaju im pomaže da se sastanu, raspravljaju o predmetu spora i na kraju ipak zaključe sporazum. Slično obavezi miritelja, arbitar je dužan da zakaže raspravu u roku od tri dana od dana prijema predloga i dokumentacije o predmetu spora. Arbitar obaveštava strane o tome, otvara raspravu zakazanog dana, utvrđuje da li sva pozvana lica prisustvuju raspravi, rukovodi raspravom, uzima izjave od strana u sporu i drugih lica u postupku, itd. Odlaganje rasprave je moguće i arbitar će to učiniti na zahtev strane u sporu ili po službenoj dužnosti, s tim da je dužan da najkasnije u roku od pet dana od dana odlaganja rasprave, zakaže sledeću. Rešenje o predmetu spora arbitar donosi u roku od 30 dana od dana otvaranja rasprave¹⁰.

Postupak tzv. „unutrašnje arbitraže“ poznaje i Zakon o radu. Naime, zaštitu svojih pojedinačnih prava, zaposleni mogu ostvariti i u postupku koji predstavlja pokušaj unutrašnjeg rešavanja spornog pitanja između poslodavca i zaposlenog, bez prepuštanja tog rešavanja subjektima van poslodavca¹¹. Naime, opštim aktom i ugovorom o radu može se predvideti postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja između poslodavca i zaposlenog. U pitanju je zakonska mogućnost, tj. navedena norma nema prinudni karakter, te zaposleni i poslodavac mogu, ali ne moraju, da predvide postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja. Ukoliko se odluče da iskoriste datu mogućnost, na raspolaganju su im kratki rokovi, rok za pokretanje postupka pred arbitrom je tri dana od dostavljanja rešenja zaposlenom, a arbitar je dužan da donese odluku u roku od deset dana od dana podnošenja zahteva za sporazumno rešavanje spornih pitanja. Odluka arbitra je konačna i obavezuje poslodavca i zaposlenog. Za vreme trajanja postupka pred arbitrom zbog otkaza ugovora o radu, zaposlenom miruje radni odnos, a rešenje o otkazu ugovora o radu postaje izvršno, ako arbitar ne odluči u roku od deset dana.

¹⁰ ZMMRS, čl. 30-37, uređuje individualni spor.

¹¹ otud naziv „unutrašnja arbitraža“, dok je „spoljna arbitraža“ postupak mirnog rešavanja individualnog radnog spora koji regulisan odredbama ZMRRS.

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu¹², kojim se uređuje zabrana zlostavljanja na radu i u vezi sa radom; mere za sprečavanje zlostavljanja i unapređene odnosa na radu; postupak zaštite lica izloženih zlostavljanju na radu i u vezi sa radom i druga pitanja od značaja za sprečavanje i zaštitu od zlostavljanja na radu i u vezi sa radom, prilikom propisivanja sudske zaštite, posebnim članom propisu je hitnost tog postupka. Naime, odredbama čl. 32. pomenutog zakona, postupak u parnicama za ostvarivanje zaštite od zlostavljanja jeste hitan. Sud će tužbu sa priložima dostaviti tuženom na odgovor u roku do 15 dana od dana prijema tužbe¹³.

Navedeni zakon spada u set antiskriminacionih zakona koji prilikom propisivanja sudske zaštite propisiju i hitnost takvog sudskog postupka. Tako je najopštiji, krovni zakon iz pomenutog seta zakona, Zakon o zabrani diskriminacije¹⁴, u svojim odredbama koje propisuju sudsku nadležnosti i postupak, čl. 41. st. 3, sa svim jasno propisao: "Postupak je hitan".

Najzad, "Postupak za sudsku zaštitu u vezi sa uzbunjivanjem je hitan", propisano je i odredbama čl. 23. st. 4 Zakona o zaštiti uzbunjivača¹⁵, jednog od najnovijih posebnih zakona kojima je propisana zaštita od nekog oblika diskriminacije.

Pravo na suđenje u razumnom roku u parnicama iz radnih odnosa pred Evropskim sudom za ljudska prava

Pojmovi prava na pravično suđenje i u okviru njega - prava na suđenje u razumnom roku, postaju sastavnim delom našeg pravnog poretka ratifikacijom najznačajnijih međunarodnih akta iz oblasti ljudskih prava, najpre Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda iz 1950. godine, koju je ratifikovala Državna zajednica Srbija i Crna Gora¹⁶. Prema odredbama člana 6 st. 1 Konven-

¹² Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 36/10.

¹³ ZPP, čl. 297, st. 1, Tuženi je dužan da u roku od 30 dana od dana dostavljanja tužbe sa priložima podnese sudu odgovor na tužbu.

¹⁴ Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009.

¹⁵ Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Službeni glasnik RS*, br. 124/2014.

¹⁶ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, *Službeni list Srbije i Crne gore-međunarodni ugovori*, br. 09/03, 5/05, 7/05- i *Službeni glasnik RS-međunarodni ugovori*, br. 12/10.

cije: "Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona".

Gde spadaju postupci u parnicama iz radnih odnosa? Koje je to vreme, tj. koji je to vremenski period, gedano kroz mesece i godine, koji je optimalno potreban i zbog toga razuman? Pravilo 3-2-1, po kome su tri godine razuman rok za donošenje odluke u prvom stepenu, dve godine za drugostepeni postupak, a jedna godina predstavlja razuman rok u postupku po vanrednim pravnim lekovima, može da posluži kao vremenski orijentir¹⁷. Međutim, iako može da posluži kao određeni vremenski model ili formula, relativnost takvog orijentira, kao i bilo kog drugog vremenskog determinisanja, prouzrokovan je različitim karakteristikama predmeta čiji se trajanje ocenjuje, zbog čeg se rok od 3 godine može da javiti kao prekratak ili kao predugačak. Na primer, iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, u predmetu X. protiv Francuske¹⁸, podnosilac predstavke je bio zražen virusom HIV-a preko transfuzije krvi i poveo je protiv države postupak za naknadu štete. S obzirom na zdravstveno stanje podnosioca predstavke i očekivanu dužinu njegovog životnog veka, Sud je zaključio da je postupak koji je trajao dve godine nerazumno dug, da domaći sudovi nisu iskoristili sredstva koja imaju da ubrzaju postupak. S druge strane, kod složenijih predmeta, prekoračeni rok od tri godine se ne mora se pokazati kao nerazumno dug. Složenost predmeta tiče se kako činjenica, tako i pravnih pitanja: npr. donošenje pravilne odluke o predmetu spora podrazumeva veći broj opsežnih veštačenja, spajanje datog predmeta sa drugim predmetima¹⁹, prisustvo međunarodnih elemenata itd. Takav je primer postupak iz našeg regiona, Tričković protiv Slovenije, a u vezi s akontacijom podnosi- očeve vojne penzije. Naime, posle raspada zajedničke države, slovenačka vlada je preuzela odgovornost za isplate vojnih penzija. Bila je to prva u od velikog broja ustavnih žalbi koje su se odnosile na penzije pripadnika bivše JNA i s obzirom na to da je domaći sud morao detaljno da ispita suštinu predmeta, sud je smatrao da je predmet oko koga se vodio parnični postupak bio vrlo složen²⁰.

¹⁷ Sa sekcije "Sud u koneksitetu pravde", Kopaonička škola prirodnog prava, 12-17.12.2015.

¹⁸ X. v. France, 23.mart 1991, st. 47-49, nav. prema Nula Mol, Katarina Harbi, *Pravo na pravično suđenje, Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Beograd, 2007, 57.

¹⁹ U predmetu Ewing protiv Ujedinjenog kraljevstva, *Ewing v. the United Kingdom*, 56 DR 71, spajanje tri predmeta usled koga je došlo do odlaganja suđenja nije smatrano proizvoljnim i nerazumnim, niti uzrokom nepotrebnog kašnjenja, s obzirom na potrebu za ispravnim vođenjem sudskog postupka, nav. prema N. Mol, K. Harbi, 52.

²⁰ *Tričković v. Slovenia*, 12. jun 2001, , nav. prema N. Mol, K. Harbi, 50.

Prirodno je očekivanje da se krivični postupci rešavaju brže od građanskih, pogotovo ako je optuženik u pritvoru dok traje suđenje, ali se i kod građanskoopravnih parnica opravdano očekuje ekspeditivnost, efikasnost, naročito onda kada je zbog prava koje mu je ugroženo, podnosilac predstavke u nekoj vrsti egzistencijalne nužnosti, kada nije moguće povratak u predašnje stanje. Ako nema sumnje da su prioriteta u hitnosti odlučivanja predmeti koji se tiču prava deteta²¹, kao i drugi predmeti sa izraženom porodično-socijalnom notom, kao sledeći se javljaju radni sporovi, najpre sporovi povodom otkaza ugovora o radu, ali i drugih pitanja iz radnog odnosa, npr. u predmetu koji je vođen zbog suspenzije, Evropski sud je saopštio da zaposleni koji smatra da je nepravedno suspendovan ima važan lični interes da hitno dobije sudsku odluku o zakonitosti te mere²².

Pravo na suđenje u razumnom roku u parnicama iz radnih odnosa pred domaćim sudovima

Ratifikacijom Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda, prihvaćena je obaveza poštovanja prava na suđenje u razumnom roku, a Ustavom Republike Srbije²³ formulacija iz člana 6 st. 1 Konvencije je preuzeta gotovo u celini, te odredbe čl. 32 st. 1 koja nose naziv „Pravo na pravično suđenje“ propisuju da „Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega.“

Pravo na suđenje u razumnom roku ne može da se neposredno ostvari na osnovu ustavne norme i neophodno je da se zakonom propiše način njegove zaštite.

Zaštita prava na suđenje u razumnom roku uvedena je u domaći pravosudni sistem pre nekoliko godina u vidu ustavne žalbe o kojoj je odlučivao Ustavni sud. Naime, od maja 2014. godine, zaštita prava na suđenje u razumnom roku u situaciji kada je postupak u toku (tzv. živi predmeti), bila je obezbeđena kroz modalitet „ustavne žalbe zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku“²⁴ Ustavna žalba kao pravno sredstvo ima svoje Ustavom određene osobenosti, po kojima

²¹ Slučaj *Hokkanene v. Finland*, 23. septembar, 1994, st. 72: cenjeno da je od suštinskog značaja da se predmeti koji se odnose na starateljstvo brzo rešavaju, nav. prema N. Mol, K. Harbi, 56.

²² *Obermeier v. Germany*, 28. jun 1990, st. 72, nav. prema N. Mol, K. Harbi, 56.

²³ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

²⁴ Vesna Vujin-Jevtić, Zaštita prava na suđenje u razumnom roku, *Pravni život*, br. 11/2015, str. 676-677.

se razlikuje od drugih pravnih sredstava ustanovljenih ustavom ili zakonom.²⁵ Te razlike se ogledaju u njenim svojstvima koja joj daju karakter izuzetnog, uz istovremeno karakter dopunskog i supsidijarnog sredstva: ustavna žalba je dopuštena po iscrpljivanju svih pravnih sredstava za zaštitu ljudskih sloboda i prava i kad nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu²⁶. Odredbe čl. 8a-8v Zakona o uređenju sudova²⁷ sada su brisane²⁸, kao i odredba člana 82. stav 2. Zakona o Ustavnom sudu²⁹ koja je glasila da se "Ustavna žalba može izjaviti i ako nisu iscrpljena pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku".

Prestanak radnog odnosa otkazom ugovora o radu od strane poslodavca predstavlja najradikalniji uticaj na radopravni položaj zaposlenog. Posledica je da radnog odnosa više nema i tom smislu obeležje sankcije je izraženo u najvećem stepenu. Sva prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa imaju socijalni karakter i zaposleni često ima egzistencijalni interes da hitno dobije sudsku odluku o tome da li mu neko pravo pripada ili ne, zbog čega se i u složenijim predmetima teško nalazi opravdanje za nedelotvorno postupanje sudova. Imajući u vidu izuzetan značaj prava koje je predmet postupka za podnosioca zahteva, odnosno činjenicu da se radi o sporu za poništaj odluke o prestanku radnog odnosa, okolnost da je ovakav spor po zakonu hitan, da je činjenično i pravno predmet relativno složen, da predlagač, inače tužilac u tom sporu, nije doprineo da predmet ne bude rešen u razumnom roku, da je ukupno trajanje postupka iznosilo 6 godine, te da je o žalbi stranke odlučeno u roku koji je duži od 4 godine, Rešenjem br. R4r 100/2014 od 12.03.2014. godine Vrhovni kasacioni sud je utvrdio da je povređeno pravo podnosioca zahteva na suđenje u razumnom roku.

U drugom primeru, rešavajući o povredi prava na suđenje u razumnom roku u sporu pokrenutom radi poništaja odluke o prestanku radnog odnosa, u obrazloženju Rešenja Vrhovnog kasacionog suda br. R4 r 12/2014 od 13.06.2014. godine, kojim je utvrđeno da je predlagaču povređeno ovo pravo, navedeno je i sledeće "...Članom 10. Zakona o parničnom postupku propisano je da stran-

²⁵ Videti više: Vladimir Đurić, *Ustavna žalba*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000.

²⁶ Videti više: Katarina Manojlović Andrić, *Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe*, u *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava*, Beograd, 2013, str. 161-180.

²⁷ Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - dr. zakon, 78/2011 - dr. zakon, 101/2011, 101/2013 i 40/2015 - dr. zakon

²⁸ Odredbe čl. 8A uređivale su zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, odredbe čl. 8B su uređivale odluku po zahtevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, a odredbe čl. 8v, predviđale su shodnu primenu Zakona o vanparničnom postupku

²⁹ Zakon o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/07, 99/11 i 18/13-US.

ka ima pravo da sud odluči o njenim zahtevima i predlozima u razumnom roku, da postupak sprovede bez odugovlačenja, u skladu sa prethodno određenim vremenskim okvirom za preduzimanje parničnih radnji i sa što manje troškova.

Razumni rok je optimalno potrebno vreme da se odluči o nekom pravu stranke koje je sporno, da bi se otklonila neizvesnost i stranka imala saznanje o tome da li joj to pravo pripada ili ne, čime se postiže i pravna sigurnost.

Kada se ima u vidu da da se radi o sporu za poništaj odluke o prestanku radnog odnosa, koji je hitne prirode, za koji je prema Zakonu o radu predviđen rok od šest meseci za njegovo rešavanje, dva perioda neaktivnosti Apelacionog suda u Beogradu koji ukupno iznose oko 40 meseci, ne mogu se smatrati razumnim vremenom potrebnim za okončanje ovog spora. Činjenično i pravno ovaj predmet nije složen, po zakonu je hitan, predlagač kao tužilac u tom sporu nije doprineo da predmet ne bude rešen u razumnom roku...”

Hitnost je opravdana i u slučajevima kada predmet nije poništaj odluke o prestanku radnog odnosa. Tako, u sporu za isplatu novčanog potraživanja iz radnog odnosa, predlagač je podneo tužbu radi isplate razlike zarade, u obrazloženju Rešenja Vrhovnog kasacionog suda br. R4 r 88/2014 od 11.02.2014. godine, kojim je utvrđeno je da je predlagaču povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, navedeno je sledeće: “Kada se ima u vidu značaj prava za podnosioca zahteva, odnosno da se radi o sporu za isplatu novčanog potraživanja iz radnog odnosa, koji je hitne prirode, da je postupak trajao 10 godina i 4 meseca, do donošenja prvostepene presude i da je drugostepeni trajao preko 3 godine, ovaj period ne može se smatrati razumnim vremenom potrebnim za okončanje spora. Trajanje parničnog postupka i pojam razumnog sudskog postupka je relativna kategorija koja zavisi od niza činilaca koje je potrebno ceniti u svakom pojedinačnom slučaju. U konkretnom slučaju se radi o relativno složenom sporu, ali u postupku koji je po zakonu hitan, a značaj za podnosioca veliki”.

Slično, u postupku gde je predlagač tužbu podneo radi naknade štete po osnovu razlike u primanjima ostvarenim za period od 01.08.2002. - 31.12.2006. godine, u obrazloženju Rešenja Vrhovnog kasacionog suda br. R4 g 118/2014 od 05.02.2015. godine, navodi se: “U konkretnom slučaju, postupak pred drugostepenim sudom je trajao jednu godinu i 10 meseci. Analizirajući postupanje Apelacionog suda u Beogradu na koje se i odnosi zahtev predlagača u ovom predmetu, Vrhovni kasacioni sud je zaključio da trajanje drugostepenog postupka u navedenoj parnici, čini osnovanim zahtev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Naime, kada se ima u vidu da se radi o sporu za isplatu novčanog potraživanja iz radnog odnosa-nakande štete po osnovu razlike u primanjima ostvarenim za period od preko četiri godine, dakle u sporu hitne prirode, koji činjenično i pravno nije složen, da je prvostepeni postupak trajao prekomerno dugo, odnosno pre-

ko sedam godine, te da je stoga ukupno trajanje postupka bilo predugačko, a da je pritom zahtev predlagača isključivo usmeren na povredu prava na suđenje u razumnom roku pred drugostepenim sudom, odnosno u drugostepenom postupku, vremenski period od jedne godine i 10 meseci ima se smatrati nerazumnim”.

U istom predmetu, međutim, podneti zahtev za dosuđivanje primerene naknade od 100.000,00 dinara, po nalažnju Vrhovnog kasacionog suda, nije osnovan. Tim povodom, u obrazloženju je navedeno: “Zahtev za primerenu naknadu u novcu kao vid satisfakcije može biti usvojen, ako se utvrdi da postoji povreda prava na suđenje u razumnom roku, ali određivanje naknade u novcu nije obavezno u tom slučaju. Imajući u vidu dužinu trajanja drugostepenog postupka na koji je zahtev predlagača isključivo usmeren, utvrđivanje ppostojanja povrede prava na suđenje u razumnom roku je dovoljna satisfakcija”.

U pogledu pravne prirode prava na primerenu naknadu značajno je istaći da primerena novčana naknada zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku nije materijalna ili nematerijalna šteta, već posebna vrsta naknade, zakonom propisana (naknada *sui generis*).³⁰

Osnovne napomene o Zakonu o zaštiti prava na suđenje u razumnom

Uvođenje ustavne žalbe zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku predstavljalo je intervenciju zakonodavca u cilju otklanjanja daljih povreda ljudskih prava garantovanih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda iz 1950. godine, koje su nastale kao posledica nepostojanja delotvornog pravnog sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, u postupcima koji su u toku.³¹ Takvo rešenje, međutim, nije dalo odgovarajuće rezultate, zbog čega se ovo ljudsko (i našim Ustavom zajemčeno) pravo, po prvi put u Republici Srbiji uređuje posebnim zakonom - Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku³².

Predmet i svrha, pitanje ko su imaoci prava na suđenje u razumnom roku, pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku i merila za ocenu trajanja suđenja u razumnom roku, čine osnovne odredbe Zakona o zaštiti suđenja u razumnom roku. Ovim zakonom uređuje se zaštita prava na suđenje u razumnom roku, a svrha zakona jeste da pruži sudsku zaštitu prava na su-

³⁰ Sentenca iz rešenja Vrhovnog kasacionog suda Rž g 95/2014 od 01.10.2014. godine utvrđena na sednici Odeljenja za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku od 19.03.2015. godine.

³¹ Vesna Vujin-Jevtić, Zaštita prava na suđenje u razumnom roku, str. 677-678.

³² Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku-ZZSRR, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2015.

đenje u razumnom roku i time predupredi nastajanje povreda prava na suđenje u razumnom roku. Sudska zaštita prava na suđenje u razumnom roku uključuje i istragu koju u krivičnom postupku sprovodi javni tužilac. Pravo na suđenje u razumnom roku ima svaka stranka u sudskom postupku, što uključuje i izvršni postupak, svaki učesnik po zakonu kojim se uređuje vanparnični postupak, a oštećeni u krivičnom postupku, privatni tužilac i oštećeni kao tužilac samo ako su istakli imovinsko-pravni zahtev. Javni tužilac kao stranka u krivičnom postupku nema pravo na suđenje u razumnom roku.

Pravna sredstva kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku su: prigovor radi ubrzanja postupka, žalba i zahtev za pravično zadovoljenje. Stranka ne plaća sudsku taksu u postupcima u kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku, oni su hitni i imaju prvenstvo u odlučivanju. Prva dva pravna sredstva - prigovor i žalba³³ - imaju za cilj ubrzanje postupka, podnose se pre okončanja postupka, njihovo je dejstvo akceleratorno, dok je treće pravno sredstvo - zahtev za pravično zadovoljenje³⁴ - kompenzatornog karaktera i dejstva.

Pri odlučivanju o pravnim sredstvima kojima se štiti pravo na suđenje u razumnom roku uvažavaju se sve okolnosti predmeta suđenja, pre svega složenost činjeničnih i pravnih pitanja, celokupno trajanje postupka i postupanje suda, javnog tužilaštva ili drugog državnog organa, priroda i vrsta predmeta suđenja ili istrage, značaj predmeta suđenja ili istrage po stranku, ponašanje stranaka tokom postupka, posebno poštovanje procesnih prava i obaveza, zatim poštovanje redosleda rešavanja predmeta i zakonski rokovi za zakazivanje ročišta i glavnog pretresa i izradu odluka.

Posle pravnosnažnosti rešenja kojim su joj usvojeni prigovor ili žalba, građanin će steći pravo na neku od predviđenih vrsta pravičnog zadovoljenja. Vrste pravičnog zadovoljenja su: 1) pravo na isplatu novčanog obeštećenja za neimovinsku štetu koja je stranci izazvana povredom prava na suđenje u razumnom roku; 2) pravo na objavljivanje pismene izjave Državnog pravobranilaštva kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku i 3) pravo na objavljivanje presude kojom se utvrđuje da je stranci bilo povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Odgovornost Republike Srbije za neimovinsku štetu izazvanu povredom prava na suđenje u razumnom roku je objektivna, a pri odlučivanju o pravičnom zadovoljenju, Pravobranilaštvo i sudovi vezani su rešenjima predsednika sudova kojima je utvrđena povreda prava stranke na suđenje u razumnom roku

U pogledu visine novčanog obeštećenja, odredbom čl. 30. st. 1 propisano je da se novčano obeštećenje priznaje u visini od 300 evra do 3.000 evra u dinar-

³³ ZZSRR, čl. 5-21.

³⁴ ZZSRR, čl. 22-33.

skoj protivvrednosti na dan isplate prema srednjem kursu Narodne banke Srbije po predmetu.

ZAKLJUČAK

U Redovnom godišnjem izveštaju Zaštitnika građana za 2015. godinu, deo pod nazivom Pravosuđe počinje konstatacijom da je donošenjem Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, uprkos određenim njegovim manjkavostima, unapređeno ostvarivanje ovog prava građana³⁵.

Evidentno je poboljšanje ukupnog zakonodavog i institucionalnog okvira u Republici Srbiji. Ovaj, suštinski pozitivan trend, ima i svoju negativnu stranu: tzv. "inflacija propisa". Nijedna savremena država nije pošteđena ove pojave koja fragmentuje i usitnjava pravni sistem, stvarajući međusobno odvojena i gotovo ničim povezana ostrva pravnog poretka i sprečavajući da se jasno spoznaju vrednosti koje pravo štiti i uspostavi jasna hijerarhija među njima. Mnoštvo propisa ugrožava svest o obaveznosti prava. Propisi se donose i menjaju da bi se ojačala pravna sigurnost, a nje je, opet sa svakim novim propisom sve manje, što nas sve vraća Tacitovoj maksimi: *Res publica corrupta plurime leges*, "Kada država ne valja mnoštvo je zakona" ...³⁶

Ne gubeći iz vida opravdanim kritikama probuđeni oprez, usklađivanje i poboljšanje nacionalnog normativog okvira u oblasti zaštite prava na suđenje u razumnom roku bilo je neophodno.

I u sudskom postupku, strane u sporu opravdano očekuju poštovanje prava na suđenje u razumnom roku, što podrazumeva optimalno potrebno vreme da se otkloni pravna nesigurnost, odluči da li neko ima pravo ili ga nema, da li je kriv ili nije kriv itd. Štaviše, i ona strana koja neće uspeti u pokrenutom sporu, ima pravo da to sazna u razumnom roku. Kroz ovu prizmu treba posmatrati zaštitu prava na suđenje u razumnom roku i onda kada je u pitanju postupak u parnicama iz radnih odnosa. Svakako je u postupcima koji se vode zbog otkaza ugovora o radu važno obratiti pažnju na celokupno trajanje postupka i postupanje suda i na značaj predmeta suđenja po stranku. Ishod postupka je najčešće od egzistencijalnog značaja i za stranku i za porodicu stranke. Ako se na taj ishod čeka nerazumno dugo, pravo stranke na suđenje u razumnom roku je povređeno. I ako ne uspe u svojoj nameri da se vrati na posao, strana ima pravo da to sazna u ra-

³⁵ Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2015. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2016, str. 135.

³⁶ Iz pozdravne reči ministra pravde u Vladi Republike Srbije, Nikole Selakovića, na otvaranju Kopaoničke škole prirodnog prava, 14. decembra 2014. godine, objavljene Završnom dokumentu, dvadesetsedmog susreta Kopaoničke škole prirodnog prava koji je održan 13-17.12.2014. godine na Kopaoniku, str. 9.

zumnom roku. Postupci u parnicama iz ranih odnosa koji nemaju za predmet ispitivanje zakonitosti otkaza ugovora o radu nisu egzistencijalnog značaja, te kod ocene o tome da li su razumno dugi ili ne, treba obratiti pažnju na ponašanje stranaka tokom postupka, posebno poštovanje procesnih prava i obaveza. Stranka je dužna da savesno koristi svoja procesna ovlašćenja.

Uti, non abuti. Upotrebljavati, a ne zloupotrebljavati.

Osim što predstavlja interes šire zajednice, nastojanje da se postupak bezrazložno ne odugovlači, odnosno da se okonča u razumnom roku, neizostavno treba da bude zajednički i istovremeni interes svih savesnih aktera postupka u parnicama parnicama iz radnih odnosa.

VESNA BILBIJA, MA,
Public company "Post offices of Serbia", Belgrade;
Arbitrator/conciliator, Republic Agency for Peaceful
Settlement of Labour Disputes

TRIAL WITHIN REASONABLE TIME IN LABOUR-RELATION LITIGATIONS
IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE
AND THE PRACTICE OF DOMESTIC COURTS

Summary

Although when proceeding the cases in labour relations, and especially when setting the deadlines and hearings, the court pays extra attention to the need for solving the labour relations litigation urgently, they still last for many years and thus it is not rare that they end up before the European Court for Human Rights. The number of remonstrance in Strasbourg for the period 2011-2013 grew 300 times, which, as a consequence, led to the obligation of the Republic of Serbia to pay high amounts of money as compensation. Protection of the right on a trial within reasonable timeframe has been introduced in the national justice system since May 2014, through the modality "Constitutional appeal because of the violation of the right on trial within reasonable timeframe". The introduction of this Constitutional appeal represented an intervention of the legislators with the purpose of elimination of further violations of the human rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms from 1950. Since this solution did not provide satisfying results, in the Republic of Serbia this human and constitutional right is, for the first time, governed by a separate law – the Law on the Protection of the Right to trial within reasonable time, which has been in practice since January 1st, 2016.

In this Paper, reference is made on practice of courts, both European and national, regarding the protection of the right to trial within reasonable time for the labour relations litigation.

VESNA STOJANOVIĆ

SOCIJALNI KARAKTER PRAVA IZ PENZIJSKOG I INVALIDSKOG OSIGURANJA

MEĐUNARODNI DOKUMENTI I SOCIJALNO OSIGURANJE

Univerzalna deklaracija o pravima čoveka (akt Organizacije Ujedinjenih Nacija), predviđa da “svaka osoba, kao član društva, ima pravo na socijalnu sigurnost”. Ustav Međunarodne Organizacije Rada u svojoj preambuli, Atlanskoj (1941) i Filadelfijskoj (1944) povelji, proklamuje pravo na socijalnu sigurnost¹. U kontekstu opšteg razvoja socijalne sigurnosti, socijalno-demografskih kretanja (“starenja stanovništva” u Evropskoj uniji), potrebno je da se kontrolišu javni rashodi u vezi sa Evropskom monetarnom unijom, odnosno uopšte modelom “Socijalne Evrope”, pri čemu postoje značajne konceptijske i druge razlike u uporednom pravu primenom jednog od modela socijalnog osiguranja (Bizmarkovog i Beveridževog modela)². I jedan i drugi model socijalnog osiguranja imaju svoje sledbenike u pravima različitih zemalja i predstavljaju teme o kojima se može posebno raspravljati u praktičnom i teoriskom smislu.

Tema ovog rada je socijalni karakter nekih prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja. Da bi se bolje razumeo njihov “socijalniji” karakter potrebno je dati neke uvodne napomene i objašnjenja koja bi se bolje razumeo značaj socijalnog osiguranja i njegove osnovne karakteristike.

Dr Vesna Stojanović, profesor Visoke škole strukovnih studija za ekonomiju i upravu u Beogradu.

¹ Lubarda, B., *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica, 2004, str. 349.

² Ibid.

Minimalne norme o socijalnom osiguranju na međunarodnom nivou usvojene su 1952. godine na zasedanju MOR-a usvajanjem Konvencije br.102 o socijalnom obezbeđenju³. Ova Konvencija se ubraja u jednu od najvažnijih i najobimnijih konvencija koje je usvojila Međunarodna organizacija rada. Normama koje sadrži ova Konvencija obezbeđuju se: 1. zdravstvena zaštita; 2. naknada za slučaj bolesti; 3. davanja za slučaj nezaposlenosti; 4. davanja za starost; 5. davanja za slučaj nesreće na poslu i profesionalnog oboljenja; 6. porodične potrebe; 7. davanja za slučaj materinstva; 8. davanja za slučaj invalidnosti; 9. davanja članovima porodice za slučaj smrti hranioca porodice. Donosilac Konvencije pošao je od toga da među državama- članicama postoje određene nejednakosti u razvijenosti zakonodavstava u socijalnom osiguranju i da one mogu da izazovu određene teškoće u pogledu njene ratifikacije. Iz tih razloga data je mogućnost državama-članicama da prilikom ratifikacije ne preuzimaju obaveze iz svih delova konvencije, već da ratifikacijom obezbede u svakoj državi- članici najnižu zaštitu u ovom pogledu⁴. U delu broj V Konvencije regulisana su davanja za slučaj starosti. Osigurani slučaj starosti obuhvata starost preko propisane granice. Propisana granica starosti ne može prelaziti 65 godina, ali Konvencija daje mogućnost nadležnoj vlasti da može da odredi i višu granicu starosti s obzirom na radnu sposobnost starijih lica u državi u kojoj se radi⁵.

Navedena Konvencija, u delu broj VI, obezbeđuje socijalnu zaštitu licima koja pretrpe nesreću na poslu ili profesionalnu bolest, tako da osigurani slučajevi koji su pokriveni Konvencijom su: 1. bolest; 2. nesposobnost za rad koja dolazi kao posledica bolesti i povlači gubitak zarade, kako je to definisano nacionalnim zakonodavstvom; 3. potpun ili delimični gubitak sposobnosti zarađivanja iznad propisanog stepena, kada je verovatno da će taj potpuni ili delimični gubitak biti stalan ili odgovarajuće smanjenje fizičkog integriteta; 4. gubitak sredstava za život za udovicu ili decu smrću hranioca porodice (udovici pravo na davanje može biti nacionalnim zakonodavstvom uslovljeno predpostavkom da je nesposobna da se sama izdržava). Osigurani slučaj invalidnosti obuhvata nesposobnost određenog stepena za obavljanje profesionalne delatnosti i to onda kada je verovatno da će ta nesposobnost biti stalna ili kada ona postoji i dalje po prestanku prava na naknadu za slučaj bolesti. Davanja za slučaj invalidnosti se obezbeđuju pod uslovom da je zaštićeno lice navršilo određeni staž. Staž treba da bude ispunjen pre nego što

³ Šundreić, B., *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 542.

⁴ Ibid.

⁵ Primer je Nemačka. U Nemačkoj do 2029. godine, staosna granica za ostvarivanje prava na starosnu penziju postepeno se povećava, sve do navršenih 69. godina života. Postoje razgovori o pomeranju ove starosne granice na nešto iznad 70 godina života.

je nastupanja osiguranog slučaja. Potrebno je da su doprinosi uplaćeni na ime zaštićenog lica u toku aktivnog perioda njegovog života i da njihov prosečni godišnji broj dostiže propisanu cifru⁶.

Konvencija, u članu 57, poznaje i institut smanjenog davanja. Ovo davanje se obezbeđuje ako je ispunjen minimalni period plaćanja doprinosa ili zaposlenja. Princip naveden u ovom članu Konvencije MOR-a br. 102, usvojen je i u našim propisima kojima se uređuje minimum uslova socijalne sigurnosti ili minimum uslova za dobijanje socijalnih davanja. Takođe je važno, navesti i princip koji je usvojio i naš zakonodavac kada je regulisao prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja, a to je da se davanja odobravaju i mogu da traju, za sve vreme trajanja osiguranog slučaja ili do njihove zamene davanjima za starost.

Naša zemlja kao članica organizacije Ujedinjenih nacija, ima obavezu da primenjuje standarde utvrđene Opštom deklaracijom o pravima čoveka, a samim tim i da sprovodi socijalno-ekonomska prava garantovana tim dokumentom. Na poštovanje relevantnih međunarodnih standarda o socijalno-ekonomskim pravima obavezuju nas mnoga međunarodna dokumenta koja je ratifikovala naša država kao što su: Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Revidirana evropska socijalna povelja Saveta Evrope, kao i niz drugih dokumenata Organizacije Ujedinjenih Nacija i Međunarodne Organizacije Rada o ljudskim pravima⁷.

U Revidiranoj evropskoj socijalnoj povelji, strane ugovornice su prihvatile kao cilj svoje politike..., postizanje uslova u kojima se pored drugih principa mogu delotvorno ostvariti principi:..., *Da svi radnici i oni koje oni izdržavaju imaju pravo na socijalno osiguranje*⁸.

Temeljni principi na kojima se zasniva socijalno osiguranje

Socijalnim osiguranjem obezbeđuje se socijalna sigurnost po osnovu rada. Ta sigurnost "pokriva" rizike starosti, invalidnosti, bolesti, smrti, nezaposlenosti i drugih socijalnih opasnosti, a zasniva se na tri fundamentalna, (napred navedena) principa⁹: opštost, uzajamnost i solidarnost.

⁶ Konvencija MOR-a br. 102 o socijalnom obezbeđenju, IX deo, (član 54), ("Službeni list FNRJ", br. 1/55).

⁷ Jašarević, S., *Socijalno pravo* - drugo izdanje, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2013, str.145.

⁸ *Zakon o potvrđivanju Revidirane evropske socijalne povelje* ("Službeni glasnik RS", br. 42/09), i Izveštaj o primeni Revidirane evropske socijalne povelje u RSrbiji za period od 01.01.2008. do 31.12.2011. godine.

⁹ Ivošević, Z., *Radno pravo* - drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2006, str. 317.

Princip opštosti u socijalnom osiguranju podrazumeva da su sva prava podjednako dostupna, i po vrsti i po obimu prava, svim osiguranicima i korisnicima, pod jednakim uslovima za sve one koji imaju pravo na socijalno osiguranje. Princip uzajamnosti podrazumeva da sadašnje radno aktivne generacije radi i za generaciju koja je završila radni vek, da bi, kad njeno vreme rada prođe, naredna radno aktivna generacija radila i za nju¹⁰.

Princip solidarnosti podrazumeva da se finansijska sredstva koja se izdvajaju na ime doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje isplaćuju solidarno, pod uslovima utvrđenim zakonom, onim osiguranicima ili korisnicima prava i/ili članovima njihovih porodica koji "zapadnu" u socijalni rizik: starosti, invalidnosti, smrti, telesnog oštećenja (nastalog usled nesreće na radu ili profesionalne bolesti) ili potrebe za pomoći i negom drugog lica.

Načelo solidarnosti u sistemu penzijskog i invalidskog osiguranja znači, da svi osiguranici ulažu sredstva za penzijsko i invalidsko osiguranje, a da prava ostvaruju oni osiguranici koji su ispunili uslove propisane zakonom, za njihovo sticanje. Ovo načelo posebno dolazi do izražaja kod obezbeđivanja sredstava za penzijsko i invalidsko osiguranje, kod rizika invalidnosti, u slučaju ostvarivanja prava na porodičnu penziju i dr. Primenom ovog načela, u određenim slučajevima, ostvariće se veći obim prava od obima prava koji bi osiguranik ostvario na osnovu svog doprinosa penzijskom i invalidskom osiguranju (dužina staža osiguranja i visina osnovice za plaćanje doprinosa), pa se to uglavnom odnosi na korisnike prava po osnovu invalidnosti i na one koji su doprinos plaćali na niske osnovice.

U ovom radu, socijalni aspekt prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja biće okrenut ka pravima koja su kao takva uređena u nacionalnom zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju.

Nacionalni propisi o penzijskom i invalidskom osiguranju

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Republike Srbije¹¹ uređuje prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja poštujući principe opštosti, uzajamnosti i generacijske solidarnosti na kojima se temelji penzijski sistem. Smisao penzijskog osiguranja jeste da obezbedi socijalnu sigurnost osiguranicima i korisnicima prava kao i članovima njihovih porodica kada za to postoji potreba i kada se za to steknu zakonom propisani uslovi. U skladu sa tim, Ustav Republike Srbi-

¹⁰ Ibid.

¹¹ ("Službeni glasnik RS", br. 34/03, 64/04-US, 84/04, dr.zakon, 85/05, 101/05, dr.zakon, 63/06, 5/09, 107/09, 101/10, 93/12, 62/13, 108/13, 75/15).

je¹² garantuje sprovođenje sistema penzijskog i invalidskog osiguranja kao i ekonomsku sigurnost penzionerima u pogledu obezbeđenja isplate utvrđenih prava.

Prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja stiču se i ostvaruju zavisno od dužine ulaganja i visine osnovice na koju je plaćen doprinos za penzijsko i invalidsko osiguranje i uz primenu načela solidarnosti, a ovom odredbom (član 5 Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju), je izražena neposredna veza između prava koja se ostvaruju u ovom osiguranju i dužine osiguranja, kao i uplaćenog doprinosa koji se u toku osiguranja plaća na različite visine osnovice. Dužina ulaganja od koga zavisi sticanje i ostvarivanje prava izražava se dužinom staža osiguranja osiguranika, a u nekim slučajevima i dužinom penzijskog staža. Staž osiguranja je jedan od osnovnih elemenata za sticanje prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja (osim u slučaju kada je određen rizik invalidnosti ili smrti nastupio usled povrede na radu ili profesionalne bolesti) jer za sticanje ovih prava moraju da budu ispunjeni propisani uslovi u odnosu na potreban staž osiguranja – vreme provedeno u osiguranju. Za duži staž osiguranja, penzija pripada u većem obimu¹³.

Zakonodavac je našao za shodno da u nekim, propisanim, slučajevima odstupa od navedenih principa rukovodeći se politikom solidarnosti i nužne i neophodne potrebe da zaštiti određene kategorije osiguranika ili korisnika prava. Neka prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja ostvaruju se pod povoljnijim uslovima ili u većem obimu i time zakon obezbeđuje veći stepen socijalne sigurnosti u odnosu na neke druge situacije ili slučajeve.

Prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja koja obezbeđuju
veći nivo socijalne sigurnosti

Uvećani staž za žene

Određujući visinu penzije za žene, utvrđena je “formula”, koja uvećava odnosno dodaje na utvrđenu penziju povećanje staža od 15% kako bi se “ispegkala” visina penzije i dovela na približno istu visinu penzije koja pripada muškarcu za približno iste godine ostvarenog staža. Neka istraživanja pokazuju da ukoliko formula koja dodaje 15% staža ne bi postojala, razlika između prosečne penzije za žene bila bi oko 30% niža nego za muškarce¹⁴.

¹² Član 70 Ustava RS, (“Sužbeni glasnik RS”, br.98/2006).

¹³ Radifković, Lj., i Ristić, N., *Komentari primena Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju*, CEKOS IN, Beograd, 2011.

¹⁴ Videti istraživanje koje je sproveo USAID, 2009. godine, (str, 74), koje se, između ostalog, odnosi i na pitanje uvećanja sataža pri obračunu penzija za žene. “Imajući u vidu da je prosečan staž žena pet do šest godina manji nego kod muškaraca, formula ne može da “ispegla” i razliku u pred-

Uvećanje staža za žene po osnovu rođenja trećeg deteta

Kao deo socijalne politike i politike podsticanja borbe protiv “bele kuge”, zakonodavac je u okviru propisa iz penzijskog i invalidskog osiguranja predvideo da žena koja rodi treće dete ima pravo na na dve godine posebnog staža. Ovaj staž se “koristi” pri obračunu penzije, odnosno od uticaja je na visinu penzije. Dve godine staaža ostvarenog po osnovu rođenja trećeg deteta bez uticaja je na sticanje uslova za odlazak u penziju, utiče samo na veći iznos penzije.

Zagarantovani minimalni iznos penzije

Visina penzije se, po nekim shvatanjima, smatra adekvatnom kada uspeva da obezbedi u starosti apsolutni životni standard starijih lica, ali i održanje prihoda u starosti na nivou na kojem je bio raniji životni standard. Imajući u vidu da je penzijski sistem u Republici Srbiji obavezan, državni i zasnovan na tekućem finansiranju penzija (i da se iz Budžeta dotiraju sredstva za isplatu penzija), zakonodavac je, obezbeđujući neophodni socijalni nivo zaštite određenih slojeva stanovništva, “obezbedio pravo” na minimalan iznos penzije. Ovaj instrument obezbeđenja definisan je tako da matematički iznosi 25% prosečne zarade iz predhodne godine i povećava se kao i ostale penzije, ali uz uslov da se vanredno uskladi ukoliko padne ispod 20% prosečne zarade.

Neka istraživanja pokazuju da su u strukturi minimalnih penzija dominantni korisnici žene koje su radile između 15 i 20 godina, što ukazuje da je minimalna penzija u najvećem broju slučajeva nije posledica niske zarade u toku radnog veka, već malog broja godina staža¹⁵.

Na porodičnu penziju ne primenjuju se pravila koja se odnose na minimalnu penziju, tačnije, visina porodične penzije se određuje od starosne ili invalidske penzije u procentualnom iznosu u zavisnosti od broja korisnika porodične penzije. Što znači da porodična penzija može da bude manja od minimalne (što se često dešava i što pokazuju određeni, u ovom radu navedeni izvori), naročito ako se zna da se porodična penzija određuje i od poljoprivredne penzije koja je često veoma niska.

U ovim i sličnim situacijama zakonodavac je ostao bez zakonskih rešenja kojima bi bitnije mogao da utiče na visinu minimalnih penzija a samim tim i da podigne nivo socijalne sigurnosti građana (koji su izgubili nekog od članova porodice čiji prihodi su doprinosili boljem materijalnom statusu porodice).

hodnim zaradama i razliku u stažu pa je ukupna prosečna penzija za skoro 20% niža za žene nego muškarce. Ukoliko formula koja dodaje 15% staža ne bi postojala, razlika između prosečne penzije za žene bila bi oko 30% niža nego za muškarce.

¹⁵ Videti istraživač dato u: *1. Nacionalnom izveštaju o socijalnom uključivanju i smanjenju siromaštva u Republici Srbiji*, Vlada Republike Srbije, Beograd, 2011.

Porodična penzija po smrti oba roditelja

Porodična penzija se određuje od starosne, prevremene starosne penzije ili invalidske penzije koja bi korisniku pripadala u času smrti, odnosno od penzije koja je korisniku pripadala u času smrti, u procentu zavisno od broja članova porodice koji imaju pravo na tu penziju. Za jednog člana 70%, za dva člana 80%, za tri člana 90%, za četiri i više članova 100% od utvrđene penzije. Ono što je veoma značajno i sa stanovišta socijalne sigurnosti i materijalnog obezbeđenja deteta ili dece po smrti oba roditelja, zakonodavac je utvrdio pravo da u slučaju gubitka (smrti) oba roditelja dete/deca imaju pravo na porodičnu penziju po jednom roditelju, i na porodičnu penziju po drugom roditelju koja se isplaćuje kao jedna penzija. Ranija zakonska rešenja poznavala su pravo na porodičnu penziju deteta/dece isključivo, samo po smrti jednog roditelja.

Pravo na novčanu naknadu za pomoć i negu drugog lica

Pravo na novčanu naknadu za pomoć i negu drugog lica pripada osiguravniku ili korisniku penzije kome je zbog prirode i težine stanja povrede ili bolesti utvrđena potreba za pomoć i negom za obavljanje radnji radi zadovoljavanja osnovnih životnih potreba. ova vrsta novčane pomoći pomaže zdravstveno najugroženijim osobama koji zbog težine i prirode bolesti nisu u stanju da sami obavljaju osnovne životne potrebe. Da bi se materijalno pomogle ove osobe kao i njihove porodice zakonodavac je predvideo novčanu naknadu kao vid pomoći kao i Zakon o socijalnoj zaštiti¹⁶ je predvideo pravo na uvećni dodatak za pomoć i negu drugog lica pod posebno propisanim uslovima (ovo pravo mogu da koriste i lica koja nisu u osiguranju, pod propisanim uslovima).

ZAKLJUČAK

Sva napred navedena prava iz Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju predstavljaju nameru zakonodavca da određenim socijalno i društveno ugroženim slojevima stanovništva omogući humaniji i materijalno obezbeđeniji život.

¹⁶ Videti *Zakon o socijalnoj zaštiti*, ("Službeni glasnik RS", br. 24/2011)." Pravo na uvećani dodatak za pomoć i negu drugog lica ima lice iz člana 92. stav 1. ovog zakona za koje je, na osnovu propisa o penzijskom i invalidskom osiguranju, utvrđeno da ima telesno oštećenje od 100% po jednom osnovu ili da ima organski trajni poremećaj neurološkog ili psihičkog tipa i lice iz člana 92 stav 1. ovog zakona koje ima više oštećenja, s tim da nivo oštećenja iznosi 70% i više procenata po najmanje dva osnova". (Član 94.).

Sa podizanjem nivoa sveukupnog ekonomskog napredka društva svakako će se i podizati novčani nivo uživanja navedenih prava a samim tim stvoriće se mogućnosti za uvođenje novih socijalnih prava ili vraćanja nekih od prava koja su postojala u ranijim propisima iz penzijskog i invalidskog osiguranja koja su obezbeđivala viši nivo socijalne sigurnosti građanima.

VESNA STOJANOVIĆ, LL.D.,
Professor, High school of professional studies
of economics and administration, Belgrade

SOCIAL CHARACTER - THE RIGHTS FROM PENSION AND DISABILITY INSURANCE

Summary

The rights granted by the pension and disability insurance are applied by the principles of reciprocity and generational solidarity on which social insurance is based as a branch of insurances. Lawmakers, by applying certain specific principles from pension and disability insurance tenets have decided to allow to apply more "social" rights on a case basis.

The scope and scale of these rights is determined by economic status and the fiscal capability of the state to guarantee the timely and complete remuneration as granted.

In previous decades the number of rights has diminished as well as the requirements to attain certain other rights. The ability to gain rights has certain prerequisites, such as paying into the program, as well as a few other requirements.

BORISAV ČOLIĆ

IMPOZANTAN SPEKTAR USTAVOM ZAGARANTOVANOG PRAVA NA RAD I NJEGOVA ZAŠTITA

USTAVNO PRAVA NA RAD

Ustavom Republike Srbije, jemči se pravo na rad, u skladu sa zakonom, kao svojevrsno ljudsko pravo (član 60. stav 1). Ustavom je zagantovano i univerzalno pravo na slobodan izbor rada, kao i dostupnost svih radnih mesta pod jednakim uslovima. Prema odredbama navedenog člana "svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa". Veoma je važno da se navedenih prava niko ne može odreći. Ustav omogućuje posebnu zaštitu na radu i posebne uslove rada, u skladu sa Zakonom o radu, ženama, omladini i invalidima.

Ustavom Republike Srbije, jemči se pravo na rad, u skladu sa zakonom, kao svojevrsno ljudsko pravo (član 60. stav 1). Ustavom je zagantovano i univerzalno pravo na slobodan izbor rada, kao i dostupnost svih radnih mesta pod jednakim uslovima. Prema odredbama navedenog člana "svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i na pravnu zaštitu za slučaj prestanka radnog odnosa". Veoma je važno da se navedenih prava niko ne može odreći. Ustav

Borisav Čolić, sudija Vrhovnog suda Srbije u penziji.

omogućuje posebnu zaštitu na radu i posebne uslove rada, u skladu sa Zakonom o radu, ženama, omladini i invalidima.

U uvodnim odredbama Ustava data je mogućnost ostvarivanja i ustavnih načela, prema kojima je vladavina prava osnovna pretpostavka Ustava i počiva na predviđenim ustavnim pravima. Vladavina prava ostvaruje se slobodnim i neposrednim izborima, ustavnim jemstvima o ljudskim pravima, podelom vlasti, nezavisnom sudskom vlašću i povinovanjem vlasti Ustavu i zakonu.

Značajna odredba Ustava RS (član 16. stav 2. i 3), propisuje da opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori, sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije, i neposredno se primenjuju. Ustavom se jemče i kao takve neposredno primenjuju odredbe o ljudskim i manjinskim pravima koja su prihvaćena međunarodnim pravilima, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima (član 18. Ustava).¹

Kao svojevrsna manifestacija ustavne slobode rada je i zakonska mogućnost sporazumnog prestanka ugovora o radu.²

Ustav RS jemči pravo na rad u skladu sa zakonom, što uz pravilno i logičko tumačenje upućuje na zaključak, da se pravo na rad ostvaruje prvenstveno na osnovu odredbi važećeg Zakona o radu, drugih zakona i propisa.

Prema Ustavu, jemči se pravo na rad u skladu sa zakonom. Potom se jemči da svako ima pravo na slobodan izbor rada, s tim da su svima pod jednakim uslovima dostupna sva radna mesta. Jedna od osnovnih značajnih odredaba (član 60. stav 4. Ustava), propisuje više prava zaposlenih, odnosno prava građana na radu i povodom rada iz zasnovanog radnog odnosa.

Posebnom odredbom Ustav jemči zaposlenima pravo na štrajk u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom. Ovo pravo po pravilu, ne može biti ograničeno, osim posebnim odredbama zakona i to shdno prirodi i vrsti delatnosti.

Odredbama člana 3. Zakona, utvrđena je najvećim delom sadržina kolektivnih ugovora kod poslodavca i pravilnika o radu. Tako se kolektivnim ugovorom kod poslodavca, u skladu sa Zakonom o radu, uređuju prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa i međusobni odnosi učesnika kolektivnog ugovora. Prema obavezama iz pomenutog člana 3. kolektivnim ugovorom se definišu prava i inte-

¹ Sada važeći Zakon o radu RS („Sl. glasnik RS“, br. 24/05 od 15.03.2005, br. 61 od 18.07.2005, br. 54 od 17.07.2009, br. 32 od 8.04.2013. i br. 75 od 21.07.2014. godine), od kojih je poslednji navedeni stupio na snagu 29.07.2014. godine, uređuje se prava i odgovornosti iz radnog odnosa i po osnovu rada. Pomenuta prava, obaveze i odgovornosti uređuju se i posebnim zakonom sa ratifikovanim međunarodnim konvencijama.

² Mr Vesna Ačić, „Sporazumni prestanak ugovora o radu kao izraz slobode rada“, Pravni život br. 11/2013.

resi zaposlenih i poslodavaca i njihova zaštita u skladu sa propisima, te u skladu i sa profesionalnim interesima.

Kolektivni ugovor se zaključuje kod poslodavca i primenjuje se na sve zaposlene bez obzira da li su zaposleni članovi sindikata koji je učestvovao u zaključivanju ugovora. Obaveze iz zakona upućuju svojom sadržinom na sadržinu kolektivnog ugovora i u pravcu zaštite interesa zaposlenih i poslodavca, a u određenim slučajevima i interese osnivača. Učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora kod poslodavca su poslodavac i reprezentativni sindikat. Kolektivni ugovor kod poslodavca za javna preduzeća, društva kapitala čiji je osnivač javno preduzeće i za javne službe zaključuju osnivač ili organ koji on ovlasti, reprezentativni sindikat kod poslodavca i poslodavac.

Zakon o radu ostavlja mogućnost, da se sadržina pravilnika o radu u smislu obaveza poslodavca i zaposlenog utvrde i ugovorom o radu kod poslodavca, za slučaj da nije zaključen kolektivni ugovor niti donet pravilnik o radu.

Zakonska prava zaposlenih i njihovo ostvarivanje

Prema odredbama Zakona o radu, zaposleni ima pravo na određenu zaradu, bezbednost i zdravlje na radu, zdravstvenu zaštitu, zaštitu ličnog integriteta, dostojanstva svoje ličnosti i druga prava u slučaju bolesti, smanjenja ili gubitka radne sposobnosti. Zaposlena žena ima pravo na posebnu zaštitu za vreme trudnoće ili porođaja i posebnu zaštitu radi nege deteta.³ Svi zaposleni mlađi od 18. godina života i zaposlena osoba sa invaliditetom, imaju pravo na posebnu zaštitu u skladu sa zakonom, uz više olakšavajućih uslova rada (ograničenu dužinu radnog vremena, rad u toku noći, prekovremeni rad i pravo na druge olakšavajuće uslove).⁴

Brojne zakonske odredbe se odnose na zaštitu omladine i to zaposlenih mlađih od 18 godina, koji ne mogu obavljati radne zadatke na poslovima na kojima se obavlja težak fizički rad, rad pod zemljom, pod vodom, na velikoj visini i rad koji uključuje izlaganje štetnom zračenju, ili sredstvima koja su otrovna, kancerogena ili prouzrokuju nasledna oboljenja. Ova zabrana se odnosi prvenstveno na zaposlene mlađe od 18. godina, uz zaštitu oštećenja zdravlja zbog povećanog rizika na radu mlađih zaposlenih lica. Zaposlenim ženama se obezbeđuju prema

³ Plavšić - Nešić Anđelka, "Osvrt na radnopravnu i zdravstvenu zaštitu trudnica, porodilja i dece", *Pravni život* br. 11/2014, str. 523-534.

⁴ Jovevski dr Lazar, "Međunarodnopravni aspekti zabrane rada maloletnih lica", *Pravni život* br. 11/2014.

Zakonu, određeni znatno lakši uslovi rada, zbog nege dece i olakšavajuće okolnosti zbog porodijskog odsustva.

Zakon o radu svojim odredbama o zabrani diskriminacije (član 18 – 23.), bliže propisuje da je zabranjena neposredna i posredna diskriminacija lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih s obzirom na pol, zdravlje, jezik, rasu, starost, trudnoću, invaliditet, nacionalnu pripadnost, veroispovest i druga svojstva bliže propisana odredbama članom 18. Zakona, člana 20. i drugih odredbi.⁵

Druge odredbe zakona određuju pojam neposredne i posredne diskriminacije, tako što se neposrednom diskriminacijom smatra svako postupanje suprotno odredbama pomenutog člana 18. Zakona koje su delimično navedene. Pri tome, se propisuje, da posredna diskriminacija postoji pri pogršnom tumačenju i primeni propisa o položaju zaposlenih na radu koji su u radnom odnosu.

Zakonom je propisano, da se, pored ostalog, ne smatraju diskriminacijom, radnje odgovornog lica usmerene na isključenje i davanja prvenstva u odnosu na određene poslove, kada je priroda posla takva ili se posao obavlja u uslovima da karakteristike povezane sa nekim od osnova iz člana 18, predstavljaju stvarni i odlučujući uslov obavljanja određenog posla.

Posebna zaštita i pomoć određenim kategorijama zaposlenih, naročito posebna zaštita osoba sa invaliditetom, žena za vreme porodijskog odsustva i odsustva radi nege deteta, ne smatraju se diskriminacijom.

Radi što lakšeg i bržeg zapošljavanja veoma je važan i radnopravni institut o nepunom radnom vremenu čijim bi širim korišćenjem u znatno većoj meri, bez posebnih ulaganja, radikalno smanjio broj nezaposlenih, a time znatno ublažio jedan od najaktuelnijih socijalno-ekonomskih problema.⁶ Navedeni pravni institut u većoj meri bi i aktivirao radni i kreativni potencijal mladih i školovanih i smanjio njihov odlazak iz Srbije. Inače, "zaposleni koji radi sa nepunim radnim vremenom ima pravo na zaradu, druga primanja i druga prava iz radnog odnosa srazmerno vremenu provedenim na radu, osim ako za pojedina prava zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu nije drukčije određeno" (član 40 stav 1). Povoljna je mogućnost zasnivanja dvojnog radnog odnosa, jer "zaposleni koji radi sa nepunim radnim vremenom kod jednog poslodavca može za ostatak radnog vremena da zasnuje radni odnos kod drugog poslodavca i da na taj način ostvari puno radno vreme" (član 41).

⁵ Diskriminacija je zabranjena i pri zapošljavanju u državnim organima, javnim službama, organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave, zbog čega se vodi računa pri zapošljavanju i o nacionalnom sastavu stanovništva, te faktičkoj zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina.

⁶ dr Zoran M. Ivošević i Milan Z. Ivošević, "Komentar zakona o radu", JP Službeni glasnik 2016, str. 121-126.

“Zakonski institut nepunog radnog vremena ima dva osnovna modaliteta:

Prvi se sastoji u tome da se ubuduće (gde je organizaciono-trejnički moguće i ako postoji saglasnost ugovornih strana), radni odnos, po pravilu, zaključuje (na određeno ili neodređeno vreme), sa nepunim radnim vremenom (na primer: četvoročasovnim dnevnom radnim angažmanom), kao najpovoljnijom varijantom. To ne isključuje korišćenje opštevažećih zakonskih mogućnosti da se ugovori kraće ili duže dnevno radno vreme (na primer 3 ili 5 časova prema potrebama i interesima ugovornih strana), što bi trebalo stimulisati poreskim i drugim fiskalnim merama (smanjenjem određenih doprinosa radi većeg prostora za povećanje ličnih primanja). To znači da bi mogla da se na istom radnom mestu naizmenično radno angažuju dva, pa i tri lica, i to bez bilo kakvih posebnih ulaganja.

Drugi modalitet je da se već zaposlenim sa punim radnim vremenom omogućiti da, aneksom ugovora o radu, promeni osmočasovno dnevno radno vreme u četvoročasovno, ili drugo nepuno radno vreme. Podrazumeva se da će se ta mogućnost iskoristiti u svim slučajevima gde postoji slobodno izražena inicijativa i saglasnost ugovornih strana. Ta mogućnost je legalizovana u članu 40 stav 4 Zakona o radu u kome je propisano da je: “poslodavac dužan da razmotri zahtev zaposlenog sa nepunim radnim vremenom za prelazak na puno radno vreme, kao i zaposlenog sa punim radnim vremenom za prelazak na nepuno radno vreme. Takva humanizacija rada, zasnovana i na principu solidarnosti, bila bi u skladu sa Konvencijom Međunarodne organizacije rada (175) o radu sa skraćenim radnim vremenom iz 1994. godine. Inače, u SAD, Engleskoj, Italiji i drugim evropskim državama uspešno se primenjuju različiti modaliteti tzv. fleksibilnog zapošljavanja na radnim mestima gde je to racionalno, organizaciono-tehnički izvodljivo i saglasno interesima i zaposlenog i poslodavca.”⁷

Pozitivni efekti bi se ostvarivali i na psihološkom, materijalnom, zdravstvenom i ekonomskom planu. Skraćeni radnopravni angažman doprineo bi i da se smanji broj profesionalnih oboljenja, naročito na radnim mestima na kojima je naporno raditi osam časova dnevno.

Iz iznetog pregleda zakonskih prava zaposlenih može se konstatovati njihov zadovoljavajući spektar koji izražava savremene uslove za racionalno korišćenje radnog potencijala i doslednu humanizaciju rada, ako se ona pravilno primenjuju u svakodnevnoj praksi i dosledno i legalno štite.

⁷ Ratimir M. Slijepčević, “Dragocena zakonska novina koja je ostala u senci Zakona o radu”, “Pravni informator” 2015. godine, izdanje “Intermeks”.

ZAŠTITA PRAVA ZAPOSLENIH

Univerzalna zaštita

Prema odredbama člana 192. Zakona o radu, o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa odlučuje nadležni organ kod poslodavca, odnosno lice utvrđeno zakonom ili opštim aktom poslodavca ili lice koje on ovlasti.⁸

Odredbom člana 194. Zakona o radu, opštim aktom i ugovorom o radu, može se predvideti postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja između poslodavca i zaposlenog. Sporna pitanja rešava arbitar, koga sporazumom određuju strane u sporu iz reda stručnjaka u oblasti koja je predmet spora.

Prema Zakonu rok za pokretanje postupka pred arbitrom, je tri dana od dana dostavljanja rešenja zaposlenom. Na drugoj strani arbitar je obavezan da donese odluku o spornom pitanju, u roku od 10 dana od dana podnošenja zahteva za sporazumno rešavanje spornih pitanja. Sporno pitanje po vrsti se obavezno odnosi na pojedinačna prava, obaveze i odgovornosti, a koja, pre nego što je izneto pred arbitra, nisu rešili zaposleni i poslodavac.

Ako za vreme trajanja tog postupka arbitar ne donese svoju odluku u roku od 10 dana, rešenje poslodavca o otkazu ugovora o radu postaje konačno i izvršno a zaposlenom prestaje radni odnos (član 194. stav 7. Zakona). Prema odredbi člana 194. stav 8. Zakona, odluka arbitra ukoliko je proveden postupak sporazumnog rešavanja je konačna i obavezuje poslodavca i zaposlenog. Posebna zaštita je propisana u slučaju zlostavljanja na radu.⁹

Sudska zaštita

Odredba člana 195. Zakona svojom sadržinom predstavlja drugi vid zaštite pojedinačnih prava zaposlenih (pored sporazumnog rešavanja spornog pitanja), na taj način što zaposleni, odnosno predstavnik sindikata čiji je zaposleni član ako ga zaposleni ovlasti, može da pokrene spor pred nadležnim sudom, protiv rešenja kojim je povređeno pravo zaposlenog ili kad je zaposleni saznao za povredu prava. U sporu pred sudom zaposleni se pojavljuje kao tužilac, sa zakonskim ovlašćenjem za pokretanje i vođenje spora. Značajno je istaći da se spor pred sudom u navedenom slučaju od strane zaposlenog može pokrenuti, u roku od 60 dana od dana dostavljanja rešenja poslodavca, odnosno saznanja za povredu prava.

⁸ Kovačević – Perić mr Slobodanka, "Smisao i domašaj načela savesnosti i poštenja u zaštiti prava iz radnog odnosa pred arbitražom", Pravni život br. 11/2014, str. 325-338.

⁹ Bilbija mr Vesna, "Postupak zaštite od zlostavljanja na radu kod poslodavca", Pravni život br. 11/2014, str. 535-550.

Odredbom člana 195. Zakona, propisano je, da protiv rešenja kojim je povređeno pravo zaposlenog ili kada je zaposleni saznao za povredu prava, zaposleni odnosno predstavnik sindikata čiji je zaposleni član, ako ga zaposleni ovlašti, može da pokrene spor pred nadležnim sudom. Rok za pokretanje spora je 60 dana od dana dostavljanja rešenja poslodavca odnosno saznanja za povredu prava od strane zaposlenog.

Pokretanje radnog spora vrši se tužbom. Ovu tužbu može podneti zaposleni kome je povređeno neko pravo iz radnog odnosa. Rok za pokretanje sudskog spora i zaštitu povređenog prava je prekluzivan. Stoga se ne može produživati ni skraćivati, a tužba podneta posle isteka roka smatra se neblagovremenom. U tom slučaju sud je jedino ovlašćen da podnetu tužbu odbaci rešenjem. Ako poslednji dan za podnošenje tužbe pada u nedelju ili drugi dan kada sud ne radi, taj rok se ne može pomerati na prvi radni dan.

Zaštita prava zaposlenih prema Zakonu o parničnom postupku¹⁰

Zaštita zaposlenih više godina je bila obezbeđena i posebnim veoma određenim odredbama Zakona o parničnom postupku koje obezbeđuju mogućnost hitnog sprovođenja parničnog postupka u radnim sporovima i donošenja meritornih sudskih odluka, radi zaštite povređenih prava zaposlenih (član 436 – 441 Zakona o parničnom postupku).

Navedenim odredbama je propisana njihova primena samo u parnicama iz radnih odnosa (uz značajnu napomenu da se u tim sporovima primenjuju, pre svega, posebne odredbe u parnicama iz oblasti radnih odnosa). Znači odredaba o postupku koje nisu u suprotnosti u bilo kom obliku i osnovu, posebnim pomenutim procesnim odredbama.

Posebnom odredbom Zakona o parničnom postupku je propisano načelo o potrebi hitnog rešavanja radnih sporova, pri čemu je sud posebno dužan da vodi računa kod određivanja sudskih rokova, ročišta i donošenja odgovarajućih rešenja i presuda.

Osobenost postupka u parnicama iz radnih odnosa je obaveza suda, da oddrži ročište za glavnu raspravu i u slučaju kada je tuženi uredno pozvan i da potom donese odluku na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja (član 440. Zakona o parničnom postupku).

Gramatičko, logičko i ciljno tumačenje upućuje na zaključak, da je za takvu napred pomenutu sudsku odluku, potrebno i prethodno održavanje ročišta za glavnu raspravu, uz prisustvo tužioca i punomoćnika tužioca.

¹⁰ "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.

Odlučivanje u smislu napred navedenog člana 440. stav 2. i 3. Zakona o parničnom postupku, nije moguće na pripremnom ročištu za koje je propisan postupak odredbama člana 301 – 309. pomenutog Zakona.

Zaštita zaposlenih je omogućena i veoma značajnom odredbom iz Zakona (član 441. ZPP), kojim je (kao vanredno pravno sredstvo) dozvoljena revizija u sporovima iz radnih odnosa o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa. U tim sporovima ne važi ograničenje za ulaganje revizije u slučaju vrednosti spora koja ne prelazi 40.000 EUR-a u dinarskoj protivvrednosti. Na ovaj način zaposlenima je u navedenim slučajevima, omogućena sudska zaštita pred Vrhovnim kasacionim sudom Republike Srbije, kao najvišim sudom opšte nadležnosti.

Zaštita prava zaposlenih obezbeđena je i brojnim međunarodnim konvencijama MOR-a, drgim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, koji su time postali deo pravnog poretka Republike Srbije (član 16. Ustava Republike Srbije).

Inspeksijski nadzor i zaštita prava zaposlenih

Radi zaštite prava zaposlenih, odredbama člana 268. Zakona o radu je propisano, da nadzor nad primenom navedenog Zakona i drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu, vrši inspekcija rada.¹¹

Inspektor rada kao predstavnik inspekcije rada, vrši nadzor u obladsti radnih odnosa i njegovo postupanje može biti: 1) postupanje po službenoj dužnosti i na opšti način radi zaštite prava zaposlenih kod poslodavca, 2) postupanje po zahtevu zaposlenog, radi zaštite njegovih pojedinačnih prava.

Po obavljenom inspeksijskom nadzoru inspektor rada je dužan, da sačini zapisnik o utvrđenom činjeničnom stanju, merama koje poslodavac treba da sprovede i rokovima u kojima je dužan da to učini.

U pojedinim slučajevima, inspektor rada je ovlašćen, da isključivo donošenjem rešenja iskaže svoj stav, o obavezi izvršenja određenih mera od strane poslodavca i o rokovima postupanja po datoj obavezi.

Nadležnost u okviru inspeksijskog nadzora je iskazana taksativno odredbama člana 268a. Zakona o radu.¹²

¹¹ Blažić dr Đordžije, "Nadzor (kontrola) u funkciji zaštite prava iz radnog odnosa", Pravni život br. 11-12/1994.

¹² Prema odredbi pomenutog člana Zakona, u postupku inspeksijskog nadzora inspektor rada je ovlašćen: 1) da vrši uvid u opšte i pojedinačne akte, evidencije i drugu dokumentaciju radi utvrđivanja relevantnih činjenica, 2) utvrđuje identitet lica i uzima izjave od poslodavca, odgovornih lica, zaposlenih i drugih lica koja se zateknju na radu kod poslodavca, 3) vrši kontrolu da li je izvršena prijava na obavezno socijalno osiguranje, na osnovu podataka iz Centralnog registra obave-

Imperativna je obaveza poslodavca, drugih odgovornih lica kod poslodavca i zaposlenog, da omogućuje inspektoru rada vršenje nadzora, uvid u okviru njegovih ovlašćenja, a pored ostalog i uvid u dokumentaciju uz nesmetan rad, te da mu obezbedi sve podatke, potrebne za vršenje inspeksijskog nadzora u skladu sa Zakonom (član 268b).

Zakon ovlašćuje inspektora rada (član 269), da u vršenju inspeksijskog nadzora ima ovlašćenje, da rešenjem naloži poslodavcu, da, u određenom roku, otkloni utvrđene povrede zakona, podzakonskog akta, opšteg akta i ugovora o radu.

Inspektor rada je zakonom ovlašćen, da rešenjem naloži poslodavcu da sa „zaposlenim koji je zasnovao radni odnos u smislu člana 32. stav 2. Zakona, zaključi ugovor u pisanom obliku“.

Navedenu obavezu poslodavac je dužan da izvrši najkasnije u roku od 15 dana, od dana isteka roka za otklanjanje utvrđene povrede i da o tome izvesti inspekciju rada, kao dokaz izvršenja dobijenog rešenja za otklanjanje utvrđenih nepravilnosti i nezakovitosti u radu.

Inspektor rada raspolaže veoma određenim ovlašćenjima, za slučaj da u toku obavljanja inspeksijskih poslova na onovu svojih ovlašćenja iz Zakona o radu, svojim rešenjem, odloži izvršenje rešenja o otkazu ugovora o radu zaposlenom. Ovo pod uslovom ako u toku inspeksijskog nadzora utvrdi, da je poslodavac rešenjem o otkazu ugovora o radu zaposlenog, očigledno povredio pravo zaposlenog, a zaposleni je pokrenuo radni spor kod nadležnog suda. Odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu, uz ispunjenje pomenutih uslova, inspektor rada je ovlašćen da izvrši na zahtev zaposlenog.

Inspektor rada je ovlašćen da odbije zahtev za odlaganje izvršenja o otkazu ugovora o radu zaposlenog, ako utvrdi da pravo zaposlenog nije očigledno povređeno. Zaposleni može pod napred pomenutim uslovima da podnese zahtev, za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu u roku od 15 dana od dana pokretanja radnog spora.¹³

Celokupni sistem zaštite prava je očigledno usmeren u cilju što doslednijeg ostvarivanja legalnih prava zaposlenih.

znog socijalnog osiguranja, 4) pregleda poslovne prostorije, objekte, postrojenja, uređaje i drugo, 5) nalaže preduzimanje preventivnih i drugih mera, za koje je ovlašćen u skladu sa zakonom radi sprečavanja povreda zakona.

¹³ Član 271 stav 2 Zakona o radu.

BORISAV ČOLIĆ

Retired Judge of Supreme Court of Serbia

RIGHT TO WORK AS A CONSTITUTIONAL GUARANTEE
AND ITS PROTECTION

Summary

The Constitution of the Republic of Serbia, adopted on 8th November 2006, in its introductory clauses (Clause 60 of the Constitution) guarantees the right to work, in accordance with the Law, and stipulates that any person has got the right to freely chose the job, and that all jobs are available to any person under equal conditions. The sub-clause of Clause 60 stipulates that everybody has the right for full respect of dignity of his/her personality, good safety and health conditions at work, adequate safety protection at work, limited working hours, daily and weekly breaks, paid annual leave, equitable pay for work and legal assistance in case of termination of the employment. The Constitution prescribes that special protection at work and conditions of work are to be provided in accordance with the Law to women, youth and disabled.

The Labour Law (Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 54 of 17th July 2009) is fully aligned with all principal clauses of the Constitution of the Republic of Serbia. The Labour Law includes numerous clauses which dominantly regulate rights and duties of employees at work. Other legal acts, such as collective agreement on labour and other related by-laws are also very important. The aforementioned regulations are of exceptional importance for affirmative development and improvement of labour-legal relations and protection of employee's rights.

DRAGIŠA B. SLIJEPČEVIĆ

PRIMENA VALUTNE KLAUZULE I PROMENLJIVE KAMATNE STOPE U UGOVORU O KREDITU

U V O D

Ugovor o kreditu je imenovani pravni posao uređen odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Tim ugovorom se obavezuje banka da kao davalac kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vreme, za neku namenu ili bez namene, korisniku kredita, koji se obavezuje da banci plati ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novčanih sredstava vrati u vreme i na način kako je u ugovoru utvrđeno.¹ Dakle, osnovna obaveza banke davaoca kredita se realizuje stavljanjem na raspolaganje korisniku kredita određenog iznosa novčanih sredstava. S tim u vezi, određena je i osnovna obaveza korisnika kredita da banci davaocu kredita vrati onaj iznos novčanih sredstava koji mu je stavljen na raspolaganje uvećan za iznos kamate u skladu sa ugovorenom kamatnom stopom. Pod novčanim sredstvima koja se korisniku kredita stavljaju na raspolaganje podrazumevaju se određena strana - devizna sredstva, ili određeni dinarski iznos. Devizni iznos kredita se može odobriti i ugovoriti pod uslovima propisanim odredbama Zakona o deviznom poslovanju². Odredbom člana 25. tog Zakona propisano je da banka može odobriti kredit u devizama rezidentu pravnom licu i preduzetniku, kao i rezidentu fizičkom licu radi kupovine nepo-

Dr Dragiša B. Slijepčević, sudija Ustavnog suda Srbije.

¹ Vidi odredbu člana 1065. ZOO

² „Službeni glasnik RS“, br. 62/2006, 31/2011, 119/2012 i 139/2014

kretnosti. To su zakonom dopušteni izuzeci u odnosu na opšte pravilo propisano odredbom člana 34. stav 1. citiranog Zakona, po kome se plaćanje, naplaćivanje i prenos između rezidenata i između rezidenata i nerezidenata u Republici Srbiji vrši u dinarima. Osim toga, odredbom člana 34. stav 8. Zakona o deviznom poslovanju dopušteno je i ugovaranje u devizama u Republici Srbiji, s tim da se plaćanje i naplaćivanje u tom slučaju vrši u dinarima.

Iz rečenog sledi da se u Republici Srbiji kreditni poslovi mogu realizovati tako što će se korisniku kredita staviti na raspolaganje određen iznos deviznih sredstava ili ugovoreni dinarski iznos. Kada se kredit realizuje stavljanjem korisniku kredita na raspolaganje deviznog iznosa, tada se obaveza vraćanja primljenog može ugovoriti kao povraćaj primljene strane valute u ugovorom određenom iznosu, ili kao isplata odgovarajućeg dinarskog iznosa tržišne protivvrednosti primljenih deviznih sredstava. I u slučaju ugovaranja i isplate kreditnog iznosa u dinarima dopušteno je konstituisanje obaveze vraćanja primljenog u tržišnoj protivvrednosti ugovorom opredeljene valute. U tom slučaju ugovorom o kreditu se konstituiše valutna klauzula kao valorimetar očuvanja stvarne - tržišne vrednosti odobrenog i isplaćenog dinarskog iznosa korisniku kredita. Ovakav vid očuvanja realne vrednosti po osnovu ugovora o kreditu isplaćenog dinarskog iznosa predstavlja zakonom dopuštenu zaštitu poverioca – banke davaoca kredita od štetnih posledica kursnih razlika dinara, kao i budućih, eventualnih, inflatornih dejstava³.

Međutim, nezavisno od ugovorom opredeljenog kreditnog iznosa kao deviznog ili dinarskog, odnosno dinarske protivvrednosti primljene u skladu sa ugovorom određenom valutnom klauzulom, ugovor o kreditu u redovnom toku stvari se zaključuje na duži vremenski period. U slučaju zaključenja dugoročnog ugovora o kreditu izvesno je da tokom vremena njegovog trajanja mogu nastupiti određene ekonomske- tržišne promene na lokalnom ili međunarodnom planu koje će nesumnjivo uticati i na konačnu cenu kredita, odnosno ukupnu visinu duga korisnika kredita. Iz tog razloga dugoročni ugovor o kreditu ima i elemente aleatornosti, zbog čega ugovorne strane moraju iskazati posebnu pažnju prilikom njihovog zaključenja. Svesne tih okolnosti banke davaoci kredita, prilikom odobrenja dinarskog kredita, nastoje eliminisati štetne posledice aleatornosti. To čine tako što zasnivanje ugovornog odnosa sa korisnikom kredita uslovljavaju prihvatanjem valutne klauzule i promenljive kamatne stope. Načelno posmatrano ovakav vid zaštite davaoca kredita predstavlja akt zakonitog postupanja dobrog privrednika koji se preuzima u funkciji zaštite kreditnih plasmana i realiza-

³ Pravno tumačenje ugovornog određenja načina očuvanja vrednosti dinarskog iznosa kredita iskazano je odredbom člana 2. stav 24. Zakona o deviznom poslovanju. Tom odredbom je propisano da valutna klauzula predstavlja ugovaranje vrednosti obaveze u devizama (valuta obaveze) u Republici, s tim što se plaćanje i naplaćivanje po tim ugovorima vrši u dinarima (valuta isplate).

cije očekivanog profita - kamate kao ugovorom određene cene kredita. Međutim, ugovor o kreditu je dvostrano teretan ugovor u odnosu na koji se i kod ugovaranja valutne klauzule i promenljive kamatne stope moraju poštovati i osnovna načela Zakona o obligacionim odnosima.⁴ Stoga se, nezavisno od načelne dopuštenosti zaštite davaoca kredita, ugovaranjem valutne klauzule i promenljive kamatne stope može realizovati samo u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, zabrane zloupotrebe prava, zabrane stvaranja i iskorišćavanja monopolskog položaja i jednakosti vrednosti uzajamnih davanja.⁵ To znači da ugovorena valutna klauzula i promenljiva kamatna stopa mogu uživati sudsku zaštitu samo u slučaju kada se takvim ugovornim odredbama ne narušavaju navedena osnovna načela obligacionog prava. U protivnom, u praksi može doći do spornosti njihove primene, odnosno moguće korekcije pravnih posledica ako se radi o ništavim odredbama ugovora, ili nastupanju promenjenih okolnosti od uticaja na postojanje i ispunjenje ugovorom opredeljenih obaveza.

Pravni učinak i cilj ugovaranja valutne klauzule

Valutna klauzula, načelno, predstavlja pravno dopušten vid zaštite banke poverioca iz ugovora o kreditu od štetnih tržišnih i inflatornih promena realne vrednosti novčanih sredstava stavljenih na raspolaganje korisniku kredita. Pravno dopuštenje ugovaranja valutne klauzule ima utemeljenje u odredbi člana 34. stav 8. Zakona o deviznom poslovanju, kao i odredbi člana 395. ZOO. Saglasno navedenim zakonskim odredbama valutna klauzula je dozvoljen pravni posao ugovaranja u devizama u Republici Srbiji, s tim što se plaćanje i naplaćivanje po takvim ugovorima vrši u dinarima po kursu u trenutku ispunjenja obaveze. Time se opredeljuje i cilj ugovaranja valutne klauzule kao pravnog instituta očuvanja realne vrednosti dinarskog iznosa kreditnih sredstava, odnosno sprečavanja umanjenja njihove vrednosti u odnosu na tržišni kurs određene strane valute. Zato se valutnom klauzulom ne konstituiše obaveza isplate dinarskog iznosa kredita u određenoj stranoj valuti, već se određuje vrednovanje istog u odnosu na tržišni kurs te valute na dan plaćanja. To ukazuje da se u slučaju odobrenja dinarskog kreditnog iznosa valutnom klauzulom opredeljuje da se strana valuta koristi samo kao valorimetar, odnosno kao valuta obračuna konačnog iznosa dugovanja korisnika kredita koji se izmiruje u dinarima. Na taj način uspostavlja se ekvivalentnost uzajamnih davanja strana iz ugovora o kreditu. Valutnom klauzulom se davaocu kredita garantuje povraćaj datih dinarskih sredstava od strane korisnika kredita u njihovoj realnoj vrednosti kako u uslovima visoke inflacije tako i u slučaju tržišno

⁴ Vidi odredbu člana 25. stav 1. ZOO

⁵ Vidi odredbe člana 12, 13, 14, 15. i 16. ZOO

nerealno određenog kursa dinara. Iz tog razloga valutna klauzula nije i ne može biti pravni osnov bogaćenja davaoca kredita na štetu korisnika kredita sticanjem nesrazmerne imovinske koristi u odnosu na stvarnu vrednost isplaćenih kreditnih sredstava u dinarima.

Sledom rečenog postavlja se pitanje pravnih posledica i dejstva valutne klauzule u slučaju enormnog rasta kursa valute obračuna u odnosu na realnu tržišnu vrednost kreditnog duga, kao i ugovaranja kursa valute obračuna u većem iznosu od njene realne tržišne vrednosti. Jer, valutna klauzula predstavlja pravno dopušteno sredstvo kojim se uspostavlja i čuva jednakost uzajamnih davanja ugovornih strana u ugovoru o kreditu. Ugovorom opredeljena obračunska valuta služi ostvarenju tog cilja. Davalac kredita nema pravo da zahteva isplatu dugovanog dinarskog iznosa u stranoj valuti, već može zahtevati samo primenu iste kao valorimetra kojim će se obezbediti očuvanje realne vrednosti dinarskog duga. Međutim, sporno je da li primena ugovorene valutne klauzule dopuštena u svim okolnostima, nezavisno od činjenice da li je u trenutku plaćanja stvarno umanjena realna tržišna vrednost dinarskog duga. I obrnuto, sporno je da li se i korisnik kredita može osloboditi svoje obaveze vraćanja primljenog dinarskog iznosa isplatom istog u skladu sa valutnom klauzulom obračunatim tržišnim kursom valute obračuna koji je podcenjen u odnosu na realnu tržišnu vrednost dinarskog duga. Naime, aleatornost ugovora o kreditu nesumnjivo podrazumeva i određena manja odstupanja kursa - vrednosti valute obračuna u odnosu na kurs drugih valuta i stopu inflacije, ili tržišnu cenu predmeta namenskog kredita. Zato se postavlja pitanje da li se ugovorena valutna klauzula mora primeniti po principu realizacije menjačkih poslova prodaje i kupovine deviza i u slučaju kada kurs obračunske valute drastično odstupa od realne - tržišne vrednosti dinarskog duga u odnosu na prosečni kurs drugih valuta ili tržišnu vrednost predmeta namenskog kredita usled enormne potcenjenosti ili precenjenosti iste. U praksi se taj problem iskazao kroz značajno obezvređivanje US dolara i EUR-a u odnosu na enormno visok rast vrednosti švajcarskog franka. Iz takvog činjeničnog stanja proistekao je spor o dopuštenosti primene valutne klauzule određene u švajcarskom franku za obračun dinarskog duga korisnika kredita, kao ugovorom opredeljenog valorimetra po kursu te valute na dan plaćanja.

Odgovor na ovo pitanje se, po našem mišljenju, opredeljuje u skladu sa pravnim učinkom odnosno ciljem ugovaranja valutne klauzule. Iz tog razloga smatramo da je primena valutne klauzule pravno dopuštena samo u slučaju kada je stvarno obezvređena tržišna - realna vrednost dinarskog iznosa kredita u odnosu na primljena sredstva. U protivnom, u uslovima stabilnog tržišnog kursa dinara i odsustva inflacije u vreme plaćanja u odnosu na vreme nastanka kreditne obaveze - prijema dinarskog iznosa kredita nema mesta primeni valutne klauzu-

le. Ovo je iz tog razloga što bi se primenom valutne klauzule zbog nerealnog i tržišno neopravdanog drastičnog uvećanja kursa valute obračuna korisniku kredita obezbedilo sticanje nesrazmerne imovinske koristi u odnosu na stvarnu vrednost dinarskog duga korisnika kredita.

Primena valutne klauzule

Valutna klauzula se može primeniti samo u funkciji očuvanja realne tržišne vrednosti plasiranih dinarskih sredstava putem ugovora o kreditu. To znači da je isključivi cilj ugovaranja valutne klauzule u ugovoru o kreditu očuvanje stvarne vrednosti iznosa dinarske glavnice koja se korisniku kredita stavlja na raspolaganje od strane banke davaoca kredita. Ugovorena valutna klauzula predstavlja pravno dopušten osnov očuvanja jednakosti uzajamnih davanja ugovornih strana u ugovoru o kreditu, odnosno pravni mehanizam zaštite davaoca kredita od eventualnih štetnih posledica nerealnog pada kursa dinara ili visoke inflacije. Na taj način strane u ugovoru o kreditu obezbeđuju stvarnu primenu načela ekvivalenosti uzajamnih davanja ustanovljenog imperativnom odredbom člana 15. ZOO. Tim načelom obavezane su ugovorne strane da u zasnivanju dvostranih ugovora moraju uspostaviti i očuvati jednakost vrednosti svojih uzajamnih davanja. U tom kontekstu se i odredbom člana 18. stav 1. ZOO nameće obaveza stranama u obligacionom odnosu da u izvršavanju svojih obaveza postupaju sa pažnjom dobrog privrednika, odnosno pažnjom dobrog domaćina. Odredbom člana 18. stav 3. ZOO konstituiše se i obaveza strana ugovornica da se u ostvarenju svog prava iz ugovora uzdrže od postupaka kojima bi se otežalo izvršenje obaveze druge strane. Dakle, navedena načela jasno ukazuju da se izvršavanje ugovornih obaveza ne može realizovati uz nepoštovanje jednakosti uzajamnih davanja, niti se to može činiti tako da se drugoj ugovornoj strani otežava izvršenje njene obaveze. Od ugovornih strane se zahteva i da u izvršavanju svojih obaveza postupaju savesno i pošteno, uz uvažavanje pravnog standarda dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina. To su opšta ugovorna načela koja se saglasno odredbi člana 25. stav 1. ZOO podjednako primenjuju na sve ugovore, što znači i na ugovor o kreditu. Osim toga, banci davaocu kredita se i Zakonom o zaštiti potrošača⁶ nameće i obaveza informisanja korisnika kredita o svim rizicima ugovora koji mu se nudi⁷. U tom kontekstu, davalac kredita je u obavezi da korisnika kredita obavesti o pravnom dejstvu i primeni valutne klauzule uz razjašnjenje svih uslova koji mogu opredeliti njenu realizaciju. To predstavlja izraz savesnog i poštenog ponašanja u zaključenju ugovora o kreditu, odnosno konstituisanju valutne klauzule.

⁶ "Službeni glasnik RS", br. 62/2014, 6/2016

⁷ Vidi odredbu člana 20. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača

Takvo ponašanje se pravno nameće banci davaocu kredita iz razloga što se radi o visoko specijalizovanoj finansijskoj ustanovi. U tom kontekstu, a saglasno Direktivi 93/13 EEZ od 5.4.1993. godine o ugovornim odredbama potrošačkih ugovora koje se protive načelu savesnosti i poštenja, mora se tumačiti i pravni domašaj valutne klauzule u ugovoru o kreditu. Obaveza takvog postupanja domaćih sudova utemeljeno je u odredbi člana 16. stav 2. Ustava Republike Srbije, kao i Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju zaključenom između Republike Srbije i Evropske unije 29.4.2008. godine. Time se konstituiše obaveza domaćih pravosudnih organa da u postupku presuđenja realizuju delotvornu zaštitu korisnika kredita od svih nepoštenih ugovornih odredbi i moguće zloupotrebe moći koju realno ima banka davalac kredita u postupku nuđenja i zaključenja jednostrano sačinjenih standardizovanih ugovora o kreditu.

Uvažavajući navedene domaće i međunarodne propise o obavezi savesnog i poštenog zaključenja i primene prava i obaveza iz ugovora o kreditu, mora se razjasniti dopuštenost primene valutne klauzule kojom se omogućava sticanje nesrazmerne imovinske koristi banke davaoca kredita na teret korisnika kredita. Tim povodom se, najpre, mora odrediti kada se i pod kojim uslovima određenom valutnom klauzulom omogućava sticanje nesrazmerne imovinske koristi za račun banke na štetu korisnika kredita. Ustanovljenje valutne klauzule kao sredstva zaštite realne tržišne vrednosti plasiranih dinarskih sredstava kredita predstavlja redovno postupanje kojim se od strane banke jednostrano nameće svakom potencijalnom korisniku kredita. To se čini po principu "uzmi ili ostavi" što znači da se isključuje svaka mogućnost izostavljanja valutne klauzule kao sastavnog dela ugovora o kreditu. Drugoj ugovornoj strani - korisniku kredita dopušta se samo mogućnost pregovaranja o obračunskoj valuti prema čijem kursu će se realizovati zaštita realne tržišne vrednosti plasiranih dinarskih sredstva kredita. Međutim, objektivno gledano, zbog dugoročnosti - višegodišnjeg trajanja ugovora o kreditu, ni banka ni korisnik kredita nisu u prilici da u vreme zaključenja ugovora realno sagledaju sva buduća tržišna kretanja kursa valute obračuna. Stoga i banka i korisnik kredita podjednako moraju snositi štetne posledice aleatornosti takvog ugovora, ali samo u granicama ekonomski prihvatljivog kretanja kursa valute obračuna sa stanovišta očuvanja realne tržišne vrednosti dinarskog iznosa plasiranog kredita, odnosno razumnog rasta ili pada kursa obračunske valute. U protivnom, svako nerealno i ekonomski neopravdano enormno uvećanje ili umanjenje kursa obračunske valute može dovesti do nesrazmernog imovinskog sticanja ili nesrazmernog imovinskog umanjenja za račun jedne ili druge ugovorne strane. Ekonomski i tržišno nepredvidiva i neočekivana kolebanja kursa obračunske valute ne mogu dovesti do nesrazmernog imovinskog obogaćenja ili osiromašenja bilo koje strane iz ugovora o kreditu.

Naprotiv, u tom slučaju se, nezavisno od odsustva namere neopravdanog obogaćenja ili osiromašenja druge ugovorne strane u vreme zaključenja ugovora, narušava načelo jednakosti uzajamnih davanja. I ne samo to! Nesrazmerno sticanje imovinske koristi, ili osiromašenje jedne ugovorne strane, može dovesti u pitanje i svrhu postojanja samog ugovora, Naime, opšte poznata je činjenica da enormno povećanje vrednosti švajcarskog franka u odnosu na US dolar i EUR-o ima za posledicu da se korisnici kredita dovode u stanje objektivne nemogućnosti vraćanja primljenog dinarskog iznosa obračunatog u protivvrednosti švajcarskog franka kao valorimetrika i ugovorene promenljive kamatne stope. To stano- vište je iskazano i u presudi Apelacionog suda u Novom Sadu broj Gž. 1781/16 od 1.9.2016. godine. Tim povodom se u ovoj presudi izričito navodi: „Utvrđeno činjenično stanje te posebno činjenice utvrđene veštačenjem od strane veštaka ekonomsko-finansijske struke, po stanovištu ovog suda, ukazuju da je prvostepen- ni sud pravilno zaključio da su u ovoj pravnoj stvari ispunjeni zakonom pred- viđeni uslovi za raskid zaključenog ugovora o dugoročnom stambenom kreditu od 5.9.2008. godine usled bitno promenjenih okolnosti, jer je utvrđeno da je na- kon zaključenja istog ugovora došlo do visokog skoka valute CHF, usled čega je i visina obaveze korisnika kredita, ovde tužilaca, a koja je predmetnim ugovorom uslovljena kursom valute CHF uvećana u toj meri da ne odgovara očekivanjima tužilaca kao korisnika kredita, jer otežava ispunjenje njihovih ugovornih obaveza, pa je samim tim dovedena u pitanje i svrha predmetnog ugovora.

Naime, veštačenjem je utvrđeno da je od dana zaključenja ugovora, od- nosno od dana puštanja ugovora u tečaj 9.9.2008. godine pa do dana veštače- nja - 29.10.2015. godine zvanični srednji kurs valute CHF porastao za 129%, dok je zvanični srednji kurs eura za to vreme porastao za 57% te da nivo apresijaci- je CHF u odnosu na euro u periodu od potpisivanja ugovora (5.9.2008. godine) do dana veštačenja (29.10.2015. godine) iznosi 1.46 što znači da je kurs CHF po- većan 46% više u odnosu na rast eura u istom periodu. Utvrđeno je da su tužio- ci tuženom prema predmetnom ugovoru o kreditu trebali da vrate ukupan iznos od 190.747,50 CHF sa kamatama i provizijom banke, ili prema srednjem kur- su na dan puštanja kredita u tečaj 9.9.2008. godine iznos od 9.160.763,13 dina- ra, da su tužioci do 27.10.2015. godine isplatili tuženom ukupno 6.325.553,16 RSD ili 73.785,97 CHF, a da je stanje duga njihovo na dan 27.10.2015. godine 12.957.139,88 RSD ili po srednjem kursu na ovaj dan 116.961,53 CHF. Upravo iz ovih utvrđenih činjenica nesumnjivo proizlazi da je od zaključenja predmet- nog ugovora o dugoročnom stambenom kreditu pa do podnošenja tužbe došlo do promenjenih okolnosti, da je zbog rasta valute CHF otežano ispunjenje obave- ze tužioca, te da ugovor tako kako je zaključen više ne odgovara njihovim očeki- vanjima”.

Sledom rečenog nesumnjivo proizlazi da istrajavanje banke na zahtevu za ispunjenje ugovorom ustanovljene obaveze korisnika kredita preračunom glavnog duga primenom švajcarskog franka kao valorimetra, kojim se omogućava pravno neutemeljeno drastično uvećanje glavnice, nije održivo sa stanovišta načela ekvivalentnosti uzajamnih davanja. Istina, ono je izraz faktičkog stanja nastalog posle zaključenja ugovora o kreditu koje je uspostavljeno nezavisno i mimo volje ugovornih strana. Pravne posledice tog stanja objektivno se nisu mogle predvideti u vreme zaključenja ugovora o kreditu, niti se u to vreme enorman rast kursa švajcarskog franka u odnosu na tržišnu vrednost US dolara i EUR-a realno mogao očekivati. Naprotiv, rast kursa švajcarskog franka, kao primenjenog valorimetra, nije mogao predstavljati predvidljivu i realnu procenu banke, niti izraz njenih lukrativnih namera da po tom osnovu stekne nesrazmernu imovinsku korist na štetu primaoca kredita. Šta više, takav rast kursa švajcarskog franka se u vreme zaključenja ugovora o kreditu objektivno nije mogao ni predvideti ni izbeći ili otkloniti kako bi se ugovorom opredeljeni valorimetar i u vreme isplate kreditnog duga iskazao u funkciji očuvanja realne vrednosti glavnice. Ekonomske i pravne posledice enormnog rasta kursa švajcarskog franka su nastale posle zaključenja ugovora o kreditu, ali u vreme njegovog važenja. Međutim, njihova negativna dejstva su do te mere otežala ispunjenje obaveze korisnika kredita da su objektivno dovela u pitanje i svrhu daljeg opstanka samog ugovora. To su objektivne nepredvidive okolnosti koje su nastale tokom trajanja ugovornog odnosa. Usled toga se primenom valutne klauzule korisniku kredita nameće obaveza isplate znatno uvećanog glavnog duga. Upravo iz tih razloga je enormni rast kursa švajcarskog franka i u susednim državama okarakterisan kao promenjena okolnost koja dovodi u pitanje dalji opstanak ugovora o kreditu sa takvom valutnom klauzulom. Zato su Republika Hrvatska, Crna Gora i Mađarska donele Zakon o konverziji kreditu u švajcarskim francima u eure, odnosno u forinte.

U takvoj činjeničnoj i pravnoj situaciji postavlja se pitanje pravne dopuštenosti daljeg opstanka ugovora o kreditu uz primenu švajcarskog franka kao valorimetra. To se čini sa stanovišta njegove održivosti usled bitno izmenjenih okolnosti.⁸ Sud je dužan da u praksi obezbedi delotvornu zaštitu načela jednakosti uzajamnih davanja strana iz ugovora o kreditu. To može učiniti samo usvajanjem zahteva za raskid ugovora kojim se zbog promenjenih okolnosti uskraćuje pravo davaocu kredita da primenom švajcarskog franka kao ugovorenog valorimetra stiče nesrazmernu imovinsku korist. Sud je dužan da na temelju odredbe člana 133. ZOO, u svakom konkretnom slučaju oceni osnovanost zahteva korisnika kredita za raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti prouzrokovanih enor-

⁸ Na tom stanovištu je zasnovano i pravno shvatanje Privrednog apelacionog suda izraženo u rešenju Pž. 924/15 od 27.8.2015. godine i rešenju Pž. 3826/15 od 26.5.2016. godine

mnim uvećanjem kursa švajcarskog franka u odnosu na prosečnu tržišnu vrednost US dolara i EUR-a, odnosno tržištu vrednost predmeta namenskog kredita. U protivnom, odbijanje zahteva za raskid ugovora imalo bi za posledicu grubo kršenje načela jednakosti uzajamnih davanja, odnosno odgovarajućih pravila domaćeg i međunarodnog prava na štetu korisnika kredita. Takvo presuđenje bi bilo suprotno ustavom zajemčenom načelu pravičnog suđenja. To bi, u krajnjoj liniji, imalo za posledicu podnošenje ustavne žalbe Ustavnom sudu sa zahtevom za utvrđenje povrede prava na pravično suđenje na štetu korisnika kredita, odnosno postavljanje takvih zahteva pred Evropskim sudom za ljudska prava. Naime, u međunarodnoj sudskoj praksi prisutne su odluke Suda Evropske unije C 26/13 i Vrhovnog suda Austrije broj 80066/12 u kojima je iskazan stav o pravnoj neodrživosti valutne klauzule čija primena, odnosno izvršenje ima za posledicu povredu načela savesnosti i poštenja. Stoga, a obzirom na pravni učinak i cilj ugovaranja valutne klauzule, jasno je da i domaći sudovi mogu odobriti njenu primenu samo u slučaju kada je tokom ugovorenog vremena vraćanja primljenog dinarskog iznosa glavnice došlo do njenog realnog obezvređivanja zbog nerealnog tržišnog kursa dinara, ili negativnih posledica visoke inflacije. U protivnom, nema mesta primeni valutne klauzule.

Odsustvom realnog umanjenja vrednosti primljenog dinarskog iznosa kredita u vreme vraćanja istog isključuje se i mogućnost primene valutne klauzule. Stoga smatramo da je pravno nedopušten zahtev banke davaoca kredita za bezuslovnu primenu ugovorene valutne klauzule kojom se istoj obezbeđuje sticanje nesrazmerne imovinske koristi uvećanjem glavnog duga na štetu korisnika kredita. I obrnuto, sud bi iz istih razloga morao uskratiti sudsku zaštitu i zahtevu korisnika kredita da mu se pozivom na ugovorenu valutnu klauzulu omogući vraćanje duga u dinarskom iznosu ispod realne tržišne vrednosti primljenog. I u jednom i u drugom slučaju sud je u obavezi da primenom instituta promenjenih okolnosti raskine takve ugovore. Zahtev za raskid ugovora strane oštećene zbog promenjenih okolnosti može se odbiti samo u slučaju kada druga ugovorna strana ponudi ili pristane da se ugovorena valutna klauzula izmeni tako da se valorimetar odredi druga valuta čiji je tržišni kurs realno određen, ili da se iznos dugovanog kredita utvrdi primenom prosečnog tržišnog kursa ostalih valuta, odnosno tržišne vrednosti predmeta namenskog kredita.⁹

U slučaju da banka ne podnese sudu predlog za izmenu ugovorne odredbe o valutnoj klauzuli, odnosno umeravanje dugovanog na strani korisnika kredita u skladu sa prosečnim rastom ostalih valuta, ili tržišnom vrednošću nekretnine kao predmeta namenskog ugovora o kreditu, sud će usvojiti zahtev korisnika kre-

⁹ Takva odluka suda ima pravno utemeljenje u odredbi člana 133. stav 4. ZOO

dita i odrediti raskid ugovora. Kada sud usvoji zahtev za raskid ugovora nastupiće i sve pravne posledice raskida propisane odredbom člana 132. ZOO. To znači da će korisnik kredita biti u obavezi da banci vrati celokupan iznos primljene glavnice, odnosno odobrenog mu kredita u dinarima sa zakonskom zateznom kamatom od trenutka kada su mu kreditna sredstva isplaćena. Obaveza vraćanja primljenog se konstituiše i na strani banke - davaoca kredita. Davalac kredita će biti u obavezi da korisniku kredita vrati sve primljene iznose dinarskih anuiteta do trenutka kada je raskid izvršen. I u tom slučaju primljeni anuiteti se moraju vratiti u dinarskom iznosu koji je uplaćen banci uvećan za zakonsku zateznu kamatu od dana isplate svakog pojedinačnog anuiteta. To su opšte pravne posledice raskida svakog ugovora koje po sili zakona nastaju i u slučaju raskida ugovora o kreditu zbog promenjenih okolnosti. Stoga je isključena mogućnost vraćanja primljenog uz preračun isplaćenog dinarskog iznosa po kursu valute koja je ugovorom opredeljena kao valorimetar. To je pravno nedopušten zahtev jer sa raskidom ugovora otpada mogućnost dalje primene valutne klauzule i preračuna isplaćene glavnice korisniku kredita u adekvatni dinarski iznos po kursu valute obračuna na dan vraćanja.

Predmet vraćanja mogu biti samo nominalni iznosi dinarskog duga po osnovu isplaćene glavnice - odobrenih kreditnih sredstava korisniku kredita, odnosno isplaćenih anuiteta banci. To su imperativne posledice raskida ugovora opredeljene odredbom člana 132. stav 2. ZOO. One su posledica činjenice da je banka - davalac kredita odobrila korisniku kredita određeni iznos u dinarima i u dinarima mu izvršila isplatu odobrenog kredita. I korisnik kredita je vršio otplatu primljene glavnice - kreditnih sredstava isplatom odgovarajućih anuiteta u dinarskom iznosu. Dakle, i banka i korisnik kredita su izvršavali svoje obaveze iz ugovora o kreditu isplatom odgovarajućeg dinarskog iznosa. Zato su i predmet vraćanja isključivo dinarski iznosi koje su ugovorne strane isplatile jedna drugoj do trenutka raskida ugovora. Data dinarska sredstva se moraju vratiti drugoj ugovornoj strani zajedno sa zakonskom zateznom kamatom obračunatom od dana kada su primljena. Uz to, a saglasno odredbi člana 133. stav 5. ZOO sud može na zahtev banke obavezati korisnika kredita da joj nadoknadi i pravični deo štete koju ista trpi zbog raskida ugovora. Međutim, šta je i koliko iznosi pravični deo naknade štete stvar je ocene i utvrđenja suda u svakom konkretnom slučaju. Sud će odluku o takvom zahtevu banke doneti ukoliko banka u konkretnom slučaju dokaže postojanje štete i visinu iste. Ako banka pruži sudu relevantne dokaze na te okolnosti sud će oceniti koliko iznosi pravični deo naknade štete koju banka trpi i obavezati korisnika kredita da joj istu isplati.

Banka – davalac kredita može ostvariti nesrazmernu imovinsku korist i u slučaju ugovorom ustanovljenog većeg kursa obračunske valute od njene stvar-

ne tržišne vrednosti. Naime, odredbom člana 395. ZOO propisano je da se novčane obaveze koje glase na plaćanje u nekoj stranoj valuti mogu ispuniti u domaćem novcu po kursu koji važi u trenutku plaćanja obaveze. Međutim, ovom odredbom nije opredeljeno koji će se kurs obračunske valute primeniti u odnosu na njenu kupovnu, prodajnu ili srednju tržišnu vrednost. Stoga proizlazi da ugovorne strane mogu utvrditi bilo koji tržišno određeni kurs preračuna obračunske valute. Bitno je samo da se po istom valorimetru - istom kursu utvrđuje vrednost plasiranih kreditnih sredstava i visina dospelih rata za vraćanje. To znači da se pozivom na odredbu člana 395. ZOO za kurs obračuna može utvrditi i prodajni i kupovni i srednji kurs vrednosti obračunske valute. Stvar je volje ugovornih strana koji će valorimetar, odnosno kurs obračuna utvrditi kao osnov obračuna vrednosti primljene dinarske glavnice i vraćenog duga iz ugovora o kreditu. Međutim, a obzirom na imperativnost odredbe člana 395. ZOO, nedopušteno je ugovaranje većeg kursa obračunske valute od tržišno određenog najvišeg kursa njene vrednosti. Ugovaranje većeg kursa od njene najveće tržišne vrednosti predstavljalo bi osnov sticanja nesrazmerne imovinske koristi davaoca kredita na račun korisnika kredita. Stoga, ni takvo sticanje imovinske koristi ne može uživati sudsku zaštitu. Naprotiv, i u tom slučaju se ugovorna odredba o opredeljenom tržišno nereálnom kursu obračunske valute mora sudski sankcionisati utvrđenjem njene ništavosti. Međutim, mišljenja smo, da ugovorom određena valutna klauzula sa većim kursom od njene tržišne vrednosti ima obeležja zelenaškog pravnog posla. Stoga, a saglasno odredbi člana 141. stav 3. ZOO sud bi mogao da na zahtev korisnika kredita smanji njegovu obavezu do visine najvećeg iznosa tržišnog kursa obračunske valute.

Dopuštenost promenljive kamatne stope

Osnovana obaveza korisnika kredita je da banci davaocu kredita plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vreme i na način kako je ugovorom utvrđeno. Ugovorna kamata predstavlja naknadu koju plaća korisnik kredita za odobreni mu iznos kreditnih sredstava od strane banke davaoca kredita. Takva obaveza korisnika kredita mora biti izričito ugovorena uz jasno određenje njene visine, ili propisivanja jasnih i preciznih parametara na osnovu kojih se ugovorena kamata može obračunati¹⁰. Kada se predmet obaveze smatra odredivim propisano je odredbom člana 50. stav 1. ZOO. U skladu sa odredbom tog člana obave-

¹⁰ Punovažnost ugovora je uslovljena postojanjem moguće, dopuštene i određene, odnosno odredive obaveze. U protivnom, ako je predmet obaveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv ugovor je ništav saglasno odredbi člana 47. ZOO

za je određiva ako ugovor sadrži podatke pomoću kojih se ista može odrediti, ili su stranke ostavile trećem licu da to učini.

Saglasno takvoj pravnoj regulativi proizlazi da je pravno dopušteno ugovaranju promenljive kamatne stope koja se primenom propisanih parametara iz ugovora nesumnjivo može utvrditi i obračunati. To praktično znači da ugovor o kreditu mora sadržati odredbe kojima se na jasan - nesporan način opredeljuje parametri za utvrđenje i obračun ugovorne kamate kao cene kredita tako da su isti razumni i jasni za svakog prosečnog potrošača, odnosno korisnika kredita. Međutim, u praksi domaćih banaka prisutni su ugovori o kreditu kojima se ugovorna kamata opredeljuje u visini redovne kamatne stope u tačno određenom procentu na dan zaključenja ugovora i promenljive stope koja se opredeljuje visinom troškova pribavljanja kreditnih sredstava, odnosno poslovnom politikom banke, ili primenom referentne tržišno indeksirane kamatne stope. Iz tog razloga su pred domaćim sudovima pokrenuti brojni sporovi za utvrđenje ništavosti ugovora o kreditu sa promenljivom kamatnom stopom. Sporno je da li se ugovorena kamatna stopa može smatrati odredivom ako se njena visina utvrđuje odlukom banke na osnovu nejasno određenih kriterijuma koji su nerazumljivi za prosečnog potrošača.

Odgovor na ovo sporno pitanje opredeljuje se ocenom suda o primenljivosti i saglasnosti ugovorom propisanih kriterijuma za određenje visine promenljive kamatne stope sa osnovnim načelima Zakona o obligacionim odnosima. Uz to, mišljenja smo da i precizno propisani parametri za određenje promenljive kamatne stope mogu predstavljati pravno relevantnu obavezu za korisnika kredita samo u slučaju kada mu je u postupku pregovaranja prethodno razjašnjeno značenje istih i jasno ukazano na moguće pravne posledice koje će nastati njihovom primenom. Obaveza takvog postupanja banke davaoca kredita temelji se u odredbi člana 20. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača. Banka je kao visoko specijalizovana finansijska ustanova dužna da krajnje odgovorno udovolji ovoj zakonskoj obavezni. Tim povodom postoji i obaveza banke da u postupku pregovaranja o zaključenju ugovora o kreditu svakom potencijalnom korisniku kredita individualno razjasni učinak i moguće pravne posledice ugovaranja promenljive kamatne stope. Pri tome, treba imati u vidu i činjenicu da se u praksi ugovaranje promenljive kamatne stope, po pravilu, realizovalo na osnovu unapred jednostrano pripremljenih ugovora o kreditu nuđenih budućim korisnicima kredita po principu „uzmi ili ostavi“. Banke su u odnosu na potencijalne korisnike kredita istupale krajnje superiorno. Zbog takvog nastupa banaka u postupku pregovaranja izostajalo je valjano ukazivanje potencijalnim korisnicima kredita na smisao, sadržinu i pravne posledice primene ugovorom propisanih parametara za određenje promenljive kamatne stope. Mišljenja smo da se unošenje u ugovor o kreditu nepreciznih

formulacija o kriterijumima za utvrđenje promenljive kamatne stope bez valjanog razjašnjenja smisla sadržine i pravnih posledica njihove primene, kosi sa pravno dopuštenim ponašanjem banke u odnosu na Zakonom o obligacionim odnosima propisana načela savesnosti i poštenja, ravnopravnosti ugovornih strana i zabrane zloupotrebe prava. Takve ugovorne odredbe su u direktnoj suprotnosti sa navedenim osnovnim načelima. U pitanju su ugovorne odredbe koje su, po pravilu, formulisane bez ikakvog uticaja korisnika kredita na njihovu sadržinu. O njima nisu vođeni međusobni pregovori banke i korisnika kredita. Odredbe o promenljivoj kamatnoj stopi su činile sastavni deo unapred pripremljenih standardizovanih ugovora o kreditu jednostrano sačinjenih od strane banke. Stoga, a u situaciji podređenog položaja korisnika kredita u odnosu na banku koja u zaključenju ugovora o kreditu postupa suprotno obavezi konstituisanoj odredbom člana 20. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača, nema sumnje da su potencijalni korisnici kredita lišavani svake mogućnosti isticanja delotvornog prigovora i uticaja na drugačije - jasnije opredeljenje kriterijuma za određivanje promenljive kamatne stope. Šta više, nejasne formulacije o određivanju promenljive kamatne stope na osnovu troškova pribavljanja kreditnih sredstava, poslovne politike banke, referentne kamatne stope ili tržišno indeksirane kamatne stope, apsolutno su nerazumljive korisniku kredita kao prosečnom potrošaču. One su ne samo nejasne već i protivne načelima jednakosti uzajamnih davanja, savesnosti i poštenja, ravnopravnosti ugovornih strana i zloupotrebi prava. Tim načelima se štiti ne samo jednakost uzajamnih davanja kao osnovni princip dvostranih ugovora, već se pruža i zaštita slabijoj ugovornoj strani. Iz tog razloga, sud je dužan da u svakom konkretnom slučaju oceni da li su ugovorne obaveze o promenljivoj kamatnoj stopi dovoljno jasne i u kojoj meri su saglasne ovim načelima. Ovo je iz razloga što zahtev za ispunjenje ugovorene promenljive kamatne stope može uživati sudsku zaštitu samo u slučaju kada je ista opredeljena na osnovu ugovorom utvrđenih jasnih i prosečnom potrošaču - korisniku kredita razumljivih i prethodno razjašnjenih kriterijuma, uz uslov da se i tako propisanim odredbama ne vređaju osnovna načela obligacionog prava. U protivnom, ako se radi o nejasnim odredbama ugovora o promenljivoj kamatnoj stopi, suprotnim osnovnim načelima obligacionog prava, odnosno obavezi konstituisanoj odredbom člana 20. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača, sud će utvrditi njihovu ništavost i uskratiti sudsku zaštitu zahtevu za isplatu kamate obračunate primenom takvih kriterijuma.¹¹

¹¹ Na tom stanovištu temelji se i pravno shvatanje zauzeto u presudi Privrednog apelacionog suda PŽ. 3742/15 od 9.3.2016. godine i presudi Apelacionog suda u Beogradu GŽ. 2827/14 od 15.10.2014. godine. Osim toga, i Ustavni sud je svojom odlukom UŽ. 9264/14 od 1.12.2015. godine odbacio ustavnu žalbu izjavljenu protiv citirane presude Apelacionog suda u Beogradu. Ustavni sud je u toj odluci ocenio da su dati razlozi o ništavosti ugovornih odredaba o promenljivoj kamatnoj

ZAKLJUČAK

Saglasno iznetoj argumentaciji proizlazi da:

1 – ugovaranje valutne klauzule u ugovoru o kreditu kao valorimetra očuvanja realne vrednosti dinarskih sredstava stavljenih na raspolaganje korisniku kredita predstavlja pravno dopušten vid zaštite banke davaoca kredita.

2 – valutna klauzula se može ugovoriti samo u cilju očuvanja realne tržišne vrednosti dinarskog iznosa plasiranih kreditnih sredstava na način da se njome na krši načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja, savesnosti i poštenja i zabrane zloupotrebe prava.

3 – valutna klauzula se može primeniti kao ugovoreni valorimetar samo u situaciji kada su zbog nerealnog tržišnog kursa dinara ili negativnih dejstava inflacije realno obezvređena dinarska sredstva koja su po ugovoru o kreditu data korisniku kredita.

4 – primena ugovorene valutne klauzule nije dopuštena ako se njome obezbeđuje sticanje imovinske koristi za račun jedne ili druge ugovorne strane.

5 – pravno je dopušteno i ugovaranje promenljive kamatne stope kao cene kreditnih sredstava, uz uslov da su ugovorom o kreditu jasno opredeljeni kriterijumi za njeno utvrđenje razumni prosečnom potrošaču i saglasni sa načelima ekvivalentnosti uzajamnih davanja, savesnosti i poštenja i ravnopravnosti ugovornih strana.

6 – ništave su odredbe ugovora o kreditu o promenljivoj kamatnoj stopi određenoj na osnovu nejasnih i osnovnim načelima suprotnih formulacija kao što su: obračun kamate utvrđene na osnovu troškova pribavljanja kreditnih sredstava, poslovne politike banke, primene referentne ili tržišno indeksirane kamatne stope.

DRAGIŠA B. SLIJEPČEVIĆ

Judge of the Constitutional Court of Serbia

APPLICATION OF THE CURRENCY CLAUSE AND A VARIABLE INTEREST RATE IN BANK LOAN CONTRACTS

Summary

This paper tackles the issue of application of the currency clause and variable interest rates in long-term bank-loan contracts. The currency clause is explicitly allowed by the positive regula-

stopi zbog njihove nejasnoće i suprotnosti osnovnim načelima obligacionog prava ustavno-pravno utemeljenim.

tion of the Republic of Serbia. It implies agreeing on one of the foreign currencies with the aim of preserving the real value of the principal in Serbian dinars. It is disputable, however, whether the agreed currency clause can be applied also in cases where the real amount of the principal has not been reduced. Banks in their practice tend to take the stand that the agreed currency clause always applies when there is an increase in the exchange rate of the currency of calculation, regardless of whether the real value of the loan has been reduced. Such application of the currency clause leads the user of the loan to a situation where their principal is significantly increased due to an enormous increase of the calculation currency exchange rate. This paper analyses the legal argument in support of and against such application of the currency clause. The legal position taken herein is that the application of the currency clause is not permissible if it ensures an unjustified accrument of assets to the benefit of one or the other contractual party. Based on this position, it is stated that the currency clause may be applied only in a situation where, due to an unrealistic exchange rate of the Serbian dinar or the negative influence of inflation, the dinar assets paid by the bank into the user's account have been, in reality, devalued. It is in this context that the conclusion is made that an enormous and unpredictable increase of the Swiss franc rate, as the agreed value-meter, has all the attributes of the changed circumstances, due to which the user of the loan is entitled to demand the termination of contract. If the court grants the termination of contract, this will result in all the legal consequences of such termination. They manifest in the obligation to return what has been given together with the legally prescribed default interest calculated from the date of the received principal, i.e. of the paid off annuities. The paper also deals with the question of the legal admissibility of an agreement on and application of a variable interest rate, from the standpoint of its intelligibility and the clarity of the contractually established criteria for its calculation. The position is taken that an agreement on a variable interest rate is legally admissible, but only under the condition that the contractually set criterion for its calculation has been clearly determined so as not to cause any dispute considering its application. This means that a loan-contract must clearly determine the criteria for the calculation of a variable interest rate in such a way that they be intelligible to an average consumer and, at the same time, to be in harmony with the principle of equivalence of the mutual exchange of assets, conscientiousness, fairness and equality of the contractual parties. Otherwise, the contractual provision on a variable interest rate, determined on vague and contrary to the basic principles of contractual law formulations, such as: calculation in accordance with the expenses of the provided bank loan means, bank business policy, or the application of a benchmark – market indexed interest rate, shall be considered null and void.

PREDRAG ĆATIĆ

VALUTNA KLAUZULA, RASKID I POSLEDICE RASKIDA UGOVORA O KREDITU SA VALUTNOM KLAUZULOM

U V O D

Rad predstavlja prilog intenzivnoj javnoj raspravi, kako u opštoj javnosti, tako naročito u stručno – pravnoj o posledicama primene valutne klauzule u ugovorima u kreditu i opravdanosti raskida ovog ugovora zbog promenjenih okolnosti koje se prepoznaju u činjenici porasta vrednosti pojedinih valuta, a naročito švajcarskog franka (CHF) u odnosu na evro (EUR) i dinar (RSD).

Stručno pravnoj raspravi na navedenu temu, iznoseći argumente u prilog stavu da je raskid ugovora o kreditu po osnovu promenjenih okolnosti, nastalih usled porasta vrednosti kursa valutne obaveze (apresijacije), mogućton su dali: zaključci i referat sudije dr Dragiša B. Slijepčevića pod nazivom “Primena valutne klauzule i promenljive kamatne stope u ugovoru o kreditu” sa Dvadeset četvrtog Savetovanja sudija privrednih sudova Republike Srbije¹ od septembra 2016. godine (u daljem tekstu: Referat) i obrazloženje Presude Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 1781/2016 od 01.09.2016. godine².

Predrag Ćatić, specijalista za pravne poslove, Udruženje banaka Srbije p.u.

¹ Dr Dragiša B. Slijepčević, sudija Ustavnog suda Srbije, “Primena valutne klauzule i promenljive kamatne stope u ugovoru o kreditu”, strana 49, Privredni apelacioni sud, Dvadeset četvrtog Savetovanja sudija privrednih sudova Republike Srbije, Radni materijal II, Zlatibor, hotel “Mona”, septembar 2016, Beograd, 2016. godine.

² Paragrafova zbirka sudske prakse Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 5/2016.

Sa namerom uključivanja u argumentovanu raspravu o zajednički prepoznatim temama od značaja za iznalaženje pravnog i pravičnog rešenja za problem ispunjenja ugovora o kreditu indeksiranih u stranu valutu, a naročito švajcarski franak, u nastavku teksta nastojaću da predstavim dokaze da:

- valutna klauzula nije puki merni instrument (valorimetar) kojom se vrši merenje visine obaveze ugovornih strana, već da je to upravo preuzeta obaveza koja se ima ili ispuniti ili na ugovoreni, odnosno zakonom propisani način izmeniti;

- porast kursa valute obaveze, samo po sebi, nije i ne može predstavljati promenjenu okolnost zbog koje se ugovor može raskinuti;

- raskid ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom ne dovodi do smanjivanja ugovornih obaveza ni jedne od strana, već naprotiv obema stranama otežava položaj;

- specifičnost uređenja bankarskog poslovanja kao i druge opšte odredbe o građanskoj, pre svega ugovornoj, odgovornosti navode na zaključak da pitanje namirenja obe strane po osnovu raskinutog ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom ne završava na međusobnim odnosima tih strana, već svakako ima i posledice na treća lica koja nisu obuhvaćena ovim ugovorom.

VALUTNA KLUZULA U UGOVORU O KREDITU

Ugovor o kreditu je imenovani pravni posao čiji pojam je uređen članom 1065. Zakona o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - Odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja) (u daljem tekstu: ZOO ili Zakon o obligacionim odnosima) kojim se banka obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vreme, za neku namenu ili bez utvrđene namene, a korisnik se obavezuje da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vreme i na način kako je utvrđeno ugovorom.

Valutna klauzula u smislu citirane odredbe ZOO treba da odgovori na pitanje koji je to određeni iznos novčanih sredstava koji banka stavlja korisniku kredita na raspolaganje.

Pojam i značenje

Zakon o deviznom poslovanju ("Službeni glasnik", br. 62/2006, 31/2011, 119/2012 i 139/2014) (u daljem tekstu: ZDP ili Zakon o deviznom poslovanju) u stavu 1 člana 2 definiše pojam valutne klauzule, i to u tački 24 kao ugovaranja vrednosti obaveze u devizama (valuta obaveze) u Republici s tim što će se pla-

ćanje i naplaćivanje po tim ugovorima vršiti u dinarima (valuta isplate). Takođe, isti ZDP u stavu 8 člana 32. propisuje da je dozvoljeno ugovaranje u devizama u Republici s tim što se plaćanje i naplaćivanje po tim ugovorima vrši u dinarima. Član 25. stav 2 istog Zakona predviđa da banka može rezidentu - fizičkom licu odobriti kredit u devizama, ali samo za jednu namenu - namenu kupovine nepokretnosti u zemlji.

Zakon o obligacionim odnosima, definišući načelo monetarnog nominalizma u članu 394., i to na način da kad obaveza ima za predmet svotu novca, dužnik je dužan isplatiti onaj broj novčanih jedinica na koji obaveza glasi, predvideo izuzetak od ovog principa i to odmah u sledećem, članu 395, kojim se uređuje da ako novčana obaveza glasi na plaćanje u nekoj stranoj valuti ili zlatu, njeno ispunjenje se može zahtevati u domaćem novcu prema kursu koji važi u trenutku ispunjenja obaveze.

Vraćajući se na pojam ugovora o kreditu iz ZOO-a, i mestu valutne klauzule u njemu, možemo reći da je iznos novčanih sredstava koji banka stavlja korisniku kredita na raspolaganje, određen u smislu odredbe tačke 24 stav 1 član 2. ZDP-a i da predstavlja valutu obaveze, dakle ugovoreni devizni iznos odobrenog kredita a da iznos dinara koji služi za isplatu kredita i njegovu naplatu predstavlja dinarsku vrednost ugovorenog iznosa u stranoj valuti na dan dospeća međusobnih obaveza ugovornih strana iz predmetnog ugovora. Konsekventno iznetom, iznos u stranoj valuti nije mera vrednosti plasiranih dinara, koji bi, hipotetički, kasnije mogli da izgube vrednost, već upravo obrnuto, predmet ugovora je zaduživanje u stranoj valuti koja se isplaćuje i naplaćuje u domaćem novcu, na dan dospeća obaveza, na koji način se meri vrednost valute obaveze u tom domaćem novcu. Dalje u istom smislu, izborom valute u kojoj se vrši zaduživanje kljent, odnosno dužnik, bira rizik valute kojem će biti izložen, što bi po pravilu trebalo da podrazumeva ocenu odnosa predmetnog zaduživanja sa visinom i valutom njegovih redovnih prihoda, štednjom odnosno drugom imovinom čija vrednost se iz različitih razloga vezuje za valutu u kojoj se zaduživanje vrši, ali i visinom kamatne stope i stabilnošću date valute na relevantnom deviznom tržištu.

Nasuprot iznetom, citat iz navedenog rada sudije Slijepčevića: "...U tom slučaju ugovorom o kreditu konstituiše se valutna klauzula kao valorimetar očuvanja stvarne – tržišne vrednosti odobrenog i isplaćenog dinarskog iznosa korisniku kredita. Ovakav vid očuvanja realne vrednosti po osnovu ugovora o kreditu isplaćenog dinarskog iznosa predstavlja zakonom dopuštenu zaštitu poverioca – banke davaoca kredita od štetnih posledica kursnih razlika dinara, kao i budućih, eventualnih, inflatornih dejstava³⁹". Odnosno, iz obrazloženja citirane Presude

³⁹ Sudija dr. Slijepčević, citrano delo.

Apelacionog suda u Novom Sadu: "Naime, visina obaveze tužilaca kao ugovorne strane koja je uslovljena kursom valute CHF je u tolikoj meri uvećana, da otežava ispunjenje ugovornih obaveza, jer rata kredita nesporno je mnogo veća u dinarskom iznosu nego što je bila na dan zaključenja ugovora, i taj ugovor ne odgovara očekivanjima tužioca kao ugovorne strane, i dovodi u pitanje i svrhu ovog ugovora. Nije sporno da je u trenutku zaključivanja predmetnog ugovora bilo dozvoljeno ugovaranje valutne klauzule, ugovor nije ništav od zaključenja, a u ovoj pravnoj stvari se ni ne traži utvrđenje ništavosti ugovora, već raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, s obzirom da je narušeno i načelo iz člana 15.

Zakona o obligacionim odnosima kojim je propisano da u zasnivanju dvostranih ugovora strane polaze od načela jednakih vrednosti uzajamnih davanja, jer je za tužioce kao korisnike kredita preuzeta obaveza vraćanja kredita postala prevelika. Ovaj sud je vodio računa prilikom odlučivanja i o normalnom riziku ugovarača da će doći do porasta kursa valute CHF u kojoj je indeksiran predmetni ugovor, ali imajući u vidu veštačenjem utvrđene činjenice, po oceni ovoga suda ne može se smatrati da su tužioci sa prosečnom pažnjom koja se zahteva prilikom zaključenja predmetnih ugovora mogli očekivati i pretpostaviti da će doći do tolikog rasta kursa CHF nakon zaključenja ugovora, odnosno do tolikog njegovog rasta koji će dovesti u pitanje i svrhu samog zaključenja ugovora."⁴

Razlika ovde iznetog mišljenja autora sa dva citirana stava se svodi na suštinsko pitanje predmeta obaveze ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom: da li je to strana valuta na koju glasi obaveza ili su to dinari u kojima se vrši isplata, odnosno naplata ugovorenog deviznog iznosa. Odgovor na tako postavljeno pitanje sobom nosi, u celosti ili delimično, odgovore i na pitanja kao što su pitanja jednakosti uzajamnih davanja kod ovakvih ugovora, promenjenih okolnosti koje utiču na mogućnost ispunjenja ugovora jednoj od strana, savesnosti i poštenja ugovornih strana i verovatno mnoga druga. Ovde posebno treba imati u vidu da je izvor finansiranja stambenih kredita sa CHF valutnom klauzulom banka obezbedila iz izvora u valuti CHF, bilo da se radi o inostranim izvorima (kredit od druge banke i slično) ili domaćim izvorima (depozit građana i drugi izvori), a ne iz dinarskih ili iz EUR izvora, dakle, valutna klauzula nema ulogu zaštite dinarskih plasmana kako se, po mišljenju autora, pogrešno pokušava dokazati.

Ovde ćemo zastati da bismo se podsetili načina uređenja valutne klauzule od devedesetih godina prošlog veka do danas, a u cilju analize istorijskog razvoja relevantnih propisa i sudske prakse da utvrdimo razloge i korene nekih današnjih nesporazuma u vezi ovog instituta.

⁴ Apelacioni sud u Novom Sadu, citirana Presuda.

Istorijat

Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89) – dakle redakcija ovog Zakona pre 1993. godine, sadržavala je definiciju načela monetarnog nominalizma u članu 394. na isti način kako smo to već videli i kako glasi i danas, dakle bez izmene, međutim član 395. je tada glasio: "Ako novčana obaveza protivno posebnom saveznom zakonu glasi na plaćanje u zlatu ili nekoj stranoj valuti, njeno ispunjenje se može zahtevati samo u domaćem novcu prema kursu koji je važio u trenutku nastanka obaveze." Odredba člana 394. je propisivala ništavost indeksne klauzule i to: "Ništava je odredba ugovora kojom se iznos novčane obaveze u domaćem novcu vezuje za promene cena dobara, roba i usluga izraženih indeksom cena utvrđenim od strane ovlašćene organizacije (indeksna klauzula), ali će biti punovažna ako je izabrani indeks u neposrednoj ekonomskoj vezi sa predmetom posla tako da nema spekulativni značaj ili je takva odredba ugovorena radi obezbeđenja životnog standarda ugovorne strane."

Ovde je važno podvući da je do stupanja na snagu izmena i dopuna ZOO iz 1993. godine:

- ZOO prepoznaje ugovaranje u stranoj valuti kao protivpravno s tim da je izvor te protivpravnosti drugi, tada, takođe savezni zakon, a ne ZOO;

- plaćanje obaveze, tada takođe protivpravno ugovorene u zlatu ili stranoj valuti, se vrši u domaćem novcu ali, suprotno današnjem rešenju, prema kursu koji je važio u vreme nastanka obaveze;

- indeksna klauzula u ugovorima je bila ništava, tako da porast cena utvrđen čak i od strane za to ovlašćene institucije, ugrađen u ugovore, nije mogao imati sudsku zaštitu, osim ukoliko je ugovorena bez spekulativne namere (značaja) ili je ugovorena radi obezbeđenja životnog standarda ugovorne strane.

Dana 26.06.1993. godine stupa na snagu Zakon o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima ("Sl. list SRJ", br. 31/93) koji donosi promenu, pored ostalog a relevantno za ovde predmetnu temu, člana 395 koji od tada glasi: "Ako novčana obaveza glasi na plaćanje u nekoj stranoj valuti ili zlatu, njeno ispunjenje se može zahtevati u domaćem novcu prema kursu koji važi u trenutku ispunjenja obaveze". Član 396., koji je kako smo videli, propisivao ništavost indeksne klauzule u ugovorima, brisan je čime je omogućena primena indeksne klauzule kako u ugovorima tako i u sudskoj praksi. Brisanje člana 396 omogućilo je i nesmetano i konzistentno izmenjenom ZOO-u donošenje Zakona o visini stope zatezne kamate ("Sl. list SRJ", br. 32/93) kojim je, i to u članu 1., propisano da dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze plaća zateznu kamatu na iznos duga do dana isplate po stopi zatezne kamate koja se sastoji od:

- 1) stope rasta cena na malo;
- 2) fiksne stope od 1,2% mesečno koja se primenjuje na stopu rasta cena na malo.

Rast cena na malo, čije utvrđivanje je u ove svrhe do juna 1993. bio ništav, sada postaje jedan od zakonom propisanih elemenata za izračunavanje zatezne kamate.

Međutim, daleko zanimljivija za ovaj rad je odredba člana 2. ovog Zakona koja je propisivala da izuzetno od stope zatezne kamate iz člana 1. ovog Zakona, na potraživanja između domaćih i stranih fizičkih i pravnih lica koja glase na plaćanje u stranoj valuti, zatezna kamata se plaća po stopi od 6% godišnje. Ovaj Zakon stupio je na snagu dana 03.07.1993. godine i imaće svoj značaj kako na formiranje sudske prakse tako i za razumevanje načina promišljanja o ovoj temi, koje ćemo nastajati da objasnimo nešto kasnije.

Na kraju, skoro devet godina po usvajanju izmena ZOO-a i donošenju Zakona o visini stope zatezne kamate, na snagu stupa, dana 28.04.2002. godine, Zakon o deviznom poslovanju ("Sl. list SRJ", br. 23/2002 i 34/2002 - ispr.) kojim se, između ostalog, uređuje:

- 1) plaćanje i naplaćivanje sredstvima plaćanja u poslovanju između rezidenata i nerezidenata, kao i prenos tih sredstava;
- 2) plaćanje i naplaćivanje stranim sredstvima plaćanja u poslovanju između rezidenata;

Ovaj Zakon, prvi put, uvodi termin "Valutna klauzula" kojeg definiše u članu 21. dozvoljavajući ugovaranje u devizama u zemlji s tim što se plaćanje i naplaćivanje vrši u dinarima. Međutim ovaj Zakon iz 2002. sadržavao je jednu, za to vreme karakterističnu odredbu kojom je liberalizacija domaćeg deviznog tržišta otpočela postepeno. Naime, kredite u devizama između rezidenata u zemlji, uređene članom 20. ovog Zakona, ovlašćena banka nije mogla odobriti, osim rezidentu - pravnom licu i preduzetniku, i to za plaćanje uvoza robe i usluga iz inostranstva, Ovako propisan ograničen režim odobravanja kredita po vrsti valute tajao je od 2002. do 2006. godine kada je na snagu stupio ZDP ("Službeni glasnik RS", br. 62/2006), koji je u ovom pogledu proširio mogućnost kreditiranja u devizama i na fizička lica pa tako da danas odredba stava 2 člana 25. ZDP, kako smo to gore već videli, glasi:

"Banka može rezidentu - fizičkom licu odobriti kredit u devizama radi kupovine nepokretnosti u zemlji."

Pitanje primene načela monetarnog nominalizma - valorizma i naknada inflatorne štete je bila naročito aktuelno u sudskoj praksi tokom perioda svojevrstnog "vakuma", u kome je bio uređen način plaćanja ugovorene obaveze u stranoj valuti a da takvo ugovaranje još uvek nije bilo dopušteno, dakle između 1993. (iz-

mene ZOO i visine stope zatezne kamate) i 2002. godine (ZDP). Sudska praksa o kojoj je reč, je pod utiskom enormne inflacije iznedrila pravno prihvatljiva rešenja tokom 1993. i 1996. u kojoj godini se, po smirivanju tržišnih prilika, ustalila na stavu:

“Kada je zbog visoke inflacije broj novčanih jedinica na koju obaveza glasi obezvređen, poveriocu pripada, saglasno načelu jednakih vrednosti uzajamnih davanja, valorizovani iznos po stopi rasta cena na malo prema podacima nadležnog saveznog organa za poslove statistike, ako zakonom ili ugovorom nije drugačije predviđeno.

Valorizacija važi pod uslovom da poverilac nije u celini obezbeđen ugovorenim indeksnom klauzulom ili na drugi način. Ako je delimično obezbeđen valorizacija važi za neobezbeđeni deo.

Od dana padanja dužnika u docnju, umesto valorizacije novčane obaveze na navedeni način, ako štetu zbog docnje ne pokriva zatezna kamata, poverilac može da traži razliku do potpune naknade štete na osnovu člana 278. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima. Šteta se može sastojati u gubitku vrednosti određene stvari koju poverilac nije mogao usled docnje dužnika da pribavi, u gubitku kamate na štednju ili u kakvom drugom gubitku.”^{5,6}

Prikazani uporedni pregled pozitivnih i istorijski važećih propisa i sudske prakse, od koje je prikazan samo minorni ali verujem najznačajniji i najuticajniji deo, ima da posluži kao dokaz da izrazi “valorizacija”, “valorimetar” i slično služili za utvrđivanje visine dinarski izražene novčane obaveze, koja je zbog razloga inflacije, odnosno možda i nekih drugih tržišnih razloga, izgubila svoju vrednost koju su ugovorne strane imale u vidu kod zaključenja ugovora primenom načela valutnog nominalizma iz člana 394 ZOO i koju zbog toga treba utvrditi naknadno, na neki drugi način primenom neke reperne vrednosti, koja najpribližnije obezbeđuje jednaku vrednost uzajamnih davanja i oslikava prvobitno iskazanu saglasnu volju ugovornih strana.

Međutim, primena valutne klauzule u ugovorima o kreditu o kojima danas govorimo i koji su na našem tržištu u značajnijem broju zastupljeni od 2002. godine, nema za cilj valorizovanje već nastale novčane obaveze, primenom neke uporedne vrednosti, već imaju za cilj utvrđivanje vrste i visine međusobnih obaveza ugovornih strana u trenutku njihovog zasnivanja.

⁵ Zaključak donet na Savetovanju Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, Vrhovnog suda Srbije, Vrhovnog suda Republike Crne Gore i Višeg privrednog suda u Beogradu, održanog 24. i 25. i 26. septembra 1996. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/97 - str. 5.

⁶ U istom smislu i Zaključak br. 1/93 sa Savetovanja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, Vrhovnog suda Srbije, Vrhovnog suda Republike Crne Gore i Višeg privrednog suda u Beogradu od 16. i 17. novembra 1993., Privrednik broj 109.

Razlika je po mišljenju autora suštinska, jer se danas, propisanom valutnom klauzulom, ne premeravaju vrednosti međusobnih novčanih obaveza već se ovom klauzulom te obaveze zasnivaju.

Kauza

Šta bi bila kauza ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom? Prema shvaćanju autora to je pozajmljivanje novca za opredeljenu ili neopredeljenu namenu pod najpovoljnijim tužišnim uslovima u trenutku zaključenja ugovora.

Najpovoljniji uslovi u trenutku zaključenja ugovora su svakako oni koji omogućavaju pre svega zaključenje ugovora o kreditu na iznos koji se želi pozajmiti a koji je opet uslovljen, posebnim propisima uređenom, kreditnom sposobnošću korisnika kredita. Posebni propisi na koje se ovde misli su propisi koje donosi Narodna banka Srbije a tiču se klasifikacije bilansne aktive i vanbilanskih stavki i kojih je u posmatranom periodu bilo u više redakcija teksta. Propisi na koje se ovde misli, se mogu analizirati detaljno, međutim za potrebe ovog rada iznećemo samo to da je tim propisima bila, tokom vremena, uređivana različita visina kredita koju korisnik, fizičko lice, s obzirom na visinu svojih redovnih mesečnih primanja, može da povuče iz banke. Ovo uređivanje nije bilo u smislu da li je banci bilo dopušteno ili ne da plasira traženi iznos kredita u odnosu na utvrđenu kreditnu sposobnost njenog klijenta, korisnika kredita, već u smislu da plasmani koji su izvršeni bez ili mimo izvršene procene kreditne sposobnosti, su samu banku imali da koštaju više jer je veći iznos sredstava, u određenom procentu od iznosa odobrenog kredita, morala da odvoji na poseban račun za pokriće eventualnih gubitaka po takvom plasmanu.

Relativno niska kamatna stopa na kredite indeksirane u švajcarskom franku činila je ove plasmane banaka relativno privlačnim za rešavanje ozbiljnijih životnih potreba na ukupan broj odobrenih kredita sa valutnom klauzulom, ali i za još ozbiljnije, reklo bi se, poslovne poduhvate korisnika kredita u kojim je kupovina dva i više stanova jedan od ilustrativnijih primera. Banke, sa svoje strane, su ovim proizvodom sebi omogućavale povećanje klijentske baze koje se ne bi desilo da nije bilo ovakvog proizvoda u ponudi. Reklo bi se situacija u kojoj obe strane dobijaju.

Devizne obaveze su i bile ugovarane pored razloga sadržanih u činjenici da su pojedini korisnici ovih kredita ostvarivali prihode ili štednju u toj valuti i zbog niskog ili kratkoročnog potencijala banaka u domaćoj valuti što je, sve do nedavno, odobravanje dinarskih dugoročnih kredita činilo ili nemogućim u potrebnoj meri ili nemogućim po visini kamatne stope (po ceni) koja bi bila makar i približno konkurentna obavezama korisnika u stranoj valuti, naročito ceni zaduživanja u švajcarskom franku. Kako ova konstatacija predstavlja iskustveno saznanje auto-

ra njeno dokazivanje će svakako biti tema rada koji bi se bavio ovim problemom sa ekonomskog aspekta.

PROMENJENE OKLNOSTI KAO RAZLOZI ZA RASKID UGOVORA O KREDITU

Vraćajući se na citiranu Presudu Apelacionog suda u Novom Sadu, videćemo da je Sud dovolio raskid dugoročnog ugovora o stambenom kreditu sa valutnom klauzulom pozivajući se na član 133. ZOO i nalazeći da je "...visina obaveze tužilaca kao ugovorne strane koja je uslovljena kursom valute CHF u tolikoj meri uvećana, da otežava ispunjenje ugovornih obaveza, jer rata kredita nesporno je mnogo veća u dinarskom iznosu nego što je bila na dan zaključenja ugovora, i taj ugovor ne odgovara očekivanjima tužioca kao ugovorne strane, i dovodi u pitanje i svrhu ovog ugovora.usled promenjenih okolnosti”.

Ovde bi se valjalo podsetiti na odredabe ZOO koje uređuju pitanje raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti, počev od onih u članu 133., koje propisuju pretpostavke za raskidanje ugovora ubog promenjenih okolnosti. Naime, stav 1 ovog člana predviđa nastupanje okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane, ili ako se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora, a u jednom i u drugom slučaju u toj meri da je očigledno da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana, i da bi po opštem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi takav kakav je, strana kojoj je otežano ispunjenje obaveze, odnosno strana koja zbog promenjenih okolnosti ne može ostvariti svrhu ugovora može zahtevati da se ugovor raskine. Ovde se ima reći nekoliko elemenata relevantnih za potpuno razumevanje pravilne primene ovog stava člana 133. ZOO, pre svega ugovor o kreditu čiji raskid predstavlja predmetnu pravnu stvar je ispunjen u delu obaveze banke koja je isplatila ugovorenu sumu švajcarskih franaka prema kursu na dan puštanja sredstava u tečaj.

Dalje, opredeljena sredstva kredita su iskorišćena od strane korisnika kredita za namenu tog kredita (kupovina stana ili automobila, ili prijem sredstava na račun). Dugoročni ugovori o kreditu imaju svoju istoriju ispunjenja, između ostalog i kroz kretanje kursa valute, koji nije uvek bio takav da je vrednost švajcarskog franka u odnosu na dinar rasla već je, u periodu od 2006. do 2007, ova vrednost išla u suprotnom pravcu od onoga koji je Sud u predmetnom presuđenju imao u vidu. Pregledom kretanja kursa valuta možemo konstatovati da je dana 02.10.2006. godine prodajni kurs Narodne banke Srbije za švajcarski franak iznosio 51,3769 dinara a dana 01.10.2007. godine 47,5949 dinara za jedan švajcar-

ski franak.⁷ Kod navođenja ovih činjenica postavljaju se pitanja: da li je ugovor o kreditu zbog promjenjenih okolnosti prestao da ispunjava očekivanja samo jedne strane ili obe, kako propisuje Zakon, kao i, ukoliko je odgovor na prethodno pitanje takav da bez obzira nalaže raskid, da li i u kom vremenu trajanja ispunjavanja ovog ugovora je nastupela promjenjena okolnost koja bi bila podobna za dosuđenje raskida? Podsećanja radi kursevi valute švajcarski franak na izabrani dan 01.10.2008., 01.10.2010. i 01.10.2015. godine su iznosili:

- Kursna lista br.189 za 2008. godinu za devize formirana na dan 01.10.2008. godine za valutu švajcarski franak, 759, prodajni kurs iznosio je 48,7307 dinara za 1 CHF.⁸

- Kursna lista br. 190 za 2010. godinu za devize formirana na dan 01.10.2010. godine za valutu švajcarski franak, 759, prodajni kurs iznosio je 79,5901 dinara za 1 CHF.⁹

- Kursna lista br.188 za 2015. godinu za devize formirana na dan 01.10.2015. godine za valutu švajcarski franak, 759, prodajni kurs iznosio je 93,8744 dinara za 1 CHF.¹⁰

Dalje u ovoj analizi člana 133., dolazimo do stava 2, koji propisuje da se raskid ugovora ne može zahtevati ako je strana koja se poziva na promjenjene okolnosti bila dužna da: a) u vreme zaključenja ugovora uzme u obzir te okolnosti ili b) ih je mogla izbjeći ili savladati. Slažemo se izgleda svi da je promena kursa valute očekivana, mada ovakva, gore opisana promena kursa švajcarskog franka nije bila očekivana ni za jednu ugovornu stranu. Ipak, i ovde dolazimo do problema tumačenja odnosno primene pravnog standarda, jer ni za jednu ugovornu stranu ni jedna naknadno, egzaktno, utvrđena promena kursa ne mora biti očekivana, tako da mislim da se ovde i pored načelog opšteg saglašavanja nalazimo na problematičnom terenu predvidivosti promene kursa. Takođe se mora reći da smo svesno ugovorili stranu valutu kao valutu svoje obaveze, a koja je upravo podložna promenama vrednosti u odnosu na domaću valutu, kao što smo to videli u delu rada koji se bavio kauzom. Ipak osnovna vrednost stava 2 predmetnog člana 133. ZOO, za podupiranje teze koja se ovom razradom želi dokazati, je deo koji je gore obeležen pod b., a to je pitanje mogućnosti izbegavanja ili savladavanja okolno-

⁷ Narodna banka Srbije, kursne liste za određeni period, šifra valute 759, švajcarski franak https://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/cirilica/scripts/kl_period.html

⁸ Narodna banka Srbije, kursna lista na dan, <https://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/cirilica/scripts/ondate.html>

⁹ Narodna banka Srbije, kursna lista na dan, <https://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/cirilica/scripts/ondate.html>

¹⁰ Narodna banka Srbije, kursna lista na dan, <https://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/cirilica/scripts/ondate.html>

sti koje se žele prikazati kao promenljive do te mere da uzrokuju raskid ugovora. Naime, Narodna banka Srbije donela je Preporuku BAN 001/13 od 31. maja 2013. godine¹¹ u vezi sa stambenim kreditima indeksiranim u švajcarskim francima upravo imajući u vidu "...nepovoljni razvoj kretanja valutnog odnosa između švajcarskog franka (CHF) i evra (EUR) u periodu 2008 - 2011. godine koji je doveo određeni broj građana u Republici Srbiji kojima su odobreni stambeni krediti indeksirani u CHF u situaciju u kojoj oni nisu u mogućnosti da blagovremeno izmiruju anuitete po ovim kreditima ili ih izmiruju sa znatnim problemima. Radi stvaranja minimalnih uslova za savladavanje društvenih i životnih poteškoća kojima su izloženi ili bi mogli biti izloženi korisnici stambenih kredita indeksiranih u CHF - fizička lica i delimično olakšavanje njihovog položaja pri izmirivanju obaveza po osnovu tih kredita, a uzimajući u obzir nastojanje da se spreči povećanje, odnosno smanji broj takvih "problematičnih" kredita i time unapredi upravljanje kreditnim rizikom, poboljšaju ekonomski pokazatelji i umanje pravni rizici u poslovanju davaoca ovih kredita, sve banke koje i dalje u svom portfelju imaju stambene kredite indeksirane u CHF trebalo bi da postupe u skladu sa ovom preporukom. Ostvarivanjem cilja ove preporuke nesumnjivo bi se doprinelo i jačanju i očuvanju stabilnosti finansijskog sistema u Republici Srbiji."

Važno je obratiti pažnju da je Narodna banka Srbije kod donošenja ove Preporuke vodila računa o:

1. Stvaranju minimalnih životnih i društvenih uslova za blagovremeno ispunjavanje obaveze građana po stambenim kreditima;
2. Smanjivanju broja visoko rizičkih kredita i s njima u vezi pravnih rizika u bankama kao i
3. Stabilnosti finansijskog sistema Republike Srbije.

Bankama je preporučeno da omoguće (ponude) korisnicima stambenih kredita indeksiranim u CHF – fizičkim licima da otplaćuju ovaj kredit po kursu koji odgovara valutnom paritetu EUR/CHF na dan odobravanja kredita, umnjenom za najviše 8%, i to u narednom periodu od najmanje tri godine, odnosno do krajnjeg roka otplate kredita ako je taj rok kraći od tri godine (bliže objašnjenje i kalkulativni model bili su dati u prilogu Preporuke). Pri otplati svakog pojedinačnog anuiteta banke bi obračunavale razliku između pretpostavljene otplate po tekućem kursu CHF i otplate po preporučenom, obračunskom kursu i tu razliku knjižile kao pojedinačno odloženo potraživanje indeksirano u CHF po tekućem kursu, na koji ne bi obračunavale i naplaćivale kamatu a rok dospeća svakog odloženog potraživanja ne bi mogao biti kraći od tri godine od dana dospeća po-

¹¹ https://www.nbs.rs/internet/latinica/55/preporuke_20130531/preporuka_BAN01_20130531.pdf

jedninačnog anuiteta na osnovu kojeg je utvrđeno odloženo potraživanje kao razlika između navedenih dinarskih otplata.

U istom smislu, a zbog činjenice da se ponudama banaka nije odazvao relevantan broj korisnika, Narodna banka Srbije je u uslovima još većeg rasta vrednosti kursa donela Odluku o merama za očuvanje stabilnosti finansijskog sistema u vezi s kreditima indeksiranim u stranoj valuti ("Službeni glasnik RS", br. 21/2015 i 51/2015). Ovom Odlukom uređuju se mere i aktivnosti koje je banka dužna da primeni u vezi sa stambenim kreditima indeksiranim u švajcarskim francima i drugim kreditima indeksiranim u stranoj valuti odobrenim fizičkim licima, radi očuvanja stabilnosti finansijskog sistema u Republici Srbiji.

Tačkom 3. citirane Odluke, propisano je da je banka dužna da, i to najkasnije 30 dana od dana stupanja na snagu Odluke, korisnicima stambenih kredita indeksiranih u švajcarskim francima, uz zadržavanje postojećih instrumenata obezbeđenja, ponudi sledeća četiri modela zaključenja aneksa ugovora kojim bi se izmenili uslovi otplate kredita:

1) kredit indeksiran u švajcarskim francima konvertuje se u kredit indeksiran u evrima po kursu koji je za 5% niži od srednjeg kursa evra prema švajcarskom franku izračunatog na osnovu zvaničnog srednjeg kursa dinara prema evru i zvaničnog srednjeg kursa dinara prema švajcarskom franku koji važe na dan zaključenja aneksa ugovora, uz dalju primenu kamatne stope koju banka primenjuje na kredite indeksirane u evrima, uz mogućnost produženja roka otplate kredita, u skladu sa zahtevom korisnika, najduže za pet godina;

2) kredit indeksiran u švajcarskim francima konvertuje se u kredit indeksiran u evrima po kursu evra prema švajcarskom franku izračunatom na osnovu zvaničnog srednjeg kursa dinara prema evru i zvaničnog srednjeg kursa dinara prema švajcarskom franku koji važe na dan zaključenja aneksa ugovora, a kamatna stopa koju banka primenjuje na kredite indeksirane u evrima na godišnjem nivou snižava se za 1 p.p., pri čemu ne mora biti niža od 3%, uz mogućnost produženja roka otplate kredita, u skladu sa zahtevom korisnika, najduže za pet godina.

3) kamatna stopa na godišnjem nivou snižava se za 1 p. p., pri čemu ne mora biti niža od 3% (ako bi kamatna stopa nakon primene tačke 4. ove Odluke bila veća od 3%), uz mogućnost produženja roka otplate kredita, u skladu sa zahtevom korisnika, najduže za pet godina;

4) iznos mesečnog anuiteta izraženog u švajcarskim francima snižava se za 20% ugovorenog iznosa u periodu od 36 meseci od dana zaključenja aneksa ugovora. Po isteku tog perioda, korisnik nastavlja da otplaćuje ugovoreni iznos anuiteta. Ukupan iznos za koji su mesečni anuiteti umanjeni otplaćuje se u dvanaest jednakih mesečnih rata nakon isteka prvobitnog roka dospeća kredita na potraži-

vanja čija je naplata odložena u skladu sa ovom odredbom banka ne obračunava niti naplaćuje kamatu;

Stavom 2 citirane tačke 3. Odluke banke su obavezane da konverziju kredita iz stava 1. odredbe pod 1) i 2) ove tačke banka ne može ponuditi pod uslovima za odobravanje kredita indeksiranih u evrima koji su nepovoljniji u odnosu na uslove koji su u toj banci važili 31. decembra 2014. godine.

Istovremeno korisniku kredita je istom tačkom data mogućnost da se opredeli za jedan od četiri modela iz tog stava a da rok za prihvatanje ponude iz stava 1. ove tačke ne može biti kraći od tri meseca od dana njenog prijema, a korisnik kredita može prihvatiti ponudu u svakom trenutku u okviru ovog roka.

Citirani propisi kao i postupanje banaka koje su po citiranim Preporukama i Odlukom bile dužne da korisnicima ovih kredita ponude olakšani način otplate bi mogli da budu dovoljan dokaz da je nastupanje promenjenih okolnosti bilo moguće izbeći ili savladati, kako u stavu 2 člana 133. ukazuje ZOO.

Naravno, presuđujući raskid predmetnog ugovora Sud svakako vodi računa i o primeni stava 3 člana 133. odnosno da se strana koja zahteva raskid ugovora ne može pozivati na promenjene okolnosti koje su nastupile po isteku roka određenog za ispunjenje njene obaveze.

Dalje, u prilog održanju Ugovora govori i stav 4 člana 133. ZOO koji propisuje da se Ugovor neće raskinuti ako druga strana ponudi ili pristane da se odgovarajući uslovi Ugovora pravično izmene. U kontekstu ovog stava bi u svakom konkretnom slučaju bilo uputno proveriti da li je sam ugovor, čiji je raskid predmet spora, sadržavao odredbu o mogućnosti konverzije valute tokom otplate kredita, odnosno da li se tužena banka pozvala na neki od citiranih propisa koje je donela NBS ili je možda i sama ponudila neki metod umeravanja dinarskog izraza devizne obaveze korisnika kredita.

Okolnosti od značaja za odluku suda propisani su odredbom člana 135. ZOO koji nalaže da se pri odlučivanju o raskidanju ugovora, odnosno o njegovoj izmeni, sud rukovodi:

a) načelima poštenog prometa, vodeći računa naročito o: a) o cilju ugovora, b) o normalnom riziku kod ugovora odnosno vrste, i c) o opštem interesu, kao i o d) interesima obeju strana.

Da li dosuđivanje raskida ugovora u okolnostima koje smo gore opisali, a tiču se mogućnosti izbegavanja nastupanja posledica promenjenih okolnosti, oteotvoruju načelo poštenog prometa i interes obeju strana. Promet podrazumeva učešće makar dve strane, da bi bio pošten mora biti pošten za obe strane ugovornice ne samo za jednu.

Raskid Ugovora o kreditu sa valutnom klauzulom, zbog promenjenih okolnosti koje se ogledaju samo u promeni kursa valute obaveze, na osnovu svega do sada iznetog, ne smatram da ima pravno utemeljenje.

Promena vrednosti kursa valute obaveze u ovim ugovorima svakako ima svoj uticaj na održivost ugovora ali u situaciji kada: 1) izabrana valuta obaveze nije valuta u kojoj korisnik ostvaruje svoje redovne prihode, niti u toj valuti ostvaruje deviznu štednju ili ima imovinu u zemlji domicila te valute 2) dinarski prihodi korisnika kredita postanu nedovoljni za izmirivanje obaveze po ovom kreditu ili mu je izmirivanje predmetne obaveze usled porasta kursa bitno otežano i 3) je u saradnji sa bankom aneksirao ugovor o kreditu na način da je izmenjena valuta obaveze (izvršena je konverzija) ali da ni ta mera nije dovela do umeravanja visine njegove mesečne obaveze do nivoa održivog balansa sa redovnim mesečnim prihodima. Dakle, ono što jeste promenjena okolnost nije sam skok vrednosti CHF, nego činjenica da takav porast vrednosti mesečne obaveze po osnovu predmetnog kredita u odnosu na dinarske prihode, korisnika kredita dovode u situaciju da: a) je njegov životni standard ugrožen u značajnoj meri i b) zbog takvog odnosa prihoda i visine obaveze nijedna banka u zemlji ne bi odobrila kredit za kupovinu stana iste kvadrature na istoj lokaciji. Međutim, kod postavljanja kriterijuma promenjenih okolnosti na izneti način, fokus analize se pomera sa kursa valute u kojoj je indeksiran kredit na okolnosti koje se tiču životnog standarda i redovnih prihoda korisnika kredita. Promenjene okolnosti koje bi mogle dovesti do raskida ugovora bi dakle bile promenjene životne prilike korisnika kredita u toku realizacije ugovora o kreditu a ne samo činjenica promene vrednosti valute u kojoj je iskazana obaveza korisnika kredita koja može uticati ali i ne mora na mogućnost ispunjenja ugovora. Po mišljenju autora tek sa ispunjavanjem navedenih uslova, stižu se pretpostavke za raskid ovih ugovora koje nalažu standardi poštenog prometa i zadovoljavanja opšteg kao i interesa obe strane.

PRAVILA O VRAĆANJU ZA SLUČAJ RASKIDA

Razmišljajući o pravilima o vraćanju kod raskida dvostrano teretnih ugovora, ne može se izbeći razmišljanje o mogućoj faktičkoj situaciji kao modelu za odmeravanje primene načela poštenog prometa.

Dakle jedan od tih, sada ne samo više zamišljenih nego i mogućih modela, bi mogao da izgleda ovako: kupljen je stan 2006. godine kreditom u švajcarskom franku kao valuti obaveze, otplata je trajala uredno do 2016. godine kada je ugovor raskinut, dinarski iznos kredita na dan njegovog puštanja u tečaj (prenosa na račun korisnika odnosno prodavca stana, kakav slučaj može biti) je taman takav da odgovara ili je čak manji od dinarskog iznosa koji predstavlja zbir plaće-

nih anuiteta do dana raskida ugovora, pa ili niko ne vraća nikome ništa po osnovu raskida ili banka doplaćuje neki iznos korisniku kredita. Moguće da bi ovakav scenario bio primenjen na okolnost da je presudom došlo do poništaja ugovora o kreditu ili do poništaja valutne klauzule ali nije, pa mi se s toga ovaj model ne čini vrednim razmatranja.

Drugi model: međusobna davanja izvršena u vreme dok je ugovor bio na snazi se obračunavaju u valuti obaveze (CHF odnosno EUR), ostatak duga korisnik kredita vraća odjednom u celosti banci ili na drugi način postignut poravnanjem sudskim ili vansudskim. Zatezna, odnosno ugovorena, kamata nastavlja da teče na ukupan ostatak duga od dana raskida do njegovog izmirivanja, a naplata tako utvrđenog potraživanja banke se vrši aktiviranjem instrumenata obezbeđenja. Ovim modelom, za razliku od prvog gde gube banka i finansijska pa i pravna stabilnost zemlje, gube svi. Opšti interes nije zadovoljen jer se povećava broj visokorizičnih kredita, raskidom ugovora se ugrožava pravni poredak jer se u njega unosi visok stepen nestabilnosti (s obzirom da se odredbe važećih zakona ne primenjuju, ZOO i ZDP), klijent gubi stan ili drugi instrument obezbeđenja, izlaže se dodatnim troškovima a i kapitulazuje gubitak po osnovu kursa na ceo iznos ostataka duga, upravo suprotno od onoga što je tužbom za raskid ugovora želeo da postigne, takođe i banka gubi jer povećava iznos beskatmatno imobilisanih sredstava do konačne naplate kredita kao i što se izlaže dodatnim troškovima radi naplate svojih potraživanja.

Raskid ugovora o kreditu uvodi ugovorne strane u situaciju da korisnik kredita drži preostali neizmireni iznos sredstava tog kredita bez osnova, jer je osnov po kome ga je primio otpao, u smislu stava 2 člana 210. ZOO, po kome se vraća ono što je stečeno po osnovu koji je kasnije otpao.

Nažalost, niz mogućih nepovoljnih rešenja se ne završava samo na ugovornim stranama iz raskinutog ugovora, već se u razmatranju ovog problema mogu naći i treća lica.

Raskid ugovora o kreditu i problem utvrđivanja visine i obima vraćanja primljenog iz tog ugovora ne mogu proći bez analize da li i koliko se od preostalog duga po prvobitnom otplatnom planu može zahtevati od osiguravajućih društava kod kojih su možda pojedne vrste ovih kredita bile osigurane, pri tom mislim i na Nacionalnu korporaciju za osiguranje stambenih kredita ali ne i isključivo na tu instituciju. Zatim, moguće je razmatrati pokretanje postupaka protiv države primenom nekog od načela definisanih u sudskim presudama kao što su: Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu broj Gž. 1364/2012 od 24.01.2013. godine, zatim Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 403/10 od 08.04.2010. godine i recimo Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, posl. broj Gž-3932/13 od 09.04.2014. godine, kojom je potvrđena Presuda Osnovnog suda u Novom Sadu, posl. broj


P-4315/13 od 26.07.2013. godine a kojima su opisani načini postupanja državnih organa uključujući i sudove, na način da je tužiocima naneta šteta, čija naknada se, pod tamo definisanim uslovima, sa uspehom od države može sudskim putem zahtevati.

MOGUĆA KOMPROMISNA REŠENJA

Ništa novo neću reći ako kažem da se ugovori tumače na način da se prvo ispituju mogućnosti njihovog opstanka, takođe nije ništa novo ni to da se raskidom ugovora samo otvaraju novi problemi i nova pitanja na koja odgovori nisu jednostavni. Takođe nije jednostavno, u sadašnjim tržišnim uslovima, ostaviti nepromenjen ugovor o kreditu sa valutnom klauzulom naročito kada je izabrana valuta obaveze švajcarski franak.

Moguća rešenja dala je, kako smo videli u 2013. i 2015. godini Narodna banka Srbije, ali ta rešenja nisu primenjena u većoj meri, moguće i zbog toga što su bila suviše opšta ali i nedovoljno obavezujuća.

Opštost propisanih rešenja pokazuje se kao problem kod analize stepena docnje po visini kredita indeksiranih u stranu valutu naročito u švajcarski franak a koju možemo sagledati kroz ovde prikazanu tabelu:

 УДРУЖЕЊЕ БАНАКА СРБИЈЕ КРЕДИТНИ БИРО						
СТАМБЕНИ КРЕДИТИ СА ВАЛУТНОМ КЛАУЗУЛОМ У CHF И EUR						
(стање 12.10.2016.)						
- износи у милдин						
Број кредита	Структура	Број корисника	Кредити	Износ остатка дуга	Износ у доцњи преко 60 дана	Учешће доцње
1	2	3	4	5	6	7 (6.5)
Кредити са вал.кп. у CHF						
1 599	8,4%	1 591	до 1 милдин	881	27	3,1%
10 916	57,4%	10 858	1 - 5 милдин	31 604	1 445	4,6%
4 567	24,0%	4 545	5 - 10 милдин	31 331	2 991	9,5%
1 160	6,1%	1 155	10 - 15 милдин	13 902	1 792	12,9%
359	1,9%	356	15 - 20 милдин	6 146	1 135	18,5%
426	2,2%	416	преко 20 милдин	14 309	5 789	40,5%
УКУПНО: 19.027	100,0%	18 921		98 173	13 179	13,4%
Кредити са вал.кп. у EUR						
9 415	11,6%	9 342	до 1 милдин	5 285	122	2,3%
57 136	70,5%	56 629	1 - 5 милдин	157 145	1 614	1,0%
12 415	15,3%	12 357	5 - 10 милдин	81 472	1 389	1,7%
1 393	1,7%	1 387	10 - 15 милдин	16 553	698	4,2%
363	0,4%	362	15 - 20 милдин	6 189	398	6,4%
325	0,4%	315	преко 20 милдин	10 510	2 012	19,1%
УКУПНО: 81.047	100,0%	80 392		277 154	6 233	2,2%

Београд, 12.10.2016.

¹² Tabela Stambeni krediti sa valutnom klauzulom u CHF i EUR stanje na dan 12.10.2016. godine, Udruzenje banaka Srbije, Kreditni biro.

Naime, procenat docnje u otplati ovih kredita dramatično raste sa porastom iznosa ovih kredita, tako da paradoksalno statistički manji ili prosečni iznosi kredita (do oko 50.000 švajcarskih franaka) beleže docnju od oko 4,5% dok je docnja kod ovih kredita uzetih u iznosu koji je oko ili viši od 200.000 CHF preko 40%.¹³

Moguće da ovaj podatak ukazuje, pored, možda, drugih zaključaka, da je pristup rešavanju ovog problema potrebno saobraziti iznosu prvobitnog zaduženja. Naime, veći stepen docnje govori o tome da rešenja kao što su smanjivanje vrednosti kursa uz obavezu vraćanja iznosa za koji je obaveza umanjena u nekom narednom periodu za ovu vrstu clijenata nedovoljno atraktivna, jer bi morala da se sa jedne strane pomiri sa priznanjem kapitalnog gubitka odjednom ali i da posmatra dalje kretanje kursa za koji se možda nada da bi mogao da zauzme i drugačiji pravac od sadašnjeg ili da bi planirani poslovni aranžman mogao da sanira postignuti gubitak i opravda izbor CHF-a kao valute obaveze. Na žalost, kod ove vrste clijenata jedina ideja koja se sa ovog aspekta može sagledati je iznalaženje pojedinačnih rešenja, slučaj po slučaj. Uopštavanje rešenja verovatno bi ne mali broj njih uveo u novu spiralu problema. Nasuprot njima, clijent koji je ovom vrstom kredita obezbedio stambeno ili neko drugo životno rešenje je mnogo više zabrinut za visinu svoje mesečne obaveze u odnosu na mesečna primanja, pa bi i rešenje za njega trebalo tražiti upravo u tom pravcu.

Reklo bi se da je konverzija u drugu valutu prihvatljivija, sada već uključujući i dinar, jer je sve više atraktivan za zaduživanje između ostalog i zbog toga što većina clijenata ostvaruje prihode u domaćoj valuti, kao i što kamatne stope počinju da bivaju konkurentne, prema saopštenju Narodne banke Srbije.¹⁴ Prihvatljivost konverzije podržava činjenica nedovoljno brzog makroekonomskog oporavka evropske privrede u kom okruženju kretanje kursa švajcarske valute svakako ne može biti povoljan za rešavanje problema vraćanja kredita indeksiranih u tu valutu u doglednoj budućnosti. Velikim korisnicima ovih kredita i bankama izgleda predstoji put koji podrazumeva restukturiranje potraživanja, uključujući vrlo moguće i smanjivanje imovine pribavljene ovim kreditima i dogovor sa bankom oko obostrano najprihvatljivijih ili najmanje bolnih načina vraćanja preostalog iznosa.

ZAKLJUČAK

Valutna klauzula u ugovorima o kreditu, koji je sadržavaju, ne predstavlja način merenja dinarskog iznosa koje je korisnik kredita iz tog ugovora primio i koje treba da vrati, već predstavlja deviznu obavezu obe ugovorne strane, koja se

¹³ Izveštaj Kreditnog biroa Udruženja banaka Srbije.

¹⁴ Saopštenje Kabineta guvernera Narodne banke Srbije od 01.11.2016. godine: "Snižavanje-ciljane stope inflacije za 2017. i 2018. godinu".

kao takva iskazuje i u poslovnim knjigama banke kao poverioca kao i što se korisnik kredita u toj valuti informiše o promenama visine svoje obaveze tokom realizacije ovog ugovora.

Valorizacija kao pojam vezuje se za istorijski period velike inflacije u našoj zemlji i različite pravne načine utvrđivanja pravnog i pravičnog odgovora na posledice koje su inflacijom izazvane i sa sadašnjom valutnom klauzulom, osim možda psihološki, drugih veza nema.

Raskid ugovora o kreditu usled promenjenih okolnosti je moguć pod uslovima, koji kumulativno treba da se steknu, a to su: a) da korisnik kredita ne ostvaruje prihode u valuti u kojoj je kredit indeksiran, niti u toj valuti ima deviznu štednju ili imovinu u zemlji domicila te valute 2) dinarski prihodi korisnika kredita postanu nedovoljni za izmirivanje obaveze po ovom kreditu ili mu je izmirivanje predmetne obaveze usled porasta kursa u odnosu na redovna primanja bitno otežano 3) da je sa bankom aneksirao ugovor o kreditu na način da je izmenjena valuta obaveze (izvršena je konverzija), ali da ni ta mera nije dovela do umeravanja visine njegove mesečne obaveze do nivoa održivog balansa sa redovnim mesečnim prihodima, 4) da banka nije podnudila mogućnost promene ugovora, niti je mogućnost izbegavanja ili savladavanja posledica promenjenih okolnosti nije postojala, 5) da je raskid ugovora u obostranom interesu ugovornih strana kao i da je 6) raskid ugovora u opštem interesu. Vraćanje međusobno primljenog po raskinutom ugovoru bi se vršilo po pravilima o vraćanju stečenog bez osnova, a imajući u vidu deviznu prirodu obaveze korisnika kredita obračunatu na dan vraćanja ili drugačije, ali samo po sporazumu stranaka.

Kako najveći problemi u otplati kredita indeksiranih u švajcarskom franku dolaze od korisnika koji su se u ovoj valuti najviše zadužili to opšti interes i načelo pravičnosti nalažu da se kod dosuđenja raskida o činjenici visine kredita posebno vodi računa.

PREDRAG ĆATIĆ
Legal Affairs Specialist,
Association of Serbian banks

CURRENCY CLAUSE, TERMINATION AND CONSEQUENCES
OF TERMINATION OF THE LOAN AGREEMENT
WITH A CURRENCY CLAUSE

Summary

The subject matter is a contribution to the broad public and professional debate on the consequences of the implementation of currency clauses in loan agreements and justi-

fiability of terminating such agreements due to the changed circumstances, which are recognized in the increased rate value of some hard currencies, especially in the appreciation of the Swiss franc (CHF) against the euro (EUR) and the Serbian dinar (RSD).

Contribution to the professional debate on the subject matter, by means of presenting the arguments in favor of the view that the termination of loan agreements due to the changed circumstances (*rebus sic stantibus* – *lat.*) occurred due to the increased value (appreciation) of the CHF currency rate, was given by, both: Conclusions and Report made by Honorable judge PhD Dragisa B. Slijepcevic, titled “Implementation of the currency clause and variable interest rate in Loan Agreements” presented at the Twenty forth Conference of judges of Commercial courts of law of the Republic of Serbia¹⁵, September 2016. (hereinafter: Report) and Elaboration on the Decision of the Appellate Court of Law in Novi Sad Verdict No Gz1781/2016 dated September 1st 2016¹⁶.

With the intention to contribute to the concerned debate, I will hereby try to present the relevant evidence as follows:

- the currency clause is not only a measurement (“valorimetar”) measuring the value of liabilities of contractual parties, but is an undertaken obligation which has to be either fulfilled as it reads, or changed according to the provisions of the underlying agreement or the governing law;

- appreciation of the FX rate, of some currency, taken for itself, is not and cannot be considered as a changed circumstance according to which an agreement can be terminated;

- termination of the loan agreement with the currency clause does not lead to the diminishing of liabilities of one of the contractual parties, but on the contrary, it worsens the position of both parties;

- specific regulation of banking activities together with other general civil, above all contractual responsibility, leads to the conclusion that mutual remuneration after the termination of the loan agreement with the currency clause will not end with the contractual parties only, but will have impact on third parties who are not directly involved in the concerned agreement.

The currency clause in loan agreements is not an instrument of measuring the received dinar amount of the loan. Instead it is the foreign exchange liability of both sides, which is as such booked in the bank’s financial statements and is used as a source of information for the client concerning his/her outstanding loan balance.

Valorization as a term is related to the historical period of hyperinflation in our country and to the different legal methods of determination of acceptable responses to the consequences caused by the concerned inflation and it does not have anything to do with the currency clause we are discussing now.

Termination of a loan agreement due to the changed circumstances, by the author’s opinion, is possible under the cumulative fulfillment of the following conditions:

¹⁵ Dr Dragiša B. Slijepčević, sudija Ustavnog suda Srbije, “Primena valutne klauzule i promenljiv ekamatne stope u ugovoru o kreditu”, strana 49, Privredni apelacioni sud, Dvadeset četvrto Savetovanj esudija privrednih sudova Republike Srbije, Radni materijal II, Zlatibor, hotel “Mona”, septembar 2016, Beograd, 2016. godine – Serbian original.

¹⁶ Source: Paragraf’s assortment of jurisprudence of Appellate court of Law in Novi Sad No 5/2016.

a) the borrower does not gain any income in currency in which loan is indexed, nor does he/she have any savings in that currency or any property in the country of domicile of such currency,

2) the borrower's income in dinars becomes insufficient for the due payments of the installments or the regular payment, due to the appreciation of the chosen currency, becomes crucially worsened,

3) annexation of the concerned loan agreement, in the form of a substitution of the currency of the liability (conversion) but even the undertaking of that move did not provide any sustainable balance (leverage) between the income and loan liabilities,

4) the bank did not offer any possibility nor loan agreement amendments nor the possibility of avoidance or overcoming of the consequences of the changed circumstances,

5) the termination is in the mutual interest of both sides;

6) the termination of loan agreement is in the general public interest.

Restitution of the mutually received benefits upon the termination of the agreement must be performed under the rules of restitution of gained benefits with no grounds having in mind the foreign exchange nature of the obligation calculated on a day of restitution performed or otherwise but only upon the mutual agreement of parties.

Bearing in mind the fact that the biggest problems in repayment of loans indexed in Swiss franc come from the borrowers who took the biggest amounts of loans, the general public interest and principle of fair conduct command that the amount of the taken loan be carefully considered in the process of passing the decision about the agreement termination.

PRIRODA ZADUŽIVANJA BANAKA U STRANOJ VALUTI

U V O D

Istoriski gledano, uzimanje kamate na pozajmljena sredstva se smatralo grehom, te su iz istog razloga mnoge zemlje zabranjivale osnivanje banaka. U životu sve sto je zabranjeno na kraju je pronalazi put do krajenjih korisnika. Već u srednjem veku menjači novca u Italiji su na uličnim klupama preuzeli da obavljaju ovu vrstu posla. Kao sto nam je poznato klupa se na italijanskom jeziku kaze Banco, te su menjači novca i glavni krivci za stvaranje današnjeg, široko primenjivog naziva *-banka*. Još u 12. veku u Mletačkoj republici se osnivaju društva za čuvanje depozita. Prva banka u Italiji je osnovana u Đenovi 1407. godine pod nazivom Banka Sv. Đorđe (*Casa di San Giorgio*). Ipak, naznake klasičnog savremenog banakarstvo prvi put su se javile u Veneciji 1587. godine, kada je osnovana banka pod nazivom *Banco di Rialto*, koja je i vršila ulogu državne banke Mletačke Republike od 1587. pa sve do 1617. godine.¹

Od 12. veka pa do danas mnogo vremena je prošlo, ali stara dilema još uvek nije otklonjena. Aktuelne javne rasprave i komentari vezani za zaduživanje klijenata u švajcarskim francima kod običnih građana kreiraju svakodnevnu dilemu, da li su nam banke uopšte i potrebne, i da li je ova vrsta posla ustvari greh. Kada bi smo radili anketu i pitali građane da nam odgovore na dotično pitanje, u 99% slučajeva odgovor bi bio pozitivan. Pa gde je onda problem i šta je to što kre-

Nebojša Pantelić, direktor trezora Vojvođanske banke NBG.

¹ Wikipedia.rs

ira konstantno nezadovoljstvo klijenata bilo da su u pitanju korisnici kredita ili klijenti koji su višak svoje likvidnosti poverili na čuvanje bankama? Odgovor je vrlo jasan, motiv zadovoljenje sopstvenih potreba, kreira ovakav stav. Banke nemaju potrebu za empatijom javnog mnjenja, već samo za realnim sagledavanjem zdrave logike prilikom predmetnih rasprava već spomenute teme.

Cilj ovog rada je da se osnaži zdrava logika kroz opisivanje procesa koji se dešavaju u banci od trenutka aktiviranje klijentske želje/potrebe da se dobije kredit, do samog izmirivanja svih dospelih obaveza po osnovu korišćenja kredita, koje proizilaze iz potpisanog ugovora dveju strana.

Da bi smo što bolje razumeli i objasnili procese u banci po osnovu predmetnih kredita, pre svega moramo objasniti koji to izvori finansiranja postoje, kakva je njihova struktura i koji su im potencijali nivoi za buduće kreditne aktivnosti.

IZVORI FINANSIRANJA BANAKA

Kapital

Kapital banke predstavlja trajno uloženi i nepovratni izvor finansiranja koji bankama ne kreira obavezu povraćaja uloženog.

Osnivači banke obezbeđuju sredstva za osnivački kapital banke. Banka se osniva kao akcionarsko društvo, a uložena sredstva mogu biti kako u novčanom tako i nenovčanom obliku. Bez obzira da li novčani iznos osnivačkog kapitala ulaze domaće ili strano pravno ili fizičko lice, po Zakonu o bankama u Republici Srbiji novčani deo osnivačkog kapital ne može biti manji od 10.000.000 evra i vodi se u dinarskoj protivvrednosti prema zvaničnom srednjem kursu na dan uplate.² Osnivači banake za uložena sredstva stiču vlasničko pravo nad akcijama banke, dok banka njihovim ulaganjem postaje vlasnik uloženog kapitala.

Bankarski sektor Srbije je adekvatno kapitalizovan kako sa aspekta ostvarenog nivoa pokazatelja adekvatnosti kapitala, tako i u pogledu strukture regulatornog kapitala. Na kraju drugog kvartala 2016. godine prosečna vrednost adekvatnosti kapitala na nivou bankarskog sektora je iznosila 21,60%, što je znatno iznad minimuma od 12%, koji je propisala Narodna banka Srbije, kao i iznad minimuma od 8%, definisanog Bazelskim standardima.³

Nivo risk-apetita banake mora da korelira i sa nivoom kapitalne baze. Visina kapitala, pored uloge obezbeđenja izvora rasta banke, predstavlja garanciju i adekvatnu "podlogu" za sve rizike koji mogu proistaći iz budućih kreditnih aktivnostima.

² Zakon o bankama ("Sl. glasnik RS", br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015).

³ Kvartalni izveštaj II za 2016.

Iz svega iznetog, nameće nam se obaveza da u što kraćim crtama opišemo i načine dodatnog uvećanja kapitalne baze.

Povećanje akcionarskog kapitala

Povećanje akcionarskog kapitala se najčešće ostvaruje: Dodatnim emisijama akcija; Raspređivanjem ostvarene dobiti; Konverzijom duga u akcije banke; Revalorizacijom.

Uvećanje akcionarskog kapitala može se ostvariti dodatnom emisijom običnih ili preferencijalnih akcija. Obične akcije pored prava učešća u raspodeli dobiti kroz dividendu, nose u sebi i upravljačku funkciju. Za razliku od njih, preferencijalne akcije nose isključivo pravo učešća u dobiti.

Na kraju svake obračunske godine, skupština akcionara, kao najviše upravljačko telo banke, donosi odluku o budućem tretmanu ostvarene dobiti. Tek donošenjem odluke o neraspodeli dobiti na dividendu, stiže se pravo da *neraspoređena dobit* postane deo regulatornog kapitala.

Konverzijom duga u kapital banke (debt equity swap) Radi se pre svega o kreditnim linijama matice, koje u skladu sa potrebama svojih supsidijara mogu pretvoriti svoje potraživanje u kapital banke.

Pojam revalorizacije, kao metode uvećanja kapitala, se vezuje za *revalorizaciju* bankarske pozicije *ulaganja u hartije od vrednosti* koja se u knjigama banaka vodi kao pozicija koja je "raspoloživa za prodaju u bilo kom momentu" (available for sale). Pored *revalorizacije* hartija od vrednosti, svodjenje *osnovnih sredstava* na fer vrednost putem revalorizacije, takođe utiče na visinu kapitala.

Pojam zaduživanja

Zaduživanje predstavlja pasivni bankarski posao putem kojeg banke podižu svoj kreditni potencijal. Primajući novčana sredstva, banka postaje dužnik, koji je u obavezi da plati kamatu vlasnicima poverenih sredstava (poveriocima).

Osnovni oblici zaduživanja su: Emitovanje obligacionih hartija od vrednosti (obveznice, komercijalni zapisi...); Kreditne linije od drugih banaka; Depoziti klijenata (bez obzira da li su oni pravna ili fizička lica) po viđenju ili oročeni.

Najznačajnije *obligacione hartije od vrednosti* koje banke emituju sa namenom prikupljanja dodatnih novčanih sredstava su komercijalni zapisi i obveznice. One u sebi sadrže obligaciono pravo tj, novčano potraživanje imaoaca hartije prema emitentu iste.

Komercijalni zapis je kratkoročna hartija od vrednosti čiji se emitent obavezuje da će imaoocu isplatiti nominalni iznos u označenom roku. To je kratkoročna,

po pravilu neobezbeđena isprava o dugu, koju obično emituju klijenti visokog boniteta, u velikim denominacijama i uz diskont.⁴

Obveznice su dužničke hartije od vrednosti koje obavezuju emitenta (zajmoprimca) da investitoru (zajmodavacu) ili donosiocu, isplati iznos naveden na njoj sa određenom kamatom na dan dospeća obveznice. Radi se o dugoročnim hartijama od vrednosti koje mogu nositi fiksnu ili varijabilnu kamatnu stopu. Obveznice, za razliku od akcija, ne daju pravo učešća u vlasništvu i dobiti preduzeća, ali daju pravo na povraćaj uložene glavnice uvećane za ugovorenu kamatu u ugovorenom roku.⁵

Novija bankarska praksa se susreće sa ovakvim vidom zaduživanja tek 2012. godine, kada je banka Societe Generale Srbija objavila jedinstveni prospekt za uključjenje u trgovanje na otvorenom tržištu dugoročnih dinarskih obveznica, sa varijabilnom kamatnom stopom. Osnova za utvrđivanje varijabilnog dela kamatne stope za svaki pojedinačni kamatni period je bila zvanična vrednost Referentne kamatne stope, dok je fiksni deo kamatne stope bio nepromenljiv i iznosio je 5,25%, na godišnjem nivou. Obveznice su izdate sa rokom dospeća od 3 godine od dana izdavanja po emisionoj ceni od 1.000,00 dinara, koje su dospevale na naplatu 23. aprila 2015. godine.

Societe Generale Banka Srbija je izvršila primarnu prodaju obveznica javnom ponudom, unapred određenim kvalifikovanim investitorima, u skladu sa članom 12, stav 1, tačka 1) Zakona o tržištu kapitala. Obveznice su bile neograničeno prenosive, dugoročne, dužničke hartije od vrednosti emitovane u dematerializovanom obliku, registrovane na ime u Centralnom registru hartija od vrednosti u denominaciji od 1.000,00 dinara.⁶

U periodu trajanja upisa i uplate, ukupno je upisano i uplaćeno 2.841.800 komada obveznica, ili 167,16% u odnosu na ukupnu nominalnu vrednost emisije od 1,7 milijardi dinara, što je bio odličan indikator potencijala tržišta u tom trenutku. Krajem iste godine i Erste banka je emitovala svoju prvu dužnicku hartiju od vrednosti, dinarsku obveznicu. Ipak, prepoznavajući složenost opisanih procesa, koji su ujedno i podrazumevali višu cenu izvora finansiranja, banke su se u budućim procesima zaduživanja više opredeljivale za druge, jednostavnije oblike.

U zavisnosti od strategije i poslovne politike zaduživanja, *medjubankarski kreditni aranžmani* mogu predstavljati važan izvor kreditnog potencijala. U zavisnosti od valutne strukture, tržište je prepoznalo kredite u domaćoj i u stranoj valuti. Različite potrebe banaka u ročnosti izvora finansiranja kreirale su linije na kratak i dug rok. Kod dugoročnih kredita posebnu ulogu imaju oni koji kreira-

⁴ S. Kümpel, s. 1833.

⁵ www.psinvest.rs

⁶ SGS Jedinstveni prospekt.

ju subordiniranu obavezu po banku, koji u skladu sa metodologijom izračunavanja adekvatnosti kapitala i rizične aktive banaka mogu postati sastavni deo regulatornog kapitala.

Stanje ukupnog kreditnog zaduženja bankarskog sektora u Srbiji na kraju drugog kvartala 2016. godine je iznosilo 279,2 milijarde dinara. Najveću pojedinačnu stavku predstavljaju primljeni krediti od matica i međunarodnih finansijskih institucija, sa učešćem od blizu 82%, kao i obaveze po osnovu prekonoćnih kredita (overnight) koje čine 14,5%. Posmatrano iz ugla ročnosti, evidentno je većiinsko učešće dugoročnih obaveza u iznosu od 66,5%, posebno u delu primljenih kredita. Preovlađujuća valuta zaduženja je evro koji sa 228,0 milijardi dinara čini 82% ukupne kreditne zaduženosti (oko EUR 1,85 milijardi). Obaveze u dinarima iznose 37,0 milijardi (blizu 14%), dok *banke u švajcarskim francima duguju svega 12,0 milijardi* (u procentima izraženo 4,3%).⁷

Tendencija smanjenja ukupne *kreditne zaduženosti bankarskog sektora u inostranstvu* prisutna je još od druge polovine 2013. godine. Smanjenje zaduženja je zabeleženo pre svega u delu obaveza po osnovu primljenih kredita, kraju na kraju drugog kvartala 2016. godine iznose oko 164,0 milijarde dinara. Dugoročni krediti dominiraju u ročnoj strukturi zaduženja u inostranstvu i iznose blizu 77%. Od dugoročnih obaveza jedan deo kreira i subordinirane obaveze banaka, koje sa junom 2016. godine iznose 61,0 milijardu dinara.⁸

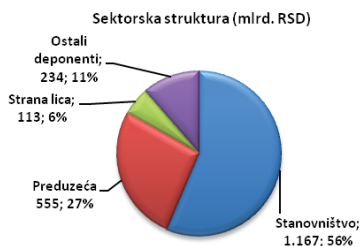
Novčani depoziti klijenata predstavljaju oročena ili sredstva po viđenju, na osnovu kojih poverioci sredstava, ostvaruju prihod, tj kamatu. Kod oročenih depozita, klijenti se ugovorom obvezuju da će držati sredstva kod banke po unapred definisanoj kamatnoj stopi i vremenskom roku. U slučaju opoziva sredstava pre roka, praksa predviđa da banka klijentu isplaćuje nižu kamatnu stopu od definisane. Kod depozita po viđenju klijent ima pravo da u bilo kom momentu zatraži povraćaj sredstava, s tim što će kamata koju ostvaruje ovakvom štednjom biti i znatno niža.

Trenutno stanje depozita u Republici Srbiji

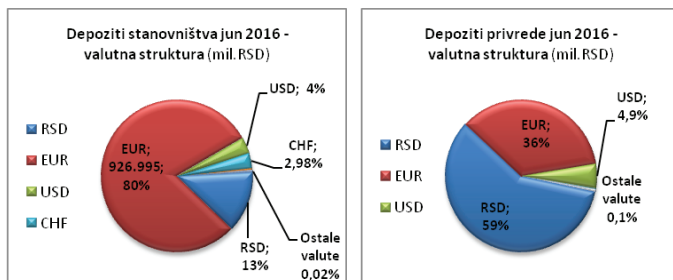
Primljeni depoziti predstavljaju primarni izvor finansiranja banaka u Srbiji, sa učešćem od 66,3% u ukupnoj pasivi. (2.069,3 milijadre dinara na kraju drugog kvartala 2016.)

⁷ Kvartalni izveštaj II za 2016.

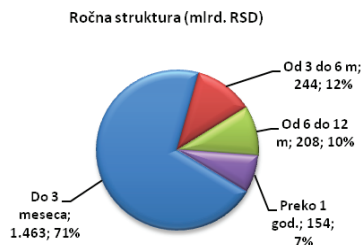
⁸ Kvartalni izveštaj II za 2016.



Po osnovi sektorske strukture, preko 56%, ili u apsolutnom iznosu 1.167 milijardi, čine depoziti stanovništva, od čega devizni depoziti stanovništva čine preko 87%. Dinarska baza (13%), iz godine u godinu raste, ali se većina i dalje nalazi na transakcionim računima. Depoziti privrede se nalaze na drugom mestu sa učešćem u ukupnim od oko 27% ili tačnije 555 milijardi. (59% u dinarima)

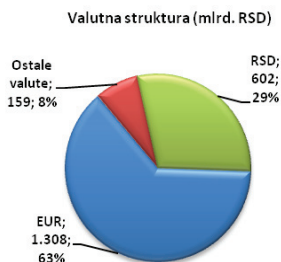


Sa stanovišta strukture ročnosti nešto preko 56% od ukupnih depozita čine depoziti po vidjenju. Slede oročeni depoziti do godinu dana sa učešćem od 36,5%, dok sa preostalom ročnošći preko godinu dana učestuju sa svega 7,5%.



Ukoliko posmatramo depozite po valutnoj strukturi, udeo deviznih i deviznih indeksiranih depozita iznosi 70,9%, pri čemu je evro dominantna valuta sa 89,1%. (dolar 6,9% i švajcarski franak 3,1%).⁹

⁹ Kvartalni izvestaj II za 2016.



Specifičnosti tržišta kao i raznolika potreba samih klijenata su bankama nametali obavezu stvaranja različitih oblika depozitnih poslova. Renta štednja kod koje se kamata isplaćuje u toku ugovorenog perioda u jednakim mesečnim iznosima, štednja sa unapred ugovorenom isplatom kamate, samo su neke od različitih varijacija predmetnog posla. Međutim, posebnu ulogu u opisivanju procesa odobravanja kredita sa valutnom klauzulom ima i objašnjenje pojma dinarskih depozita sa valutnom klauzulom.

Dinarski depozit sa valutnom klauzulom

Zakon o deviznom poslovanju (u daljem tekstu ZDP), specifičnost tržišta Republike Srbije, je striktno propisao osnove, po kojima pravna i fizička lica mogu da kupuju devizna sredstva. Imajući u vidu zakonska ograničenja za pravna lica, kao i potrebu istih da višak dinarske likvidnosti zaštite od inflatornih i valutnih rizika, banke su ponudile rešenje u vidu *dinarskog depozita sa valutnom klauzulom*. Radi se o proizvodu, koji putem valutne klauzule pravnim licima daje mogućnost da dinarski depozit vežu (indeksiraju) za bilo koju čvrstu valutu (EUR, USD, CHF, JPY GBP..) na ugovoreni rok. Nivo depozita, u odabranoj valuta, će ostati nepromenjen bez obzira na valutne rizike, čija posledica može biti apresijacije ili depresijacije dinara. Indeksiranje dinarskog depozita se vrši po srednjem kursu (između odabrane čvrste valute i dinara, npr EUR/RSD ili USDRSD) na dan zaključivanja predmetnog posla. Važno je napomenuti da se u ugovorenom aranžmanu na dinarske depozite sa valutnom klauzulom obračunava (primenjuje prilikom oročenja) isključivo kamatna stopa one čvrste valute za koju je dinarski depozit i vezan. Kako sve ovo izgleda u praksi.

Primer 1

Klijent raspolaže sa višakom likvidnosti u iznosu od RSD 120.000.000.-. Imajući u vidu želju da u narednih 300 dana ugovori posao koji će mu kreirati obavezu

plaćanja od EUR 1.000.000.-, a uzimajući u obzir ograničenja ZDP, klijent se opredeljuje da dinarska sredstva veže za valutu EUR i da sredstva oroči na 300 dana. Na dan oročenja dinarskog depozita sa valutnom klauzulom, srednji kurs NBS EUR/RSD iznosi 120,00. Banka vrši kursiranje dinarskog depozita RSD 120.000.000.- (dinarska obaveza) po srednjem kursu od 120,00 i formira na računu klijenta deviznu obavezu EUR 1.000.000.-, izražena u dinarskoj protivvrednosti.

Šta se dešava na dan dospeća depozita i koji su mogući ishodi nakon 300 dana?

Situacija 1. Dinar je depresirao i srednji kurs NBS iznosi 125,00 dinara za jedan EUR

Imajući u vidu pada vrednosti domaće valute na nivo od 125,00 u odnosu na EUR (srednji kurs EUR/RSD na dan oročenja predmetnog depozita je iznosio 120,00) kao i ugovorenu obavezu banke da klijentu izvrši isplatu od EUR 1.000.000.- u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu na dan dospeća, banka odobrava dinarski račun klijenta u iznosu od RSD 125.000.000.-

Sa stanovišta dinarske likvidnosti, u situaciji pada vrednosti kursa dinara sa 120,00 na 125,00 (Situacija 1), klijentu se uvećao dinarski depozit u nominalnom iznosu od RSD 5.000.000.-. Posmatrajući iz ugla motiva zašto je klijent ušao u ovakav depozitni aranžman tj. dospelosti plaćanje po ugovorenom poslu od EUR 1.000.000.-, klijent je samo zaštitio dinarsku depozitnu bazu. Da se na samom početku klijent nije opredelio da sa bankom zaključi ovakav vid depozitnog aranžmana, klijentu bi se, u trenutku plaćanja obaveze od EUR 1.000.000.-, nametnula dodatnu obavezu od RSD 5.000.000.-, koju bi morao da dodatno da plati na već postojeću dinarsku depozitnu bazu od RSD 120.000.000.- kako bi se realizovala predmetna kupovina od EUR 1.000.000.- po kursu od 125,00.

Situacija 2. Dinar je apresirao i srednji kurs NBS iznosi 114,00 dinara za jedan EUR

Imajući u vidu rast vrednosti domaće valute na nivo od 114,00 u odnosu na EUR (srednji kurs EUR/RSD na dan oročenja predmetnog depozita je iznosio 120,00) kao i ugovorenu obavezu banke da klijentu izvrši isplatu od EUR 1.000.000.- u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu na dan dospeća, banka odobrava dinarski račun klijenta u iznosu od RSD 114.000.000.-

Sa stanovišta dinarske likvidnosti, u situaciji rasta vrednosti kursa dinara sa 120,00 na 114,00 (Situacija 2), klijentu se umanjio dinarski depozit u nominalnom iznosu od RSD 6.000.000.-. Posmatrajući iz ugla motiva zašto je klijent ušao u ovakav depozitni aranžman tj. dospelosti plaćanje po ugovorenom poslu

od EUR 1.000.000.-, klijent je na početku oročenja zaštitio dinarsku depozitnu bazu i druge okolnosti su mu marginalizovane.

Zaključak je vrlo jasan, ovakva vrsta depozita je korisna i isključivo ima smisla kod klijenata, pravnih lica, koji imaju želju da u nekom budućem vremenskom periodu realizuju posao koji će za sobom kreirati i deviznu obavezu. Kod klijenata, čije poslovanje je bazirano u dinarima, ovakav proizvod nema smisla i isključivo bi špekulativnom notom obojio njihovo redovno poslovanje.

Da bi smo imali kompletnu sliku, vrlo važno je opisati i proces koji se dešava u samoj banci od trenutka same realizacije predmetnog poslu. Važno je istaći da banke nisu u obavezi da preispituju motiv klijenta za zaključivanje predmetno aranžmana, ali je po obe strane bitno je da su svesne preduzetih obaveza koje proističu iz ugovorenog aranžmana.

Jedno od osnovnih bankarskih načela je da kreditne aktivnosti, u što većoj meri moraju biti usklađena sa izvorima finansiranja, kako po ročnoj tako i po valutne strukture.

Pozivajući se na Primer 1., važno je napomenuti da pre bilo kakvog ulaska u predmetni aranžman, dinarski depozit klijenta u iznosu od RSD 120.000.000.- je po banku čista dinarsku obavezu, te kao takva mogu da budu korišćena u svrhu dinarskih kreditnih aranžmana. U trenutka aktiviranja želje da klijent dinarska sredstva indeksira valutnom klauzulom (RSD 120.000.000.- kursirano po 120,00 postaje EUR 1.000.000.-) predmetni dinarski depozit postaje devizna obaveza banke, koja se može koristiti u svrhu deviznih ili dinarskih kredita sa valutnom klauzulom. Da bi uskladila valutnu strukturu aktive i pasive (pasiva je kursiranjem dinarske obaveze prešla u deviznu), banka je u obavezi da kupi devizna sredstava (banka kupuje EUR 1.000.000.- za RSD 120.000.000.- po kursu od 120,00) čime se izmenila i aktiva bilansa banke.

Prilikom dospeća dinarskog depozita sa valutnom klauzulom u Situacija 1. kada je došlo do depresijacije dinara sa 120,00 na nivo 125,00, banka uplaćuje iznos od RSD 125.000.000.- na dinarski račun klijenta (iznosu od EUR 1.000.000.- po kursu od 125,00), čime devizna obaveza po banku postaje dinarska. Da bi uskladila valutnu strukturu bilansa, banka vrši prodaju deviznih sredstava na međubankarskom tržištu (po predmetnom poslu EUR 1.000.000.- prodaje po kursu 125,00 dinara za jedan EUR i kupuje RSD 125.000.000.-), čime se izmenila bilansna aktiva banke. Važno je napomenuti, da bi se sa stanovista banke ovi koraci sprovedi identično i u Situacija 2 (apresijacije dinara u odnosu na EUR).

Pošto se na dnevnom nivou u okviru banke zaključuje mnoštvo istih ili sličnih aranžmana koji tangiraju deviznu poziciju, banka prikuplja sve predmetne slučajeve, stavlja u odnos one koje tangiraju aktivu sa onim aranžmanima koji tangiraju pasivu, i za razliku između njih vrši *agregatnu kupovinu ili prodaju deviznih*

sredstava na međubankarskom tržištu. Svakodnevnim agregatnim usaglašavanjem banka se štiti i dovodi u *neutralan položaj* u odnosu na valutni rizik.

Valutni svopovi

Opisivajući različite oblike zaduživanja u Srbiji, kao i valutnu strukturu istih, nameće se jednostavno pitanje, "Pa iz kojih su to izvora banke u Srbiji odobravale famozne kredite u švajcarskim francima, kada je 99% izvora finansiranja u dinarima i evrima". Odgovor je vrlo jasan. Banke koje kreditne aktivnosti nisu mogle da zadovolje iz postojeće depozitne baze, svoju potrebu su zadovoljavale povlačenjem klasičnih međubankarskih kreditnih linija u švajcarskim francima.

Razvoj finansijskih tržišta je omogućio svim učesnicima da, kroz derivatne poslove, viškove likvidnosti jedne valute, *zamene* za neku drugu deficitarnu valutu. Zamena valuta se vrši na način istovremene međusobne kupovina i prodaja dve valute u dva različita vremenska perioda. Takva vrsta derivatnog posla naziva se *valutni swap*. Identičan postupak su sledile i banke u Srbiji koje su raspolagale sa viškom evro devizne likvidnosti, koju su kroz svop transakcije zamenjivali u švajcarski franak.

Kupovni i prodajni kurs kod valutnog svopa se razlikuju za razliku kamatnih stopa koje nose dve izabrane valute, a u kojima se valutni svop i ugovarao.¹⁰ Kako to izgleda u samoj praksi?

Primer 2.

Polazne osnove datog primera su:

- Banka raspolaže viškom likvidnosti u iznosu od EUR 1.000.000.-
- Banka ima agregatnu tražnjom za CHF kreditima, rok kredita godinu dana, agregatni iznos kredita CHF 1.250.000.-.
- Na finansijskom tržištu kamatna stopa za evro iznosi 4,00%, a za franak 2,00%.
- Odnos EUR/CHF je 1,2500 (cena po kojoj se u datom momentu može izvršiti konverzija dveju valuta).

Nemajući u svom depozitnom portfoliju dovoljan iznos švajcarskih franaka za predmetnu kreditnu tražnju (CHF 1.250.000.-), banka angažuje postojeći višak u evrima i vrši zamenu za franke na ugovoreni vremenski period (u našem primeru na godinu dana). Sam postupak valutnog svopa (valutna zamena) se sastoji iz dve transakcije.

¹⁰ Brošura Finansijski derivati-NBS, UBS, ACI Srbija.

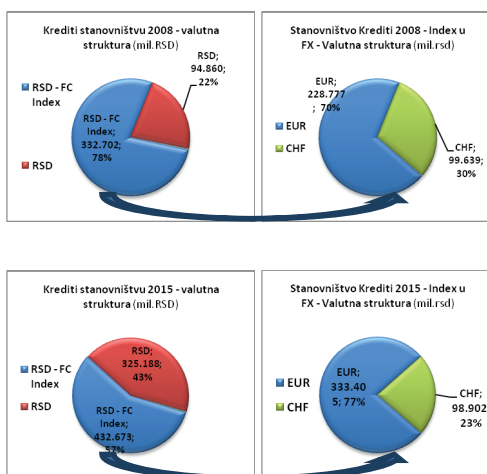
U prvoj transakciji, na dan ugovaranja, zamena se vrši klasičnom prodajom postojeće evro likvidnosti u iznosu od EUR 1.000.000.-, po kursu EUR/CHF 1,2500 (spot). Prodajom evro likvidnosti kupili smo potreban iznos u švajcarskim francima CHF 1.250.000.-. Fizička promena po računima EUR i CHF, u prvom koraku se obavlja istovremeno, ili maksimalno u roku od dva dana od dana ugovaranja svop transakcije.

U drugoj transakciji, u istom momentu se ugovara i termimska kupovina EUR 1.000.000.- po kursu EUR/CHF od 1,2500, a koji se mora uvećati ili umanjiti za razliku u kamatnim stopama koje nose predmetne valute. Koristeći kamatne stope iz Primera 2, gde je kamatna stopa za evro 4,00%, a za švajcarski franak 2,00%, kurs 1,2500 se mora umanjiti za njihovu razliku (2,00%), te će terminski kurs u drugog transakciji iznositi 1,2250. Kupovinom EUR 1.000.000.- banka se posle godinu dana vratila na izvorni evro višak likvidnost, i ujedno izvršila povraćaj korišćenih sredstava u švajcarskim francima umanjenim za razliku koju je kreirala razlika u kamatnim stopama (u našem primeru CHF 1.225.000.-). Fizička promena po računima EUR i CHF, po osnovu termimske kupoprodaje, se dešava tek nakon godinu dana, kako je svop ugovorom i predviđeno.

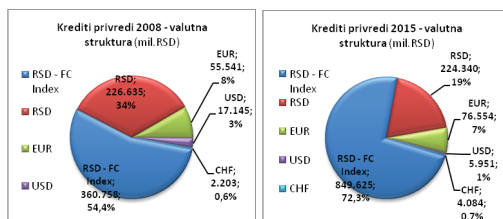
Važno je napomenuti da predmetni posao za banku predstavlja *privremenu izmenu valutne strukture izvora finansiranja*, u cilju zadovoljenja kreditnih tražnje u različitim valutama. Na koji će se vremenski rok izvršiti zamena valutne strukture zavisi od roka kreditnog aranžmana. Sa stanovišta valutnog rizika, valutni svop je neutralan (u istom momentu se kupuje i prodaje švajcarski franak) i bilo kakve promene vrednosti predmetnih valuta, neće kreirati nikakav dodatni trošak ili benefit po banku.

Kreditni aranžmani kao svrha zaduživanja bankarskog sektora

Učešća deviznih depozita (više od 70%) u ukupnim izvorima finansiranja bankarskom sektoru Srbije je samo po sebi diktiralo i strukturu budućih kreditnih aranžmana. Tržišne okolnosti i velike disproporcija u visini kamatnih stopa na dinarske ili devizne kredite umnogome su olakšale bilansno usklađivanje. Tek u periodu između 2010. i 2012. godine, usled donošenja seta mera NBS kojima se destimulisalo odobravanjem deviznih kredita sektoru stanovništva, odobravanje kredita u dinarima postaju dominantnije. Takav trend je umnogome promenio današnju sliku učešće dinarskih kredita, u sektoru stanovništva, u odnosu na sliku od pre 7-8 godina. (učešće dinarskih kredita je skočilo sa 22% iz 2008. godine na blizu 43% u 2015.)



Kada je reč o kreditima odobrenih privredi, promocija dinarizacija nije zaživela i devizna sredstva i dalje imaju primat, sa velikom verovatnoćom da će se trend nastaviti i ubuduće.



Glavni podstrekač ovakvog trenda su izmenjene okolnosti po osnovu cena na međunarodnom finansijskom tržištu, gde varijabilne kamatne stope po pojedinih valutama imaju predznak minus. (EURIBOR na 6 meseci iznosi -0,217%, LIBOR CHF na 6 mesec iznosi -0,663%)¹¹

Posmatrajući strukturu odobrenih kredita, i njihovu poddelu po valutnoj strukturi (dinarski i devizni), nikako ne smemo zaboraviti da objasnimo jednu posebnu, ali za srpsko tržište dominantnu kreditnu kategoriju, *dinarski krediti sa valutnom klauzulom*. Radi se o kreditu u kojem banka, iz deviznih izvora finansiranja klijentu odobrava kredit u dinarskoj protivvrednost koja je valutnom klauzulom vezana za valutu, iz čijeg izvora se i odobrio kredit.

Sa stanovišta bilansa banke, u pitanju je kredit koji u toku kreditnog života nema nikakve razlike u odnosu na čist devizni. Jedina specifičnost koju nosi u

¹¹ Kvartalni izvestaj II za 2016.

sebi je što prilikom odobravanja i otplate, tangira deviznu poziciju banke, te kao takav, u opisanim okolnostima, mora da bude striktno iskontrolisan. Kako izgleda proces u banci kada se odobrava dinarski kredit sa valutnom klauzulom?

Primer 3

Polazne osnove datog primera su:

- Banka je donela odluku da klijentu odobri kredit od EUR 100.000.- u dinarskoj protivvrednosti sa valutnom klauzulom
- Srednji kurs EUR/RSD na dan odobrenja kredita je 120,00

Banka uplaćuje na dinarski račun klijenta RSD 12.000.000.-, što predstavlja dinarsku protivvrednost kredita od EUR 100.000.-, po srednjem kursu od 120,00. Da bi uplatila dinarska sredstva, koja su indeksirana valutnom klauzulom (RSD 12.000.000.-), banka mora formirati dinarska sredstva putem prodaje identičnog iznosa kreditnog aranžmana EUR 100.000.- po kursu 120,00. Kao što se može i zaključiti, odobrenje dinarskog kredita sa valutnom klauzulom kreira po banku dugu deviznu poziciju, koju je banka anulirala prodajom identičnog iznosa kreditnog aranžmana.

Prilikom otplate predmetnog kredita, klijent je u obavezi da uplati banci dinarsku protivvrednost svoje indeksirane obaveze obračunatu po srednjem kursu na dan otplate. Bez obzira na nivo kursa EUR/RSD u momentu otplate kredita (bilo da je 99 ili 135), banka je prethodnim postupkom prodaje iznosa kreditnog aranžmana (EUR 100.000.-), otklonila valutni rizik iz predmetnog posla. Ukoliko je kurs EUR/RSD 99,00, klijent je u obavezi da obezbedi iznos od RSD 9.900.000.- koji će banka istog momenta upotrebiti za kupovinu EUR 100.000.- deviznih sredstava po kursu od 99,00. Radi se dakle o identičnom iznosu deviznih sredstava (EUR 100.000.-) iz kojih se kreditni aranžman i odobrio (izmirenje obaveze po osnovu dinarskog kredita sa valutnom klauzulom kreira kod banke kratku deviznu poziciju).

Šta je mogla da bude posledica po banku, ako bi odlučila da ne proda devizna sredstva u dinare, kako bi iz istih i kreiranu dinarsku protivvrednost, već se odlučila da iz dinarskih izvora uplatila sredstva na klijentov račun?

Situacija 1.

Kurs dinara je apresirao u odnosu na kurs evra sa nivoa 120,00 na nivo 99,00.

U aktivi banke, banka potražuje od klijenta identičan iznos EUR 100.000.-, čija je dinarska protivvrednost usled apresijacije dinara manja i iznosi RSD 9.900.000.-. Sa stanovišta pasive banke, obaveze, iz kojih je banka finansirale kre-

ditni aranžman, se nisu promenile (jer smo koristili dinarske depozite kao izvor finansiranja) i iznose RSD 12.000.000.-. Dakle obaveze su iz predmetnog posla veće od potraživanja i banka po tom osnovu ima čist gubitak od RSD 3.100.000.-

Zaključak je vrlo jasan. Banka je morala da angažuje devizne izvore finansiranja u predmetnom aranžmanu (čijom će prodajom obezbediti dinarska sredstva), jer će isključivo njihovim angažovanjem neutralisati sve eventualne posledice koje mogu proistaći iz budućih valutnih promena.

Sigurni smo da će mnogi postaviti pitanje, a šta u slučaju da je kurs depresirao, i da je sa nivoa 120,00 skočio na nivo 135,00, a da je banka koristila dinarske izvore za predmetni aranžman. Odgovor je jednostavan, banka bi zaradila, ali bi ujedno u redovno poslovanje unela notu neizvesnosti, ne samo po osnovu promene kursa (izloženost banke valutnom riziku) već i po osnovu neusklađenosti cena kreditnog aranžmana sa cenom izvora finansiranja (izloženost banke kamatnom rizik i riziku likvidnosti). Uvidom u činjenicu da banke mogu postati predmet izloženosti spomenutih rizika, Narodna banka Srbije je Zakonom o bankama, i setom pojedinačnih odluka (Odluka o adekvatnosti kapitala banaka, Odluka o upravljanju rizicima) bankama striktno propisala do kog nivoa regulatornog kapitala mogu da budu izložene po predmetnim rizicima. U skladu sa propisima, banke su u obavezi da na dnevnom nivou obaveštavaju NBS o predmetnim izloženostima.

Retrospektiva iznetog

Konstantno promovisanje procesa dinarizacije ima smisla. U pitanju je težnja monetarnih vlasti da se neutralisanjem valutnog rizika u kreditnim aranžmanima umnogome pospeši rezistentnost monetarnog sektora od svakodnevnih šokova sa finansijskih tržišta. S tim u vezi, posmatrano na dug rok, zdravi dinarski izvori finansiranja će biti preko potrebni bankarskom tržištu.

U ovom trenutku u Srbiji, devizni depoziti čine 70% ukupne depozitne baze bankarskog sektora. Stabilnost njihovog učešća, rezultat je lošeg iskustva iz prošlosti. Jedini pravi tržišni mehanizam, koji bi mogao da izmeni svest klijenata, i koji bi strukturno doveo do izmene trenutne depozitne baze, je vreme koje je potrebno da prođe kako bi se poverenje vratilo u domaću valutu.

Uzimajući u obzir potrebno vreme, kao i zakonska ograničenja po osnovu odobravanja deviznih kredita, postavlja se vrlo racionalno pitanje, "Da li su banke u Srbiji, u godinama iza nas, trebale da čekaju bolja vremena (dok se valutna struktura depozita ne promeni u korist dinara) kako bi počele da koriste postojeću depozitnu bazu u kreditnim aranžmanima?" Na svu sreću nisu. Dinarski krediti sa valutnom klauzulom su zadovoljili kako zakon tako i potrebe trži-

šta. Bankama je data mogućnost kreditiranja i korišćenja kompletnog depozitnog potencijala, bez obzira na njegovu valutnu struktura, a privrednim subjektima je data prilika da kreditni potencijal iskoriste u svrhu pokretanja svih ekonomskih procesa.

Pa gde je onda problem i zašto se dnevno polemiše i osporava validnost primene dinarskih kredita sa valutnom klauzulom?! Problem je definitivno u jednostranom posmatranju pojedinačnih slučajeva, koji svojim stavom kreiraju opštu sliku.

Ako su dinarski krediti sa valutnom klauzulom problem, onda nesmemo zaboraviti da damo odgovor i na druga pitanja. Da li banke imaju pravo da ospore sve primljene depozitne aranžmane sa valutnom klauzulom? Da li kupci dinarskih obveznica sa valutnom klauzulom, kako državnih tako i obveznica lokalne samouprave, imaju pravo da ospore i raskinu aranžmane sa emitentima istih?

Jedno je sigurno, valutna klauzula u Srbiji je neminovnost po bilo kom osnovu, a nastavak svake vrste njegovog osporavanja može imati spiralni efekat sa dalokosežnijim posledicama, ne samo po bankarski sektor nego i po ceo monetarni sistem zemlje.

NEBOJŠA PANTELIĆ

Director of Treasury bank of Vojvodina

THE NATURE OF BORROWING IN FOREIGN CURRENCY

Summary

Constant promotions of the process of dinarization make sense. It is about the tendency of monetary authorities that by neutralising the currency risk in loan arrangements enable improvement of monetary sector resistance from daily shocks from financial markets. With reference to the mentioned, in long-term perspective, healthy dinar financing resources will be very necessary for banking market.

Currently, in Serbia, foreign exchange deposits make 70% of total deposit basis of banking sector. Stability of their participation is the result of bad experience from the past. The only real market mechanism, which could alter consciousness of the clients, and which would enable structural amendment of current deposit basis, is the time needed for regaining confidence in domestic currency.

Concerning the time needed as well as legal restrictions based on granting foreign exchange loans, they are posing very rational question: 'Whether the banks in Serbia, in the previous years, should have waited for better times (until the currency deposit structure is changed in favour of dinar) in order to start using current deposit basis in loan arrangements. Luckily they did not. Dinar

loans with currency clause were in compliance with the law and market needs. The banks were given the opportunity of lending and using of complete deposit potential irrespective of their currency structure, and corporate entities were given the chance to use credit potential for the purpose of initiating all economic processes.

So, where is the problem and what is the reason for daily debates and disputing of implementation validity of dinar loans with currency clause? The problem is definitely in one-sided view of individual cases, which create the general image by their attitude.

If dinar loans with currency clause present the issue, then we should not forget to provide answers to other questions as well. Whether the banks have right to disapprove all accepted deposit arrangements with currency clause? Whether the buyers of dinar bonds with currency clause, including government and local self-government bonds have right to disapprove and terminate arrangements with issuers of the same?

One fact is for sure, currency clause in Serbia is necessity at any basis, and continuation of their disapproval of any kind may produce spiral effect with long-term consequences, not only for banking sector but for the whole monetary system of the country.

SRĐAN GOLUBOVIĆ

CILJEVI I ZADACI EVROPSKOG SISTEMA CENTRALNIH BANAKA

U V O D

Evropski sistem centralnih banaka (ESCB) predstavlja institucionalni okvir koji omogućava uspostavljanje organske veze između Evropske centralne banke, kao institucije kreirane primarnim pravom Evropske unije (EU) i centralnih banaka država članica. Specifičnost ovog sistema je u tome što on ne predstavlja jedinstveno centralnobankarsko telo Unije, nastalo spajanjem nacionalnih centralnih banaka, već jednu organizaciju, kojoj je povereno vođenje monetarne politike u Evropskoj monetarnoj uniji, unutar koje se vrši raspodela dužnosti između Evropske centralne banke, kao institucije Unije, i nacionalnih centralnih banaka kao monetarnih vlasti u državama članicama. Time i nacionalne centralne banke država članica postaju deo sistema postavljenog pravom EU. Mandat ove institucije precizno je definisan i strogo je ograničen Lisabonskim ugovorom.¹ Pre-

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.

¹ Lisabonski ugovor, koji obuhvata Ugovor o Evropskoj uniji (*Treaty on European Union – TEU*) i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (*Treaty on the Functioning of the European Union TFEU*), stupio je na snagu 1.12.2009. godine i objavljen je “*Official Journal of the European Union*” (O.J.), 9.5.2008. godine. Vid. Milutin Janjević, *Konsolidovani ugovor o Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd 2009.

ma načelu podele ovlašćenja, sadržanom u čl. 5. Ugovora o EU, aktivnosti ESCB mogu da se odvijaju samo u granicama nadležnosti koje su joj zemlje članice do-delile za ostvarenje utvrđenih ciljeva i podložne su sudskoj kontoli.² Sve do izbi-janja globalne finansijske krize krajem 2007. godine, stabilnost cena predstavljala je primarni cilj, dok su svi ostali ciljevi ekonomske politike imali sekundarni zna-čaj. Ovakvoj hijerarhiji ciljeva bili su prilagođeni i zadaci koji su stavljeni u nad-ležnost ESCB, a koji su se prvenstveno odnosili na vođenje monetarne i devizne politike i uspostavljanje efikasnog sistema platnog prometa. Kao odgovor na kri-zu, ESCB je evoluirao tako što se u rang primarnih ciljeva dovodi cilj koji se ne može odovojiti od monetarne stabilnosti, a odnosi se na uspostavljanje i očuva-nje finansijske stabilnosti. Realizacija ovog cilja, međutim, podrazumeva i mnogo aktivniju ulogu centralne banke, posebno kada je u pitanju očuvanje likvidnosti banaka ali i stabilnost na finansijskom tržištu. Uporedo sa promenom u domenu ciljeva, na značaju dobijaju i aktivnosti unutar ESCB koje se odnose na oblast su-pervizije banaka i ostalih finansijskih institucija. Svrha rada je da se analizom ci-ljeva i zadataka koje zakonodavstvo Unije stavlja u nadležnost Evropskog sistema centralnih banaka ukaže na važnost ovog tela za koordinaciju aktivnosti Evrop-ske centralne banke i nacionalnih centralnih banaka, u uslovima kada u Uniji još uvek postoje države članice koje nisu deo evrozona.

MONETARNA I FINANSIJSKA STABILNOST

Prema odredbama Lisabonskog ugovora, prioritetni cilj u monetarnoj sfe-ri predstavlja stabilnost cena. To, između ostalog, naglašavaju i odredbe Ugovora o EU (čl. 3. (3)), koje propisuju da se Unija angažuje na dugoročnom razvoju, koji počiva na ujednačenom ekonomskom rastu i na *stabilnosti cena*, tržišnoj privredi visoke konkurentnosti, koja doprinosi punoj zaposlenosti i društvenom napret-ku, visokom nivou zaštite i poboljšanju kvaliteta životne sredine. Prema čl. 127. (1) i 282. (2) Ugovora o funkcionisanju EU, stabilnost cena predstavlja 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 raznovr-sne ciljeve može, čak i u slučaju benevolentnog centralnog bankara, pasti u isku-šenje da iskoristi kratkoročni *trade-off* između stope inflacije i rasta proizvodnje (zaposlenosti). Evropsko zakonodavstvo daje slobodu Evropskoj centralnoj banci da odredi značenje „stabilnosti cena“, kao i punu autonomiju u izboru instrume-nata i primeni strategije za ostvarivanje njenog primarnog cilja. O svim ovim ak-tivnostima ECB odlučuje potpuno samostalno. Savet guvernera Evropske central-

² Vidi presudu Suda pravde EU u slučaju OLAF, *Komisija /ECB, C-11/00*, EU:C:2003:395, t. 135.

ne banke³ 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%.⁴ 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 svojevrsnu osnovnu normu ukupnog poretka Unije.⁵

Globalna finansijska kriza imala je značajan uticaj na evoluciju ciljeva Evropskog sistema centralnih banaka. Kolaps na američkom finansijskom tržištu tokom 2008. godine izazvao je ozbiljnu globalnu recesiju, koja se prelila i na evropske zemlje, pogoršavajući njihovu fiskalnu poziciju. Od institucije koja je u fokusu imala pre svega stabilnost cena, centralna banka se transformiše u instituciju koja gotovo jednaku važnost pripisuje finansijskoj stabilnosti.⁶ To nije nekonzistentno sa primarnim ciljem Evropskog sistema centralnih banaka, 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. Pod finansijskom stabilnošću podrazumeva se sposobnost finansijskog sistema (banaka i nebankarskih finansijskih institucija) 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 iza-

³ Prema čl. 129. Ugovora o funkcionisanju EU, Evropskim sistemom centralnih banaka rukovode organi odlučivanja Evropske centralne banke, koji čine Savet guvernera i Izvršni odbor. Pored toga, ECB ima i treći organ odlučivanja Generalni savet koji čine predsednik i potpredsednik ECB-a, kao i guverneri nacionalnih centralnih banaka država članica.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ Rosa M. Lastra, *The Evolution of the European Central Bank*, Fordham International Law Journal, Vol. 35, 2012, p. 1265.

zvani internim ili eksternim faktorima. Za razliku od monetarne stabilnosti, koja se univerzalno definiše kao stabilnost opšteg nivoa cena, kod finansijske stabilnosti ne postoji opšte prihvaćena definicija. Recimo, pojedini autori, umesto precizne definicije, nastoje da objasne pojam finansijske stabilnosti tako što definišu stanje finansijske nestabilnosti. Prema ovom pristupu, finansijska nestabilnost povezana je sa pojavom finansijskih mehura i nestabilnošću finansijskog tržišta u celini. Drugi autori se, pak, opredeljuju za pozitivnu definiciju i finansijsku stabilnost određuju kao nesmetano funkcionisanje svih elementa finansijskog sistema: institucija, tržišta i infrastrukture. Stabilan finansijski sistem, prema ovom stanovištu, je efikasan u obavljanju svojih funkcija, koje se odnose na alokaciju resursa, odnosno pretvaranje štednje u investicije, procenu i upravljanje rizicima, obavljanje platnog prometa, kao i na sposobnost sistema da apsorbuje neočekivane poremećaje u finansijskoj i realnoj ekonomskoj sferi.⁷ Mada, na prvi pogled, precizno definisan koncept finansijske stabilnosti i dalje je kontroverzan.

Jedno od pitanja koje izaziva sporove odnosi se na to koje su institucije finansijskog sistema ključne za njegovu stabilnost tj. da li sektor nebankarskih institucija ima jednaku važnost za stabilnost finansijskog sistema kao i bankarski sektor? Odgovor na ovo pitanje zavisi od modela finansijskog sistema. Ukoliko je reč o finansijskom sistemu sa dominantom ulogom banaka, svakako da bankarskom sektoru pripada ključna uloga.

Nasuprot tome, u modelu finansijskog sistema sa dominantnom ulogom finansijskog tržišta uticaj nebankarskog sistema je mnogo izraženiji. Nezavisno od modela finansijskog sistema, stabilnost bankarskog sektora od izuzetne važnosti je za ukupnu stabilnost, prvenstveno zbog uloge banaka u platnom prometu i činjenice da poremećaji u ovom sektoru mogu lako da se preliju na ostale segmente finansijskog sektora. Stabilnost bankarskog sektora, međutim, nije dovoljna, već je nužno da na makro nivou pažnja bude usmerena ka čitavom finansijskom sektoru.⁸ Koristi od finansijske stabilnosti su višestruke. Počev od toga da stvara pogodne uslove za poslovanje i pruža sigurnost bankarskim komitentima i investitorima na finansijskom tržištu, pa do povećane efikasnosti finansijskih posrednika i bolje alokacije oskudnih resursa. Očuvanje i jačanje finansijske stabilnosti u funkciji je zaštite slabijih ekonomskih subjekata- komitenata i finansijskih investitora. Najzad, veća otpornost finansijskog sistema i njegova sposobnost da apsorbuje fi-

⁷ Schinasi J. G, *Safeguarding Financial Stability: Theory and Practice*, Washington:International Monetary Fond, 2006, 82.

⁸ Jovanić Tatjana, *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, str. 159.

nansijske i ekonomske poremećaje olakšava ostvarivanje ostalih ciljeva ekonomske politike.

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, između ostalog, i zbog što toga finansijska tržišta i finansijska infrastruktura imaju nezaobilaznu ulogu u transmisiji monetarne politike.

Prema odluci Suda C-62/14, sposobnost ESCB da utiče na stabilnost cena u velikoj meri zavisi od transmisije impulsa koje šalje različitim privrednim sektorima na tržištu novca.⁹ Ukoliko usled poremećaja na tržištu transmisioni mehanizam ne funkcioniše, sposobnost ESCB da osigura stabilnost cena je nužno oslabljena, što znači da su i mere koje preduzima radi njihovog otklanjanja u vezi sa glavnim ciljem tj. stabilnošću cena. Da je u temelje monetarne unije, pored stabilnosti cena, ugrađen i princip finansijske stabilnosti govore i druge odredbe Ugovora o funkcionisanju EU. Tako se čl. 123. i 125. uvode stroge zabrane finansiranja država članica, bilo merama monetarnog finansiranja, bilo preuzimanjem dugova država članica (*no bail-out clause*), što potvrđuje da se EMU zasniva na načelu fiskalne discipline i nepostojanja zajedničke finansijske odgovornosti. U godinama koje su prethodile pojavi krize, 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. Nakon finansijske krize, finansijska stabilnost se tretira kao cilj koji je neodvojiv od monetarne stabilnosti i o kome podjednako vode računa kako Evropska centralna banka, tako i centralne banke država članica.

PODRŠKA EKONOMSKIM POLITIKAMA U EVROPSKOJ UNIJI

Stvaranje Evropske monetarne unije (EMU) i uvođenje evra 1999. godine, kao zajedničke valute, svakako je najveće dostignuće u evrointegracionom procesu. Monetarna integracija, međutim, nije uključivala i prenošenje nadležnosti za vođenje ekonomske politike. Zbog toga se vrlo često naglašava specifičnost evropskog monetarnog ujedinjenja, budući da institucionalno uređenje EMU kombinuje centralizovano vođenje monetarne politike sa decentralizacijom u

⁹ Vidi presudu Suda pravde EU povodom zahteva Bundesverfassungsgericht za prethodnu odluku na osnovu čl. 267. Ugovora o funkcionisanju EU, C-62/14, t. 50, OJ C 129, 28.4.2014.

svim ostalim segmenatima ekonomske politike.¹⁰ U tom smislu, i pored monetarnog ujedinjenja ekonomska politika ostala je u isključivoj nadležnosti država članica. Ovakav pristup u skladu je sa principom supsidijarnosti, koji je predviđen čl. 5. Ugovora o Evropskoj uniji i podrazumeva da „u oblastima koje ne spadaju u njenu isključivu nadležnost, Unija interveniše samo, i u meri, u kojoj ciljevi razmatrane akcije ne bi mogli biti ostvareni na zadovoljavajući način od strane država članica, kako na centralnom, tako i na regionalnom i lokalnom nivou, već se, imajući u vidu veličinu ili učinak razmatrane akcije, oni mogu bolje ostvariti na nivou Unije“. Primena principa supsidijarnosti, kada su u pitanju ekonomske funkcije, bila je predmet široke debate u ekonomskoj teoriji. Od svih pomenutih pristupa, čini se ipak najpogodnijim onaj koji opseg primene ovog principa određuje zavisno od toga da li decentralizovana ekonomska politika generiše značajne efekte preliivanja. Ukoliko je odgovor pozitivan, sledeće pitanje se odnosi na to da li je tržišni mehanizam, odnosno mehanizam koordinacije pogodan za prevladavanje ovih efekata. Samo u slučaju negativnog odgovora ima smisla dalje razmatranje centralizovanog pristupa tom segmentu ekonomske politike. I najzad, treće pitanje, pre prihvatanja centralizovanog pristupa, tiče se načina donošenja i efikasnosti primene centralizovanih odluka. Nadnacionalni pristup je prihvatljiv samo u slučaju ako rezultira efikasnijom ekonomskom politikom. Sa ekonomskog stanovišta, princip supsidijarnosti treba primenjivati zavisno od odgovora na ova tri ključna pitanja.¹¹

Ekstenzivan pristup principu supsidijarnosti tj. da primarna odgovornost za vođenje ekonomske politike ipak pripada državama članicama, došao je do izražaja u zakonodavstvu Evropske unije (EU), što nam govori da je prilikom dizajniranja institucionalnih okvira monetarne unije prevladalo stanovište da će postavljena upravljačka struktura biti u stanju da internalizuje sve eksterne efekte na nivou država članica. U tom smislu, Ugovor o funkcionisanju EU utvrđuje obavezuju države članice da ekonomsku politiku vode na način koji će doprinosti ostvarivanju ciljeva Unije (čl. 120), kao i da je usaglase sa smernicama Saveta o ekonomskoj politici država članica i Unije (čl. 121). Pored toga, čl. 119. Ugovora o funkcionisanju EU predviđa da aktivnosti država članica i Unije, usmerene

¹⁰ Naravno da treba imati u vidu da jedinstvena monetarna politika važi samo za zemlje članice monetarne unije čije centralne banke zajedno sa Evropskom centralnom bankom čine Eurosystem. Kad su u u pitanju zemlje članice koje tisu deo EMU (“države članice koje su predmet izuzeća”) one zadržavaju ingerencije za vođenje monetarne polike, uz obavezu koordinacije u okviru Generalnog Saveta ECB.

¹¹ Robert P. Inman, Daniel L. Rubinfeld, *The EMU and Fiscal Policy in the New European Community: An Issue for Economic Federalism*, International Review of Law and Economics 14/1994, 159.

ka ostvarivanju utvrđenih ciljeva, podrazumevaju poštovanje sledećih načelnih opredeljenja: stabilne cene, zdrave javne finansije i monetarne uslove, kao i stabilan platni bilans.

Ne zanemarujući osnovni cilj - očuvanje stabilnih cena - Evropski sistem centralnih banaka, prema članu 127. (1) i čl. 282. (2) Ugovora o funkcionisanju EU ima obavezu pružanja podrške ekonomskim politikama u Uniji. Sam način utvrđivanja ove obaveze Evropskog sistema centralnih banka nam govori da ovi ciljevi nisu istog ranga. Podrška ostvarivanju ciljeva ekonomske politike za ESCB predstavlja cilj od sekundarnog značaja, dok očuvanje stabilnosti cena predstavlja prioritetan cilj. Evropski sistem centralnih banka u realizaciji ovog cilja suočava se sa dva ograničenja. Prvo ograničenje nameće ESCB da prilikom preduzimanja mera kojima se podržava ekonomska politika u Uniji vodi računa da se na taj način ne izazove inflacija, što znači da je takva podrška moguća samo ukoliko je komplementarna sa monetarnom stabilnošću. S druge strane, ukoliko je ESCB sprovodeći monetarnu politiku u prilici da vrši izbor između dve mere, pri čemu za obe mere važi da doprinose monetarnoj stabilnosti, a samo za jednu da pogođuje realizaciji ciljeva ekonomske politike ESCB bi bila u obavezi da se opredeli za tu meru.¹² Drugo ograničenje tiče se obaveze ESCB da podržava opšte ekonomske politike u Uniji. Kako je nadležnost za vođenje ekonomske politike prepuštena državama članicama, od ESCB se ne očekuje da podržava njihove pojedinačne ekonomsko-političke akcije. Podrška ESCB dolazi u obzir samo ukoliko je reč o opštim ekonomskim politikama u Uniji, što znači politikama koje su koncipirane u tesnoj koordinaciji sa Savetom i usaglašene sa glavnim smernicama predviđenim članom 121. (2) Ugovora o funkcionisanju EU.

ZADACI EVROPSKOG SISTEMA CENTRALNIH BANAKA

Ugovor o funkcionisanju EU i Statut ESCB i ECB poveravaju brojne zadatke Evropskom sistemu centralnih banaka.¹³ U literaturi se pravi razlika između tzv. osnovnih zadataka i ostalih zadataka koji su u funkciji realizacije osnovnih (na primer, prikupljanje i obrada statističkih podataka).¹⁴

¹² Niall J. Lenihan, *The Price Stability Mandate of the European System of Central Banks: A Legal Perspective*, in: International Monetary Fond, *Current Developments in Monetary and Financial Law*, 2008, p. 25.

¹³ *Protocol (No 4) On The Statute Of The European System Of Central Banks And Of The European Central Bank*, Official Journal of the European Union C 326/230, 26.10.2012

¹⁴ Vidi. Rosa M. Lastra, *International Financial and Monetary Law*, Oxford University Press, 2015, p. 255-268.

Osnovni zadaci ESCB navedeni su u članu 127.(2) i odnose se na: (i) utvrđivanje i sprovođenje monetarne politike Unije; (ii) vršenje deviznih poslova u skladu sa članom 219; (iii) držanje i upravljanje zvaničnim deviznim rezervama država članica; (iv) unapređenje nesmetanog delovanja platnog prometa. Među zadacima o kojima odlučuje ESCB nije pomenut onaj koji se odnosi na emitovanje novca u Uniji.¹⁵ Umesto toga, prema čl. 128. Evropska centralna banka (Savet guvernera po čl.16. Statuta) određuje se kao institucija koja je jedino ovlašćena da odobrava emisiju novca u Uniji. Na osnovu takve odluke, novac, koji predstavlja zakonsko sredstvo plaćanja u Uniji, emituju Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke država članica.

a) *Vođenje monetarne politike.* – Koncipiranje i sprovođenje monetarne politike je prvi i najvažniji zadatak koji zakonodavstvo EU poverava Evropskom sistemu centralnih banaka. Na taj način, odgovornost za monetarnu politiku transferisana je sa nacionalnog na supranacionalni nivo. Štaviše, za zemlje članice čija je valuta evro važi jedinstvena monetarna politika, koju prema čl. 282. (1) vodi Evrosistem (Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke država članica monetarne unije).¹⁶ Ugovor o funkcionisanju EU ne određuje šta se podrazumeva pod monetarnom politikom. Sadržaj monetarne politike bliže je određen u poglavlju IV Statuta ESCB i ECB (članovi 17-24) i obuhvata: kreditne i operacije na otvorenom tržištu, određivanje stope obavezne rezerve; osiguranje efikasnog platnog prometa; operacije sa inostranstvom. Pored toga, Savet guvernera može da donese odluku, dvotrećinskom većinom, o primeni drugih operativnih metoda monetarne kontrole (čl. 20. ESCB Statuta). U nastojanju da obezbedi primenu monetarne politike na jednobrazan način od strane svih članica ESCB, Evropska centralna banka donosi smernice o instrumentima i načinu njihove primene.¹⁷

Odsustvo nezavisnosti u utvrđivanju ciljeva ne sputava u potpunosti nosioce monetarne politike. Sloboda ESCB da proceni šta se podrazumeva pod stabilnošću cena i koja stopa inflacije se smatra dozvoljenom, otvara prostor za prilagođavanje monetarne politike ekonomskom stanju u Uniji, odnosno korišćenje

¹⁵ Rosa M. Lastra ističe da ne postoje jasni razlozi zbog kojih je emisiona funkcija izmeštena iza domena osnovnih zadataka ali je takvo rešenje sadržano u Ugovoru o funkcionisanju EU, što, takođe, ima odgovarajuće pravne konsekvence. Rosa M. Lastra, *Op.cit.*, 2015, p. 255.

¹⁶ Za razliku od ideje jedinstvenog tržišta koje još uvek nije kompletirano ideja monetarnog ujedinjenja zaživela je uvođenjem evra 1. januara 1999. godine čime se, po M. Herdegen-u, zadire snažnije u državno-pravnu samostalnost država članica nego u dosad prenesene nadležnosti. Prenos monetarnih ovlašćenja pogađa u jezgro nacionalnih suverenih prava. Navedeno prema: Herdegen J. Matthias, *Evropsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci, Rijeka 2003, 257.

¹⁷ Guideline (EU) 2015/510 of the ECB of 19 December 2014 on the implementation of the Eurosystem monetary policy framework (ECB/2014/60), OJ L 91, 2.4.2015.

monetarne politike na način koji će omogućiti prevazilaženje ekonomskih poremećaja (visoka stopa nezaposlenosti, recesija i sl.). U literaturi se, vrlo često, ističe da nezavisnost ECB, uvedena pravom EU, otežava efikasnu koordinaciju monetarne i drugih segmenata ekonomske politike.¹⁸ Na primer, ako države članice ne ostvare nivo fiskalne discipline koji bi odgovarao jedinstvenom valutnom području u skladu sa odredbama Ugovora, centralna banka i pored značajnog stepena nezavisnosti, može biti prinuđena da preispita svoju monetarnu politiku i da snižavanjem kamatne stope pomogne u rešavanju ekonomskih problema sa kojima se suočavaju zemlje evrozone. Naravno, ovaj prostor za diskreciju monetarnih vlasti nije bez ograničenja. Eksplicitnim uvođenjem Evropske centralne banke u institucionalni okvir Unije njihova sloboda u donošenju odluka je ograničena Ugovorom, tako da je svaka zloupotreba ovlašćenja predmet sudske kontrole.

Prema čl. 263. Ugovora o funkcionisanju EU, Evropski Sud pravde kontrolira zakonitost akata koje zajednički donose Evropski parlament i Savet, akata Saveta, Komisije ili Evropske centralne banke, osim onih koji imaju karakter preporuke ili mišljenja i akata Evropskog parlamenta koji proizvode pravna dejstva prema trećim licima. Savet, Komisija ili bilo koja država članica, može inicirati (podnošenjem tužbe) postupak koji se odnosi na nenadležnost, povredu bitnih pravila postupka, povredu Ugovora ili bilo kog drugog pravnog propisa koji se odnosi na njegovu primenu, ili na zloupotrebu ovlašćenja. Lisabonski ugovor unosi jednu novinu, budući da dopušta mogućnost da se podnese tužba i u slučaju kada se Evropska centralna banka uzdržava od delovanja.¹⁹ Podnošenje ove tužbe je dozvoljeno samo ukoliko je Evropska centralna banka prethodno bila pozvana da deluje.

b) Devizna politika. – Vođenje devizne politike podrazumeva nadležnost za utvrđivanje režima deviznog kursa, određivanje deviznog kursa i upravljanje deviznim rezervama. Institucionalni okviri EU poveravaju ESCB vršenje deviznih poslova i držanje i upravljanje deviznim rezervama država članica (čl. 127. Ugovora o funkcionisanju EU). Za razliku od monetarne politike koja je u isključivoj nadležnosti ESCB, nadležnost za vođenje devizne politike podeljena je između Saveta i Evropske centralne banke. Prema čl. 219. Ugovora Savet, bilo na prepo-

¹⁸ C. Proctor, posebno naglašava otežanu koordinacije monetarne i fiskalne politike u Uniji. Zakonodavstvo EU prediviđa isključivu nadležnost ESCB za vođenje monetarne politike, dok su odluke o fiskalnoj politici u nadležnosti država članica, uz odgovarajuća ograničenja koja nameće Pakt o stabilnosti i rastu. Navedeno prema: Proctor Charles, *The Future of the Euro - What Happens if a Member State Leaves?*, European Business Law Review September 2006, 921.

¹⁹ Čl. 265. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

ruku Evropske centralne banke, bilo na preporuku Komisije i posle konsultacije Evropske centralne banke:

- Zaključuje sporazume o sistemu deviznog kursa evra prema valutama trećih zemalja, odnosno donosi odluku o usvajanju, menjanju i napuštanju srednjeg kursa evra u sistemu deviznih kurseva;

- Formuliše opšte smernice devizne politike u odnosu na valute država nečlanica u uslovima kada ne postoji odgovarajući sistem deviznih kurseva;

- Donosi odluke o aranžamanima u vezi sa pregovorima i sa zaključivanjem sporazuma koji se odnose na pitanja monetarnog i deviznog režima između Unije i jedne ili više država, odnosno međunarodnih organizacija;

Ugovor o funkcionisanju Evropske unije uvodi novi član (čl. 138) koji ovlašćuje Savet da utvrđuje zajedničku poziciju i usvaja neophodne mere radi obezbeđivanja mesta evra u međunarodnom monetarnom sistemu i jedinstvenog predstavljanja u međunarodnim finansijskim institucijama. Za razliku od ovlašćenja za vođenje devizne politike koje pripada Savetu, Ugovor i Statut ESCB i ECB jasno utvrđuju nadležnost ESCB kada je u pitanju držanje i upravljanje deviznim rezervama država članica, koje su prihvatile evro u skladu sa postupkom predviđenim Ugovorom. Međutim, Statut ESCB i ECB (čl. 30.) predviđa da se samo deo deviznih rezervi prenosi Evropskoj centralnoj banci, dok jedan deo ostaje na računu kod nacionalnih centralnih banaka država članica. Dodatnu teškoću predstavlja i to što su nacionalne centralne banke ovlašćene da obavljaju poslove vezane za ispunjavanje svojih obaveza prema međunarodnim organizacijama. Kada su u pitanju druge operacije preostalim deviznim rezervama koje se nalaze u nacionalnim centralnim bankama, Statut ESCB i ECB predviđa da one podležu odobravanju od strane Evropske centralne banke. Na taj način postiže se da devizne transakcije nacionalnih centralnih banaka budu koherentne sa politikom deviznog kursa i monetarnom politikom Unije.

c) *Platni promet.* – Vođenje jedinstvene monetarne politike podrazumeva sistem platnog prometa koji će omogućiti da se finansijske transakcije realizuju pravovremeno i na siguran način.²⁰ Prema članu 127.(2) Ugovora o funkcionisanju EU, Evropski sistem centralnih banaka ima obavezu da obezbedi nesmetano funkcionisanja sistema plaćanja, kao i njegovo stalno unapređenje. U skladu sa tim, čl. 22. Statuta ESCB i ECB propisuje da Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke mogu da odobravaju olakšice, a ECB može da donosi pro-

²⁰ Preambula 6 Smernica ECB od 30 decembra 2005 o sistemu plaćanja u eurozoni, Recital 6 Guideline of the ECB of 30 December 2005 on a Trans-European Automated Realtime Gross settlement Express Transfer system (TARGET), ECB/2005/16, OJ 2006 L 18/1.

piše u cilju osiguranja efikasnosti i solidarnosti sistema kompenzacije i plaćanja u okviru Unije i sa trećim zemljama.

d) *Ostali zadaci.* – Zakonodavstvo EU najvećim delom supervizijsku funkciju prepušta državama članicama, uz ograničena ovlašćenja Evropskoj centralnoj banci. Prema odredbama Ugovora, ECB nema operativne zadatke u pogledu prudenčne 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 društava (prostor za nadogradnju nadzorne funkcije ECB ostavljen je članom 127. (6) Ugovora koji propisuje da “Savet, odlučujući u skladu sa posebnom zakonskom procedurom, jednoglasno, i posle konsultovanja Evropskog parlamenta i Evropske centralne banke, može poveravati specifične zadatke Evropskoj centralnoj banci u vezi sa politikama iz oblasti kontrole kreditnih institucija i drugih finansijskih organizacija, sa izuzetkom preduzeća u oblasti osiguranja”).

Model finansijske supervizije u EMU pokazao se neefikasnim u apsorbovanju ekonomskih i finansijskih šokova sa kojima su se suočile zemlje evrozona tokom finansijske krize. Prihvatanje sistema u kome se vođenje nadnacionalne monetarne politike kombinuje sa razjedinjenim sistemom prudenčionog 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 mikroprudenčne kontrole finansijskih institucija dodaje i makroprudenčna kontrola finansijskog sistema koju bi obavljala nadnacionalna tela.²¹ Od makroprudenčne 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 izazovu.²² Glavni zadatak makroprudenčne supevizije je sigurnost finansijskog i ekonomskog sistema u celini,

²¹ D. Gluch, L. Škovranová and M. Stenström, *Central Bank Involvement in Macro-Prudential Oversight*, Legal Working Paper Series, No 14, 2013. p. 2.

²² Makro-prudenčna analiza stabilnosti bankarskog sektora predstavlja najbitniji segment procene celokopne finansijske stabilnosti u mnogim zemljama, naročito u onim u kojima je bankarski sektor dominantan u poređenju sa ostalim finansijskim posrednicima. Navedeno prema: T. Jovančić, *Op. cit.*, str. 159.

odnosno prevencija sistemskog rizika, dok je cilj mikroprudencione supervizije sigurnost i stabilnost pojedinih finansijskih institucija, odnosno zaštita njihovih komitenata. 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 rizike²³ kao makroprudencioni finansijski supervizor. Pored toga, formiraju se i tri nove institucije (Evropsko nadzorno telo za bankarstvo²⁴, Evropsko nadzorno telo za osiguranje i strukovno penziono osiguranje²⁵ i Evropsko nadzorno telo za hartije od vrednosti i tržišta kapitala²⁶) koje treba da spreče kumuliranje prekomernih rizika u finansijskom sistemu. Pored formiranja specijalizovanih tela, novi sistem finansijske supervizije značajnu ulogu poverava Evropskoj centralnoj banci koja, kao deo Evropskog sistema centralnih banaka, je u obavezi da pruži podršku makroprudencionoju kontroli finansijskog sistema.²⁷

Pored već pomenutih zadataka, Ugovor o funkcinisanju EU čl. 127 (4) propisuje da će evropska monetarna vlast biti konsultovana o svakom predloženom aktu iz njene nadležnosti, kao i od strane nacionalnih organa o svakom nacrtu propisa iz njene nadležnosti, ali u granicama i pod uslovima koje utvrđuje Savet. Pored toga, ECB može, u okvirima svojih nadležnosti, davati mišljenja odgovarajućim organima ili telima Unije, odnosno odgovarajućim nacionalnim organima. Ostvarivanjem ovog zadatka osigurava se da centralna banka bude uključena u svim onim pitanjima koja su direktno ili indirektno njena sfera aktivnosti (po-

²³ 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).

²⁴ 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).

²⁵ 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).

²⁶ 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).

²⁷ 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).

lje delovanja) i, ujedno, obezbeđuje kompatibilnost, odnosno usklađenost propisa Unije i nacionalnog zakonodavstva sa potrebama jedinstvenog valutnog područja. Uključivanjem centralno-bankarske institucije u proces donošenja akata iz njene nadležnosti, bilo od strane organa Unije ili nacionalnih organa, unapređuje se i ukupan kvalitet zakonodavstva u Uniji. Postavlja se pitanje da li je za ispunjenje ovog zahteva dovoljno samo podnošenje zahteva za mišljenjem ECB? Po analogiji sa odlukom Evropskog suda pravde u pogledu obaveze konsultovanja Evropskog parlamenta,²⁸ smatramo da obaveza konsultovanja centralne banke o propisima iz njene nadležnosti podrazumeva da je takvo mišljenje zaista i dato. Naime, ne bi se moglo prihvatiti da je ovaj zahtev ispunjen samom činjenicom da je podnet zahtev za takvim mišljenjem. Evropska centralna banka je nezamenljiva i kada je u pitanju prikupljanje i obrada statističkih podataka budući da je ona, zahvaljujući razvijenom informacionom sistemu, u stanju da prikupi sve podatke od značaja za realizaciju zadataka ESCB, kao i da raspolaže dovoljnim resursima za njihovu pravovremenu obradu. Najzad, u grupu ostalih zadataka ESCB svrstavamo i aktivnosti u okviru međunarodne saradnje. Kako ESCB nema svojstvo pravnog lica, to se ovaj zadatak ostvaruje preko Evropske centralne banke i nacionalnih centralnih banaka država članica. Evropska centralna banka i, uz njenu saglasnost, nacionalne centralne banke, ovlašćeni su i da predstavljaju ESCB u međunarodnim monetarnim institucijama.

ZAKLJUČAK

Mandat Evropskog sistema centralnih banaka, kao tela koje obuhvata Evropsku centralnu banku i nacionalne centralne banke država članica, precizno je određen zakonodavstvom EU. To znači da ova monetarna institucija nije samostalna u određivanju ciljeva koje će svojom aktivnošću realizovati. Prema Ugovoru o funkcionisanju EU, Evropski sistem centralnih banaka sprovodi monetarnu politiku na način koji će očuvati stabilnost cena. U sistemu ciljeva, poverenih ovoj instituciji, monetarnoj stabilnosti pripada apsolutni prioritet. Nakon finansijske krize, u istu ravan dolazi i očuvanje i jačanje finansijske stabilnosti. Mada do izbijanja krize nije bio u fokusu monetarnih vlasti, pre svega zbog povoljnih ekonomskih okolnosti (tj. kontinuiranog privrednog rasta praćenog niskom inflacijom), finansijsku stabilnost danas nije moguće razdvojiti od monetarne. Realizaciji glavnih ciljeva prilagođeni su i zadaci koje primarno pravo EU poverava Evropskom sistemu centralnih banaka. Oni se odnose na monetarnu sferu i u funkciji su ostvarivanja ukupne stabilnosti. Ne zanemarujući osnovni cilj, Evrop-

²⁸ Case 138/79, *Roquette Frères*, 1980, ECR 3333, at 34.

ski sistem centralnih banaka ima obavezu pružanja podrške opštim ekonomskim politikama u Uniji. Ovako definisani ciljevi i zadaci ESCB odražavaju svu specifičnosti evropskog monetarnog ujedinjenja, koje kombinuje prenos nadležnosti za vođenje monetarne politike na nadnacionalni nivo, sa decentralizacijom u svim ostalim segmentima ekonomske politike.

SRĐAN GOLUBOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

GOALS AND TASKS OF THE EUROPEAN SYSTEM OF CENTRAL BANKS

Summary

The legislation of the European Union (EU) accepts the principle of independency of the monetary authorities in the exercise of delegated functions. However, independence does not imply freedom in determining the goals central bank is supposed to realize through its activities. According to EU legislation, price stability is the primary objective European System of Central Banks (ESCB) takes into account. This does not mean that monetary policy is conducted completely independently and without taking into consideration of other objectives of economic policy. On the contrary, European System of Central Banks is obliged to support the economic policies in the Union, without neglecting its primary goal. Financial crisis brought about evolution in the field of goals. Namely, financial stability, which was not given too much importance before the crisis, is now ranked as primary goal, since monetary stability could not be achieved without financial stability. In addition to the analysis of primary and secondary objectives of the ESCB, the paper analyzes the tasks that are put to the jurisdiction of the monetary authorities in the European Union.

MARKO DIMITRIJEVIĆ

BANKARSKA UNIJA: PRAVNI DOMAŠAJ JEDINSTVENOG NADZORNOG MEHANIZMA I JEDINSTVENOG SANACIJSKOG MEHANIZMA

U V O D

Bankarska unija jeste izraz produbljene finansijske integracije Evropskog saveta i obuhvata skup zakonodavnih mehanizama kojima se vrši centralizacija bankarske politike stvaranjem integrisanog evropskog bankarskog sistema. Formiranje bankarske unije ne predstavlja cilj *per se*, već zajedno sa konceptom fiskalne unije, unije konkurentnosti i političke unije čini uslove konačne realizacije ekonomske i monetarne unije.¹ Uslovi koji se odnose na formiranje bankarske unije proizilaze iz rezultata koordinacije ekonomske politike na terenu fiskalne unije.

Naime, centralizacija nadzora i kontrole banaka na nivou EU zahteva ograničavanje nekih dimenzija fiskalnog suvereniteta i određeni vid političke unije, koja bi u krajnjoj liniji mogla da predstavlja odgovor na problem postojanja strukturnog političkog deficita u EU.² Kako su se postojeći nacionalni sistemi

Dr Marko Dimitrijević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (D179046) koji finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

¹ *European Council, European Council Conclusion of 28/29 June 2012, EUCO 76/12*, pp. 1-3.

² Nicolas Veron, *Europe's Single Supervisory Mechanism and the long Journey towards a banking union*, in: *European Parliament, Directorate General for International Policies, Policy De-*

nadzora i regulacije rada banaka u uslovima globalne ekonomske krize pokazali neefikasnim, Evropska komisija je pokrenula niz inicijativa usmerenih na formiranje bankarske unije. Smisao ovih inicijativa je bio u nametanju strogih kapitalnih zahteva bankama, efikasnijoj zaštiti deponentata i jedinstvenim pravilima za rad banaka tokom kriznih perioda. Komisija je u tom cilju predložila 28 novih pravila za odgovornije upravljanje finansijskim sektorom, čija bi primena predupredila prevalljivanje tereta na poreske obveznike zbog neodgovornog ponašanja banaka.³ Inicijative su rezultirale donošenjem zajedničkih pravila utvrđenih *Direktivom Evropskog saveta o kapitalnim (bonitetnim) zatevima banaka* i *Direktivom o planu za oporavak i spas banaka u uslovima krize*. Značajni pomak u fiskalnoj konsolidaciji učinjen je i *Direktivom o zajedničkom fondu osiguranja depozita*, kojom se pruža pravna zaštita svim deponentima (čiji su ulozi iznad 100.000 eura) na jednak način i u svim okolnostima.⁴

INSTITUCIONALNI OKVIR I PRAVNI OSNOV BANKARKE UNIJE

Koncept bankarske unije je svoje opravdanje pronašao u modelima novog ekonomskog upravljanja u EMU tokom globalne finansijske krize kada su države članice ozbiljno pristupile rešavanju problema pravnih praznina u osnivačkim aktima na terenu koordinacije monetarne i fiskalne politike. Kriza evrozone ne predstavlja samo unutrašnji problem za članice monetarne unije, već ima i svoju spoljašnju dimenziju koja implicira zakonske obaveze zemalja evrozone u skladu sa odredbama međunarodnog monetarnog prava (tj. očuvanje monetarne stabilnosti).⁵ Pravni osnov nastanka bankarske unije jesu članovi 114. i 127. stav 6. Ugovora o Evropskoj uniji. Struktura bankarke unije se bazira na *tri stuba*: 1) Jedinstvenom nadzornom mehanizmu (eng. *Single Supervisory Mechanism*); 2) Jedinstvenom sanacijskom mehanizmu (eng. *Single Resolution Mechanism*) i; 3) povezanim mehanizmima finansiranja koji obuhvataju Jedinstveni fond za garantovanje depozita (eng. *Common Deposit Guarantee Fund*), Sistem osiguranja nov-

pratment A Economic and Scientific Policy, Banking Union and a Single Banking Supervisory Mechanism, Monetary Dialogue, October 2012, pp. 10-15.

³ European Commission, Banking union: restoring financial stability in the Eurozone, MEMO/14/294, Brussels, 15 April 2014.

⁴ European Commission Capital Requirements - CRD IV/CRR, Directive on Deposit Guarantee Scheme -DGS MEMO/14/29 и Directive on Bank Recovery and Resolution (BRRD) MEMO/14/297.

⁵ Adam Feibelman, "Europe and Future of International Monetary Law", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 22, 2012, pp.101-104.

čanih depozita (eng. *Single Occurrence Deposit*) i zajednički zaštitni mehanizam (tzv. kreditnu liniju).

1) *Prvi stub* bankarske unije, odnosno Jedinstveni nadzorni mehanizam (JNM) je formiran sporazumom Evropskog parlamenta i Saveta oktobra 2013. godine.⁶ Ovaj mehanizam deluje u sklopu Evropske centralne banke (ECB) i obuhvata banke svih zemalja članica evrozona. ECB vrši *neposredan* nadzor nad tzv. glavnim bankama, dok *posredan* nadzor vrši nad ostalim bankama preko nacionalnih revizorskih agencija koje rade po njenim uputstvima.⁷ Preduslov efikasne implementacije JNM jeste stvaranje kulture zajedničke revizije koja bi nacionalnim revizorima ponudila jasne pozitivne podsticaje (pri čemu je bitno uzeti u obzir činjenicu da se ECB javlja kao utemeljivač standarda revizije).⁸

Nova pozicija ECB u bankarskoj uniji predstavlja dopunu nadležnosti Evropske nadzorne agencije za bankarstvo koja je osnovana 2010. godine. Njen glavni zadatak tiče se stvaranja jedinstvenih pravila za rad i sanaciju banaka uz uvažavanje svih razlika koje postoje u bankarskoj industriji Unije. U tom smislu veoma je važno raditi na promovisanju najboljih praksi nadzora unutar jedinstvenog tržišta i usvajanju *Evropskog nadzornog priručnika* sa jedinstvenom metodologijom i oblicima nadzora. Priručnikom bi trebalo regulisati sva merodavna pitanja koja su u okviru nadležnosti ECB kao i oblast zaštite potrošača. Iako priručnik nije pravnoobavezujući akt, njegova primena ne sme biti podređena slobodnoj oceni subjekata monetarne politike, već mora počivati na moralnoj obligatornosti.⁹ *Glavni cilj* ESM jeste vršenje pojačanog nadzora nad bankarskim sektorom, dok su *sporedni ciljevi* jačanje stabilnosti banaka i doprinos finansijskoj integraciji jedinstvenog tržišta. Ove ciljevi se ostvaruju kroz kontrolu usklađenosti kreditnih institucija sa bonitetnim uslovima i otkrivanjem potencijalnih uzroka finansijske nestabilnosti. Evropska centralna banka vrši sveobuhvatanu proveru bilansa

⁶ Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, Official Journal of European Union, L 287/63, 29 May 2013.

⁷ ECB vrši direktan nadzor nad bankama čija je imovina veća od 30 milijardi evra, tj. čija imovina predstavlja najmanje 20% BDP-a njihove zemlje. Trenutan broj ovih banaka iznosi 120, što obuhvata 85% ukupne imovine njihovog bankarskog sistema.

⁸ Tobias H. Tröger, "The Single Supervisory Mechanism - Panacea or Quack Banking Regulation?", *European Business Organization Law Review*, Vol. 15, 2014, pp. 449-450.

⁹ Regulation (EU) No 1022/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards the conferral of specific tasks on the European Central Bank pursuant to Council Regulation (EU) No 1024/2013, Official Journal of European Union, L 287/5, art. 4-7.

banaka, kvaliteta imovine i testira otpornost banke na stres radi utvrđivanja kapaciteta banke da izdrže potencijalne poremećaje. Države članice EU koje nisu učesnice evrozone mogu po principu dobrovoljnosti učestvovati u radu nadzornog mehanizma. Principi nadzora banaka u bankarskoj uniji polaze od upotrebe najbolje prakse, poštovanja decentralizacije i integriteta, homogenosti, konzistentnosti sa jedinstvenim tržištem i principa nezavisnosti i odgovornosti. Posebno se mora voditi računa o principu podele rizika i proporcionalnosti i postojanju adekvatnog nivoa nadzorne aktivnosti svih kreditnih institucija.¹⁰

2) *Sporazum o Jedinstvenom sanacijskom mehanizmu* (JSM) potpisan je u oktobru 2014. godine.¹¹ Glavni cilj ovog akta je da stvori uslove za uredan stečaj banaka uz minimalne troškove za poreske obveznike i privredu. Slično, kao i u prvom stubu bankarske unije, ECB će u drugom stubu neposredno vršiti svoje zadatke nad najvećim bankama, dok će nacionalna tela kontrolisati rad ostalih banaka. Područje primene drugog stuba bankarske unije obuhvata sve kreditne institucije s poslovnim sedištem u državama članicama. U cilju umanjavanja mogućnosti za vršenje regulatornih arbitraža između banaka koje nisu u sistemu sanacijskog mehanizma, neophodno je uložiti napore u harmonizaciji zakonskih propisa i izdavanju smernica Jedinstvenog sanacijskog odbora.¹² Zajednička pravila za rad banaka osiguravaju da banke preuzimaju umerene rizike u poslovanju pod pretnjom sankcije zatvaranja. Na taj način se želi omogućiti da banke i njihovi deoničari *plaćaju rizik* za moguće gubitke koga su poreski obveznici pošteđeni. Ciljevi JSM-a odnose se na vraćanje poverenja u bankarski sektor, kontrolisan priliv klijenata u banke, smanjenje negativne povezanosti između banaka i država i uklanjanje podeljenosti tržišta finansijskih usluga.

Svakako, mere u sklopu JSM-a moraju biti primenjene na sve sistemski značajne institucije bez izuzetka, što implicira i da odluke Jedinstvenog sanacijskog odbora imaju jaču pravnu snagu od odluka nacionalnih organa, jer bi u suprotnom došlo do nerešivog sukoba interesa.¹³ Ovom direktivom su predviđeni *za-*

¹⁰ Guide to banking supervision, European central Bank, Euro system, September, 2014, pp. 7-13.

¹¹ Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 on establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010, Official Journal of European Union, L 225/1 of 30.07.2014, art. 1-5.

¹² Sylvester C. W. Eijffinger, *Single Resolution Mechanism*, in: **Banking Union: The Single Resolution Mechanism, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, Monetary Dialogue, Compilation of Notes**, 2013, pp. 52-55.

¹³ *Ibid*, 57.

jednički sanacijski instrumenti, s tim što nacionalni subjekti ekonomske politike zadržavaju pravo da samostalno odlučuju o primeni akcija koje su u funkciji podupiranja zajedničkih pravila.¹⁴ Razlog postojanja zajedničkih pravila ogleda se u činjenici da su banke na jedinstvenom tržištu povezane, pa bi u odsustvu jedinstvenog mehanizma posledice krize u državama koje učestvuju u sanacijskom mehanizmu imale jači negativni sistemski učinak na države nečlanice. *Ratio legis* jedinstvenog sanacijskog mehanizma je da obezbedi *neutralan pristup* prilikom odlučivanja o sanaciji banaka što će pozitivno uticati na ugled institucija zemalja bankarske unije i ograničiti pojavu efekata prelivanja.

Direktivom se utvrđuju *zajednička sredstva* za finansiranje sanacije banaka u okviru *Jedinstvenog sanacijskog fonda* (eng. *Single Resolution fund*). Finansiranje bi, hipotetički, moglo ostati na nacionalnom nivou samo u kratkom vremenskom periodu, jer bi u dužem vremenskom periodu uticalo da investitori i dalje deteminišu uslove kreditiranja prema kriterijumu mesta poslovnog sedišta banke, a ne prema njenoj kreditnoj sposobnosti. Fond bi se trebalo finansirati doprinosima banaka na nacionalnom nivou, gde odluke usmerene na korišćenje sredstava ne smeju dovesti u pitanje fiskalnu odgovornost država članica. Delovanjem zajedničkog sanacijskog fonda želi se uspostaviti ujednačena upravna praksa u postupku sanacije banaka i prevazilaženju razlika u nacionalnim praksama.¹⁵

Odluke u okviru jedinstvenog sanacijskog mehanizma donosi *Jedinstveni sanacijski odbor* (*Single Resolution Authority*). Ovaj organ usvaja *sanacijski program* ukoliko u konsultovanju sa ECB nađe da su ispunjeni uslovi za pokretanje sanacijskog postupka. Odluka Odbora stupa na snagu roku od 24 sata, izuzev ukoliko Komisija ili Savet ne ulože prigovor u istom roku. U cilju jačanja nezavisnosti ovog tela u bankarskoj uniji, predviđeno je da se prigovori ograničavaju isključivo na postojanje *javnog interesa* i *materijalne promene*, koje se tiču korišćenja iznosa Fonda. Materijalna promena u tom smislu je svaka promena visine sredstava Fonda od najamnje 5%. Ovako hitan način odlučivanja se pravda posebnim okolnostima u monetarnoj uniji kada se blagovremeno moraju otkloniti uzroci potencijalnih bankarskih kriza. Odbor mora imati status nezavisnog organa u pravu EU sa posebnom strukturom. Odbor sačinjavaju predsednik, podpredsednik i četiri nezavisna člana izabrana na osnovu stručnih kvalifikacija. Odbor zaseda u *izvršnim* i *plenarnim* sednicama. Na izvršnoj sednici, odbor

¹⁴ Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 on establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010, art. 9-12.

¹⁵ *Ibid*, art. 19-20.

obavlja sve poslove koji se odnose na postupak sanacije uzimajući u obzir činjenicu da je priroda informacija u sanacijskim planovima specifična za svaku instituciju. Pravilo je da prvi podnositelj zahteva za korišćenje sredstava *nema pravo prvenstva* u dodeli zbog čega Komisija nadzire rad Odbora. Takođe, Uredbom je regulisano da kada mera sanacije premašuje iznos od 5.000.000 eura, odluke se moraju doneti na plenarnoj sednici. U okolnostima kada sanacijski program ne sadrži rizik ili se radi o kratkoročnom i jednokratnom produženju kredita solventnim institucijama (uz odgovarajuće jemstvo), odluke se mogu doneti i na izvršnoj sednici. Na plenarnim sednicama se, takođe, izdaju smernice za nediskriminatornu primenu odluka o sanaciji.¹⁶

3) *Treći stub* bankarske unije uobličen je *Direktivom o jedinstvenom osiguranju depozita* od 16. aprila 2014. godine.¹⁷ Usvajanjem ove direktive želi se osigurati zaštita deponenata od lošeg poslovanja banke, kao i prebacivanje novca u kreditne institucije u zemlje sa boljim osiguranjem depozita. Postojanje različitih pravila o visini osiguranja depozita je u uslovima globalne finansijske krize dovelo do umanjavanja likvidnosti banaka, jer deponenti biraju najvišu stopu osiguranja depozita naspram optimalnog depozitnog proizvoda prilagođenog položenom iznosu.¹⁸ *Ratio legis* direktive ogleda se u zaštiti slobodne konkurencije na jedinstvenom tržištu zbog čega treba odrediti jedinstveni iznos zaštite depozita na nivou EU.

Praktično, neophodno je utvrditi istu visinu pokrića za sve deponente nezavisno od toga da li je njihova valuta euro ili ne, s tim što u određivanju iznosa zaštite mora voditi računa o interesima deponenata i finansijskoj stabilnosti.¹⁹ Kako je ovim aktom uvedena fiksna visina pokrića za iznos od 100.000 eura, države članice koje su imale propisani veći iznos, suočile su se sa opasnošću gubljenja poverenja svojih deponenata. U cilju pravne sigurnosti predviđeno je da države koje su propisale veći iznos zaštite depozita pre stupanja Uredbe na snagu, imaju rok do 31. oktobra 2018. godine da postepeno prilagode visinu osiguranja (pod uslovom da se ona nalazi u dijapazonu između 100.000-300.000 eura). Rok za isplatu depozita u slučaju propasti banke smanjen je *na sedam dana* od dana donošenja odluke. Tokom trajanja prelaznog perioda (do 31. decembra) države članice mogu utvrditi rokove isplate do najviše 20 radnih dana do 31. decembra 2018. godine; 15 radnih dana od 1. januara 2019. do 31. decembra 2020. godine i; 10 rad-

¹⁶ *Ibid*, art. 23-33.

¹⁷ Directive 2014/49/EU of the European Parliament and the Council of 16 April on deposit Guarantee schemes, Official Journal of European Union, L 173/149 of 12.06.2014.

¹⁸ *Ibid*, art.19.

¹⁹ Uredbom se visina depozita utvrđuje na nivou od 100.000 eura.

nih dana od 1. januara 2021. do 31. decembra 2023. godine.²⁰ Možemo uočiti da se ova Direktiva nalazi u funkciji zaštite privatnih lica, ne državnih organa ili drugih finansijskih institucija. Razlog za ovakvo postupanje evropskog zakonodavca se nalazi u činjenici da pravna lica imaju lakši (privilegovani) pristup kreditima. Ipak, Uredbom se predviđa da države članice mogu slobodno odlučiti i o osiguranju depozita subjekta lokalne vlasti najviše do iznosa od 500.000 eura, uljučujući i neprofitne organizacije.²¹

Realizacija koncepta bankarske unije nije moguća bez kvalitativnih pomaka na planu primene fiskalne unije. Efikasno delovanje Jedinstvenog sanacijskog mehanizma zahteva određeni stepen centralizacije u vođenju fiskalne politike koji trenutno ne postoji u Uniji. Uslov centralizacije fiskalne politike nije ostvariv bez političke unije, kojom bi se otklonio strukturni demokratski deficit komunitarnih institucija kao glavne usporavajuće determinante efikasne koordinacije.²² Uspesna koordinacija ekonomske politike u uslovima bankarske unije uslovljena je prethodnim rešavanjem *sukoba principa efikasnosti i vlasničkih prava*. Naime, ukoliko ne postoji mogućnost da se poslovanje banke vrati pod okrilje zajedničkih pravila, Jedinstveni sanacijski odbor donosi odluku o zatvaranju banke. Ako postoji i najmanja mogućnost da će banka popraviti svoje poslovanje bez intervencije komunitarnih organa, odluka Sanacijskog odbora može predstavljati oblik konfiskacije imovine banke. Ovaj problem je naročito uočiv kada je tržište imovine disfunkcionalno i kada je tržišna vrednost imovine značajno ispod sadašnje diskontovane vrednosti. Ukoliko sanacijski odbor ili nacionalni subjekti ekonomske politike iniciraju odluku o stečaju banke to može biti povezano sa pokretanjem parničnih postupaka koji umanjuju postignute rezultate koordinacije.

Bankarska unija u EMU nije potrebna isključivo u cilju rešavanja problema insolventnih banaka i zaštite deponenata, već i radi jačanja celokupnog koncepta monetarne unije. U situaciji kada ne postoji dovoljan stepen slobode kretanja rada i proizvoda, koordinacija ekonomske politike u okviru bankarske unije poseduje kapacitet da ojača stabilizacionu funkciju finansijskog sektora koji, po pravilu, upija najmanje dve trećine svih šokova u uspešnim transfernim unijama.²³ U

²⁰ *Ibid*, art.8. par. 1-2.

²¹ *Ibid*, art. 37.

²² Anne Siebert, *Banking Union and a Single bank Supervisory mechanism*, In: European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A Economic and Scientific Policy, "Banking Union and a Single Banking Supervisory Mechanism", Monetary Dialogue, Compilation of Notes, 2012, pp. 28-29.

²³ H. Geeroms, P. Karbownik, *A Monetary Union Requires Banking Union*, Bruges European Economic Policy Briefings, No. 33, College of Europe, Brugge, Natolin, pp. 22-23.

tom smislu se slažemo sa stavovima da je manji stepen centralizacije fiskalne politike neophodan za uspešno delovanje Jedinственог sanacijskog mehanizma nego za procesuiranje jedinstvenog budžeta EU ili nekog drugog oblika fiskalnog zajedništva u evrozoni koje se teško može ostavriti u praksi.²⁴ Jedinствени sanacijski mehanizam predstavlja drugo najbolje rešenje za koordinaciju fiskalnih politika u uslovima krize zbog čega države članice moraju usvojiti određene zakonodavne akte kojima se stvaraju uslovi za efikasno odlučivanje i implementaciju odluka u svim stubovima bankarske unije.

Nadležnost komunitarnih institucija u bankarskoj uniji

Globalna finansijska kriza ukazala je na visoki stepen korelacije finansiranja banaka i krize javnog duga. Tako je *Irskoj*, *Španiji*, *Grčkoj* i *Italiji*, teret finansiranja posrnutih banaka prebačen na poreske obveznike i budžetsko finansiranje. Decentralizovana supervizija rada banaka od strane nacionalnih agencija je morala biti zamenjena centralizacijom nadzora. U monetarnom pravu se navode tri oblika centralizacije supervizije banaka: a) Model kooperacije i koordinacije nadležnih organa država članica; b) model konsolidovanog (vodećeg) supervizora i; v) model supranacionalnog lidera.²⁵ Pomenuti modeli se razlikuju, kako u pogledu političke i zakonodavne izvodljivosti, tako i u pogledu svoje efikasnosti. Model kooperacije ne zahteva suštinske promene u alokaciji zadataka i odgovornosti subjekta ekonomske politike, zbog čega je i faktički domašaj modela opterećen različitim interesima nacionalnih organa. Model glavnog supervizora se teško može prihvatiti, jer zahteva da glavnog supervizora delegiraju ostali supervizori grupacije povezanih banaka. Pomenute manjkavosti nacionalne supervizije može nadomestiti model supranacionalne revizorske institucije, koja podrazumeva određene modifikacije komunitarnog prava i restriktivnu teritorijalnu primenu monetarnog i finansijskog zakonodavstva.

Koordinacija ekonomske politike je u uslovima bankarske krize dobila novu dimenziju obrazovanjem Evropskog sistema finansijskih supervizora (*European System of Financial Supervision*) i to: Odbora za procenu sistemskog rizika pri Evropskoj centralnoj banci (*European Systemic Risk Board at European Central Bank*), Evropske uprave banaka (*European Banking Authority*), Evropske uprave za osiguranje i penzije (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) i Evropske uprave za hartije od vrednosti (*European Securities and*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Guido Ferrarini, Luigi Chiarella, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, Law Working Paper No.223/13, ECGI Working Paper Series in Law, pp. 20-22.

Markets Authority).²⁶ Formiranjem ovog centralizovanog sistema na nivou EU stvoreni su inicijalni uslovi za poboljšanje efektivne saradnje između nadležnih nadnacionalnih tela supervizije, s tim što to ne znači da su nacionalne agencije oslobođene vršenja svakodnevnog nadzora shodno principu supsidijarnosti i proporcionalnosti. Evropska uprava za hartije od vrednosti i tržište kroz reviziju kreditnog rejtinga prati sve finansijske operacije koje potencijalno mogu ugroziti stabilnost finansijskog tržišta, dok Evropska uprava banaka i Evropska uprava za osiguranje penzija vrše rekapitalizaciju banaka i proveravaju mogućnost prilagođavanja banaka na uslove kriza kroz tzv. "stres testove".²⁷ Za reglementiranje budućih stubova bankarske unije posebno je značajan rad Evropske uprave banaka (EUB), gde se po prvi put vrši harmonizacija zajedničkih pravila za rad banaka i tehničkih standarda za njihovu efikasnu primenu. Iako su radom EUB-a postignuti značajani pomaci na planu uniformne primene prava (što je za koordinaciju ekonomske politike veoma značajno), različito postupanje nacionalnih organa koordinacije u primeni pravila uticalo je na izostanak vidljivih rezultata. Evropska uprava banaka na terenu koordinacije obavlja ulogu prikupljanja podataka u vezi sa stres testovima u cilju planiranja i razvijanja jedinstvenih postupaka, tehničkih standarda i jačanja celokupnog bankarskog sistema Unije. U slučaju spora u domenu kooperacije, koordinacije ili zajedničkog odlučivanja različitih nacionalnih organa u domenu bankarske politike, EUB obavlja funkciju medijatora. Ukoliko strane u sporu ne postupe prema instrukcijama, EUB može izreći i odluke koje se neposredno primenjuju. Na ove odluke moguće je uložiti žalbu drugostepenom veću, s tim što se povodom njegovih odluka može pokrenuti postupak pred Prvostepenim sudom ili Evropskim sudom pravde.²⁸

Direktivom o oporavku i sanaciji banaka i investicionih fondova utvrđuju se procedure postupanja i izrade programa oporavka i sanacije. Njenim usvajanjem je decidno prekinuta praksa finansiranja poslovnih gubitaka banaka i drugih institucija preko državnih fondova. U tom pogledu se jasno stipuliše da je obaveza finansiranja na strani poverioca i deoničara.²⁹ Direktivom se posebna pažnja posvećuje borbi protiv *moralnog hazarda*, gde svakoj instituciji sa lošim poslovan-

²⁶ Emilija Vukadin, Miroljub Labus, *Ekonomska politika za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 345-346.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ G. Ferrarini, L. Chiarella, *op.cit.*, 26-31.

²⁹ Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council, Official Journal

jem treba omogućiti izlazak na tržište pod uslovom da to ne prouzrokuje sistemski poremećaj. Ciljevi sanacije banaka moraju biti usmereni na zaštitu imovine i prava deponenta i javnih sredstava (kada se direktna finansijska pomoć može koristiti samo u izuzetnim okolnostima). Subjekti ekonomske politike su obavezni da pre pokretanja postupka sanacije razmotre uslove za sprovođenje postupka sanacije u redovnom postupku stečaja zbog insolventnosti. U postupku sanacije mora se voditi računa da se ne vrše preterana zadiranja u imovinu deponenta. Direktivom je ustanovljen mehanizam *ex post* poređenja načina postupanja sa deponentima i načina koji bi se primenio u redovnom postupku insolventnosti. Ukoliko se utvrdi da je na ime potraživanja isplaćen manji iznos od onog koji bi primili u redovnom postupku, korisnici imaju pravo na isplatu dugovane razlike. Državama članicama se ostavlja sloboda u pogledu određivanja načina i postupka isplate.

Dokaz aktivne uloge komunitarnih institucija u oblikovanju novih mehanizama koordinacije jeste i delatnost Parlamenta na operacionalizaciji koncepta bankarske unije.³⁰ Tokom, 2014. godine, Evropski parlament je usvojio posebne zakonske akte kojima se u monetarno pravo EU integrišu principi bonitetnih kapitalnih zahteva za sve kreditne institucije shodno primeni međunarodno prihvaćenih principa (Basel III). Ovim zakonodavnim merama se posebno razrađuju načini jačanja kapitala banaka, svih nivoa likvidnosti, kao i podsticaji za kreditiranje tokova realne ekonomije kroz razvoj malih i srednjih preduzeća. Parlamentu, takođe, pripada *pravo kontrole* u svim stubovima bankarske unije. Tako se, po prvi put, uvodi kontrola rada Evropske centralne banke u segmentu koji se tiče vršenja revizorske funkcije i kontrole rada jedinstvenog sanacijskog odbora što je utvrđeno posebnim sporazumom između Evropskog parlamenta i Evropske centralne banke.

Uspešan koncept koordinacije ekonomske politike u bankarskoj uniji mora počivati na *integrativnom pristupu* koji obuhvata sferu monetarne politike, makroprudencijalne i mikroprudencijalne supervizije i jedinstvenog programa za izlazak iz krize. Posledice globalne ekonomske i finansijske krize ukazale su da tradicionalno shvatanje o tome da je osnovni cilj ECB monetarna stabilnost zahteva preispitivanje, jer vrhovna monetarna institucija zauzima i centralno mesto u postizanju finansijske stabilnosti. Ciljevi monetarne politike usme-

of European Union, L 173/190 of 12.06.2014. Sredstva fonda iznose 1% osiguranih depozita posmatrano u osmogodišnjem periodu i koriste samo kada je 8% novčanih obaveza banke već pokriveno.

³⁰ European Commission Capital Requirements - CRD IV/CRR, Directive on Deposit Guarantee Scheme –DGS MEMO/14/296 и Directive on Bank Recovery and Resolution (BRRD) MEMO/14/297.

reni su na stabilnost cena, dok su ciljevi mikroprudencijalne supervizije usmereni na zaštitu potrošača, kao što su i ciljevi makroprudencijalne politike usmereni na očuvanje finansijske stabilnosti EU. U uslovima krize finansijski posrednici (banke) imaju ključnu ulogu u održavanju stabilnosti sistema. Bez obzira što su ciljevi monetarne politike usmereni na maloprodajne potrošačke cene, a ciljevi finansijske stabilnosti na cenu imovine, logično je da ECB mora prilikom određivanja kamatne stope uzeti u obzir i finansijske uslove (nezavisno od toga li joj priznajemo fiskalnu odgovornost ili ne).

U realizaciji ciljeva mikro i makroprudencijalne politike nužno je činiti određene razmene koristi za troškove. Tradicionalno shvatanje po kome stabilnost pojedinačnih finansijskih institucija (kao cilj mikroprudencijalne politike), doprinosi stabilnosti čitavog sistema pokazalo se kao neodrživo. Bez obzira što mikroprudencijalna sigurnost doprinosi ugledu sistema, u kriznim momentima prednost se mora dati sveukupnoj sigurnosti naspram pojedinačnoj sigurnosti.³¹ Kada bankarska unija bude zaživela u punom obimu, to može doprineti izmeštanju tokova rizika kreditiranja slabih banaka u bilans državnih obveznica (ali će veliki izazov za kreatore ekonomske politike biti utvrđivanje mera za adekvatno tretiranje rizičnog kapitala i obezbeđivanje likvidnosti rizičnih državnih obveznica).³²

Centralno mesto u budućoj bankarskoj uniji pripada Evropskoj centralnoj banci koja mora imati više kontrole za rešavanje problema koordinacije.³³ Osnovni zadaci ECB obuhvataju utvrđivanje monetarne politike Zajednice, ali i određivanje visine srednjeročnih monetarnih ciljeva, ključnih kamatnih stopa, visine obaveznih rezervi nacionalnih banaka i izdavanja smernica za njihovu realizaciju.³⁴ Konkretnije, ECB je odlučujući organ ESCB i Evrosistema koji se stara o implementaciji jedinstvene monetarne politike, raspolaže regulatornom moći

³¹ Dirk Schoemaker, *An Integrated Financial Framework for the Banking Union: Dont Forget Macro-Prudential Supervision*, European Commission, European Economy, Economic papers No. 495, April 2013, pp. 2-4.

³² Viral V. Acharya, *Banking union in Europe and Other Reforms*, in *Banking Union for Europe. Risk and Challenges*, edited by Thorsten Beck, Centre for economic policy research, A VoxEU.org Book, 2012, 48.

³³ U tom smislu, značajna je presuda C-62/14 Peter Gauweiler and others v Deutscher Bundestag od 16.07.2015. g. kojom je potvrđeno da čl. 119-123, 127, ugovora o EU i čl. 17-24 Protokola br.4 Statuta ECB, treba tumačiti na način koji dopušta ECB donošenja programa za otkup državnih obveznica na sekundarnom tržištu. Tako je potvrđena suveren položaj ECB u sferi monetarne politike.

³⁴ *Protocol on the Statute of European System of Central Banks and of the European Central Bank, art.12.*

i u skladu sa tim ima ovlašćenje da izriče sankcije. Evropska centralna banka inicira monetarno zakonodavstvo i obavlja savetodavnu ulogu vezanu za predloge pojedinih pravnih akata. Nadležnost ECB je u praksi često bila modifikovana potrebama koje su nastajale i neretko dobijala nove dimenzije utvrđene aktima sekundarne legislative (koji su ponekada protivurečni sa odredbama primarnog prava). Nadležnosti ECB nije definitivno zaokružena zbog čega se mora sagledavati realno, van sadašnjih zakonskih rešenja i uobličavati tako da uvek ostane dovoljno manevarskog prostora za sticenje nekih novih ingerencija koje su kriznim momentima neophodne za stabilizaciju monetarnog sistema. U okviru svojih regulatornih nadležnosti ECB može donositi različite vrste pravnih akata koji će uticati na implementaciju koncepta bankarske unije u praksi. Ovi akti prema dejstvu i teritorijalnom obuhvatu mogu imati *opšte* pravno dejstvo ili biti akti sa *internim* dejstvom.³⁵ U akte sa opštim pravnim dejstvom spadaju *uredbe, odluke, mišljenja i preporuke*, dok akti sa internim dejstvom (sa lokalizovanom primenom samo unutar evrozone) obuhvataju: *smernice, instrukcije i interne odluke*.³⁶ Koncept bankarske unije se u praksi realizuje paralelno sa jedinstvenim tržištem u oblasti finansijskih usluga što implicira da će se nove ingerencije ECB unutar JNM realizovati preko široko postavljene jurisdikcije EUB.³⁷

U tom smislu, Evropska centralna banka mora imati funkciju „banke poslednjeg utočišta“ (*koja vrši monetizaciju javnog duga*), čak i kada to povećava opasnost od nastupanja moralnog hazarda. Ipak, ECB nema ovlašćenje da odlučuje o stečaju insolventnih banka niti poseduje informacije za donošenje takve odluke. Sa druge strane, ECB može trpeti značajne gubite ukoliko obavlja ovu funkciju, jer to troškovno može biti neodrživo. Veliki broj država pruža otpor uključivanju nacionalnih centralnih banka u sistem jedinstvenog depozita, zbog čega *Viploš (Wyplosz)* ukazuje da delimična bankarska unija nije ništa bolja od odsustva jednog takvog mehanizma. Ukoliko vlade donose odluku o restrukturiranju javnog duga, to može izazvati velike troškove u aktivi banaka, s obzirom na činjenicu da banke drže veliki iznos obveznica duga. ECB u takvim okolnostima mora obezbediti likvidnost svih banaka, jer ukoliko bi se starala samo o likvidnosti velikih banaka došlo bi do kolapsa bankarskog sektora.³⁸

³⁵ Haan K. Scheller, *The European Central Bank: History Role and Functions*, Second Revised Edition, European Central Bank, 2006, p. 63.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Rosa Maria Lastra, *International Monetary and Financial Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2015, pp. 355-356.

³⁸ Charles Wyplosz, *Banking union as a crisis-management tool*, in *Banking Union for Europe. Risk and Challenges*, edited by Thorsten Beck, Centre for economic policy research, A VoxEU.

ZAKLJUČAK

U okolnostima kada ne postoji dovoljan stepen slobode kretanja rada i proizvoda, koordinacija ekonomske politike u okviru bankarske unije poseduje kapacitet da ojača stabilizacionu funkciju finansijskog sektora koji, po pravilu, upija najmanje dve trećine svih šokova u uspešnim transfernim unijama.³⁹ U tom smislu se slažemo sa stavovima da je manji stepen centralizacije fiskalne politike neophodan za uspešno delovanje Jedinstvenog nadzornog mehanizma i Jedinstvenog sanacijskog mehanizma, pre nego za procesuiranje jedinstvenog evropskog budžeta ili nekog drugog oblika fiskalnog zajedništva u evrozoni koji se teško može ostvariti u praksi. Realizacija koncepta bankarske unije uslovljena je i relacijom koncepta fiskalne unije što zahteva duži vremenski period, jer je potrebno izvršiti jasno razgraničenje funkcije supervizije ECB od funkcije očuvanja monetarne i finansijske stabilnosti.

Evropski zakonodavac u budućem periodu mora ponuditi jasne kriterijume za diferenciranje zadataka evropskih i nacionalnih supervizora, ali i rešiti pitanje finansiranja fondova sanacije. Dodatni problem u implementaciji koncepta bankarske unije jeste i kompleksan način ostvarivanja fiskalne konsolidacije utvrđen Fiskalnim sporazumom, čija sporna pravna priroda, tj. neusklađenost sa normama primarnog prava otežava proces centralizacije bankarske politike. Iz tog razloga se u stručnoj javnosti mogu čuti ideje o usvajanju Evropskog sporazuma o otkupu duga, kojim bi se utvrdila privremena zajednička odgovornost koja bi trajala do momenta otkupa viška prekoračenog kriterijuma finansijske konvergencije radi obnavljanja fiskalne odgovornosti država.⁴⁰ Ipak, naponi na implementaciji koncepta bankarske unije se moraju neizostavno nastaviti, posebno u pogledu komponenti koje uključuju njenu transparentnost, demokratski legitimitet i jasno postavljena ovlašćenja Evropskog računovodstvenog suda i Evropskog parlamenta koji zajedno sa Evropskom centralnom bankom učestvuju u procesu oblikovanja jedinstvene bankarske politike u EMU.

org Book, 2012, pp. 19-22.

³⁹ Hans Geeroms, Pawel Karbowink, "A Monetary Union Requires Banking Union", Bruges European Economic Policy Briefings, No. 33, College of Europe, Brugge, Natolin, 2013, pp. 22-23.

⁴⁰ Claudia M. Buch, Benjamin Weigert, *Legacy problems in transition to a banking union*, in: Banking union as a crisis-management tool, Banking Union for Europe, Risk and Challenges, edited by Thorsten Beck, Centre for economic policy research, A VoxEU.org Book, 2012, pp. 29-33.

MARKO DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,
Assistant, Faculty of Law, University of Niš

BANKING UNION:LEGAL SCOPE OF SINGLE SUPERVISORY MECHANISM
AND SINGLE RESOLUTION MECHANISM

Summary

Banking Union in the EMU is not needed only in order to solve the problem of insolvent banks and protect depositors, but also to strengthen the overall concept of monetary union. The Single Supervisory Mechanism and Single Resolution Mechanism are a second-best solution for the coordination of fiscal policies in times of crisis for which the Member States must adopt certain legislative acts that create conditions for effective decision-making and implementation of decisions in all pillars of a banking union. The realization of the concept of a banking union requires a longer period of time, because it is necessary to make a clear delineation of ECBs supervision function from the function of preserving monetary stability, define clear tasks of European and national supervisors and resolve the issue of funding of remedial funds. The basic prerequisite for the implementation of a common banking policy in this respect is caused by better communication of the main Community institutions and the continuation of their efforts in the field rounding banking union in the full sense.

*PREDRAG KNEŽEVIĆ,
ŽARKO ANDJELKOVIĆ*

USTUPANJE PRAVA I POTRAŽIVANJA IZ BANKARSKE GARANCIJE NA PRVI POZIV

U V O D

Predmet ovog rada su neka aktuelna pitanja prenosa i naplate bankarskih garancija na prvi poziv sa aspekta domaće regulative i primene međunarodnih pravila za bankarske garancije kao trgovinskih običaja, sa osvrtom na domaću sudsku praksu.

Bankarske garancije su proizvod međunarodne poslovne prakse i institut autonomnog trgovačkog prava pa uglavnom nisu uređene nacionalnim propisima. Osnovnu ulogu u kodifikaciji međunarodne trgovačke prakse ima Međunarodna trgovača komora (MTK) kroz nekoliko izdanja jednoobraznih pravila za bankarske garancije¹.

Republika Srebija je jedna od malog broja zemalja čijim nacionalnim zakonodavstvom nasledjenim od bivše SFRJ je regulisana materija bankarskih garancija Zakonom o obligacionim odnosima²

Mr Predrag Knežević, advokat u Beogradu.

Dr Žarko Andjerković, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe, Novi Sad.

¹ Publikacija br. 325 (1978), Publikacija br. 458 (1992), Publikacija br. 524 (1993) i Publikacija br. 758 (2009).

² 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 obligacionim odnosima (ZOO) odredbama čl. 1083-1086 reguliše akcesornu, jemstvenu garanciju gde banka garantuje da će u slučaju neizvršenja obaveze glavnog dužnika izvršiti njegovu, dakle tuđu obavezu, dok u članu 1087 reguliše garanciju sa klauzulom “bez prigovora”, “na prvi poziv” gde je bančina obaveza prema korisniku samostalna i nezavisna od obaveze glavnog dužnika, tzv. samostalna garancija.

Zakonske odredbe ZOO se primenjuju kada na njega upućuju norme međunarodnog privatnog prava, a to su slučajevi kada nije ugovreno neko strano pravo ili Jednoobrazna pravila MTK. Zakonom o sukobu zakona sa propisima drugih zemalja³, članom 20 tačka 17, propisano je da ako nije izabrano merodavno pravo i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao merodavno pravo primenjuje se za ugovor o samostalnim bankarskim garancijama - pravo mesta gde se u vreme zaključenja ugovora nalazilo sedište davaoca garancije. Dakle, u takvom slučaju, ako se radi o domaćoj banci kao izdavaocu garancije, primenjuje se ZOO.

U odredjenim slučajevima, na samostalne bankarske garancije iz člana 1087 ZOO mogla bi se primeniti Jednoobrazna pravila MTK i ako nisu ugovorena a na osnovu odredbi člana 21 stav 2 i člana 1107 stav 3. U odeljku Zakona o primeni poslovnih običaja, u članu 21 stav 2 predviđeno je da se na obligacione odnose primenjuju uzanse ako su strane u obligacionim odnosima ugovorile njihovu primenu ili ako iz okolnosti proizilazi da su njihovu primenu htele. U prelaznim i završnim odredbama Zakona, regulisano je u članu 1107 stav 3, da ako su opšte ili posebne uzanse ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama ovog zakona, primenjivaće se odredbe ovog zakona, osim ako su strane izričito ugovorile primenu uzansi, odnosno drugih trgovinskih poslovnih običaja. Prema tome, Jednoobrazna pravila MTK se mogu primeniti na samostalne bankarske garancije i kad nisu ugovorena, ukoliko nisu suprotna dispozitivnim normama ZOO.

Ustupanje prava iz bankarske garancije

Prema članu 1086 ZOO svoja prava iz bankarske garancije korisnik može ustupiti trećem samo sa ustupanjem potraživanja koje je obezbeđeno garancijom. Prenos prava iz bankarske garancije ovom zakonskom odredbom uslovljen je istovremenim prenosom potraživanja iz osnovnog ugovora u vezi koga je izdata bankarska garancija. Postavlja se pitanje da li se ova odredba ZOO odnosi i na

³ Zakon o sukobu zakona sa propisima drugih zemalja (“S.list SFRJ, br. 43/82 i 72/82 – ispr., “Sl list SFRJ”, br. 46/96 i “SL. Glasnik RS”, br. 46/2006 – dr. Zakon).

samostalnu bankarsku garanciju iz člana 1087 ZOO. Samostalna bankarska garancija odvojeno je i posebno uređena članom 1087 i po mišljenju autora na nju se ne bi moglo primeniti pravilo o ustupanju prava iz člana 1086 ZOO. Samostalna bankarska garancija je odvojena od osnovnog ugovora sa kojim banka izdavalac garancije nije vezana. Ako bi se i na samostalnu bankarsku garanciju primenilo pravilo iz člana 1086 ZOO onda bi ona dobila akcesorni karakter.

U prilog ovoj tezi govore i Jednoobrazna pravila MTK publikacija 458 koja u članu 4 ne uslovljavaju prenos garancije prenosom potraživanja iz osnovnog posla kao i Jednoobrazna pravila MTK 758 koja na isti način ovo pitanje regulišu članom 33, takodje bez uslovljavanja prenosa garancije prenosom potraživanja iz osnovnog posla.

Imajući u vidu da ZOO ne reguliše pitanje prenosa samostalne garancije to bi se Jednoobrazna pravila MTK trebala primeniti kao trgovinski poslovni običaj na koji upućuje član 1107 stav 3 ZOO.

Pravila MTK razlikuju prenos bankarske garancije kao samog instrumenta i prenos novačanih primanja, odnosno potraživanja iz instrumenta. Za razliku od prenosa prava zahteva za plaćanje iz garancije koje je dozvoljeno samo ako je to izričito predviđeno u garanciji, pravo na primanje iznosa iz garancije korisnik može slobodno preneti. Tako, Jednoobrazna pravila MTK razlikuju prenos garancije (transfer of guarantee) i ustupanje prava na primanje iznosa iz garancije (assignment of proceeds), pri čemu se ograničenja u prenosu postavljaju samo za prenos instrumenta, a ne i za ustupanje prava na primanje iznosa koji se iz garancije treba isplatiti.

U praksi se mogu pojaviti tri situacije:

Prva, da korisnik garancije pre nego što je uputio zahtev za plaćanje, tzv. protest garancije, ustupi garanciju kao instrument gde se prenosi i pravo na zahtev za plaćanje i pravo na primanje iznosa iz garancije, pravo na potraživanje, ali to mora biti ugovoreno u samom tekstu garancije.

Druga, da korisnik garancije pre nego što je uputio zahtev za plaćanje ustupi samo pravo na primanje iznosa iz garancije, pravo na potraživanje, u kom slučaju pravo na zahtev za plaćanje zadržava korisnik garancije a prijemnik ima pravo samo da potražuje iznos iz garancije nakon upućenog zahteva za plaćanje od strane ustupioaca, izvornog korisnika garancije.

Treća, da korisnik zahteva plaćanje po garanciji i nakon toga ustupi pravo na primanje iznosa iz garancije, pravo na potraživanje, u kom slučaju se radi o potraživanju nastalom kao i iz svakog drugog ugovora koje je slobodno prenosivo bez ikakvih ograničenja, pod uslovima odredaba ZOO o cesiji potraživanja.

*Aktivna legitimacija prijemnika potraživanja
iz bankarske garancije*

U dva istovetna slučaja iz sudske prakse domaća banka, izdaje garanciju stranoj banci radi obezbeđenja potraživanja po kreditu odobrenom od strane strane banke domaćem pravnom licu. Strana banka podnosi zahtev za plaćanje po garanciji, protestuje garanciju zbog neplaćanja domaćeg pravnog lica. Nakon protesta garancije strana banka ustupa potraživanje iz osnovnog posla i potraživanje nastalo protestom garancije trećem stranom pravnom licu i o tome uredno obaveštava dužnika iz osnovnog pravnog posla i domaću banku garanta. Pre ustupanja potraživanja strana banka odašilje poštanskom pošiljkom original garancije domaćoj banci sa obrazloženjem da je prestao njihov pravni odnos, a na dan cesije SWIFTOM obaveštava domaću banku da je garancija greškom poslata tako da SWIFT stiže domaćoj banci dva dana pre nego što je fizički prispela garancija poslata poštanskom pošiljkom. Ovde se otvara nekoliko pitanja koja su bila predmet sudskih sporova a o kojima su sudovi zauzimali različite stavove.

Pitanje aktivne legitimacije prijemnika postavilo se iz razloga što u trenutku cesije garancija nije bila u posedu ustupioca jer je odaslata poštanskom pošiljkom banci garantu, ali nije bila ni u posedu garanta jer nije pristigla garantu, a u međuvremenu je garant pre prijema garancije primio SWIFTOM opoziv vraćanja garancije.

U pogledu aktivne legitimacije zauzeli su istovetne stavove u svojim odlukama Privredni apelacioni sud i Vrhovni kasacioni sud.

Privredni apelacioni sud⁴ ocenjuje da je pravilno prvostepeni sud našao da je tužilac aktivno legitimisan u ovoj pravnoj stvari iz razloga što je Ugovorom o cesiji sa ustupanjem potraživanja koje je obezbeđeno garancijom tužiocu ustupljeno i pravo iz bankarske garancije. U pogledu pravnog dejstva vraćanja garancije, Sud zaključuje da u konkretnom slučaju nije postojala saglasnost volja svih učesnika u garantnom poslu, posebno ne na strani pravnog prethodnika tužioca da prestane važnost bankarske garancije, pa se s toga ne može ni prihvatiti zaključak prvostepenog suda da je pravo iz bankarske garancije prestalo da postoji njenim vraćanjem, te da je bankarska garancija samostalan pravni posao koji se gasi prestankom obaveze glavnog dužnika a može prestati i sporazumom, ali svih učesnika u garantnom poslu, što u konkretnom slučaju nije prisutno, kao i da se do ovakvog zaključka dolazi primenom odredbe iz čl. 295. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

⁴ Presuda Privrednog apelacionog suda Pž-6888/14 od 8.10.2014. godine.

Privredni apelacioni sud u svom rešenju⁵ kojim je ukinuta prvostepena presuda zauzima stanovište da je pogrešan zaključak prvostepenog suda da je pre nego što je došlo do ustupanja potraživanja iz osnovnog posla pa samim tim i prava iz bankarske garancije pravo iz bankarske garancije prestalo da postoji vraćanjem bankarske garancije od strane prvobitnog korisnika garancije, odnosno da je vraćanjem bankarske garancije od strane korisnika bankarske garancije pre isteka njene važnosti došlo do poništenja, odnosno povlačenja. Ovo iz razloga što pravo iz bankarske garancije ne može prestati samo na osnovu činjenice da je bankarska garancija vraćena garantu u roku njene važnosti, u situaciji kada obaveza iz osnovnog posla koji je bio obezbeđen bankarskom garancijom nije izvršena i kada je pre vraćanja bankarske garancije došlo do njenog protesta od strane korisnika sa zahtevom za isplatu iznosa kojim je bila obezbeđena obaveza dužnika iz osnovnog posla. Bankarska garancija je samostalan pravni posao koji se gasi prestankom obaveze glavnog dužnika, a može prestati i sporazumom, ali svih učesnika u garantnom poslu. U konkretnom slučaju u pogledu prestanka važnosti bankarske garancije nije postojala saglasnost volja svih učesnika u garantnom poslu, posebno ne na strani pravnog prethodnika tužioca, pa se stoga ne može ni prihvatiti zaključak prvostepenog suda da je pravo iz bankarske garancije prestalo da postoji njenim vraćanjem, da je ugovor o ustupanju potraživanja iz osnovnog posla koje je bilo obezbeđeno predmetnom garancijom zaključen nakon njenog vraćanja, te da stoga tim ugovorom ista nije ni mogla biti prenetna na ovde tužioca.

Istovetan stav zauzima u svojoj presudi i Vrhovni kasacioni sud⁶ sa obrazloženjem da su primenjujući odredbe člana 1083. i 1087. Zakona o obligacionim odnosima, nižestepeni sudovi pravilno zaključili da je pravni prethodnik tužioca kao korisnik garancije, mogao da cedira svoje potraživanje po osnovu ugovora o kreditu uz data prava po garanciji kao sredstva obezbeđenja, a što je i uslovilo da posle višestrukih cesija navedenog potraživanja iz ugovora o kreditu i potraživanja po osnovu bankarske garancije tužilac postane krajnji korisnik garancije, odnosno poverilac dužnika po osnovu datog kredita i bankarske garancije, te da prigovor nedostatka aktivne legitimacije na strani tužioca nije osnovan.

Međutim, suprotne stavove po istovetnim pitanjima u svojim drugim odlukama iznose isti sudovi.

Privredni apelacioni sud⁷ obrazlaže da kako je do preduzimanja navedenih pravnih radnji (vraćanja garancije) došlo pre nego što je zaključen Ugovor o ustupanju prava i obaveza iz osnovnog posla, a u kome se navodi da se istim preno-

⁵ Rešenje Privrednog apelacionog suda Pž-5168/13 od 17.07.2013. godine.

⁶ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Prevl/2015 od 11.06.2015. godine.

⁷ Presuda Privrednog apelacionog suda Pž-5044/15 od 23.09.2015. godine.

se i potraživanja po garanciji, nije mogao proizvesti valjano pravno dejstvo prenosa prava iz garancije, jer u momentu zaključenja navedenog ugovora korisnik garancije više i nije bio poverilac potraživanja po navedenoj garanciji, obzirom da je prethodno, dao izjavu o otpustu duga vraćanjem garancije, a dužnik se sa otpustom duga saglasio. Po stanovištu iz ove odluke vraćanje garancije predstavlja otpust duga pa se obaveze iz bankarske garancije kao jednostrano obaveznog ugovora, (kao i iz dvostrano obaveznih ugovora), mogu ugasiti i na drugi zakonom dopušten način, a jedan od zakonom predviđenih načina prestanka obaveze je i otpuštanje duga, da prema odredbi člana 344. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, obaveza prestaje kada poverilac izjavi dužniku da neće tražiti njeno ispunjenje i dužnik se sa tim saglasi, da u smislu stava 2. navedenog člana, za punovažnost ovog sporazuma nije potrebno da bude zaključen u formi u kojoj je zaključen posao iz koga je obaveza nastala, da je u konkretnom slučaju prvobitni korisnik garancije i samim tim poverilac prema banci izdavaocu garancije, original garancije vratio banci izdavaocu, a da se banka izdavalac garancije saglasila sa otpustom dug jer je rasknjižila svoje obaveze po navedenoj garanciji.

Vrhovni kascioni sud⁸ prihvata stavove nižestepenih sudova koji odbijaju zahtev tužioca za isplatu tužbom traženog iznosa, uz obrazloženje da potraživanje po osnovu same bankarske garancije nije moglo biti preneto ugovorom o prenosu potraživanja iz osnovnog pravnog posla, jer je bankarska garancija vraćena a ugovor o prenosu potraživanja zakučljen nakon toga, što znači da je primalac garancije istu vratio pre zaključenja ugovora o prenosu potraživanja. U obrazloženju dalje navodi da je članom 1083. ZOO propisano je da se bankarskom garancijom obavezuje banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji, da je članu 1086. istoga zakona propisano je da svoja prava iz bankarske garancije korisnik može ustupiti trećem samo sa ustupanjem potraživanja koje je obezbeđeno garancijom i prenosom svojih obaveza u vezi sa obezbeđenim potraživanjem, da je odredbom člana 436 ZOO propisano da poverilac može ugovorom zaključenim sa trećim licem preneti na ovoga svoja potraživanja izuzev onog čiji je prenos zabranjen zakonom, ili koje je vezano za ličnost poverioca, ili koje se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugoga, da ugovor o ustupanju potraživanja nema dejstvo prema dužniku ako su on i poverilac ugovorili da ovaj neće moći preneti potraživanje na drugoga ili da neće preneti bez dužnikovog pristanka, kao i da je članom 438 istog zakona propisano da za prenos potraživanja nije potreban pristanak dužnika, ali je ustupilac dužan obavestiti dužnika o izvršenom ustupanju. Na kraju Vrhovni kasacioni sud zaključuje da

⁸ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Prevl 384/15 od 10.03.2016. godine.

su vraćanjem originala garancije uz izjavu da se ista vraća sa okončanjem posla, prestale obaveze izdavaoca garancije po istoj iz razloga što je prvobitni korisnik garancije, koji je navedena potraživanja i ustupio, vraćanjem garancije je zapravo oslobodio banku garanta za dugove po osnovu garancije što znači da u trenutku ustupanja nije imao potraživanje po osnovu garancije, nego samo po osnovu kredita u odnosu na glavnog dužnika pa njime i nije mogo da raspoláže cediranjem.

Po mišljenju autora prilikom razmatranja gornjih pitanja treba poći od predmeta ustupanja. Razliku u predmetu ustupanja prave Jednoobrazna pravila za garancije na poziv Publikacija MTK 458 važeća u vreme ustupanja koja bi se imala primeniti iako nisu bila ugovorena kao trgovinski poslovni običaj u smislu ZOO.

Član 4 Jednoobraznih pravila glasi:

“Pravo korisnika da uputi zahtev za plaćanje po garanciji nije prenosivo, osim ako to nije izričito navedeno u garanciji ili izmeni garancije.

Ovaj član, međutim, ne utiče na pravo korisnika da ustupi sredstva, na koja ima pravo ili na koja može imati pravo”

Iz stava 1 proizilazi da ustupilac, korisnik garancije, u trenutku ustupanja mora imati u posedu garanciju i predati je prijemniku da bi mu preneo i zahtev za plaćanje. U slučaju da je korisnik garancije vratio garantu garanciju pre ustupanja, nastupio bi slučaj iz člana 23 navedenih pravila da se nezavisno od klauzula sadržanih u garanciji o prestanku važnosti, garancija poništava podnošenjem garantu same garancije ili pismene izjave korisnika o oslobadjanju od obaveza po garanciji, bez obzira na to da li su, ili nisu u ovom drugom slučaju, garancija ili izmene vraćene.

Kada se radi o ustupanju sredstava na koja korisnik ima pravo ili može imati pravo iz stava 2, korisnik zadržava u svom posedu garanciju kao instrument i pravo da uputi zahtev za plaćanje a vrši ustupanje sredstava, odnosno uslovnog potraživanja koje će nastati podnošenjem zahteva za plaćanje. I u ovom slučaju, ukoliko bi korisnik garancije pre ili posle ustupanja vratio garanciju garantu došlo bi do poništavanja garancije prema članu 23 navedenih pravila.

Situacija je međjutim drugačija kada korisnik garancije uputi zahtev za plaćanje po garanciji pa nakon toga izvrši ustupanje sredstava odnosno nastalog, sada bezuslovnog, potraživanja. Ovo potraživanje je prenosivo cesijom kao i svako drugo potraživanje nastalo iz bilo kog ugovora i nezavisno od fizičkog poseda garancije. Garancija nije hartija od vrednosti kod koje se pravo iz hartije može ostvariti samo prezentacijom hartije, tako da se pravo realizovano zahtevom za plaćanje može dokazivati svim dokaznim sredstvima, a takodje se može dokazivati da je garancija greškom vraćena iako obaveze nisu izvršene, a posebno imajući u vidu da je garant uredno obavješten o cesiji i da se nije protivio cesiji.

Iz navedenog razloga ni vraćanje garancije garantu nakon upućenog zahteva za plaćanje ne može proizvesti učinak prestanka nastalog potraživanja jer je garancija proizvela svoje pravno dejstvo i njeno vraćanje ne može proizvesti materijalno pravno dejstvo poništenja kao u slučaju kada nije realizovana. Tako vraćanje garancije u ovom slučaju, po mišljenju autora, ne može ni imati pravno dejstvo otpusta duga.

Autori su saglasni sa stanovištem Privrednog apelacionog suda (fusnota 5) da pravo iz bankarske garancije ne može prestati samo na osnovu činjenice da je bankarska garancija vraćena garantu u roku njene važnosti, u situaciji kada obaveza iz osnovnog posla nije izvršena i kada je pre vraćanja bankarske garancije došlo do njenog protesta od strane korisnika, jer se garancija može ugasti prestankom obaveze glavnog dužnika, a može prestati i sporazumom, ali svih učesnika u garantnom poslu, koga nije bilo u konkretnom slučaju.

Forma opoziva vraćanja granacije

Polazeći od činjenice da u trenutku ustupanja potraživanja garancija nije bila u posedu ustupioca jer je odaslata garantu, ali nije bila ni pristigla garantu da bi proizvela pravne posledice vraćanja, a vraćanje je opozvano na dan ustupanja, dakle pre nego što je garant primio garanciju, sudovi su zauzeli različita stanovišta.

Privredni apelacioni sud⁹ u svom rešenju kojim ukida prvostepenu presudu iznosi da prvostepeni sud navodi da opoziv vraćanja nije izvršen u odgovarajućoj formi jer nije izvršen u SWIFT formatu za bankarske garancije, već u SWIFT formatu - slobodan format, da tuženi osporavaju verodostojnost izjave jer je sačinjena u SWIFT formatu FM 999 slobodan format, ne u SWIFT formatu za dokumentarne akreditive i garancije, da je u konkretnom slučaju bitno pravilno utvrđenje da li je izjava o opozivu povraćaja garancije punovažna, obzirom da je sačinjena u pisanoj formi, da se prilikom odlučivanja prvostepeni sud poziva na Priručnik za SWIFT a da pri tom nisu priloženi niti predloženi dokazi na okolnost da je između davaoca i korisnika garancije ugovoren ili isključen odrećeni vid komunikacije te da su zato nejasni dati razlozi prvostepenog suda da je podnošenje izjave u SWIFT formatu MT 799 obavezna forma koja predstavlja uslov punovažnosti izjave o opozivu povraćaja, a koja izjava je nesporno primljena pre same garancije.

Dakle, u ovoj odluci Sud je stanovišta, da s obzirom da komunikacija SWIFTOM nije ugovorena, bitno je da je kominikacija vršena pisanim putem tako da

⁹ Rešenje privrednog apelacionog suda PŽ- 3470 od 29.05. 2013. godine.

tehnička forma SWIFTA nije bitna kod činjenice da je poruka primljena pre same garancije.

Drugačije stanovište zauzima Vrhovni kasacioni sud u svojim presudama.

Vrhovni kasacioni sud¹⁰ u svojoj presudi nalazi da se osnovno sporno pitanje svelo na tumačenje uticaja činjenica da je prvobitni korisnik garancije putem pošte prvotuženom vratila (otposlala) pismeni primerak garancije uz izjavu da je vraća prvotuženom kao izdavaocu jer su dugovi na koje se garancija odnosila izmireni, a potom swift porukom obavestila prvotuženog da je greškom vraćena garancija, te da mu je s'toga odmah po prijemu vratiti. Prema stanovištu Suda poruka kojom je obavešten prvotuženi da je bankarska garancija poslata greškom i kojom je zahtevano od njega da je vrati, ne ispunjava stroge uslove forme za međunarodne finansijske telekomunikacije odnosno finansijske bankarske telekomunikacije koje se odnose na kredite i garancije, te da s'toga ne može proizvoditi pravno dejstvo opoziva vraćanja bankarske garancije. Društvo za međunarodne finansijske bankarske telekomunikacije koje je osnivač telekomunikacione, mreže radi razmene informacija između banaka i drugih finansijskih organizacija i obavljanja elektronskog platnog prometa i drugih međubankarskih transakcija, postavilo je standarde koji se primenjuju samo ukoliko su ugovoreni, pa s'toga u navedenoj situaciji i nisu morali biti primenjeni jer isti nesporno nisu ugovoreni među strankama. Međutim, ukoliko se jedna od stranaka opredelila za taj vid i način komunikacije (swiftom) onda je prema stanovištu suda da navedeni swift mora ispunjavati standarde odnosno strogu formu propisanu za međubankarsku komunikaciju, te da upravo s'toga što navedeni swift koji je poslat ne ispunjava navedene standarde i ne može proizvesti pravno dejstvo povlačenja pravne radnje vraćanja bankarske garancije izvršene slanjem originala bankarske garancije prvotuženom i to bez obzira kada je isti stigao prvotuženom.

Dakle, Sud prihvata stanovište drugostepenog suda u kome bi se swiftom koji je poslat u odgovarajućoj i strogo propisanoj formi moglo povući vraćanje bankarske garancije ukoliko bi isti stigao izdavaocu garancije pre same garancije što u konkretnoj situaciji nije slučaj. Swift koji je poslao pravni prethodnik tužioca ne ispunjava stroge uslove forme, odnosno, poslat je u formatu 999-slobodan format koji pripada kategoriji 9- upravljanje novcem i status komitenta, a ne kategoriji 7 koja se prema priručniku za poruke u izdanju društva za međunarodne finansijske bankarske telekomunikacije odnosi na dokumentarni akreditiv i garancije pa upravo iz tih razloga što ne ispunjava formu swifta koja se zahteva odnosno standarde za komunikacije između banaka, u vezi bankarske garancije bez obzira kada je stigao prvotuženom kao obvezniku po garanciji, odnosno izdavaocu ga-

¹⁰ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Prev. 2/2015 od 11.06.2015. godine.

rancije, ne može proizvesti dejstvo opoziva vraćanja garancije koje je izvršeno pismenim putem. Iz navedenih razloga, nisu se stekli uslovi da se smatra da je na navedeni način opozvano vraćanje garancije.

Istovetno stanovište zauzeto je i u presudi Vrhovnog kasacionog suda ¹¹ imajući u vidu da je pravni prethodnik tužnioca prvobitni korisnik garancije, kao korisnik garancije vratio garantu original garancije sa obrazloženjem da je vraća u skladu sa okončanjem posla, da navedena poruka u slobodnom SWIFT formatu kojom je obavještena drugotužena da je bankarska garancija poslata greškom, ne ispunjava stroge uslove forme, za međunarodne finansijske telekomunikacije, odnosno finansijske bankarske telekomunikacije koje se odnose na kredite i garancije zbog čega ne može proizvoditi pravno dejstvo opoziva vraćanja bankarske garancije. Ukoliko se jedna od stranaka opredelila za ovakav način komunikacije (SWIFT) onda i prema stanovištu revizijskog suda, navedena poruka mora ispunjavati standarde odnosno strogu formu propisanu za međubankarsku komunikaciju. Navedena SWIFT poruka koju je poslao pravni prethodnik tužioca i po oceni Suda ne ispunjava stroge uslove forme, jer je poslata u slobodnom formatu koji ne pripada kategoriji 7, koja se prema priručniku za poruke u izdanju Društva za međunarodne finansijske bankarske telekomunikacije odnosi na dokumentarni akreditiv i garancije. Upravo iz tih razloga što ne ispunjava formu, odnosno standarde za komunikaciju između banaka, u vezi bankarske garancije, bez obzira kad je drugotuženoj kao obvezniku po garanciji, odnosno davaocu garancije stigla ova poruka, ista ne može proizvesti dejstvo opoziva vraćanja garancije.

Stanovište autora je da se na izjavu volje za povraćaj pogrešno vraćene garancije koja je poslata SWIFT-om mogu primeniti odredbe ZOO o izjavi volje kod ponude, prihvata ponude, opoziva ponude i formi ponude koji su regulisani čl. 36 do 39 ZOO. Zakon ne predviđa formu za opoziv volje tako da se ona može dati u bilo kojoj formi. Članom 1083 ZOO stav 2 propisuje da bankarska garancija mora biti izdata u pismenoj formi tako da nedvosmisleno proizilazi da izjava volje o opozivu vraćanja garancije koja poslata u pismenoj formi sigurno ispunjava sve uslove pravne valjanosti, a tehnički način prenosa pismene izjave volje putem SWIFT-a ne može uticati na njenu punovažnost jer je i SWIFT pismena forma komunikacije bez obzira u kom formatu je poslat. Ovo posebno što su ugovorne strane tokom trajanja ugovornog odnosa koristile više načina komunikacije, pošta, faks, teleks, SWIFT, a ugovorom ni jedan vid komunikacije nije bio isključen i sve tako poslate izjave su proizvele pravno dejstvo. Autori iz navedenih razloga smatraju da je ispravno stanovište Privrednog apelacionog suda iz njegove odluke (fusnota 9).

¹¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Prev. 384/2015 od 10.03.2016. godine.

ZAKLJUČAK

Potrživanje nastalo podnošenjem zahteva za plaćanje tzv. protesta po bezuslovnoj garanciji, na prvi poziv, prenosivo je kao i svako potrživanje iz drugog pravnog posla bez obzira u čijem posedu je garancija, pa vraćanje garancije banci garantu nakon zahteva za plaćanje nema pravno dejstvo prestanka nastalog potraživanja a poverilac ovog potraživanja je aktivno legitimisan u sporu za njegovu naplatu.

Opoziv vraćanja garancije, ukoliko nije drugačije ugovoreno, može biti upućen u bilo kojoj pisanoj formi, bez obzira na tehniku prenosa.

PREDRAG KNEŽEVIĆ, LL.M.,

Attorney at Law, Belgrade

ŽARKO ANĐELKOVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Economy and Justice in Novi Sad

ASSIGNMENT OF RIGHTS AND CLAIMS OF THE BANK GUARANTEE

Summary

This paper focuses on some issues regarding the guarantee payable on first demand concerning the transfer and payment of the guarantee. In case when the norms of the Private International Law imply the application of the provisions of the Law on Contracts and Torts, even in that case the Uniform Rules for Guarantees Demand of the International Chamber of Commerce can be applied, although they were not contracted, but as commercial business practices, if they are not contrary the norms of dispositive norms of the Law on Contracts and Torts. This especially applies to the assignment of rights from the bank guarantee, where uniform rules make difference between the transfer of the bank guarantee as the instrument (transfer of guarantee), which is allowed only if it is expressly provided for in the guarantee and transfer of the monetary income from the instrument (assignment of proceeds), which is freely transferable as well as any other claim arising from the contract. After filing the guarantee protest by the original guarantee beneficiary, the subject of the assignment is the claim arising thereto, and not the guarantee as the instrument, therefore, the stand of the author is that the new creditor does not have to be in possession of the instrument of guarantee itself, in order to present it to the guarantor bank and for the performance of payment. Returning the guarantee after the request for payment, i.e. guarantee protest, when the claim arises independently, doesn't have the legal effect of the termination of the claim, nor the legal effect of the renunciation of collaterals, therefore, such claim is freely transferable. The returning of the guarantee can be revoked, if the declaration of will regarding the revocation reaches the bank guarantor before physical receipt of the guarantee itself. In case where the Contracting Parties have not agreed on the manner of communication, the mentioned declaration of will regarding the revocation of the guarantee can be filed in any kind of written form and forwarded through means of communication, even through the SWIFT code, regardless of the technical format of the SWIFT.

ČETVRTA KATEDRA

**PRAVO
NA INTELEKTUALNU
TVOREVINU**

Industrijska svojina i Autorsko pravo

DIMITRIJE MILIĆ

AUTOR I AUTORSKO DELO

– Povodom jedne presude –

U V O D

Cilj ovog rada je da se ukaže na jednu pravnosnažnu sudsku presudu. Odnosi se na autora i autorsko delo. Intelektualna svojina i autorsko pravo kao njen deo i njihov razvoj i zaštita bitno utiču i doprinose napretku svakog društva.

Zakonom o autorskim i srodnim pravima uređuju se prava autora knjižvenih, naučnih, stručnih i umetničkih dela, način ostvarivanja tih prava i njihova sudska zaštita. Zakon detaljnije uređuje šta se smatra autorskim delom, ko se ima smatrati autorom dela, subjektom autorskog prava i sadržinu autorskih prava. Ta pitanja se posebno uređuju i mnogobrojnim međunarodnim konvencijama.

U praksi se javljaju različiti pristupi shvatanja pa sam izabrao jednu sudsku presudu kako bih ukazao i na ta pitanja.

PARNICA I DONOŠENJE PRESUDE

U parnici radi zaštite autorskog prava obavezan je tuženi da isplati tužiocu autorsku naknadu.¹ Tužilac je dipl. ing. elektrohnike autor stručne studije Normativa za elektroradove u građevinarstvu, koju je registrovao kod JAA, OOUR Autorska agencija za Srbiju dana 14.08.1987. godine. Prvobitnu verziju normativa

Dimitrije Milić, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije, advokat u Beogradu.

¹ Presuda doneta 29.11.2010. godine, po donetoj tužbi od 15.08.2005.godine

1 tužilac je uradio tokom 1982. godine u vreme dok se nije nalazio na radu kod tuženog i deponovao kod RO pronalazaštvo u Beogradu 13.12.1982. godine. Po stupanju na rad kod tuženog tužilac je usavršio svoje delo van radnog vremena i uradio u skladu sa potrebama tuženog normativ 2. Radnički savet tuženog 11.02.1988. godine donosi odluku da se normativ 2 delo tužioca "proglasi važećim i to 11.02.1988. godine". Od tada normativ 2 koji je tužilac prilagodio potrebama i interesima tuženog u skladu sa izmenjenim okolnostima i tehnološkim izmenama u struci koristi se u radu kod tuženog. Korišćenjem navedenog dela tužioca tuženi je ostvario značajnu ekonomsku korist.

Tokom postupka pored prvostepenim sudom sudski veštak, dipl. el. ing. utvrdio je da je stručnu recenziju normativa uradio Gradski zavod za veštačenje iz Beograda 1997. godine, veštak je utvrdio da se radi o delu koje je iskorišćavao tuženi i time ostvarivao imovinsku korist.

Prvostepeni sud je usvojio tužbeni zahtev. Utvrđeno je da je normativ originalno delo, da on "predstavlja referentni dokumenat za obračun troškova elektro radova u građevinarstvu ... i omogućava investitoru izvođaču da pouzdano kvantifikuju svoje međusobne odnose, ekonomsku korist koju ostvaruju. Normativom se može izračunati primena njegove metodologije i bilans poslovanja". Sud je utvrdio pravo tužioca, autora na autorsku naknadu. Sud je prihvatio nalaz i mišljenje sudskog veštaka i u presudi je naveo:

"Između parničnih stranaka ne postoji spor oko činjenice da je tužilac autor normativa, da ga je uradio u vreme kada nije bio zaposlen kod poslodavca, tuženog".

Sud je utvrdio, što proizlazi iz nalaza veštaka, da normativ ispunjava uslove iz standarda ISO 9000, da je tužiocu za izradu normativa dodeljena godišnja nagrada za tehnološko unapređenje za 1998. godinu od strane Privredne komore Beograda, Beograd 23.12.1998. godine, da je normativ usvojen kao važeći normativ za elektroradove u građevinarstvu rešenjem Privredne komore Beograda od 08.04.2002. godine, preporukom Privredne komore Srbije 21 od 12.07.2002. godine, odlukom o obrazovanju sekcije Privredne komore Beograd od 13.01.2003. godine, odlukom Privredne komore Crne Gore od 12.05.2003. godine, preporukom Inženjerske komore Srbije, Beograd od 03.02.2006. godine. Delo je proglašeno kao delo od posebnog značaja za nauku i to mišljenjem Ministarstva za nauku i tehnologiju Republike Srbije od 27.11.1995. godine, kao i da je normativ uključen u cenovnik za izradu tehničke dokumentacije odlukom Inženjerske komore Srbije od 17.07.2006. godine i dr.

Veštak je zaključio "da je normativ prihvaćen od strane izvođača i projektanta u Republici Srbiji, za sve elektro radove upravo zbog ostvarivanja ekonomske koristi."

Prvostepeni sud je dalje utvrdio i na osnovu mišljenja pravne službe tuženog od 18.01.2002. godine, na osnovu dostavljene dokumentacije da je delo tužioca "originalno delo registrovano u DP "Pronalazaštvo" iz Beograda od 13.12.1982. godine i da autor prema tome ima i pravna i zakonska ovlašćenja za dobijanje naknade..."

"Sudski veštak je u pismenom nalazu i mišljenju, pa i u iskazu pred sudom utvrdio da je normativ "proглаšen kao delo od posebnog značaja za nauku i tehnologiju Republike Srbije".

Sudski veštak je utvrdio i izračunao ekonomske koristi za tuženog zbog korišćenja normativa umesto Pravilnika za vrednovanje rada koji je primenjivao tuženi. Utvrdio je i visinu ekonomske koristi polazeći od jedinstvenih koeficijenata i stručnog mišljenja i nalaza Privredne komore Beograda i stručnog mišljenja tuženog od 25.09.2003. godine i usvojenih principa tog stručnog mišljenja kao i prema podacima Preduzeća od 26.12.2004. godine.

Veštak je utvrdio pored ekonomske koristi tuženog i neto iznose autorske naknade koja pripada tužiocu za ekonomsko iskorišćavanje njegovog dela. Utvrđeno je da se normativ primenjuje kod tuženog počev od 11.02.1988. godine a naknada se odnosi na traženi period od 1996. godine zaključno sa 2003. godinom. Tužba u ovoj parnici podneta je dana 15.08.2005. godine.

Drugostepeni sud ukida osporenu presudu jer u obrazloženju presude "nedostaju jasni i ubedljivi dokazi" na osnovu čega je zaključeno da je normativ autorsko delo. Ukazuje da je Zakon o autorskim i srodnim pravima ("Službeni list SFRJ" br. 19/78, 24/86 i 21/90) koji je bio na snazi u vreme nastalog spora predviđao u članu 23. da ako radnih u radnom odnosu u izvršavanju svojih radnih obaveza izradi stručni izveštaj, referat znači službeni akt ili sličan rad, ne stiče nikakva autorska prava na tim radovima. Naveo je da odredbom člana 6. Zakona da autorskom pravnom zaštitom nisu obuhvaćene opšte ideje načela princip i uputstva, niti se autorskim delom smatraju zakoni, podzakonski akti i drugi propisi, niti službeni materijali organa koji obavlja javnu funkciju. Ukazao je da je prvostepeni sud propustio "da ceni značenje normativa, i da ima u vidu da normativ sadrži uputstvo (način vrednovanja i obračun radova) i opšte principe, te da on stoga sam po sebi ne donosi nikavu zaradu, već zaradu donose radnici."²

Drugostepeni sud je dalje naveo "da su normativi (sve i da su prethodno predstavljali autorsko delo) postali opšti akti tuženog još 1987. godine. Tako su oni "dobili karakter službenog materijala organa koji obavlja javnu funkciju". Sud se poziva na odredbe člana 137. i 190. Ustava Republike Srbije, odnosno Statuta Privredne komore Srbije (član 96. - 98.) i Privredne komore Beograda (član 78.)

² Drugostepena odluka doneta 03.04.2014. god.

“Pošto su usvojeni kao važeći normativ za elektroradove u građevinarstvu... i tako postali obavezujući za sve članove Inženjerske komore Srbije...”, po shvatanju drugostepenog suda nije utvrđeno kojim radnjama je tuženi, navodno, povredio autorska prava tužioca, koji normativ i u kom periodu je tuženi primenjivao, a nije ni “valjano obrazložio zaključak da je neosnovan prigovor zastarelosti”. Sud se poziva na odredbe člana 361. i 372. Zakona o obligacionih odnosima, kao i član 376. ZO koja potraživanja zastarevaju u roku od 3 godine.

Sud je dalje zaključio da prvostepeni sud nije cenio “ni okolnost da je ugovorom od 02.10.1987. godine tužilac preneo imovinska prava čiju zaštitu traži na tuženog, kao i ni okolnost da je tužilac navedeni dokument koji je stavljen u javni promet, objavio i u posebnoj knjizi i učinio ga besplatno dostupnim na internetu, što utiče na okolnost da se u takvom slučaju ne može tražiti imovinska autorska zaštita”.

Prvostepeni sud u novom postupku, prihvata primedbe drugostepenog suda i utvrđuje “da u radnjama tuženog nema povreda autorskog prava tužioca koje mu je priznato ugovorom od 02.10.1987. godine te da je zahtev tužioca neosnovan u celosti.”³

Sud nalazi da je ugovorom od 02.10.1987. godine tužilac preneo na korisnika prvotuženog pravo korišćenja pred metod rada i da je za to dobio 900.000,00 dinara, pošto je u okviru radne obaveze preuzeo radni zadatak da izradi stručnu studiju normativ 1.

Sud ponavlja shvatanje iz rešenja o ukidanju presude od 29.11.2010.godine da “normativ sam po sebi ne donosi bilo kakvu zaradu, već donosi svi radnici i zaposleni koji produktivno rade... normativ predstavlja sakupljno iskustvo iz preduzeća u kome je tužilac radio, opšte stavove i principe koje je tužilac pretočio u normativ...” Kako je normativ usvojen na nivou grada Beograda i Republike kao važeći za označene radove i doneta preporuka Privredne komore Srbije i Inženjerske komore i mišljenje Ministarstva za nauku i tehnologiju Republike Srbije da delo ima poseban značaj za nauku sud zaključuje da on “predstavlja službeni materijal organa koji obavlja javnu funkciju, pa se ne može smatrati autorskim delom, niti bitno obuhvaćen autorsko-pravnom zaštitom.” Našao je da je prigovor zastarelosti osnovan, bez obzira što je tužba podneta 15.08.2005. godine, a tuženi delo koristi punih 16 godina od dospelosti pa je potraživanje tužioca zastarelo 01.01.1992. godine.

Presudom drugostepenog suda od 03.07.2015. godine odbija se žalba tužioca i drugostepena presuda od 13.04.2015. godine potvrđuje.

³ Druga prvostepena presuda doneta 30.04.2015.godine koja je potvrđena drugostepenom presudom od 03.12.2015. godine

U presudi se navodi da je sve važne činjenice za donošenje odluke o osnovanosti tužbenog zahteva prvostepeni sud utvrdio potpuno i pouzdano na osnovu izvedenih dokaza koje je ocenio pravilnom primenom odredbe člana 88. PP.

Sud prihvata zaključak prvostepenog suda da normativ ne može biti autorsko delo zbog toga što ih je tužilac "sačinio po nalogu i za potrebe pravnog prethodnika tuženog u okviru svoje radne obaveze tako i zbog toga što je normativ postao opšti akt tuženog, te i zbog toga što autorskom pravnom zaštitom nisu obuhvaćeni opšti principi i uputstva." Oni predstavljaju specifikacije (uputstva) "sažeto iskustvo tuženog preduzeća u kome tužilac radi i koje je pretočio u normative..." Zbog toga tužilac ne stiče "nikakvo autorsko pravo" jer je stvarao u radnom odnosu u preduzeću. Kako su normativi usvojeni kao važeći normativi odlukom Privrednih komora Beograda i Privredne komore Srbije, kao i Inženjerske komore Srbije "oni predstavljaju službeni materijal organa koji obavlja javnu funkciju i ne mogu se smatrati autorskim delom, niti mogu biti obuhvaćeni autorskom pravnom zaštitom."

Po shvatanju drugostepenog suda normativi su postali opšti akti tuženog još 1987. godine jer su izrađeni u ime i za račun tuženog u okviru radne obaveze a za to je primljen honorar od 900.000,00 dinara. Kako su usvojeni i kao važeći normativi za elektroradove u građevinarstvu od strane označenih organa i po njihovim preporukama to u smislu člana 137. i 198. Ustava Republike Srbije, Statuta Privredne komore Beograda i Srbije i Pravilnika o uslovima za ostvarivanje za izvedene radove ... ("Službeni glasnik RS" br. 116/04 i 69/06) postali su "obavezujući za sve članove Inženjerske komore Srbije". Sud je prihvatio i stav u pogledu zastarelosti prvostepena presuda od 30.04.2015. godien postala je pravosnažna.

OSVRT NA PRESUDU

Prema shvatanju u presudi od 03.12.2015.godine rad tužioca nije autorsko delo koje uživa autorsku pravnu zaštitu. Čak i da je delo stvoreno u vreme rada kod tuženog ono je postalo opšti akt. Na osnovu preporuke organa koji vrši javnu funkciju Privrednih komora i Inženjerske komore rad je postao opšti akt, jer je usvojen kao važeći normativ za elektroradove u građevinarstvu. Sud se poziva na odredbu člana 137. i 198. Ustava Republike Srbije koje se odnose na overavanje javnih ovlašćenja i javne službe. Prema toj odredbi ovlašćenja se mogu preneti zakonom i to isključivo zakonom. Odredba člana 198. Ustava odnosi se na zakonitost uprave pa se ne može odnositi i na sporni odnos. Pozivi suda na određene statutarne odredbe Privrednih komora Srbije i Beograda, takođe su bez značaja i uticaja u odnosu na sporni odnos između stranaka i njihovo razrešenje.

Zakon o autorskim i srodnim pravima uređuje pravo autora književnih, stručnih i umetničkih dela i srodnih prava kao i način njihovih ostvarivanja i sudsku zaštitu.⁴

Autorsko delo je originalna duhovna tvorevina autora izražena u određenoj formi bez obzira na njegovu umetničku, naučnu ili drugu vrednost, njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja i dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine.

Zakon je dao definiciju autorskog dela što je prihvaćeno u praksi. Autorsko delo je tvorevina ljudskog duha i određeni oblika stvaralaštva koju autor izražava na određeni način. Prema monističkom shvatanju za zaštitu autorskog prava bitan je oblik izražavanja, forma - korpus, dok ideja, kao unutrašnja sadržina nije zaštićena. Pre nego što ideja poprimi izražajni oblik, formu, ona kod autora sazreva i određuje se preko određenih nacрта, koncepata, dispozicija i slično, sve zavisi od same prirode autorskog dela. Od vremena ideje dok autor ideju materijalizuje, tada delo poprima i karakter raspoznavanja, dolazi se do autorskog dela, pa i do autorsko-pravne zaštite.⁵ Autorsko delo daje mogućnost njegovom tvorcu, autoru da delo iskorišćava, priznaju mu se autorsko-moralna prava, pravo patenteta, pravno na naznačenje imena, pravo objavljivanja, pravo na zaštitu integriteta, dela pravo suprostavlja nedostojnom iskorišćavanju dela kao i imovinska prava autora. Autor ima pravo na ekonomsko iskorišćavanje svog dela i pravo na naknadu za svako iskorišćavanje dela, što zakon detaljno razređuje.

Ako se autorsko delo ceni i posmatra ekonomski ono je roba, roba posebne vrste. Teško se može zamisliti da se autorsko delo stvara samo za sebe, za autora.⁶

Da bi autorsko delo uživalo autorsko - pravnu zaštitu, ono mora da predstavlja i originalnu tvorevinu. Ono je originalno i ono delo koje je proizvod lica koje ga je stvorilo. Autorsko delo mora da ima lični karakter autorskog dela. To pitanje nije predmet zakonskog regulisanja i u pravnoj doktrini smatra se i tumači na različite načine. U doba razvoja novih tehnologija i informatike i nauke uopšte pojam originalnosti treba shvatiti i tumačiti u skladu sa potrebom razvoja, kako bi autorska dela i svi oblici stvaralaštva bili dostupni i zaštićeni u okviru svih oblika prava intelektualne svojine.

Svako autorsko delo ima i nekih elemenata i drugih dela.

Autorskim delom se smatraju i određena dela koja nastaju sastavljanjem dela, skupljanjem drugih dela bez obzira da li spadaju u književnost, umetnost,

⁴ ZASP (Službeni glasnik RS br. 104/2009), član 1.

⁵ Dimitrije Milić: Komentar Zakona o autorskim i srodnim pravima sa sudskom praksom, Beograd 2011, str. 13-35.

⁶ Dr Miodrag Janjić: Industrijska svojina i autorsko pravo, Beograd 1982, str. 219.

nauku ili druge oblike stvaralaštva. Uslov za to je da se radi o originalnoj intelektualnoj, samostalnoj, tvorevini, s obzirom na izbor i raspored, radnju, način na koji je pozameni materijal sistematizovan, što zakon detaljno razrađuje. Subjekt autorskog prava, autor, je fizičko lice koje je stvorilo određenu intelektualnu tvorevinu. Ono je i nosilac autorskog prava. Pravno lice ne može biti autor “akt stvaranja autorskog dela od strane određenog lica jeste pravna činjenica, a ne pravni posao.”⁷

Svojsvo autora se ne može preneti na drugo lice niti prisvojiti, ali je moguće da se prenesu određena ovlašćenja iz subjektivnih autorskih prava da se ustupe ili prenesu na drugo lice. To se može vršiti na osnovu ugovora, nasleđivanje ili na osnovu zakona. Lice koje nije autor subjekat je određenih ovlašćenja i postaje nosilac autorskog prava pa ono nije izvorni nosilac autorskog dela koje je stvorio autor.⁸

Osnovno je pravilo da nije bitno kada je delo stvoreno, kako je ono stvoreno ili da li je ono stvoreno u okviru radnog vremena. Bitno je da je autorsko delo stvoreno i niko ga ne može prisvajati niti osporavati. Njegovim stvaranjem autor je jedino ovlašćen da raspolaze i iskorišćava svoje delo bez njegove saglasnosti i druga lica nemaju pravo njegovog iskorišćavanja.

Autorsko delo se može stvoriti i u radnom odnosu kada autor stvara delo tokom trajanja radnog odnosa izvršavajući svoje radne obaveze. Na takvom delu poslodavac je nosilac isključivih imovinskih prava na njegovom iskorišćavanju u okviru svoje delatnosti u roku od 5 godina od završetka dela.⁹

Autor i u navedenom roku od 5 godina zadržava autorska prava, a istekom tog roka isključiva autorska prava na delu stiže autor.

Tužilac iz ove parnice delo je stvorio pre stupanja na rad kod tuženog, radi se o Normativu 1, a Normativ 2 prilagodio je problemima i potrebama tuženog. Da bi se smatralo da je autorsko delo stvoreno u radnom odnosu mora biti stvoreno izvršavanjem radnih obaveza stvaraoca dela, što mora proizlaziti iz sistematizacije radnih mesta i da je delo nastalo kao deo radne obaveza autora i to u vreme rada, redovnog radnog posla i u prostorijama tuženog i korišćenjem njegovih poslovnih resursa. Nijedan od tih uslova u konkretnom slučaju nije bio ispunjen, niti je postojao. Tužilac nije bio zaposlen u nekoj naučnoj instituciji i tako da za vreme rada stvara autorsko delo. Za takav rad nije postojao bilo kakav poseban

⁷ Slobodan M. Marković: Autorsko pravo i srodna prava, “Službeni glasnik Beograd” 1999, str. 158.

⁸ Član 9. važećeg Zakona o autorskom i srodnim pravima

⁹ Član 98. ZASP.

ugovor za izradu dela, niti je to pitanje regulisano opštim aktima tuženog ili ugovorom.

Čak i da je delo stvoreno u vreme rada, tužilac u smislu zakona bio bi autor i istekom roka od 5 godina delo bi mu se "vratilo" i on bi imao pravo ekonomskog iskorišćavanja u daljem periodu. Kako je delo tužioca Normativ 2 po odluci Radničkog saveta tuženog postao važeći akt i u primeni od 11.02.1988. godine, iskorišćavano je više od 5 godina, pa je tužba podneta 15.08.2005. godine, a naknada se traži za period 1996. godine zaključno sa 2003. godinom u kojem je periodu delo iskorišćavano. Iz navedenih činjenica proizlazi da se ne može se govoriti o zastarelosti potraživanja tužioca. "Zastarelost počinje teći prvog dana posle dana kada je poverilac imao da zahteva ispunjenje obaveze..."¹⁰ Zastarelost ne počinje nastankom potraživanja već danom kada je obaveza dužnika dospela.¹¹

Normativi se ne mogu smatrati opštim aktima. Oni nemaju karakter službenih materijala državnih organa, niti organa koji obavljaju javnu funkciju. Normativi se ne mogu izuzeti od autorsko-pravne zaštite, jer se radi o delu koje je stvorio tužilac koji nije bio zaposlen u Privrednoj komori Beograda ili Srbije, niti u Inženjerskoj komori. U tim institucijama tužilac nije sticao znanja i iskustva da bi izradio normative. On ih nije radio za njihove potrebe pa niko nema pravo da ih prisvaja jer se radi o autorskom delu tužioca, što oni nikada nisu osporavali.

Kako se radi o značajnom stručnom delu za određenu delatnost tužilac se saglasio da se normativi upotrebljavaju u praksi. Posle kvalifikovanih mišljenja i preporuka te struke i na zahtev brojnih pravnih lica Privredne komore Beograda i Srbije, kao i Inženjerijska komora pa i Ministarstvo za nauku i tehnologiju Republike Srbije uz saglasnost tužioca normativi su postali zajednički za izvođenje određenih radova u građevinarstvu.

Normativi su prevedeni na engleski i ruski jezik a postoji i interesovanje i za prevod i na druge jezike. Na taj način se pokazuje značaj rada tužioca, ugleda Srbija u svetu kao i naše tehnološke kulture.

Ustav Republike Srbije, odredba na koje se poziva sud, član 137. govori o poveravanju javnih ovlašćenja i javnim službama. Predviđa da se zakonom mogu poveriti određena ovlašćenja u interesu efikasnijeg i racionalnijeg ostvarivanja prava i obaveza građana. Ta ovlašćenja se poveravaju zakonom. To se ne može odnositi na konkretan slučaj. Ako bi se prihvatio takav stav prava tužioca koja su predviđena Ustavom i Zakonom o autorskim i srodnim pravima bila bi uskraćena.

¹⁰ Član 361. ZOO.

¹¹ Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 3888/99 od 15.09.1999. godine, objavljena Dimitrije Milić: Priručnik obligaciono pravo sa sudskom praksom, IV dopunjeno izdanje, INK, Beograd 2010, str. 281

U odredbi člana 198. Ustava Srbije govori se o zakonitosti uprave čiji rad mora biti zasnovan na zakonu. Normativi tužioca nisu, niti mogu postati službeni materijali organa koji obavljaju javnu funkciju. Oni su autorsko delo a ne opšte ideje, načela, principi i uputstva, niti podzakonski akti ili uputstva, ni službeni materijal organa, da bi bili izuzeti od autorsko-pravne zaštite. Navedne Ustavne odredbe i Statutarne odredbe komora pogrešno se shvataju i tumače i na osnovu njih se ne mogu uskraćivati prava tužioca.

Ugovor na koji se poziva sud od 09.01.1996. godine je izdavački ugovor zaključen između tužioca kao autora i izdavačke kuće "Kulture" iz Beograda kako se to navodi i u ugovoru. Taj ugovor se odnosi na izdavanje i štampanje knjige "Normativ". Tim ugovorom pogrešno zaključuje drugostepeni sud da je tužilac "ustupio pravo korišćenja tog autorskog dela, da bi ih zatim isto učinio besplatno javno dostupnim na internetu". Takav stav je neosnovan, jer internet u to vreme nije ni postojao u Srbiji. Pravno nije moguće da se izdavačkim ugovorom ustupa pravo korišćenja, jer se takvim ugovorom štampa dela, bez prava da se delo ekonomski iskorišćava.

Izdavačkim ugovorom na izdavača se prenosi objavljivanje dela a može se utvrditi pravo prevođenja radi objavljivanja na stranim jezicima.¹² Ništave su odredbe ugovora kojima autor prenosi prava iskorišćavanja svojih budućih dela.¹³

"U sumnji o sadržini i obimu prava koja se ustupa, odnosno prenosi autorskim ugovorom smatra se da je ustupnjeno, odnosno preneseno manje prava."¹⁴

Tužilac je zaključio ugovor 02.10.1978. godine sa korisnikom u kojem je označen kao autor studije. Predmet ugovora je studija noramativ za vrednovanje elektro-montažnih i elektro-instalatarskih radova koja je kako se navodi predato drugoj strani. Radi se o normativu 1 koji nije predmet spora. Ugovorom se ustupa pravo korišćenja predmetnog rada ali se ne predviđa da se vrši prenos autorskih prava na korisnika, niti pravo korišćenja odnosno ekonomskog iskorišćavanja studije. Ugovor ja zaključila bez posebnog autorovog ovlašćenja JAA iz Beograda. Za ustupanje i prenos prava u svim autorskim ugovorima potrebna je saglasnost autora koji se daje Agenciji. Ta saglasnost se prilaže u ugovoru što nije učinjeno. Po ugovoru se isplaćuje autoru autorski honorar od 900.000,00 dinara, što je u to vreme iznosila polovinu mesečnog ličnog dohotka tužioca. To sud tretira u presudi od 03.12.2015. godine kao nagradu po Odluci Radničkog saveta od 27.03.1988.

¹² Član 62. Zakona o autorskim i srodnim pravima "Službeni list SFRJ" br. 19/88 i 24/86 i 21/90)

¹³ Član 59. i 66. ZASP "Službeni glasnik RS" br. 104/2009, kao i ZASP "Službeni list Srbije i Crne Gore br. 22/04

¹⁴ Član 66. ZASP "Službeni list SFRJ" br. 19/78..., i član 68. ZASP Republike Srbije

godine. Navednim ugovorom od 02.10.1987. godine nije preneto na korisnika pravo ekonomskog iskorišćavanja autorskog dela jer se radilo o normativu 1 a i da je preneto ne bi imao pravni značaj, ugovor bi bio ništavan, jer se radi o budućem delu. Ustupanje imovinskih prava za sva buduća dela je ništavan. I pravna priroda zaključenog navedenog ugovora je sporna. Za svaki autorski ugovor koji se zaključuje preko Agencije mora postojati posebno ovlašćenje sa obimom prava koja se ustupaju ili prenose, što u konkretnom slučaju nije ni poštovano.

Prenos imovinskih prava autora mora biti izričit, o čemu mora postojati izričita pismena saglasnost autora, tužioca. Prenos svih ili određenih imovinskih autorskih prava ne podrazumeva se, preneti su samo ona imovinska prava koja su u ugovoru jasno, određena i nedvosmisleno preneti.

Autorsko pravo je lično pravo, apsolutno pravo, erga omnes. Razvojem novih tehnologija, saobraćaja, a posebno informatike, infromativne tehnologije i dr., intelektualna svojina dobija sve više na značaju i bitno utiče na ekonomski razvoj svakog društva.

Na planu zaštite intelektualne svojine ulažu se naponi i aktivnosti. Direktiva 2004/48/E3 Evropskog parlamenta od 25.04.2004. godine o poštovanju prava intelektualne svojine, obavezuje na bolju i dosledniju zaštitu u praksi.¹⁵

U skladu sa Poglavljem VII za prijem u Evropsku uniju i Direktivama evropske zajednice, Srbija je dva puta menjala i dopunjavala ZASP, Zakon o sudovima i ZPP. Uvodi se i koncentracija sudova za sporove intelektualne svojine. Svi sudski sporovi u Srbiji dati su u nadležnost Višem sudu u Beogradu, a za pravna lica Privredni sud u Beogradu. Cilj navedenih rešenja je specijalizacija sudova, sudija i dr. kako bi se pružila što bolja zaštita intelektualne svojine. To je i rezultat dugogodišnjih napora Kopaoničke škole privrednog prava. Edukacija sudija i sudijskih pomoćnika mora biti kontinuirana i Programom rada (godišnjim) nužno je predvideti program edukacije specijalizovanih veća.

Na probleme zaštite ljudskih tvorevina ukazivao je i slavni naučnik Nikola Tesla "što se više razvijamo to nam se ova potreba nameće. Trebalo bi da postavimo konačni cilj: da dođemo do propisa i zaštite intelektualne svojine, koji bi bili bar toliko precizni koliko je to slučaj kod svojine na telesnim stvarima."¹⁶

ZAKLJUČAK

Izrada stručne studije, normativa za vrednovanje elektrotehničkih radova u građevinarstvu je autorsko delo lica koje ga je stvorilo.

¹⁵ Direktiva je objavljena u navedenom Komentaru ZASP, autor Dimitije Milić, str. 573-593

¹⁶ Nikola Tesla, Časopis "Sun", New York, april 1940. godine

Studija, normativ, ne može se smatrati opštim aktom, niti dobiti status i karakter službenog materijala organa koji obavlja javnu funkciju kako ih je usvojio kao važeće za obavljanje navedenih radova. Autor ih nije izradio za potrebe organa, niti po njihovom nalogu, niti je autor kod tih organa bio zaposlen i kao zaposleni sticao posebna znanja i iskustva u njihovoj izradi.

Ako je autor stvorio delo tokom trajanja radnog odnosa izvršavajući svoje radne obaveze poslodavac je ovlašćen da to delo objavi i nosilac isključivih imovinskih prava na njegovo iskorišćavanje u okviru svoje privredne delatnosti u roku od pet godina od završetka dela, ako opštim aktima ili ugovorom o radu nije drukčije određeno.

Autor dela stvorenog u daljem odnosu na tom delu zadržava sva autorska prava sem imovinskih prava na njegovo iskorišćavanje u roku od pet godina.

DIMITRIJE MILIĆ

Long-time judge of the Supreme Court
of Serbia, Attorney in Belgrade

AUTHOR AND AUTHOR'S WORK
Regarding a judgement

Summary

The compiling of a professional study, normative for the evaluation of electrical engineering works in construction is an author's work of the person that compiled it.

The study, normative, cannot be considered a general act nor be given the status and character of official material of an authority exercising a public office as adopted as valid for performing these works. The author did not compile them for the needs of the authority, nor under its instructions, nor was the author employed in one of those authorities and as an employee acquire the necessary knowledge and experience in their compiling.

If the author created the work during employment performing its work tasks, the employer is authorized to publish this work and shall be the holder of the exclusive property rights to their use as part of its commercial activities for five years from the completion of the work, if not otherwise stipulated by general acts or the employment contract.

The author of the work created regarding this work shall retain all copyright except property rights to its exploitation for five years.

BOŽIN VLAŠKOVIĆ

SADRŽINA I POVREDA PATENTA ZA DRUGU MEDICINSKU INDIKACIJU U NEMAČKOM I EVROPSKOM PRAVU

U V O D

Patentna zaštita pronalazaka druge medicinske indikacija postala je aktuelna tek posle ukidanja zabrane patentiranja lekova. U svom izvornom značenju pojmom pronalazaka druge medicinske indikacije obuhvaćeni su pronalasci materija koje se već koriste kao lek za određenu bolest, a kasnije se pronade da se mogu upotrebljavati i za lečenje drugih bolesti. Ovaj pojam se danas tumači šire, pa se može odnositi na: primenu poznatog jedinjenja ili supstance za terapiju neke bolesti ili stanja za čije lečenje ove materije nisu ranije bile primenjivane; primenu poznatog jedinjenja ili supstance u terapiji neke nove grupe pacijenata; različite oblike davanja poznatog jedinjenja ili supstance; primenu poznatog jedinjenja ili supstance u okviru nove šeme doziranja; kao i na novu terapijsku primenu poznatog jedinjenja ili supstance, koja se zasniva na različitom tehničkom delovanju. Po pravilu se do ovakvih pronalazaka dolazi na osnovu velikih investicija u istraživanje i razvoj, a mogu da budu veoma kvalitetne inovacije u medicinskom, socijalnom i privrednom smislu.

Pronalasci druge medicinske indikacije ne mogu se patentirati u svim zemljama. Međutim, i u zemljama u kojima je moguće njihovo patentiranje uočavaju se razlike u vezi sa oblikom druge medicinske primene koja može biti zašti-

Dr Božin Vlašković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

ćena, kao i u pogledu forme patentnog zahteva. Moguće forme patentnog zahteva su: "primena materije u proizvodnji leka za terapiju stanja Y"; "primena materije X za terapiju stanja Y" i "materija X za primenu u terapiji stanja Y". Čak i u slučaju da je reč o istoj formi patentnog zahteva, uočava se razlika u zaštiti koja se faktički ostvaruje na osnovu odgovarajućeg patenta.

Nepostojanje harmonizovane patentne zaštite pronalazaka druge medicinske indikacije, kao i odgovarajućih regulatornih okvira, izaziva nesigurnost za sve učesnike, a naročito za proizvođače originarnih lekova i za proizvođače generičkih supstanci. Polazeći od načela koja su sadržana u Sporazumu o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine, pronalasci druge medicinske indikacije trebalo bi da budu patentirani kada ispunjavaju sve uslove za sticanje patentne zaštite. To su: novost, inventivni nivo i industrijska primenljivost. Izuzeci u pogledu patentiranja terapijskih postupaka nisu osnova za isključenje pronalazaka druge medicinske indikacije iz patentne zaštite.

U radu su razmotrena pitanja mogućih oblika patentne zaštite pronalazaka druge medicinske indikacije, kao i njihovog delovanja na delatnost lekara i proizvođača generičkih supstanci. S tim u vezi, analizirano je i pitanje neposredne i posredne povrede patenta u slučajevima različitih oblika patentne zaštite ovih pronalazaka u nemačkom i evropskom pravu.

Apsolutna zaštita pronalazaka lekova

Pronalasci lekova su vrsta pronalazaka materije, te su apsolutno zaštićeni. Ovaj oblik patentne zaštite je najširi i najsveobuhvatniji. Naime, apsolutnom zaštitom materije obuhvaćeni su svi postupci za njenu proizvodnju, bez obzira kada su pronađeni i ko ih je pronašao. Ova zaštita se, takođe, odnosi i na svaku primenu materije, bez obzira ko je i kada takvu primenu pronašao. Drugim rečima, titular patenta može da zabrani svaku primenu materije, bez obzira da li mu je takva primena bila poznata ili nepoznata. Treće lice koje pronađe novu i inventivnu primenu, može da je samostalno patentira, ali se takav pronalazak ne može iskorišćavati, bez saglasnosti titulara patenta za pronalazak materije.¹

Kada je reč o pronalascima materije zadatak se sastoji u tome da se proizvede nova materija, čija je konstitucija jednoznačno definisana u patentnom zahtevu. Ovaj zadatak rešen je već time da je materija proizvedena. Podaci o tehničkom ili terapijskom efektu materije nisu predmet pronalaska. U slučaju da su navodi o efektu sadržani u prvoj prijavi, oni mogu da budu zamenjeni nekim dru-

¹ Božin Vlašković, *Patentna zaštita pronalazaka iz oblasti hemije*, Beograd, 1989, 69-70.

gim u toku postupka za sticanje patenta. Ako u prvoj prijavi nisu sadržani podaci o tehničkom ili terapijskom efektu, oni mogu biti naknadno podneti.²

Zaključkom "Imidazoline" potvrđena je konstantna praksa Saveznog vrhovnog suda Nemačke u kojoj je zastupan stav da navođenje cilja delovanja i funkcije u patentnom zahtevu, po pravilu, ne ograničava dejstvo patenta čak ni onda kada je reč o novoj primeni koja je jedini razlog za patentiranje materije. Takvi podaci su samo pojašnjenja čiji je cilj bolje razumevanje pronalaska materije.³ Polazeći od stanovišta koja su izražena u navedenoj presudi razvijena je posebna doktrina koja se može sažeti u dva osnovna stava. Prvo, predmet pronalaska materije je generalno sama materija. Drugo, dovoljno je da se u prijavi industrijska primenljivost navede sasvim uopšteno, a ne mora se navesti u koje se svrhe materija konkretno koristi.⁴

Predmet apsolutne zaštite mogu biti samo nove materije. Pronalasci prve i druge medicinske indicacije se ne mogu zaštititi apsolutno, jer ne ispunjavaju uslov apsolutne novosti. Naime, pronalasci prve medicinske indicacije odnose se na već poznatu materiju, koja se prvi put upotrebljava kao lek. Opšte je prihvaćeno da se za pronalasku prve medicinske indicacije primenjuje relativna zaštita. Kada je reč o pronalascima druge medicinske indicacije dugo je bilo sporno da li se ovaj oblik zaštite može primeniti i na njih, ili se mogu zaštititi samo kao pronalasci primene.

*Patent za primenu u nemačkom pravu i njegovo tumačenje u praksi
Velikog žalbenog veća Evropskog patentnog ureda*

Patent za primenu je vremenom u nemačkom pravu značajno transformisan u svojoj sadržini i delovanju. U početku se smatralo da primena, kao patentno relevantna radnja, ne počinje samim formulisanjem materije, nego tek primenom za određenu svrhu.⁵ Međutim, ovakvim rešenjem patent za primenu nema nikakvu praktičnu važnost na području farmacije, jer je terapijski tretman ljudskog ili životinjskog tela isključen iz patentne zaštite. Isključivanje postupaka lečenja iz patentiranja zasnivalo se na fikciji po kojoj ovakvi postupci nisu industrijski primenljivi. O industrijskoj primenljivosti pronalaska govori se kada je pronala-

² Zaključak Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 14.3.1972, BGH, Az. X ZB 2/71 "Imidazoline", Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 9/1972, 541.

³ Božin Vlašković, Apsolutno dejstvo patenta u vezi sa pronalascima sekvenci gena, Pravo i privreda 7-9/ 2012, 222.

⁴ Doris Walter, Harmonisierung und angemessene Anspruchsbreite bei der Gensequenzpatentierung, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int 4/2007, 291.

⁵ Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 24.2.1970, BGH, Az. X ZR 49/66 "Schädlingsbekämpfungsmittel", Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 7/1970, 361.

zak podesan da bude proizveden u nekom tehničkom pogonu ili da tu bude primenjen.⁶ Medicinski postupci nisu industrijski primenljivi zato što se poziv lekara, kao slobodne profesije, ne obuhvata pojmom industrije. To znači da je osnovni problem u vezi sa formom patentnog zahteva “primena materije X za suzbijanje bolesti Y” bio način kojim se može konstruisati njegova industrijska primenljivost.

U zaključku “Benzolsulfonylharnstoff”⁷ Saveznog vrhovnog suda Nemačke izloženi problem rešen je tako da se primena materije za lečenje bolesti ne odvija isključivo prepisivanjem leka od strane lekara, već, po pravilu, obuhvata i radnje koje, za razliku od delatnosti lekara, spadaju u područje industrijskog iskorišćavanja. Ovde se, na primer, ubrajaju: formulisanje i konfekcioniranje leka, doziranje i pakovanje u obliku koji je podesan za upotrebu. Pripravljavanje materije može, takođe, da se ogleda i u priloženom uputstvu za upotrebu. Ova radnja, sama po sebi, nije deo pravog procesa proizvodnje, već se misaono mora pripisati ovom procesu u cilju njegovog razlikovanja od stanja tehnike. Sve ove radnje koje pretihode primeni od strane lekara obuhvaćene su zahtevom za primenu. Na taj način se napušta shvatanje koje je uzgredno izraženo u ranijoj sudskoj praksi, po kojem primena ne počinje već samom formulacijom materije. Na osnovu navedenih prethodnih radnji zahtev za primenu je industrijski primenljiv, čime je ispunjen jedan od osnovnih uslova za sticanje patenta.⁸

O dozvoljenosti nemačkog patentnog zahteva u formi “primena materije X za suzbijanje bolesti Y” odlučivalo je i Veliko žalbeno veće Evropskog patentnog ureda, po čijem shvatanju su u načelu dozvoljeni zahtevi kojima se štiti primena. Međutim, postoje izvesne rezerve u vezi sa zahtevima koji se odnose na “primenu materija ili smesa za terapijski tretman ljudskog ili životinjskog tela”. Ovi zahtevi su suprotni čl. 52 (4) Konvencije o evropskom patentu iz 1973. godine, jer se postupci za terapijski tretman ljudskog ili životinjskog tela ne smatraju industrijski primenljivim pronalascima u smislu čl. 52 (1) navedene Konvencije.

Drugim rečima, patentni zahtev “primena materije ili smese za terapijski tretman ljudskog ili životinjskog tela” se po svojoj suštini ni na koji način ne razlikuje od zahteva “postupak za terapijski tretman ljudskog ili životinjskog tela” određenom materijom ili smesom. Razlika između ovih zahteva postoji samo u formulaciji, pri čemu je druga formulacija očigledno suprotna čl. 52 (4) navedene Konvencije. Na osnovu toga, zaključeno je da se evropski patent ne može ste-

⁶ Joseph Straus, Karolina Herrlinger, Zur Patentierbarkeit von Verfahren zur Herstellung individuumspezifischer Arzneimittel, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int 11/2005, 869-876.

⁷ Zaključak Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 20.1.1977, BGH, Az. X ZB 13/75 “Benzolsulfonylharnstoff”, *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, 1104 - 1106.

⁸ Isto, tač. 25.

ći ni sa zahtevima koji se odnose na navedeni terapijski postupak, ni sa zahtevima koji se odnose na primenu materije ili smese u takvom postupku. S obzirom na generalni stav da pronalasci druge medicinske indikacije nisu isključeni iz patentiranja, Veliko žalbeno veće Evropskog patentnog ureda posebnu pažnju posvećuje obliku zahteva koji se primenjuje u Švajcarskoj. To je "primena materije u proizvodnji leka za terapiju stanja Y". Takva forma zahteva, po stanovištu Velikog žalbenog veća, nije suprotna ni čl. 52 (4), niti čl. 57, Konvencije o evropskom patentu iz 1973. godine.⁹

Relativna zaštita pronalazaka druge medicinske indikacije

Relativnom zaštitom štiti se sama materija kao sredstvo za realizaciju nekog cilja. Prema nemačkoj sudskoj praksi ovoj zaštiti je imanentan finalni element, a to je realizacija određenog cilja.¹⁰ Ona je suštinski deo zaštićenog pronalaska. Ukoliko se ovoj svrsi ne teži, niti se ona ciljano dostiže, nego se ostvaruje neka druga svrha, a ne ona koja je definisana u patentnom zahtevu, ne može se govoriti o upotrebi predmeta patenta.

U konkretnom sporu imanentna svrha patentna je preventiva i terapija virusnih oboljenja.¹¹ Predmet patenta se iskorišćava radnjama koje služe ostvarenju ovog cilja. Naprotiv, predmet patenta se ne iskorišćava radnjama kojima se prati i ostvaruje drugi cilj, tj. radnjama koje su usmerene na preventivu ili lečenje drugih bolesti. Za razlikovanje da li se ostvaruje svrha koja je navedena u patentnom zahtevu, ili neka druga, neophodno je ustanoviti praktično razumnu meru. Činjenica da je neko sredstvo podesno da se njime, takođe, ostvari svrha koja je definisana patentom još uvek ne znači da se ta svrha i ostvaruje. Za korišćenje pronalaska koji je relativno zaštićen, naprotiv, mora da postoji i činjenica da se cilj imanentan pronalasku postiže u praktično značajnoj meri.

Po stanovištu Saveznog vrhovnog suda Nemačke za odgovor na pitanje šta je zaštićeni predmet patenta merodavan je patentni zahtev u vezi sa podacima iz patentnog spisa. Bez značaja je za određivanje predmeta patenta svrha koju titular ostvaruje u praksi, ako se ona razlikuje od svrhe koja je definisana u zahtevu i patentnom spisu.

⁹ Große Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts, 05.12.1984, G 1/83 "Zweite medizinische Indikation - (Bayer AG)", *Amtsblatt EPA* 1985, 60.

¹⁰ Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 21.11.1989, BGH, Az. X ZR 51/86 "Antivirummittel", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 11/1987, 794.

¹¹ Isto, tač.20.

Tuženi je materiju, koja je zaštićena kao sredstvo za prevenciju i lečenje virusnih bolesti, naveo u indikacijama isključivo kao sredstvo za terapiju Parkinsonove bolesti, koja nema ništa zajedničko sa virusnim infekcijama, jer je okarakterisana propadanjem nervnih ćelija u delovima mozga obolelog. Postavljajući praktično razumnu meru u ovoj konstelaciji, tretman Parkinsonove bolesti navedenim sredstvom se ne može smatrati kao ostvarivanje prevencije i lečenja virusnih oboljenja. Davanjem sredstva protiv virusa pacijentu koji nije napadnut virusnom infekcijom, potpuno se promašuje svrha patenta, koja se ogleda u tretmanu virusnih oboljenja. Okolnost da se pri davanju leka za tretman Parkinsonove bolesti sporadično pojavljuju i slučajevi prevencije virusnih oboljenja, ne može se smatrati kao ostvarenje svrhe patenta, koja se dešava u praktično značajnom obimu. Prilikom davanja leka, tretman Parkinsonove bolesti je sasvim u prvom planu odgovorne i savesne medicinske terapije u odnosu na sporadične slučajeve sprečavanja virusnih infekcija.

Na osnovu ovih načelnih stavova u svom zaključku Zemałjski sud Dizeldorf ističe da se o korišćenju može govoriti samo onda kada se teži navedenoj specifičnoj primeni pronalaska ili kada se ona ciljano ostvaruje.¹² Korišćenje je isključeno kada se ostvaruje neki drugi cilj. Relativnom zaštitom materije obuhvaćene su ne samo radnje neposredne primene, već i one kojima se materija očigledno pripravlja za navedenu primenu, što može da se ogleda u naročitom oblikovanju materije ili stvari, ali, takođe, i u priloženom uputstvo za upotrebu.

Isti stav zastupa i Veliko žalbeno veće Evropskog patentnog ureda u odluci "G 02/08"¹³, ukazujući na razlike u formulaciji odredaba Konvencije o evropskom patentu iz 1973. godine i revidirane Konvencije o evropskom patentu iz 2000. godine. Naime, za razliku od ranijeg oblika Konvencije o evropskom patentu u kojoj nije sadržan poseban propis, čl. 54 (5) revidirane Konvencije o evropskom patentu iz 2000. godine izričito je dozvoljeno patentiranje materija ili smesa koje su već poznate kao lek, pod uslovom da je njihova primena u nekom od postupaka specifična i ne pripada stanju tehnike.

Na osnovu čl. 54 (5) Konvencije o evropskom patentu iz 2000. godine definisano je samo da terapijska primena materije, koja je već poznata kao lek, mora da bude specifična, pri čemu naročito nije definisan nikakav oblik i intenzitet razlikovanja nove primene da bi se ona smatrala specifičnom. Veliko žalbeno veće Evropskog patentnog ureda zaključuje da se specifična primena mora razumeti samo u smislu suprotstavljanja širokoj zaštiti koja se pruža pronalascima prve

¹² Presuda Zemałjskog suda Dizeldorf od 31.1.2013, LG Düsseldorf, Az. 2 U 54/11, http://openjur.de/v/LG_Duesseldorf/Rechtsprechung, 23.8. 2015.

¹³ Entscheidung vom 19.2. 2010, G 2/08 "Abbott Respiratory LLC", Amtsblatt EPA 10/2010, 456-493.

medicinske indikacije. Drugim rečima, nova primena u smislu čl. 54 (5) Konvencije o evropskom patentu iz 2000. godine se ne mora sastojati u tretmanu neke druge bolesti. Prema ovoj odredbi, za svaku narednu medicinsku primenu materije ili smese stiče se relativna zaštita koja se eksplicitno ograničava na određenu primenu. Veliko žalbeno veće Evropskog patentnog ureda ističe da se na ovaj način isključiva prava neopravdano mogu produžiti u slučaju da patent sadrži zahteve čija se novost i inventivni nivo zasnivaju na uputstvu o doziranju, koje ranije nije bilo definisano, a odnosi se na bolest za koju je već korišćen isti lek. Iz tog razloga je važno naglasiti da se pri oceni novosti i inventivnog nivoa patentnog zahteva, čije je jedino novo obeležje uputstvo o doziranju, generalno mora primeniti sveukupna praksa za ocenu novosti i inventivnog nivoa. Pri tom je naročito važno da se definicija doziranja mora razlikovati od stanja tehnike ne samo po svom doslovnom značenju, nego se njome mora izraziti neko drugo tehničko učenje. Na primer, u slučaju da zahtevani modalitet doziranja postoji samo u izboru iz učenja sadržanog u nekom širem objavljivanju u stanju tehnike, tada se novost može priznati samo onda kada su ispunjeni kriterijumi koji su u praksi postavljeni u vezi sa pronalascima izbora.¹⁴ Tipično pitanje bilo bi da li se definisanim doziranjem, u poređenju sa poznatim stanjem tehnike, izaziva naročito delovanje koje se može dokazati. Drugim rečima, uputstvo o doziranju mora da sadrži više u poređenju sa prostim izborom iz nekog ranijeg šireg objavljivanja.

Pošto je u pitanju relativna zaštita materije, patentni zahtev se formuliše u obliku "materija X za suzbijanje bolesti Y". Veliko žalbeno veće Evropskog patentnog ureda smatra verovatnim da će titular patenta novim oblikom zaštite steći šira prava u odnosu na dosadašnja. To naročito može da ima za posledicu ograničenje slobode lekara da prepisuju ili daju generičke lekove. Međutim, po stanovištu Veća, sloboda lekara se u slučaju potrebe može štititi na nacionalnoj ravni primenom drugih sredstava.¹⁵

Tumačenje pojma "specifična primena" u praksi Saveznog Vrhovnog suda Nemačke

Za pojam "specifična primena" od naročitog značaja su noviji zaključci Saveznog vrhovnog suda Nemačke. To su: "Kollagenase I" i "Kollagenase II". S obzi-

¹⁴ P. Meier-Beck, Patentschutz für die zweite medizinische Indikation und ärztliche Therapiefreiheit, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 3-4/ 2009, 300-305.

¹⁵ Felix Addor, Christine Vetter, Der **Schutz der** medizinischen Behandlungsfreiheit vor patentrechtlichen Verletzungsklagen, dostupno na: <https://www.ige.ch/en/legal.../patent-law.html>, 22. septembar 2015.

rom na direktnu vezu sa temom rada, bliže ćemo predstaviti samo zaključak “*Kollagenase I*”.¹⁶

U ovom zaključku sud ističe da je predmet patentnog zahteva koji se odnosi na neku novu primenu medikamenta podesnost poznate materije za određenu medicinsku primenu, tj. neka osobina koja je svojstvena materiji. U suštini je reč o relativnoj zaštiti materije, kakva je sada izričito predviđena u čl. 3, st. 4, nemačkog Zakona o patentima i čl. 54, st. 5, Konvencije o evropskom patentu za naredne indikacije. Pri tome je bez značaja da li je patentni zahtev po svom doslovnom tekstu usmeren na primenu medikamenta, na njegovo pripremanje za određenu primenu, ili izričito na relativnu zaštitu materije.

Savezni vrhovni sud Nemačke smatra da specifična primena materije za terapijsku svrhu nije određena samo bolešću na koju se lečenje odnosi i doziranjem medikamenta. Ona može biti određena i na osnovu drugih parametara, kojima se utiče na delovanje materije i koji su od bitnog značaja za ostvarivanje željenih rezultata primene.

Polazeći od čl. 2 (a), st. 1, br. 2, nemačkog Zakona o patentima, uputstva koja se odnose na terapiju mogu samo onda da budu uzeta u obzir pri oceni patentibilnosti kada su objektivno usmerena da omoguće delovanje materije ili da delovanje pojačaju, ubrzaju ili poboljšaju na drugi način, a ne onda kada se odnose na terapijske mere koje su podesne za lečenje određene bolesti, a dodatno i nezavisno od delovanja materije. Prilikom ispitivanja da li je specifična primena nekog medikamenta inventivna moraju se, takođe, uzeti u obzir postupanja koja su za stručnjaka očigledna, jer na dan prioriteta već pripadaju standardnom lekarском postupanju.

U konkretnom slučaju razmatrano je patentiranje primene kolagenaze za lečenje bolesti zvane *Dupuytren - Krankheit*¹⁷, a kao jedan od elemenata patentnog zahteva predviđeno je mirovanje ruke nekoliko sati, odmah nakon aplikovanja leka. U opisu pronalaska definisano je da je reč o poboljšanoj primeni kolagenaze za tretman ove bolesti.

U prethodnom postupku Savezni patentni sud je potvrdio stav nemačkog Patentnog ureda, kojim je prijava odbijena sa obrazloženjem da predmet zahteva ne poseduje inventivni karakter.¹⁸ Naime, ovaj sud je smatrao da se neposredno

¹⁶ Zaključak Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 25.2.2014, BGH, Az. X ZB 5/13 “*Kollagenase I*”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 5/2014, 461.

¹⁷ Dupuytrenova kontraktura je naziv za bolest koja zahvata potkožnu fasciju dlana, kao i fascije prstiju, pri čemu dolazi prvo do pojave potkožnih čvorića, a zatim i do fleksijskih kontraktura (savijanja) prstiju. U kasnijim fazama može zahvatiti i kožu i uzrokovati deformaciju kože i prstiju.

¹⁸ Zaključak Saveznog patentnog suda Nemačke od 11.12.2012, BPatG, Az. 32 W (pat) 12/09, dostupno na: dejure.org/.../rechtsprechung?...BPatG, 11.12.2015.

fiksiranje ruke, kao deo patentnog zahteva, ne može uzeti u obzir prilikom ispitivanja patentibilnosti. Drugim rečima, sud je smatrao da ovo obeležje nije obuhvaćeno pripremanjem materije za tretman bolesti. Njime se ne karakteriše ni sama materija, tj. kolagenaza, niti formulisanje koje se odnosi na njeno davanje. Naprotiv, Savezni patentni sud smatra da je reč o jednostavnom uputstvu postupajućem lekaru, što znači da se odnosi na terapijski postupak koji je isključen iz patentiranja¹⁹. Čak i u slučaju da se navedeno obeležje uzme u obzir, predmet patentnog zahteva nije inventivnog karaktera. Naime, visoko doziranje koje je predviđeno u patentnom zahtevu iziskuje mirovanje ruke u cilju sprečavanja oticanja kolagenaze i izbegavanja mogućih komplikacija koje su time uzrokovane. Mirovanje ruke, kao mera opreza, poznato je lekaru iz svakodnevne prakse u cilju sprečavanja sporednih dejstava.

Međutim, Savezni vrhovni sud Nemačke nije usvojio navedene argumente. Naprotiv, smatrao je da se prilikom ocene patentibilnosti pronalaska mora uzeti u obzir i element koji se ogleda u mirovanju ruke neposredno posle davanja injekcije. Sud najpre ističe da je moguće patentiranje materije za tretman neke bolesti i u slučaju da se primena razlikuje od već poznatih primena samo na osnovu doziranja. U tom kontekstu se poziva na svoju odluku "*Carvedilol II*" i naglašava da sumnje koje su u njoj izražene u vezi sa doziranjem leka ne postoje kada je, s obzirom na promenjenu regulativu, patentni zahtev usmeren na relativnu zaštitu materije u smislu čl. 54, st. 5, Konvencije o evropskom patentu ili čl. 3, st. 4, nemačkog Zakona o patentima.²⁰ Kako je već istaknuto, ova konstatacija važi nezavisno od formulacije patentnog zahteva.

Isti pristup u pogledu doziranja važi i za ostale modalitete primene leka. Naime, za svaku specifičnu primenu materije u nekom postupku za hirurški ili terapijski tretman ljudskog ili životinjskog tela moguća je patentna zaštita, ukoliko je primena nova i inventivna. Već prema doslovnom tekstu propisa isključena su ograničavanja na određene aspekte primene, na primer, samo na doziranje. Specifična primena nije određena samo bolešću i doziranjem, već su, prema okolnostima konkretnog slučaja, od značaja i vrsta davanja (oralna, transdermalna, ili različitim injekcijama), konzistencija materije (čvrsta, tečna i gasovita), određene grupe pacijenata ili drugi parametri. Svim ovim parametrima zajedničko je da utiču na delovanje materije, što znači da mogu da budu odlučujući za ostvarivanje rezultata koji se želi postići navedenom primenom. U svakom slučaju sticanje patenta odgovara cilju zakona, kada se može očekivati da će se modalitetom prime-

¹⁹ Isto, tač. 26.

²⁰ Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 19.12.2006, BGH, Az. X ZR 236/01 "*Carvedilol II*", tač. 18, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 5/2007, 404 - 410.

ne poboljšati delovanje materije ili da će se ono izazvati pod okolnostima koje ranije nisu smatrane mogućim.

Prema čl. 2 (a), st. 1, br. 2, nemačkog Zakona o patentima i čl. 53 (c) Konvencije o evropskom patentu prilikom ispitivanja podobnosti za patentiranje moraju se izostaviti obeležja primene koja nisu u vezi sa osobinama materije, kojima se deluje na ljudsko i životinjsko telo. U tom smislu, element patentnog zahteva koji se odnosi na mirovanje ruke ima za cilj da umanjí istiskivanje rastvora kolagenaze iz mišićnog ili nervnog spleta i da time omogući dovoljno trajno delovanje aktivne supstance. To znači da mirovanje ruke nije samo dodatna mera koja je nezavisna od delovanja kolagenaze u cilju tretmana navedene bolesti. Naprotiv, cilj ove mere je da poboljša delovanje aktivne supstance, što znači da se odnosi na vrstu i način same primene, te mora biti uzeta u obzir pri ispitivanju podobnosti za patentiranje.

*Neposredna povreda u slučaju patenta za primenu za pronalasku
druge medicinske indikacije*

Klasični nemački patent za primenu, kojim se štiti pronalazak druge medicinske indikacije, neposredno je povređen aktom “uočljivog pripremanja, tj. proizvodnje” slobodne materije za primenu u zaštićenu svrhu. Ista konstatacija važi i za švajcarsku formu zahteva, s obzirom da je akt proizvodnje sastavni deo formulacije samog zahteva.

Proizvođač generičkih lekova koji ih nudi za upotrebu kao lekove za prvu medicinsku indikaciju, čija je zaštita patentom istekla, ne smatra se neposrednim povrediocem patenta za pronalazak druge medicinske indikacije. Naime, u ovom slučaju ne postoji “uočljivo pripremanje ili proizvodnja” leka. To znači da je *conditio sine qua non* za povredu nemačkog patenta za primenu, kao i švajcarskog oblika zahteva, postojanje “uočljivog pripremanja ili proizvodnje” leka.

Pitanje koje izaziva naročitu pažnju je položaj lekara koji lek propisuje ili neposredno primenjuje u svrhe koje su zaštićene patentom za drugu indikaciju. Ono je povezano sa naročitim teškoćama koje, pre svega, proizilaze iz okolnosti da lekar propisuje ili primenjuje lekove u okviru svoje terapijske delatnosti. Pri tome se mora imati u vidu i okolnost da delatnost lekara nije izuzeta iz delovanja patenta, što znači da je lekar povredilac patenta u slučaju da primenjuje ili propisuje lek kojim se povređuje patent. Međutim, kada je reč o pronalascima druge indikacije, lekar ne primenjuje lek kojim se već povređuje patent, s obzirom da nije u pitanju lek “uočljivo pripremljen ili proizveden” za dotičnu primenu. Naprotiv, lekar u ovom slučaju primenjuje lek koji kao takav nije zaštićen patentom, već svojim propisivanjem ili primenom ostvaruje svrhu koja je zaštićena paten-

tom za drugu indicaciju.²¹ Neophodna konkretna veza između nekog specifičnog proizvoda i njegove svrhe, po pravilu, ne postoji u slučaju propisivanja ili primene leka od strane lekara. Pri takvom postupanju ne može se govoriti o “uočljivom pripremanju ili proizvodnji” leka, kao uslovu za povredu navedenih oblika patenta.

*Neposredna povreda u slučaju relativne zaštite pronalazaka
druge medicinske indicacije*

Izmenama Konvencije o evropskom patentu iz 2000. godine uvedena je relativna zaštita i za pronalazke druge indicacije. Ova zaštita nije na isti način kao ranije ograničena postojanjem “uočljivog pripremanja ili proizvodnje” leka. Veliko žalbeno veće Evropskog patentnog ureda je u odluci “G 2/08” iz 2010. godine istaklo da se titularu patenta pruža šira zaštita u poređenju sa onom koja je pružana analiziranim oblicima nemačkog i švajcarskog tipa patentnih zahteva. Istovremeno je naglašeno da proširenom zaštitom može biti ograničena sloboda lekara pri prepisivanju ili primeni generičkih supstanci.²² Relativnoj zaštiti nije imanentno isto čvrsto povezivanje sa kvalifikovanim aktom proizvodnje, što znači da zaštićena svrha primene može da proistekne i iz drugih pratećih okolnosti, čak i onda kada lek kao takav još uvek nije “uočljivo pripremljen ili proizveden” za zaštićenu svrhu. Na osnovu toga se i prepisivanje i primena leka u zaštićene svrhe može smatrati kao jedna od pratećih okolnosti. Drugim rečima, lekar je tada neposredni povredilac patenta za drugu indicaciju.

Osnovna razlika između patenta za primenu, bilo da je reč o nemačkom ili švajcarskom obliku patentnog zahteva, i relativne zaštite je u značenju “uočljivog pripremanja ili proizvodnje” leka za upotrebu u zaštićenu svrhu. U slučaju prva dva oblika patenta takvo pripremanje ili proizvodnja su osnovni uslov za postojanje povrede. Naprotiv, u slučaju relativne zaštite takvo pripremanje ili proizvodnja je samo jedna od bitnih pratećih okolnosti, ali ne i uslov za nastupanje povrede.²³

²¹ Frank-Erich Hufnagel, *Der Schutzbereich von Second Medical Use Patenten*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2/2014, 124.

²² Opširnije o tome: Božin B. Vlašković, *Patentna zaštita pronalazaka druge medicinske indicacije*, u: *Aktuelna pitanja prava intelektualne svojine i prava konkurencije: pogled sa Balkana* (ur. S. Marković, D. Popović), Biblioteka Zbornici, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Institut za pravne i društvene nauke, Beograd 2016, 71-87.

²³ Andreas Schrell, *Zur Anspruchsformulierung bei zweckgebundenem Patentschutz*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int 5/2010, 363-369.

*Posredna povreda patenta u slučaju pronalazaka
druge medicinske indikacije*

Pored neposredne povrede patenta u nekim zemljama postoji i posredna povreda, koja je rezultat nastojanja da se dejstvo patenta proširi i na nepatentirane delove pronalaska. Ovaj oblik povrede može biti regulisan na različite načine. U važećem nemačkom pravu njegova sadržina ogleda se u tome da je bez dozvole titulara patenta zabranjeno svakom trećem licu da licima koja nisu ovlašćena za korišćenje pronalaska nudi ili isporučuje sredstva koja se odnose na bitni element pronalaska, pod uslovom da treće lice zna, ili da je na osnovu okolnosti konkretnog slučaja očigledno, da su navedena sredstva podesna i određena za primenu pri korišćenju pronalaska.

Ovlašćenje titulara patenta na ponudu ili isporuku nepatentiranih delova pronalaska nema isti kvalitet i intenzitet u poređenju s ovlašćenjem na ponudu ili isporuku samog pronalaska ili delova koji su posebno patentirani. Na primer, na osnovu patenta trećim licima se može u svakom trenutku zabraniti ponuda i isporuka patentiranih delova pronalaska. Nasuprot tome, ponuda i isporuka nepatentiranih delova pronalaska može se zabraniti samo pod tačno definisanim uslovima. Ukoliko oni nisu ispunjeni, to ovlašćenje ne postoji, pa treća lica mogu slobodno da isporučuju nepatentirane delove pronalaska.²⁴

Osnovno pitanje je da li se generički proizvođač i lekar, pod određenim uslovima, mogu smatrati posrednim povrediocima odgovarajućih patenata.²⁵ Pored toga, postavlja se i pitanje ovakve povrede u slučaju postupanja trećih lica koja učestvuju u čitavom lancu sa kojim je povezan generički proizvođač, kao što su, na primer, veletrgovine i apoteke. Kada je reč o lekaru, kao posrednom povrediocu patenta, njegova odgovornost je isključena već samom definicijom posredne povrede, s obzirom na činjenicu da njegova delatnost nije obuhvaćena pojmom ponude ili isporuke leka. Na primer, prepisivanje leka se ne može smatrati kao radnja ponude koja je sastavni element pojma posredne povrede patenta.

Položaj generičkog proizvođača je bitno različit u odnosu na položaj lekara u smislu posredne povrede. U tom kontekstu, naročito je značajno pitanje da li generički proizvođač ispunjava subjektivne uslove za utvrđivanje posredne povrede patenta, tj. da li proizvođač zna, ili da je na osnovu okolnosti konkretnog slučaja očigledno, da su navedene materije podesne i određene za primenu pri korišćenju pronalaska. Naime, u ovom slučaju subjektivno određivanje cilja od strane generičkog proizvođača ne proističe već iz priloženog uputstva, sadržanog u pa-

²⁴ Opširno o ovim pitanjima: Božin Vlašković, Sadržina i povreda patenta, Kragujevac 1999, 175-186.

²⁵ Frank-Erich Hufnagel, navedeni članak, 126.

kovanju leka. U uputstvu, dakle, ne postoji ukazivanje na upotrebu u svrhe druge indicacije, niti u načelu reklamiranje za primenu u tu svrhu. Naravno, već i samo reklamiranje može biti kvalifikovano kao posredna povreda patenta. Iz tog razloga će, u načelu, od okolnosti konkretnog slučaja zavisiti da li je generičkom proizvođaču očigledno da su preparati podesni i određeni za korišćenje u svrhu koja je zaštićena patentom za drugu indicaciju, iako je lek isporučio za upotrebu u svrhe nezaštićene prve medicinske indicacije. Te okolnosti mogu biti vrlo različite. Na primer, generičkom proizvođaču može biti poznata primena u svrhe zaštićene patentom za drugu indicaciju kada se u stručnoj literaturi ukazuje da lekari automatski mogu upotrebiti generički preparat i u svrhe druge indicacije. Pored toga, moguće je uzeti u obzir i kvantitet propisivanja leka, u slučaju da propisivanje za drugu indicaciju u praksi u velikom procentu prevazilazi propisivanja za prvu, sada slobodnu indicaciju.²⁶

ZAKLJUČAK

U ranijem nemačkom pravu pronalasci druge medicinske indicacije bili su zaštićeni kao pronalasci primene, a forma patentnog zahteva bila je "primena hemijske materije X za tretman bolesti Y". U sudskoj praksi se smatralo da se primena neke materije u cilju lečenja bolesti ne iscrpljuje samo primenom od strane lekara ili prepisivanjem leka, nego redovno obuhvata veliki broj postupanja koja su industrijskog karaktera, kao na primer: formulisanje i konfekcioniranje leka, doziranje i pakovanje koje je prikladno za upotrebu, obeležavanje poznate materije za novu terapijsku primenu, ponuda poznatog leka za novu svrhu, započinjanje postupka za registraciju pred nadležnim uredom, informacija na pakovanju ili priloženom uputstvu za upotrebu leka. Sva ova postupanja su obuhvaćena patentom za primenu, što znači da primena počinje samim formulisanjem leka. Time je u dovoljnoj meri obrazloženo postojanje industrijske primenljivosti, kao uslova za sticanje patenta. Ovakav pristup zasniva se na shvatanju da se pronalasci druge indicacije ne mogu zaštititi relativno, jer je ovaj oblik zaštite tada bio rezervisan samo za pronalasci prve indicacije.

U praksi Evropskog patentnog ureda u početku je zastupano gledište koje je bilo suprotno nemačkom, pa se evropski patent nije mogao steći u formi patenta za primenu. Obrazloženje je bilo da se ovaj patent po svom sadržaju ni na koji način ne razlikuje od patentnog zahteva koji se odnosi na "postupak za terapijski tretman ljudskog ili životinjskog tela", koji je isključen iz patentiranja. Iz tog razloga evropski patenti su dodeljivani samo u formi švajcarske varijante patentnog za-

²⁶ Isto, 127.

hteva, a to je: “primena materije X u postupku proizvodnje leka koji se koristi za tretman bolesti Y”.

Revidiranom Konvencijom o evropskom patentu iz 2000. godine propisano je da i pronalasci druge medicinske indikacije uživaju relativnu zaštitu. Specifična primena u smislu Konvencije odnosi se ne samo na lečenje neke druge bolesti, već i na jednu ili više mera koje se primenjuju u nepatentibilnom terapijskom postupku, a usmerene su na lečenje iste bolesti. Međutim, posebne teškoće izazivalo je doziranje leka, kao oblika njegove specifične primene. U novijoj sudskoj praksi Savezni vrhovni sud Nemačke pojam specifične primene određuje na osnovu većeg broja parametara kojima se utiče na delovanje materije i koji su od suštinskog značaja za terapijski uspeh. Na primer, terapijska uputstva koja se odnose na mirovanje nekog dela tela posle aplikovanja leka, načelno, mogu da budu obuhvaćena pojmom specifične primene.

Područje zaštite patenta za primenu u slučaju druge medicinske indikacije vezuje se za postojanje “očigledne pripreme, tj. proizvodnje” materije. Pored toga, ovo područje obuhvata radnje, koje su inače u isključivoj nadležnosti titulara patenta, samo ako se odnose na tako dobijeni proizvod. Radnje koje se ne odnose na takav proizvod ili na proizvod koji je dobijen na neki drugi način mogu se preduzimati slobodno, čak i kada iz pratećih okolnosti proizilazi realizacija u zaštićenu svrhu.

Nasuprot tome, relativna zaštita pronalazaka druge medicinske indikacije nije bezuslovno vezana za “očigledno pripremanje, tj. proizvodnju” materije. Ovakav oblik proizvodnje je samo moguća alternativna forma korišćenja, odnosno prateća okolnost, kojom se stručnjaku ukazuje na nameravanu neposrednu realizaciju patentirane primene određene materije. Relativna zaštita je šira u poređenju sa onom koja se stiče patentom za primenu, pa je u znatnoj meri ograničena sloboda lekara u pogledu prepisivanja i primene leka.

BOŽIN VLAŠKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Kragujevac

CONTENT AND INFRINGEMENT OF PATENT FOR SECOND MEDICAL USE IN GERMAN AND EUROPEAN LAW

Summary

Nowadays purpose-related product protection is permitted for each second medical use inventions. In that manner the range of old dilemmas and inconsistencies relating to the format of German-type use claims and Swiss-type claims have been resolved. The introduction of purpose-

related product protection resulted in the limitation of a physician's activities. According to established case law, a drug manufacturer can be held liable for direct patent infringement if it produces and sells its generic drug with label instructions describing the patented use. Such instructions are typically laid out in the package leaflet. Under German law adding such label constitutes a so-called "augenfällige Herrichtung". According to the case law, the "augenfällige Herrichtung" for the claimed use can also happen in other ways, for instance, by confectioning, ready to use preparation or dosage of the drug. Indirect infringement requires that the drug manufacturer must have known or it must have been obvious from the circumstances that the drug is suitable and intended to be used for the patented second medical use.

KOLEKTIVNO OSTVARIVANJE INTERPRETATORSKOG PRAVA

INTERPRETATORSKO PRAVO

Koncept srodnih prava. – Autorsko pravo, kao jedan od dva noseća stuba intelektualne svojine, štiti moralne i materijalne interese autora u vezi sa određenim delom¹. Iz tradicionalnog koncepta prava autora na delu koje je stvorio izvedeni su korpusi prava drugih subjekata koji učestvuju u daljem duhovnom i komercijalnom životu autorskog dela, nadograđujući ga vrednosno i proširujući domen njegovog javnog prisustva. Srodna prava štite interese interpretatora, proizvođača fonograma, proizvođača videograma, proizvođača emisije, proizvođača baze podataka i izdavača.²

Intelektualno dobro je zajednički predmet autorskog prava i prava interpretatora. To dalje znači da je ostvarivanje interpretatorskog prava oslonjeno, a

Dr Sanja Danković-Stepanović, profesor Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu i član Pregovaračkog tima za vođenje pregovora o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji. Ovaj rad je pripremljen u okviru projekta br. 179076 Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS.

¹ Marković S. , Pravo intelektualne svojine, Beograd, 2000, s. 35.

² Opšti rokovi trajanja srodnih prava su različiti. Imovinska prava interpretatora traju 50 godina od dana nastanka interpretacije, odnosno od dana prvog izdavanja ili objavljivanja. Pravo proizvođača fonograma, videograma i emisije je 50 godina od dana nastanka, odnosno izdavanja ili objavljivanja. Pravo proizvođača baze podataka je 15 godina od dana nastanka, dok pravo izdavača traje 25 godina od dana prvog izdavanja; vid. Čl. 147. Zakona o autorskom i srodnim pravima (Službeni glasnik RS, br. 104/09, 99/11, 119/12 i 29/16), dalje: Zakon.

neretko i uslovljeno nesmetanim ostvarivanjem autorskog prava. Sa druge strane, ostvarivanje interpretatorskog prava ne ograničava ostvarivanje prava autora. Predmet interpretacije po pravilu jeste, ali ne mora biti zaštićeno autorsko delo³, što ukazuje na karakter materijalne izvedenosti prava interpretatora iz autorskog prava, a zatim i na kvazi-autorski koncept zaštite.⁴

Interpretatorsko pravo predstavlja najznačajnije srodno pravo, koje za predmet ima interpretaciju i usmereno je ka zaštiti interesa interpretatora, odnosno nosioca prava. Interpretacija predstavlja duhovnu, intelektualnu tvorevinu koja za predmet ima audio i(li) vizuelno tumačenje autorskog dela. Interpretacijom se čvrstom, autorskom korpusu dela daje specifična forma koja je ekspresivnog i promenljivog karaktera, ali nužno utiče na konačnu percepciju i dalji život dela. Status interpretatora imaju pevači, muzičari, igrači, glumci i druga lica koja interpretiraju ili na drugi način izvode umetnička (uključujući i književna) dela ili izraze folklor.⁵

Interpretatorsko pravo je usko povezano sa pravom proizvođača fonograma. Najznačajnija imovinsko-pravna ovlašćenja interpretatora i proizvođača fonograma, odnosno nosilaca odnosnih prava, odnose se na naknadu za emitovanje⁶ i naknadu za saopštavanje javnosti⁷ interpretacije zabeležene na fonogramu. Treća kategorija u širem korpusu naknada se tiče posebne naknade koja se ubira po osnovu uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka ili slike. Interpretatorska naknada za emitovanje i reemitovanje interpretacije i analogna naknada proizvođača fonograma se u domaćem pravu ubiraju od korisnika objedinjeno, na osnovu sproazuma koje zaključuju kolektivne organizacije za zaštitu prava interpretatora i proizvođača fonograma, kojim se opredeljuje koja će od njih i pod kojim uslovima vršiti naplatu jedinstvene naknade. Operativni koncept jedinstvenog ubiranja naknade po osnovu javnog saopštavanja i posebne naknade uključuje, da bi joj onda ustupio i ovlašćenje za naplatu od korisnika - kolektivnoj organizaciji koja štiti autorska prava.

Organizacija za kolektivno ostvarivanje interpretatorskog prava, kao analogno i organizacije koje štite druge kategorije srodnih prava, posluje na osnovu pozitivne zakonske pretpostavke o postojanju ovlašćenja da deluje za račun svih no-

³ McManis, Intellectual Property and Unfair Competition, St. Paul-Minn, 2000, p. 240.

⁴ Schulenberg R, Legal Aspects of the Music Industry, New York, 2003, p. 365.

⁵ Čl. 2, tač. (a) WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima (2002).

⁶ Emitovanje podrazumeva bežični prenos zvukova, ili prenos slika i zvukova ili njihove predstave u cilju prijema od strane javnosti; vid. čl. 2, tač. (f) WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima

⁷ Saopštavanje javnosti podrazumeva prenos za javnost bilo kojim sredstvom drugačijim od emitovanja zvukova interpretacije ili zvukova ili predstave zvukova koji su zabeleženi na fonogramu; vid. čl. 2, tač. (g) WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

silaca interpretatorskog prava. Interpretator, odnosno nosilac prava koji ne želi da segment prava za koji nije zakonskom imperativnom normom predviđena obavezna kolektivna zaštita ostvaruje posredstvom organizacije, ima mogućnost da je obavještenjem u pisanoj formi obavesti o tome da će odnosna prava ostvarivati u režimu individualne zaštite.⁸ Kolektivna organizacija je onda obavezna da o primljenom obavještenju o individualnom ostvarivanju prava izvesti korisnike interpretacije.

U situacijama nepostojanja obavještenja o optiranju za individualno ostvarivanje interpretatorskog prava, organizacija prilikom raspodele prikupljenih sredstava jednoobrazno postupa prema kategorijama interpretatora, odnosno nosilaca prava sa kojima ima i sa kojima nema zaključen ugovor o ustupanju prava.

Ovlašćenja interpretatora, odnosno nosioca prava

Imovinska ovlašćenja. – Zaštita specifičnog korpusa prava interpretatora inicijalno podrazumeva davanje saglasnosti interpretatora za: javno saopštavanje izvodjenja (osim kada je izvršeno sa snimka ili je reč o radio-difuznom izvodjenju per se), snimanje izvodjenja na materijalnu podlogu i reprodukovanje snimljenog izvodjenja.⁹

Prevalentni segment imovinskopravnih ovlašćenja interpretatora je isključivog karaktera, dok se neisključiva prava odnose na situaciju sekundarnog korišćenja interpretacije koja je snimljena na izdat fonogram. Interpretator nema isključivo pravo na emitovanje interpretacije koja je snimljena i izdata na nosaču zvuka, odnosno koja je sa njegovom dozvolom snimljena na nosaču zvuka i slike¹⁰. Interpretatori imaju četiri vrste isključivih imovinskih prava za izvodjenja koja su snimljena na fonogram: pravo reprodukcije, kao najznačajnije ovlašćenje interpretatora u pogledu korišćenja interpretacije u telesnom obliku, koje podrazumeva pravo davanja saglasnosti za snimanje nezabeležene interpretacije i umnožavanje interpretacije zabeležene na fonogramu, u bilo kom obliku; pravo distribucije se odnosi na ovlašćenje interpretatora da dozvoli ili ne dozvoli stavljanje u promet originala i kopija fonograma na kojima je izvodjenje zabeleženo, radi njihove dalje prodaje; pravo činjenja dostupnim zabeleženih interpretacija, odnosno stavljanja na raspolaganje javnosti, bežičnim, kablovskim ili putem Interneta svakog izvodjenja zabeleženog na fonogramu, na način koji omogućava da im publika može pristupiti sa mesta i u vreme koje individualno odabere; pravo

⁸ Čl. 180, st. 2 Zakona.

⁹ Čl. 7, tač. 1 Rimske konvencije o zaštiti umetnika izvodjača, proizvođača fonograma i ustanova za radio-difuziju (1961).

¹⁰ Čl. 116, st. 2 Zakona.

iznajmljivanja, koje se odnosi na ovlašćenje autora da se saglasi sa komercijalnim davanjem u zakup originala i kopija fonograma.¹¹

Moralna ovlašćenja. – Interpretacija je po svojoj unutrašnjoj, duhovnoj prirodi nužno vezana za lična svojstva interpretatora i nastaje kao rezultat njegovog personalizovanog angažovanja prilikom saopštavanja dela. Iz tog ličnog svojstva nastaje i opstaje pravna veza interpretatora sa duhovnim delom, nezavisna od njegovog daljeg pravnog života i promena, sadržana u moralno-pravnim ovlašćenjima interpretatora.

Moralna prava interpretatora predstavljaju samostalni korpus ovlašćenja, jasno odvojen i nezavisan od imovinskih prava. Moralna prava su direkto povezana sa ličnim svojstvima interpretatora i kao takva neprenosiva. To dalje znači da u slučaju prenosa imovinsko-pravnih ovlašćenja na drugo lice, interpretator ostaje nosilac moralnih prava. Lična prava interpretatora su u grupi srodnih prava jedina neprenosiva. Sa druge strane, moralna prava interpretatora traju i nakon prestanka imovinskih prava.

Kako je pravo interpretatora u supstancijalnom smislu srodno i delom izvedeno iz autorskog prava, uporište moralno-pravnih ovlašćenja interpretatora nalazi se u tradicionalnom konceptu moralnih prava autora, koji sadrži pet konstitutivnih elemenata¹². Autor najpre ima pravo da mu autorstvo, u smislu stvaralaštva, odnosno kreacije dela, bude priznato. Pravo je autora, nadalje, da njegovo ime ili izabrana oznaka budu naznačeni na svakom primerku dela i da budu navedeni prilikom svakog javnog saopštavanja dela. Objektivno ograničenje ovog prava odnosi se na situacije kada je forma javnog saopštavanja dela takva da bi navodjenje imena, odnosno znaka bilo nemoguće ili znatno otežano. Sledeće moralno pravo autora jeste da o svom delu daje obaveštenja javnosti, vezana za njegov opis, sadržinu, vreme i način njegovog objavljivanja, koje pretpostavlja i odluku da li će do objave dela uopšte doći. Autor ima pravo da se suprotstavi iskorišćavanju dela ukoliko to za posledicu ima ili može imati povredu njegovog ugleda, odnosno časti. Najzad, zaštita integriteta dela je posebno pravo autora, koje obuhvata sledeća ovlašćenja: suprotstavljanje izmenama dela od strane neovlašćenih lica, suprotstavljanje javnom saopštavanju dela u obliku koji je nepotpun ili izmenjen¹³ i davanje dozvole da se delo preradi.

Sva navedena moralna prava autora su isključiva po svojoj prirodi i neodvojiva od ličnosti autora. Čak i tradicionalno rezervisano prema konceptu moralnih prava, anglosaksonsko pravo prepoznaje jedno posebno moralno ovlašćenje autora – da prilikom davanja dozvole za korišćenje muzičkog dela zadrži pravo da os-

¹¹ Čl. 7-10. WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

¹² Čl. 14-18. Zakona.

¹³ Ovo pravo ograničeno je tehničkim karakteristikama specifičnog oblika saopštavanja dela, sa jedne, i standardima poslovne prakse, sa druge strane.

novna melodija, odnosno karakter dela ostanu nepromenjeni¹⁴, definišući time jasno granice delovanja na aranžmanu i interpretaciji dela.

Koncept moralnih prava interpretatora srodan je autorskom i obuhvata sledeća isključiva ovlašćenja: da bude priznat kao interpretator, da njegovo ime bude jasno naznačeno prilikom svakog iskorišćavanja interpretacije¹⁵, da ne dopusti stavljanje u promet snimka interpretacije koji ima tehničke nedostatke, da se suprotstavi svakoj izmeni interpretacije koja narušava njegov stvaralački, odnosno stručni ugled, kao i svakom vidu korišćenja interpretacije na način koji može ugroziti ili ugrožava njegovu čast i reputaciju¹⁶. Posebno je pravo interpretatora da se suprotstavi komercijalnom prometu snimka interpretacije ukoliko on sadrži tehničke nedostatke koji ugrožavaju (ali ne i – koji mogu ugroziti) renome interpretatora, odnosno integritet interpretacije.

Specifičnu situaciju predstavlja ostvarivanja moralnog prava u slučaju izvodjenja interpretacije od strane više lica. Pojedinačno moralno pravo interpretatora tada je ograničeno ostvarivanjem moralnog prava drugog interpretatora, i ne može biti realizovano ukoliko za posledicu ima nanošenje štete interesu kointerpretatora. U slučaju da interpretaciju izvodi ansambl¹⁷, moralno pravo se javlja u dva vida: kao skupno ovlašćenje ansambla da štiti svoja prava i kao pravo solista, članova ansambla.¹⁸

Načela kolektivnog ostvarivanja interpretatorskog prava

Organizacija za kolektivno ostvarivanje interpretatorskog prava osniva se i radi sa osnovnim ciljem optimizacije stepena zaštite imovinskih prava interpretatora i nosilaca prava u zemlji i inostranstvu. Najvažnija načela na kojima je zasnovana delatnost organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora, a koja treba da obezbede prvenstveno transparentnost u radu i najviši stepen odgovornosti organizacije prema članovima, u domaćem pravu se odnose na: jednakost,

¹⁴ Sec115, U. S. Copyright Act.

¹⁵ Jedino ličnopravno ovlašćenje interpretatora ustanovljeno Rimskom konvencijom jeste označavanje imena izvodjača na primerku izdatog fonograma na kome se interpretacija nalazi. Ugovorom o interpretacijama i fonograma u korpus minimalnih prava ući će i lično pravo na naznačenje imena interpretatora prilikom svakog oblika javnog saopštavanja interpretacije, kao i pravo interpretatora da ne dozvoli izmenu interpretacije koja može naškoditi njegovoj umetničkoj reputaciji.

¹⁶ Čl. 114. Zakona.

¹⁷ Ansambl se javlja u situaciji kada jedno autorsko delo (ko)interpretira više od pet lica, ne ubrajajući tu dirigenta i solistu.

¹⁸ Čl. 114, st. 2 Zakona.

ravnopravnost, isključivu nadležnost, specijalizovanost, sveobuhvatnost, javnost rada, zabranu prouzrokovanja štete i efektivnu konkurenciju.

Načelo jednakosti podrazumeva da organizacija u svom radu primenjuje jedinstvene principe, standarde, postupke i kriterijume na sve slučajeve ostvarivanja interpretatorskog prava, bez obzira da li se štite interesi interpretatora neposredno ili nosilaca prava, sa jedne, i nezavisno od toga da li je reč o domaćim ili inostranim licima, sa druge strane. Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava ne može prilikom pružanja svojih usluga iskazati, direktno ili indirektno, bilo koji vid diskriminacije prema interpretatorima, odnosno nosiocima prava u pogledu njihove nacionalnosti, mesta prebivališta ili sedišta¹⁹.

Načelo ravnopravnosti se odnosi na jednoobrazno postupanje organizacije u pogledu raspodele sredstava po osnovu interpretatorske i posebne naknade prema interpretatorima, odnosno nosiocima prava sa kojima ima, odnosno nema zaključen ugovor o ustupanju imovinskih prava.

Načelo sveobuhvatnosti proističe iz pozitivne zakonske pretpostavke postojanja obaveze organizacije da obavlja delatnost kolektivnog ostvarivanja svih imovinskih prava interpretatora i nosilaca prava u zemlji i inostranstvu, izuzev prava onih lica koja su se izričito izuzela iz sistema kolektivnog ostvarivanja interpretatorskog prava²⁰.

Princip isključive nadležnosti za zaštitu autorskog ili određene kategorije srodnih prava za istu vrstu prava na istoj vrsti dela, odnosno predmeta prava, podrazumeva da može biti osnovana samo jedna organizacija za kolektivno ostvarivanje odnosnog prava²¹. Radi efikasnijeg i racionalnijeg poslovanja organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, međutim, ustanovljena je mogućnost, pa i preporuka o poslovnoj saradnji. U tom smislu, organizacije mogu formirati jedinstvenu bazu podataka radi efikasne naplate i raspodele naknade, odnosno konstituisati zajedničke stručne službe radi obavljanja određenih segmenata rada.²² Usko povezano sa principom isključive nadležnosti organizacije je opšte pravilo o zabrani zloupotrebe (zakonskog) monopolskog položaja²³. Navedeni model kolektivnog ostvarivanja prava značajno ograničava primenu načela slobode izbora organizacije od strane interpretatora, odnosno nosilaca prava na nivou nacionalne zaštite. U unitarnom pravu, interpretator, odnosno nosilac prava slobodno bira organizaciju za kolektivno ostvarivanje prava kojoj će poveriti upravljanje pravi-

¹⁹ Tač. 18 Direktive o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava i izdavanju odobrenja za više državnih područja za prava na internetsko korišćenje muzičkih dela na unutrašnjem tržištu, 2014/26/EU (dalje: Direktiva o kolektivnom ostvarivanju prava).

²⁰ Čl. 180, st. 2 Zakona.

²¹ Čl. 157, st. 2 Zakona.

²² Čl. 156, čl. 2 i 3 Zakona.

²³ Vid. čl. 3, tač. 3 Zakona o zaštiti konkurencije (Službeni glasnik RS br. 51/09 i 95/13).

ma, koja mora za to biti stvarno nadležna, odnosno već imati iskustvo upravljanja odnosnom kategorijom prava²⁴.

U vezi sa prethodnim načelom, u domaćem pravu je usvojen princip specijalizovanosti²⁵ rada organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava. Organizacija koja je dobila dozvolu za rad štiti interese jedne kategorije nosilaca prava, uz pretpostavku da će usmerenošću na specifičnost odnosnog segmenta intelektualne svojine na optimalan način ostvarivati ovlašćenja data joj zakonom ili ugovorom. S druge strane, organizacija ne može obavljati druge delatnosti osim onih koje su joj zakonom izričito poverene²⁶.

Načelo javnosti rada organizacije podrazumeva dostupnost informacija²⁷ o njenom poslovanju²⁸ zainteresovanoj javnosti, i posebno kategoriji korisnika dela, odnosno interpretacije. Svakom licu koje ima pravni interes organizacija je obavezna da pruži informacije o repertoaru i pojašnjenja o uslovima pod kojima se kolektivno ostvaruju imovinska interpretatorska prava. Ovo načelo ograničeno je obavezom organizacije da određene podatke o interpretatorima i interpretaciji, naročito one finansijske prirode, tretira kao poverljive, pa i kao poslovnu tajnu.

Načelo zabrane prouzrokovanja štete je preuzeto opšte pravilo iz domena obligacionih odnosa, shodno kome je svako dužan da se uzdrži od postupaka kojima se drugome može prouzrokovati šteta²⁹.

Načelo zaštite efektivne konkurencije primenjuje su u domenu zabrane restriktivnog sporazumevanja³⁰ i zabrane zloupotrebe dominantnog položaja³¹ organizacija za kolektivno ostvarivanje interpretatorskog prava, koje upravljanje poverenim im pravima treba da ostvaruju po jednakim, nediskriminatornim i transparentnim uslovima³².

²⁴ Tač. 19 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

²⁵ Čl. 152, st. 3 Zakona.

²⁶ Čl. 156, st. 1 Zakona.

²⁷ Činjenje dostupnim informacija o radu organizacije vrši se putem internet stranice i masovnih medija; vid. čl. 181, st. 1 Zakona.

²⁸ Organizacija daje obaveštenja o svom radu u pogledu: kategorije nosilaca prava koje predstavlja, imovinskih prava koja ostvaruje, kategorija korisnika interpretacije, sadržine opštih akata, bilateralnih ugovora koje je zaključila sa srodnim inostranim organizacijama i organa upravljanja (u smislu članstva i donetih odluka); vid. čl. 181, st. 1 i čl. 182 Zakona.

²⁹ Čl. 16. Zakona o obligacionim odnosima (Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Službeni list SRJ br. 31/93 i Službeni list SCG br. 1/03).

³⁰ Vid: Popović D, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd, 2012, str. 31.

³¹ U skladu sa Zakonom o zaštiti konkurencije RS i čl. 101. i 102. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (2010).

³² Tač. 11. Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

Ustupanje prava organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava

Kauza kolektivnog ostvarivanja interpretatorskog prava. – Interpretatorsko pravo se ostvaruje na dva načina: individualno i angažovanjem kolektivne organizacije. Određeni segmenti prava pretpostavljaju samo jedan vid ostvarivanja, dok za neka ovlašćenja postoji mogućnost optiranja interpretatora, odnosno nosioca prava za individualni ili kolektivni oblik zaštite.

Iako po svojoj pravnoj prirodi individualno, pravo interpretatora je u najznačajnijim imovinskim segmentima celishodno, a nekada i jedino moguće ostvariti posrednim putem, preko organizacija za kolektivnu zaštitu prava³³. Sistem kolektivnog upravljanja i ostvarivanja interpretatorskog prava omogućava nosiocima efikasno ubiranje interpretatorske naknade u uslovima ogromne disperzije korisnika, na nacionalnom i svetskom nivou.

Medjusobni ugovorni odnos nosioca interpretatorskog prava i organizacije za njegovo kolektivno ostvarivanje, polazeći od sadržinskog aspekta i pravne prirode, može biti dvojak. Prvo, nosilac prava može organizaciji poveriti samo ostvarivanje prava na naplatu naknade, kada ona, na osnovu dobijenog naloga, istupa u svoje ime, a za njegov račun, prema trećim licima - korisnicima. U drugom slučaju, odnos nosioca srodnog prava i organizacije je složeniji i zasnovan na elementima tri odvojena pravna posla koja rezultiraju posebnim, sui generis ugovorom. Nosilac srodnog prava ustupa organizaciji ostvarivanje isključivih imovinskih prava, sa nalogom da ona prema korisnicima istupa u svoje ime, a za njegov račun i zaključuje sporazume o neisključivom ustupanju prava³⁴. Pravni odnos interpretatora, odnosno nosioca prava i organizacije za njegovo kolektivno ostvarivanje u ovom slučaju podrazumeva elemente ugovora o ustupanju isključivih imovinskih ovlašćenja na interpretaciji³⁵, zatim ugovora o komisionu, obzirom da organizacija deluje u svoje ime i za tuđ račun, kao i ugovora o nalogu, budući da se ona za račun nosioca stara o zaključenju i zaključuje ugovore sa korisnicima, preduzima potrebne predradnje i prikuplja naknadu za korišćenje interpretacije i kontroliše izvršavanje obaveza korisnika interpretacije³⁶.

³³ Kolektivno ostvarivanje prava predstavlja vid pružanja usluga, shodno čemu u pravu EU izvor ima u čl. 62. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, kao i čl. 53, vezano za pitanje upravljanja autorskim i srodnim pravima, i njegove modalitete, koje ostvaruju organizacije za kolektivnu zaštitu prava, a posebno ostvarivanje nadzora nad njihovim radom; vid. tač. 8 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

³⁴ Čl. 153, st. 2 Zakona.

³⁵ Razlog leži u ostvarivanju načela ekonomičnosti i efikasnosti zaštite, a povezan je sa monopolskim položajem organizacije u većini savremenih sistema zaštite srodnih prava.

³⁶ Marković S, Pravo intelektualne svojine, Beograd, 2000, s. 240.

U domaćem pravu, pravo na interpretatorsku naknadu, koja je dvomponentna i ostvaruje se po osnovu (re)emitovanja ili javnog saopštavanja interpretacije, kao i pravo na posebnu naknadu – moguće je realizovati samo posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje odnosnog prava.³⁷ Obaveznim ostvarivanjem prava na naknadu posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava unosi se značajno viši stepen pravne sigurnosti i izvesnosti u složene odnose između nosilaca prava na naknadu i korisnika interpretacija, nego što bi to bilo u situaciji individualne zaštite. Ovo je naročito slučaj kada je reč o javnim izvodjenjima, gde organizacioni model društva za kolektivno upravljanje interpretatorskim pravom u savremenim uslovima ostvarivanja imovinske zaštite nosilaca prava ima ključnu ulogu u praćenju mesta i načina izvodjenja muzičkog dela, u obezbeđivanju naknade za izvodjenje, u vršenju obračuna raspodele prikupljene naknade i njenoj raspodeli zakonskim primaocima.³⁸

Interpretator, odnosno nosilac prava zaključujući ugovor o ustupanju interpretatorskih prava daje ovlašćenje organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava da određuje uslove za dalje korišćenje interpretacije, a pre svega da pregovara i dogovori visinu interpretatorske i posebne naknade, da zaključuje ugovore, izdaje dozvole za upotrebu interpretacije, vodi postupke radi zaštite prava, da prikuplja sredstva po osnovu korišćenja interpretacije i da njima upravlja do vršenja raspodele. Organizacija je obavezna da navedene aktivnosti sprovodi savesno, u skladu sa dobrim poslovnim običajima i sa pažnjom dobrog domaćina, kako bi poverena joj prava efikasno zaštitila i ostvarila. Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava ima obavezu delovanja u pravcu jačanja zakonske i šire društvene zaštite interpretatorskih prava, skupno ili naspram drugih srodnih, odnosno autorskog prava, kao i za dalju promociju značaja i uloge interpretatora za razvoj kulturne baštine.

Organizacija ima obavezu zaštite poverljivosti podataka o ustupljenom joj interpretatorskom pravu. Finansijske podatke organizacija štiti kao poslovnu tajnu i ne može ih bez izričite saglasnosti interpretatora, odnosno nosioca prava preneti trećem licu, osim ukoliko je reč o državnim organima sa zakonskim ovlašćenjem.

Interpretator, odnosno nosilac prava daje nalog organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora da u svoje ime i za njegov račun naplaćuje naknadu od emitovanja i javnog saopštavanja interpretacije zabeležene na izdatom fonogramu od korisnika.³⁹ Naplatu posebne naknade od obveznika vrši organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava, i onda prosledjuje organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma. Po svom statusnom profilu organizacije za kolektivno ostvarivanje prava

³⁷ Vidi čl. 115, st. 1 i 127, st. 2 Zakona.

³⁸ Idris K., *Intelektualna svojina – moćno sredstvo ekonomskog rasta*, Beograd, 2003, s. 167.

³⁹ Čl. 153, st. 3 Zakona.

su neprofitna udruženja i ne posluju sa ciljem sticanja dobiti. Sredstva koja naplaćuju u okvirima svoje zakonske nadležnosti, po odbitku stvarnih troškova rada, odnosno dozvoljenog nivoa troškova poslovanja i sredstava izdvojenih za kulturne namene, odnosno za unapredjenje društvenog položaja interpretatora, organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora je obavezna da raspodeli interpretatorima i nosiocima interpretatorskog prava⁴⁰, na način utvrdjen Planom raspodele.

Motiv ustupanja značajnog pravnog prostora u domenu ostvarivanja interpretatorskog prava modelu kolektivne zaštite leži i u njegovoj podobnosti da efikasno doprinese pružanju širokog spektra usluga – ekonomskih, ali i kulturnih, obrazovnih i društveno angažovanih, kojima se štiti veliki broj pojedinačnih interesa interpretatora i nosilaca prava⁴¹, ali i opšti društveni interes.

Najzad, organizacije za kolektivno ostvarivanje muzičkih prava imaju značajnu društvenu ulogu u pogledu promocije različitih muzičkih izraza i sadržaja, težeći njihovoj pravičnoj i ravnomernoj zastupljenosti, kako bi se i manje popularnim repertoarima omogućilo prisustvo na relevantnom tržištu i kulturnoj stvarnosti.⁴²

Statusni aspekti. – Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora osniva se ugovorom (kao što je slučaj sa organizacijom Prava interpretatora⁴³ u domaćem pravu) ili odlukom, kada je reč o jednom udruženju autora, odnosno nosilaca prava, kao osnivaču, sa sedištem na teritoriji Republike Srbije.

U domaćem pravu organizacija za kolektivno ostvarivanje prava se osniva u formi udruženja. Organizacija je obavezna da prethodno pribavi dozvolu za obavljanje delatnosti da bi mogla biti upisana u javni registar udruženja, čime stiče svojstvo pravnog lica. Dozvola se izdaje od strane Zavoda za intelektualnu svojinu RS, sa trajanjem od pet godina i mogućnošću organizacije da podnese zahtev za ponovno dobijanje neograničen broj puta. Organizacija mora ispuniti uslov reprezentativnosti da bi obavljala delatnost kolektivnog ostvarivanja prava, a to znači da njeni članovi, koji joj daju ovlašćenje da ostvaruje prava na interpretacijama, predstavljaju većinu nosilaca interpretatorskog prava iz oblasti na koju se odnosi delatnost organizacije i imaju prebivalište ili sedište na domaćoj teritoriji, ili su njeni državljani odnosno imaju domaću nacionalnu pripadnost.

⁴⁰ U domaćem sistemu kolektivnog ostvarivanja prava interpretatora ukupni troškovi rada organizacije koji se finansiraju iz prihoda naplaćenog po osnovu interpretatorske naknade ne mogu biti veći od 30%, a vrednost sredstava za kulturne namene ne može biti veća od 10% godišnjeg neto prihoda; vid. Statut Organizacije Prava interpretatora, čl. 50, st. 2 i 51, st. 3, www.pravainterpretatora.org/propisi/statut (pristup 8. 9. 2016).

⁴¹ Direktiva o kolektivnom ostvarivanju prava, tač. 3.

⁴² Ibid.

⁴³ www.pravainterpretatora.com.

U pravu Evropske unije, organizacija za kolektivno ostvarivanje prava može biti konstituisana u različitim pravnim formama, pre svega kao udruženje, zadruga ili društvo sa ograničenom odgovornošću. Važniji momenat od izbora same forme organizovanja jeste ostvarivanje kontrole nad radom organizacije od strane interpretatora⁴⁴, odnosno nosilaca prava i bez obzira o kom izabranom obliku se radi, mora biti obezbeđeno nesmetano efektivno vršenje kontrolne funkcije. U postupku usaglašavanja domaćeg prava sa unitarnim rešenjima, posebnu pažnju zaslužuje uskladjivanje pravila o slobodi izbora forme organizovanja organizacije⁴⁵, uključujući i društvo kapitala, sa njenim neprofitnim karakterom.

Organizacija vrši delatnost kolektivnog ostvarivanja prava u zemlji i inostranstvu, na osnovu zakona, ugovora, odnosno naloga dobijenih od interpretatora ili nosilaca prava i ugovora koje je zaključila sa srodnim inostranim organizacijama, i to za ukupan korpus interpretatorskih prava, osim za ona koja su izričito izuzeta iz sistema kolektivnog ostvarivanja. U tom smislu postoji pozitivna pretpostavka postojanja ovlašćenja postupanja za račun svih interpretatora i nosilaca prava organizacije za kolektivno ostvarivanje interpretatorskog prava prema korisnicima interpretacije⁴⁶.

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava po osnovu ugovora, odnosno naloga dobijenog od interpretatora, odnosno nosioca prava štiti isključiva imovinska prava i naplaćuje naknadu po osnovu korišćenja interpretacije. Organizacija vrši kontrolu nad korišćenjem predmeta zaštite sa svog repertoara. Ustupljena joj prava organizacija štiti u sudskom, upravnom i drugim postupcima, u cilju optimalnog ostvarivanja interpretatorskog prava. Širi opseg delatnosti organizacije podrazumeva i obavljanje aktivnosti kojima se ostvaruju umetnički i širi društveni interesi interpretatora⁴⁷. Organizacija može, na osnovu posebnog sporazuma, obavljati administrativno-stručne poslove i za račun druge organizacije.

Centralni segment rada organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora predstavlja zaštita imovinskih prava, koja se odnose na: naknadu za emitovanje i reemitovanje interpretacija sa snimka izdatog na nosaču zvuka, na naknadu za javno saopštavanje interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka, na naknadu za javno saopštavanje interpretacije koja se emituje sa snimka izdatog na nosaču zvuka, na posebnu naknadu od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka i slike, za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje interpretacije za lične nekomercijalne po-

⁴⁴ Tač. 14 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

⁴⁵ Osim statusnih aspekata rada organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava, Direktiva 2014/26/EU uređuje i pitanje izdavanja multiteritorijalnog odobrenja za pravo na internetsko korišćenje muzičkih dela na unutrašnjem unitarnom tržištu.

⁴⁶ Čl. 16. Statuta organizacije Prava interpretatora.

⁴⁷ Čl. 156, st. 1 Zakona.

trebe i prava na interaktivno činjenje dostupnom javnosti interpretacije, žičanim ili bežičnim putem⁴⁸. Na osnovu svoje baze podataka, u pogledu interpretacija i nosilaca prava, i programa korisnika, koji su obavezni o upotrebi interpretacija da vode urednu evidenciju, organizacija obračunava naknade i raspodeljuje ih po unapred definisanom planu raspodele interpretatorima i nosiocima prava.

U pravu Evropske unije, interpretator, odnosno nosilac prava organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava ustupa upravljanje pravom javnog saopštavanja, pravom umnožavanja, pravom emitovanja, pravom umnožavanja za internetsku distribuciju i drugim kategorijama prava korišćenja interpretacije⁴⁹. Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava ima mogućnost u unitarnom pravu da odredjen segment aktivnosti, a prevashodno onaj koji se odnosi na raspodelu interpretatorske ili posebne naknade, ili izdavanja računa korisnicima, za koje opravdanje postoji u pogledu racionalnijeg i efikasnijeg poslovanja - ustupi zavisnom društvu ili drugom subjektu nad čijim radom bi nesmetano ostvarivala nadzor⁵⁰.

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora može u domaćem pravu izvršiti statusnu promenu na osnovu odluke Skupštine, u smislu pripajanja, spajanja ili podele organizacije.⁵¹

Nadzor nad radom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava je dvojak i sprovodi se najpre od strane interpretatora i nosilaca prava kao članova organizacije, a onda i Zavoda za intelektualnu svojinu RS. Nadležni organ vodi posebnu evidenciju organizacija koje kolektivno ostvaruju autorsko i pojedina srodna prava, uz obavezu organizacije da sve promene u pogledu naziva, sedišta, delatnosti, članstva u međunarodnim organizacijama i ugovora o saradnji sa međunarodnim organizacijama prijavi bez odlaganja⁵². Vršenje nadzora od strane Zavoda za intelektualnu svojinu nad radom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora podrazumeva obavezu redovnog podnošenja izveštaja i dokumentacije⁵³, sa jedne, i pravo nadležnog organa da neposredno prati rad organizacije putem uvida u njegovu poslovnu dokumentaciju u bilo kom trenutku ili učešća u radu organa organizacije⁵⁴.

⁴⁸ Čl. 14, st. 1 Statuta organizacije Prava interpretatora.

⁴⁹ Tač. 19 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

⁵⁰ Tač. 17 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

⁵¹ Čl. 54 Statuta organizacije Prava interpretatora.

⁵² Čl. 163, st. 3 Zakona.

⁵³ Zakonska obaveza dostavljanja dokumentacije se odnosi na: godišnji izveštaj o poslovanju, godišnji obračun naknada, revizorski izveštaj, sporazume sa reprezentativnim udruženjima korisnika, ugovore sa srodnim inostranim organizacijama, izmene statuta, tarife, plana raspodele i drugih opštih akata organizacije; vid. čl. 188 Zakona.

⁵⁴ Čl. 191, st. 1 Zakona.

U slučaju da prilikom nadzora bude uočena nepravilnost u radu organizacije, nadležni organ nalaže sprovođenje mera za njeno otklanjanje u određenom roku. U slučaju nepostupanja po nalogu nadzornog organa, organizaciji se oduzima dozvola za rad. Prestanak rada organizacije, osim usled ponovljenih nepravilnosti u radu, moguć je i u slučaju utvrđivanja okolnosti o izdavanju dozvole za rad na bazi neistinitih podataka, odnosno prestanaka ispunjenosti uslova za rad⁵⁵, kao i neispunjavanja obaveze obezbeđivanja kolektivnog ostvarivanja interpretatorskog prava domaćih interpretatora i nosilaca prava u inostranstvu ili inostranih subjekata u domaćoj zemlji, u roku od pet godina od dana sticanja prve dozvole za obavljanje delatnosti⁵⁶.

UPRAVLJANJE INTERPRETATORSKIM PRAVOM

Članstvo u organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava je raznorodno. Interpretator je fizičko lice koje se lično angažuje na izvodjenju interpretacije, dok je nosilac prava drugo fizičko ili pravno lice na koje su preneti imovinska prava na interpretaciji. Kada su pravna lica sekundarni nosioci prava, njihova dalje diversifikacija podrazumeva druge organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, udruženja nosilaca prava, sindikate, advokatske kancelarije, producenstke kuće i dr⁵⁷.

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, u okvirima svoje nadležnosti i na osnovu zakona, ugovora ili naloga upravlja poverenim joj imovinskim pravima interpretatora ili nosilaca prava. Funkcija upravljanja interpretatorskim pravom obuhvata izdavanje odobrenja korisnicima, reviziju korisnika, praćenje ostvarivanja prava, zaštitu u slučajevima spora, prikupljanje prihoda po osnovu iskorišćavanja prava i raspodelu pojedinačnih naknada interpretatorima, odnosno nosiocima prava. Upravljanje interpretatorskim pravom pretpostavlja visoke i čvrste standarde⁵⁸ pre svega u domenu finansijskog upravljanja, transparentnosti i izveštavanja interpretatora, odnosno nosilaca prava.

Prilikom utvrđivanja opsega kategorija prava i vrste sadržaja kojima upravlja organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, važno je pronaći odgovarajuću ravnotežu između slobode interpretatora i nosilaca prava da interpretacijom raspolažu, s jedne, i mogućnosti organizacije da efikasno upravlja imovinskim pravima, s druge strane. To dalje znači da je potrebno koncipirati model koji bi omo-

⁵⁵ Uslovi za rad, osim sedišta na domaćoj teritoriji i principa reprezentativnosti se odnose i na kadrovske, finansijske, tehničke i organizacione pretpostavke za efektivno ostvarivanje interpretatorskog prava u zemlji i inostranstvu; vid. čl. 158, st. 3 Zakona.

⁵⁶ Čl. 186 Zakona.

⁵⁷ Tač. 14 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

⁵⁸ U pravu Evropske unije oni su propisani Direktivom 2014/26/EU, uz mogućnost nacionalnih propisa da odu još dalje u pogledu zahteva za višim standardima.

gućio da interpretatori, odnosno nosioci prava mogu nesmetano i brzo povući prava ustupljena organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava, kako bi nadalje, u celini ili delimično, ostvarivali individualnu zaštitu, ili ih poverili drugoj organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava, odnosno drugoj kategoriji subjekta koji je ovlašćen da zaštitu ostvaruje⁵⁹.

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava posebnu pažnju duguje nekomercijalnim vidovima upotrebe, kako bi kako bi interpretatori, odnosno nosioci prava mogli funkcionalno da koriste pravo izdavanja odobrenja i za taj vid korišćenja⁶⁰.

Upravljanje pravima je posebno složeno u slučaju organizacija koje kolektivno ostvaruju različite kategorije prava i upravljaju raznorodnim sadržajima i vrstama dela (npr. muzičkim, scenskim ili književnim)⁶¹.

Poseban značaj u domenu upravljanja interpretatorskim pravom ima izbor modela zastupljenosti interpretatora i različitih kategorija nosilaca prava u postupku donošenja odluka, odnosno radu pre svega skupštine i nadzornog odbora organizacije za kolektivno ostvarivanje prava. Kao najširi princip javlja se pravo svih interpretatora i nosilaca prava da prisustvuju, učestvuju u radu i glasaju na opštoj skupštini organizacije. Uži princip podrazumeva davanje statusa članova organizacije samo interpretatorima, koji raspolažu kako imovinskim, tako i moralnim ovlašćenjima na interpretaciji. Ostvarivanje komercijalnih prava ostvaruje se pri tome na istovetan način za obe kategorije – interpretatore i sekundarne nosioce prava.

Interpretatori, odnosno nosioci prava mogu upravljanje interpretatorskim pravom poveriti nezavisnim subjektima za upravljanje, koji imaju status poslovnog subjekta. Za razliku od organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, takvi poslovni subjekti nisu pod neposrednim nadzorom interpretatora ili nosilaca prava, ali bi trebalo, s obzirom na analogiju u pogledu delatnosti, pretpostaviti njihovu obavezu obezbeđivanja javnosti rada i davanja informacija licima čija prava zastupaju, ali i korisnicima, organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava i zainteresovanoj javnosti⁶².

S druge strane, primena načela zaštite efektivne konkurencije u radu organizacije koja štiti interese interpretatora, odnosno nosilaca prava, znači da u uslovima slobodnog tržišnog istupanja organizacija može da sklopi sporazum o za-

⁵⁹ U okvirima Evropske unije, ova mogućnost ima poseban značaj u pogledu izbora kolektivne ili druge organizacije, odnosno subjekta, nezavisno od njihove nacionalne pripadnosti, sedišta, odnosno prebivališta, ukoliko je reč o fizičkom licu; vid. tač. 19, st. 2 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

⁶⁰ Tač. 19, st. 3 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

⁶¹ Ibid.

⁶² Čl. 15 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

stupanju sa drugim organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava u oblasti upravljanja pravima, kako bi bio pojednostavljen i unapredjen postupak za izdavanje odobrenja prema korisnicima, i prevashodno u pogledu ispostavljanja jedinstvenog računa za prikupljanje naknade.

ZAKLJUČAK

Interpretatorsko pravo predstavlja najznačajniji segment (autorskom) srodnih prava, obuhvatajući kako imovinska, tako i moralna ovlašćenja.

Model kolektivnog ostvarivanja interpretatorskog prava istovremeno zahteva i dopušta kontinuirano prilagodjavanje dinamičnim tehnološkim novinama i unapredjenje u pravcu profilisanja odgovornosti organizacija za primenjena rešenja u domenu zaštite imovinskih prava interpretatora i nosilaca prava. U tom smislu se kao posebno važni javljaju zahtevi za jednakim postupanjem organizacije prema različitim kategorijama nosilaca prava, raspodelom tantijema na principima ravnopravnosti, pravičnom zastupljenošću nosilaca prava u organima odlučivanja unutar organizacije, kao i prilikom rešavanja spornih pitanja, širom slobodom nosilaca prava da izaberu organizaciju koja će po kolektivnom principu štiti njihova prava i pružanjem potpunih informacija, prevashodno o repertoaru i cenama tokom pregovora o članstvu⁶³.

U okvirima Evropske unije, unapredjenje sistema kolektivnog ostvarivanja prava pretpostavlja dalja poboljšanja rešenja u domenu zaštite interesa inostranih nosilaca prava, čvršćih okvira u pogledu definisanja slobode upravljanja prikupljenim prihodima od strane organizacije i nedovoljne iskorišćenosti prava, kako na štetu nosilaca, tako i korisnika⁶⁴.

Kada je reč o ostvarivanju prava na naknadu kao najznačajnijeg imovinsko-pravnog ovlašćenja, pravo interpretatora i pravo proizvođača fonograma su u supstancijalnom i operativnom smislu usko povezani, s obzirom da se naknada po osnovu (re)emitovanja ubira kao jedinstvena, a potom distribuira na odnose dve kategorije primalaca. U pogledu naknade po osnovu javnog saopštavanja i posebne naknade, kolektivne organizacije koje štite prava autora, interpretatora i proizvođača fonograma saradjuju u domenu njene naplate i raspodele.

Postojeći domaći legislativni okvir u oblasti autorskog i srodnih prava pokazuje relativno visok opšti nivo uskladenosti sa propisima i standardima Evropske unije. Prepoznatljive su četiri kategorije podoblasti prema kriterijumu dosegnutog stepena harmonizacije, shodno čemu se u okviru pregovaračkog postupka u

⁶³ Vid. Preporuku Komisije o kolektivnom prekograničnom upravljanju autorskim i srodnim pravima za zakonite internetske muzičke usluge, 2005/737/EZ.

⁶⁴ Tač. 5 Direktive o kolektivnom ostvarivanju prava.

Poglavlju 7 planira dinamika uskladjivanja sa pravnim tekovinama Evropske unije u domenu određenih segmenata prava intelektualne svojine.

Prva oblast koju odlikuje potpuna uskladjenost sa propisima EU⁶⁵ tiče se pitanja preprodaje u korist autora originala umetničkog dela. Ovo je jedina grupa u kojoj nije reč o interpretatorskom pravu.

Druga kategorija podrazumeva visok stepen gotovo potpune uskladjenosti sa pravnim tekovinama EU i odnosi se na pravo zakupa i pravo posluge, sa jedne, i stavljanje u promet primeraka dela i predmeta srodnih prava⁶⁶, sa druge strane, u kom smislu je potrebno napraviti još jedan korak ka harmonizovanju sa rešenjima Direktive 2006/115/EZ.

Treća grupa je najbronija i odnosi se na delimičnu uskladjenost sa evropskim pravnim tekovinama u oblasti autorskog i srodnih prava. Ovo su pitanja o kojima treba očekivati skoriju izmenu odredaba Zakona o autorskom i srodnim pravima, a odnose se na: pravnu zaštitu baze podataka⁶⁷, pravnu zaštitu računarskih programa⁶⁸, pravnu zaštitu topografija poluprovodničkih proizvoda⁶⁹, ostvarivanje autorskog i srodnih prava u informatičkom domenu⁷⁰ i ostvarivanje autorskog i srodnih prava u domenu kablovskog emitovanja i reemitovanja⁷¹.

Kada je reč o interpretatorskom pravu u užem smislu, od značaja je praćenje regulatorne aktivnosti i novih rešenja u pogledu: roka trajanja prava interpretatora (i prava proizvođača fonograma) i trajanju zaštite za muzičke kompozicije sa rečima, prava interpretatora da raskine ugovor sa proizvođačem fonograma (kao, pretpostavka je, ugovorno i prevashodno u komercijalnom smislu, snažnijom stranom), prava interpretatora na dodatnu godišnju naknadu i prava interpretatora na prijem periodične naknade. Uskladjivanje domaćih zakonodavnih rešenja biće vršeno prema Direktivi 2011/77/EU.

Četvrta kategorija podrazumeva aspekte zaštite autorskog i srodnih prava u kojima je domaći zakon u supstancijalnom smislu najdalje od pozitivnih rešenja i pravnih tekovina Evropske unije. Prva od tri takve oblasti je relativno usko profilisana i odnosi se na dozvoljene oblike korišćenja napuštenih dela⁷². Drugo pi-

⁶⁵ Direktiva 2001/84/EEZ.

⁶⁶ Postojeće zakonsko rešenje poznaje nacionalno iscrpljenje kod prava stavljanja u promet primeraka dela i primeraka srodnih prava, dok Direktiva pretpostavlja iscrpljenje prava distribucije u slučaju prve prodaje na teritoriji EU.

⁶⁷ 96/9/EZ.

⁶⁸ 2009/24/EZ.

⁶⁹ Direktiva 87/54/EEZ.

⁷⁰ Direktiva 2001/29/EZ.

⁷¹ Direktiva 93/83/EEZ.

⁷² Relevantan propis je Direktiva 2012/28/EU.

tanje ima značajno širi društveni značaj i odnosi se na centralni segment zaštite autorskog i srodnih prava, a to je kolektivno ostvarivanje prava; ova oblast uređjena je Direktivom 2014/26/EU. Treći segment uskladjivanja, takodje sa odredbama Direktive 2014/26/EU, se odnosi na izdavanje multiteritorijalnog odobrenja za pravo na internetsko korišćenje muzičkih dela na unutrašnjem unitarnom tržištu.

Domaći legislativni okvir će u narednom dvogodišnjem periodu proširiti i produbiti nivo regulative u pogledu kolektivnog ostvarivanja interpretatorskog prava, prevashodno uskladjujući se sa rešenjima Direktive 2014/26/EU. Iako svrstana u četvrtu oblast sa najnižim stepenom uskladjenosti, u samom postupku harmonizacije u sferi kolektivnog ostvarivanja interpretatorskog i drugih srodnih, kao i autorskog prava, ne treba očekivati značajnije poteškoće, s obzirom na dobar temelj koji pružaju postojeća zakonska rešenja. Sa druge strane, reč je o relativno novom propisu i na legislativnoj sceni Evropske unije i pravilima koja se u praksi kolektivnog ostvarivanja prava tek odskora primenjuju. Očekivani rok za uskladjivanje domaćeg prava intelektualne svojine u pogledu kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava je kraj 2018. godine.

Kao posebno važna pitanja čije bi uređenje značajno doprinelo unapredjenju zaštite interesa interpretatora, odnosno nosilaca prava, a ulaze u sklop predstojećeg postupka uskladjivanja sa Direktivom 2014/26/EU, javljaju se: modaliteti prenosa interpretatorskog prava, upravljanje različitim kategorijama prava, zastupanje različitih kategorija subjekata u radu skupštine i primena opštih pravila o zaštiti konkurencije u sferi srodnih prava. Pri tome, aktivnosti bi trebalo profilisati ne kao uskladjivanje, nego prilagodjavanje domaće regulative rešenjima, standardima i dobroj praksi unitarnog prava, uz puno poštovanje specifičnih odlika i zahteva domaćeg sistema kolektivnog ostvarivanja interpretatorskog prava. Statuta pro commodo publico, late interpretantur.⁷³

SANJA DANKOVIĆ-STEPANOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Political Sciences,
University of Belgrade

COLLECTIVE REALIZATION OF THE INTERPRETER RIGHT

Summary

Interpreter right presents the most significant part (copyright) similar rights. comprising, both, moral and property authorizations.

In realization domain of the right to compensation as the most significant property-right authorization of an interpreter, i.e. a holder of the right on the interpreter and/or producer of a

⁷³ Što je ustanovljeno radi opšte koristi, treba široko tumačiti.

phonogram are in a material and operational sense very closely linked taking into account that the compensation based on a repeated broadcasting is collected as a whole, and thereafter is being distributed on the basis of two categories in question of receivers. On the basis of public announcement and a separate compensation, collective organization, which protects rights of authors, interpreters and producers of a phonogram are collaborating in domain of its collection and distribution/division.

Domestic regulative framework shall in the two year period widen and make deeper level of regulation in respect of collective realization of interpreter's right, first of all by harmonization with EU Directive 2014/16. As a specially important issues, regulation of which would contribute to a protection of interpreters rights, i.e. rights of holders, there appears: modalities of transfer of interpreter right, administration of various categories of rights, representation of various categories of members at the assembly and application of general rules about protection of competition in the sphere of copyright and similar rights.

ZDRAVKO PETROVIĆ,
UROŠ ĆEMALOVIĆ,
SLOBODAN STOŠIĆ

SPECIFIČNOSTI UGOVORA O LICENCI

POJAM I PRAVNA PRIRODA UGOVORA O LICENCI

Opšte karakteristike. – Pravna, ekonomska, i politička pitanja vezana za prava intelektualne svojine i njihov prekogranični promet se postojano usložnjavaju već od kraja devetnaestog veka. U današnje vreme, koje karakteriše proces globalizacije praćen rapidnim tehnološkim razvojem, razmena vrednosti zaštićenih kako autorskim, tako i pravima industrijske svojine zauzima sve značajnije mesto. Ugovor o licenci predstavlja specifičan mehanizam pravnog prometa prava industrijske svojine, kojim titular (davalac licence), uz naknadu, ustupa sticaocu pravo privrednog iskorišćavanja. Titular iz svog prava industrijske svojine konstituiše jedno uže ovlašćenje i prenosi ga na sticaoca. Reč je, dakle, *konstitutivnom prenosu*, budući da davalac licence, na osnovu svog već postojećeg prava, ustanovljava jedno drugo pravo, prenosi ga na sticaoca, a sam i dalje ostaje vlasnik prava, na osnovu kojeg je to drugo pravo ustanovljeno.

U tom smislu, ugovor o licenci je dozvola koju titular prava intelektualne svojine daje drugom subjektu kako bi se ovaj na određeno vreme i na određeni

Dr Zdravko Petrović, profesor Univerziteta "Sigmund Freud" u Beču.

Dr Uroš Ćemalović, doktor Univerziteta u Strazburu.

Mr Slobodan Stošić, samostalni savetnik u Drugom osnovnom sudu u Beogradu.

način koristio pravom intelektualne svojine koje isključivo pripada titularu i za tu dozvolu sticalac je dužan da plati određenu naknadu.¹

Predmet ugovora o licenci jeste promet jednog ili više imovinskopravnih ovlašćenja iz subjektivnog prava industrijske svojine (patenta, žiga, prava zaštite dizajna i dr.).² Dakle, predmet nije pravo industrijske svojine u celini, kao skup svih ovlašćenja, već samo jedno od njih – ovlašćenje privrednog iskorišćavanja. Takođe, ugovor o licenci karakteriše *singularna sukcesija*, odnosno prenos, jer se sa davaoca licence na sticaoca licence prenosi tačno određeno pravo. Najzad, reč je o *derivativnom sticanju*, jer se ugovorom o licenci može preneti pravo iskorišćavanja jedino ukoliko je prethodnik (davalac licence) uistinu i njegov titular. Dakle, princip da niko ne može na drugog preneti više prava nego što i sam ima (“*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”) dosledno je primenjen. Navedeno važi i u slučaju podlicence. U tom slučaju, prethodnik, odnosno prenosilac, nije titular prava industrijske svojine, ali on to pravo i ne prenosi na sticaoca, već samo pravo iskorišćavanja, koje mu i pripada.

Važeći Zakon o obligacionim odnosima određuje ugovor o licenci kao ugovor kojim se davalac licence obavezuje da sticaocu licence ustupi, u celini ili delimično, pravo iskorišćavanja pronalaska, tehničkog znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, a sticalac licence se obavezuje da mu za to plati određenu naknadu.³ Analizom zakonske definicije mogu se uočiti neke bitne osobine ovog ugovora.

Sama činjenica da ugovor o licenci spada u *imenovane ugovore* upućuje na važnost i značaj koji ostvaruje u pravnom prometu. Imajući u vidu da je zakonom regulisan, buduće strane u ugovoru su oslobođene od obaveze da svoje odnose precizno regulišu. Dovoljno je da se saglase o bitnim elementima ugovora, dok će se na ostale pravne odnose primenjivati odgovarajuće zakonske odredbe.

Ugovor o licenci je *formalan*, budući da mora biti zaključen u pismenoj formi. Shodno pravnom značaju i posledici izostanka, forma ugovora može biti bitna ili konstitutivna (*ad solemnitatem*) i dokazna forma (*ad probationem*). Bitna forma je uslov punovažnosti ugovora; stoga, ukoliko ugovor nije zaključen u odgovarajućoj formi, ugovor se smatra ništavim, ne proizvodi pravno dejstvo, uzima se kao da nije ni zaključen.

¹ U tom smislu, Jadranka Dabović Anastasovska, “Uticaj prava konkurencije na promet prava intelektualne svojine ugovorom o licenci, prema regulativi 772/2004 Evropske komisije”, *Pravo i privreda* 4-6/2011, 861.

² U tom smislu, Dušan Popović, “Ugovor o licenci - prilog javnoj raspravi o Prednarcrtu građanskog zakonika Republike Srbije”, *Pravo i privreda* 4/2015, 394.

³ Čl. 686, Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 31/93, *Sl. Glasnik RS*, br. 17/93 i 3/96.

Kod ugovora o licenci vrši se uzajamna razmena činidbi, što ga svrstava u *dvostrano obavezne ugovore*. Za obe strane u ugovoru nastaju uzajamna prava i obaveze. Davalac licence se obavezuje da ustupi pravo privrednog iskorišćavanja prava industrijske svojine. S druge strane, sticalac se obavezuje da za to plaća naknadu. Svrstavanje ugovora o licenci u dvostrano obavezne znači da će se na njega primenjivati pravila svojstvena ovoj kategoriji, koja se temelje na principu jednake vrednosti uzajamnih davanja, a koja se donose na raskid ugovora zbog neispunjenja, prigovor neispunjenja ugovora, rizik za slučajnu propast stvari, prekomerno oštećenje, tumačenje ugovora, itd.

Ugovor o licenci je *teretan*, jer jedna strana (sticalac licence) daje naknadu za korist koju dobija od druge strane. Određivanje naknade je bitan element ugovora, pa je, shodno tome, plaćanje naknade glavna obaveza sticaoca licence.

Najzad, reč je o ugovoru *intuitu personae*, koji se zaključuje uzimajući u obzir lična, profesionalna i materijalna svojstva sticaoca licence. Imajući u vidu samu prirodu odnosa koji nastaju njegovim zaključenjem, ugovor o licenci spada u kategoriju *ugovora sa trajnim izvršenjem*. Ugovor je *komutativan*, jer je u trenutku njegovog zaključenja poznat međusobni odnos i visina prestacija – davalac licence se obavezuje da ustupi tačno određeno pravo, a sticalac za to plaća ugovorenu naknadu. Međutim, kako postoje različiti modaliteti određivanja naknade (npr. prema proizvedenom komadu robe, prema ostvarenom prometu, itd.), ugovor može sadržati i elemente aleatornosti.

Konačno, na ugovor o licenci se analogno primenjuju opšta pravila ugovornog prava, koja se odnose na sposobnost za zaključenje ugovora, ponudu, pregovore, mesto i vreme zaključenja, ništavost i rušljivost, itd. Pored ugovornog aspekta Zakona o obligacionim odnosima, javnopravni karakter ugovora o licenci regulisan je propisima iz oblasti industrijske svojine: Zakonom o patentima⁴, Zakonom o žigovima⁵, Zakonom o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna⁶.

Razgraničenje od srodnih ugovora

U teoriji ne postoji konsenzus u pogledu određivanja pravne prirode ugovora o licenci. Za raniju doktrinu romanskog prava karakterističan je bio pristup koji je ugovor o licenci određivao kao vrstu ugovora o zakupu. Po drugom shvaćanju, licenca predstavlja odricanje nosioca prava od svog monopola, odnosno od prava da zabrani trećim licima (korisniku licence) da upotrebljava pravo čiji je on

⁴ Zakon o patentima, *Sl. glasnik RS*, br. 99/2011.

⁵ Zakon o žigovima, *Sl. glasnik RS*, br. 104/09 i 10/13.

⁶ Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, *Sl. glasnik RS*, br. 104/09.

nosilac. Danas preovlađuje mišljenje o ugovoru o licenci kao posebnom, specifičnom, *sui generis* ugovoru, kojim se obavlja pravni promet prava industrijske svojine.⁷

Shvatanje koje ugovor o licenci kvalifikuje kao *sui generis* ugovor nam se čini najprihvatljivijim. Međutim, s obzirom na prirodu pravnih odnosa koji nastaju njegovim zaključenjem, često se dovodi u vezu sa srodnim pravnim institutima.

Poslovna praksa devetnaestog veka je tretirala ugovor o licenci kao poseban modalitet *ugovora o prodaji*. Razlika između pomenutih ugovora je u tome što je ugovor o prodaji usmeren na prenos prava svojine na stvari ili na pravu, dok se ugovorom o licenci prenosi samo pravo privrednog iskorišćavanja sa sticaoca na korisnika licence.

Ugovor o zakupu ispoljava izvesne sličnosti sa ugovorom o licenci, budući da se i jednim i drugim vrši ustupanje prava upotrebe, a ne prenos prava svojine na predmetu prestacije. Razlika postoji u pogledu ličnog karaktera (*intuitu personae*) ugovora o licenci, koji nije svojstven zakupu. Dalje, predmet zakupa je, po pravilu, stvar koju zakupodavac predaje zakupcu na upotrebu, dok ugovor o licenci ima za predmet nematerijalno dobro. Međutim, predmet ugovora o zakupu, prema tradicionalnom shvatanju, može biti i određeno imovinsko pravo koje je, po svojoj prirodi, podobno za korišćenje, odnosno koje daje određene prihode.⁸ Takođe, određeni autori definišu ugovor o zakupu kao ugovor kojim se jedan ugovarač (zakupodavac) obavezuje da drugom ugovaraču (zakupcu) ustupi pravo korišćenja, odnosno upotrebe određenog prava, odnosno stvari.⁹ Shodno tome, kriterijum koji se zasniva na razlikovanju ovih ugovora, a temelji se na razlici između telesne i bestelesne stvari (prava), ne može biti pouzdan, jer pravo može biti i predmet ugovora o zakupu i ugovora o licenci. Stoga, smatramo da bi se ugovor o licenci mogao posmatrati kao poseban modalitet ugovor o zakupu, koji za predmet ima isključivo ustupanje prava privrednog iskorišćavanja prava industrijske svojine.

Ugovor o franšizinu je takav ugovor kojim se jedna ugovorna strana, davalac franšize, obavezuje da obezbedi drugoj ugovornoj strani pravo upotrebe sistema isključivih prava koja pripadaju davaocu franšize uključujući pravo na firmu, zaštitni znak, uslužni znak, određene privredne informacije, a druga strana, primalac franšize, obavezuje se da ustupljeni sistem koristi u svojoj delatnosti i da za

⁷ U tom smislu, Vesna Besarović, *Intelektualna svojina*, Beograd 2000, 190.

⁸ U tom smislu, Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1990, 273.

⁹ U tom smislu, Zlatko Stefanović, *Privredno ugovorno pravo*, Beograd 2010, 178.

to plati naknadu.¹⁰ Prema tome, možemo zaključiti da ugovor o franšizingu stvara širu pravnu konstrukciju koja u sebi sadrži elemente više ugovora: ugovora o licenci, ugovora o prodaji, ugovora o zastupanju, itd. Takođe, za isporuku proizvoda od strane davaoca franšizinga, primaocu franšizinga nije nužno potrebno ustupanje prava privrednog iskorišćavanja prava industrijske svojine.

Ugovor o transferu tehnologije jeste ugovor kojim jedno lice (davalac tehnologije) prenosi na drugo lice znanje i iskustvo u pogledu nezaštićenog prava industrijske svojine. Za razliku od pomenutog, ugovor o licenci za predmet ima zaštićeni oblik industrijske svojine.

Ugovor o konsaltingu u izvesnoj meri ima sličnosti sa ugovorom o licenci, imajući u vidu da se u oba slučaja, uz naknadu, vrši prenos određenih intelektualnih dobara sa jednog lica na drugo. Naime, ugovorom o konsaltingu se obavezuje jedan ugovarač (konsultant) da drugom ugovaraču (klijentu) daje određene stručne savete, a klijent se obavezuje da za to plati određenu naknadu. Dok se ugovor o konsaltingu odnosi na pružanje intelektualnih usluga, u vidu stručnih saveta vezanih uglavnom za proces proizvodnje ili organizaciju poslovanja, ugovorom o licenci se isključivo vrši ustupanje prava privrednog iskorišćavanja prava industrijske svojine.

VRSTE UGOVORA O LICENCI

Klasifikacija ugovora o licenci može se izvršiti na osnovu više kriterijuma. Tako, ugovor može biti zaključen na određeno ili neodređeno vreme. Međutim, dužina trajanja prava industrijske svojine uslovljava i trajanje samog ugovora o licenci. Licenca za iskorišćavanje patentiranog pronalaska, uzorka ili modela ne može biti zaključena za vreme duže od trajanja zakonske zaštite tih prava.¹¹

Na osnovu teritorijalnog kriterijuma, pravo iskorišćavanja licence može biti prostorno ograničeno ili prostorno neograničeno. Teritorija na koju se ograničava pravo iskorišćavanja predmeta licence može biti vezana za jednu ili više zemalja. Takođe, može se odnositi i na prostor u okviru zemlje, na primer federalnu jedinicu, područje grada, opštine, itd. Pravo iskorišćavanja predmeta licence može biti prostorno ograničeno samo ako to nije protivno propisima o jedinstvenom tržištu. Ako ugovorom o licenci nije prostorno ograničeno pravo iskorišćavanja predmeta licence, smatra se da je licenca prostorno neograničena.¹²

¹⁰ U tom smislu, Vladan Stojić, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd 2003, 195.

¹¹ Čl. 688 ZOO.

¹² Čl. 690 ZOO.

Najznačajnijom smatramo podelu koja se zasniva na intenzitetu, odnosno obimu ustupljenog prava. Shodno tome, razlikujemo isključivu i neisključivu (prostu) licencu. Kod isključive licence, korisnik stiče ekskluzivno i isključivo pravo iskorišćavanja predmeta licence. Zaključenjem ugovora, korisnik licence stiče pravo da zabrani svim licima, uključujući i davaoca licence, da iskorišćavaju predmet licence. Ako u ugovoru o licenci nije naznačeno o kakvoj je licenci reč, smatra se da mu je data neisključiva licenca. Takođe, sticalac isključive licence može pravo iskorišćavanja predmeta licence ustupiti drugome, kada govorimo o podlicenci.

Prema pravnom osnovu nastanka, postoje ugovorne i zakonske licence. Ugovorna licenca nastaje na osnovu sporazuma između davaoca i sticaoca licence. Prinudna licenca je klasični institut patentnog prava, čija svrha je da spreči titulara patenta da blokira korišćenje zaštićenog pronalaska u državi u kojoj mu je patent priznat, pre svega nekorišćenjem patentiranog pronalaska i nedozvoljavanjem drugima da to čine.¹³

Takođe, u literaturi nailazimo na ostale podele: prema kriterijumu objekta ugovora – na patentnu licencu, licencu uzorka ili modela, licencu tehničkog znanja i iskustva; prema kriterijumu načina upotrebe razlikujemo proizvodnu i prodajnu licencu, itd.¹⁴

DEJSTVO UGOVORA O LICENCI

Obaveze davaoca licence

Davalac licence je dužan da sticaocu licence u određenom roku preda predmet licence. Shodno opštim pravilima ugovornog prava, ukoliko nije drukčije ugovoreno, smatramo da je davalac dužan da preda predmet licence odmah po zaključenju ugovora. U zavisnosti od toga koje je pravo industrijske svojine predmet ugovora o licenci zavisi i način ustupanja. To se nekada čini predajom odgovarajuće dokumentacije (crteža, skica, elaborata i dr.). On može biti obavezan da preda i određene predmete (mašine, alate, opremu).¹⁵ Takođe, obaveza davaoca licence je i predaja tehničke dokumentacije potrebne za praktičnu primenu predmeta licence.

Sledeća obaveza davaoca licence je garantovanje za tehničku i izvodljivost i tehničku upotrebljivost predmeta licence. Pod tehničkom izvodljivošću se podra-

¹³ U tom smislu, Dušan Popović, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd 2012, 102.

¹⁴ U tom smislu, Mirko VasiLjević, *Poslovno poslovno pravo*, Beograd 2006, 700.

¹⁵ U tom smislu, Z. Stefanović, 208.

zumeva mogućnost da se tehničkim putem, korišćenjem pribavljene tehnologije, proizvede određeni proizvod ili primeni određeni postupak u proizvodnji. Pod tehničkom upotrebljivošću podrazumeva se garancija davaoca tehnologije da će proizvod dobijen korišćenjem predmeta ugovora da odgovara cilju koji su ugovorne strane imale u vidu prilikom zaključenja ugovora (garancija rezultata).¹⁶

Davalac licence jemči da pravo iskorišćavanja koje je predmet ugovora pripada njemu, da na njemu nema tereta i da nije ograničeno u korist nekog trećeg. Ukoliko takvo, monopolsko, pravo nije postojalo u momentu zaključenja, ugovor o licenci je ništav. Takođe, ako je predmet ugovora isključiva licenca, davalac licence jemči da pravo iskorišćavanja nije ustupio drugome, ni potpuno ni delimično. Davalac licence je dužan čuvati i braniti pravo ustupljeno sticaocu licence od svih zahteva trećih lica.¹⁷ Ova poslednja obaveza, zaštite od evikcije, proizlazi iz opšteg dejstva dvostrano obaveznih ugovora. Odgovornost davaoca licence za evikciju se može ograničiti ili sasvim isključiti, osim u slučaju kada je pravni nedostatak bio poznat davaocu licence u trenutku zaključenja ugovora. Kada je predmet ugovora *know how*, garancija za pravne mane svodi se na garanciju o postojanju tajnog karaktera *know how*-a, odnosno na garanciju davaoca licence da uživa faktički monopol nad određenim *know how*-om u momentu zaključenja ugovora.¹⁸

Obaveze sticaoca licence

Sticanje mogućnosti korišćenja predmeta licence razlog je zbog kojeg sticalac zaključuje ugovor o licenci. Međutim, ukoliko drukčije nije ugovoreno, iskorišćavanje predmeta licence ne predstavlja samo pravo, već i obavezu sticaoca licence. Kvalitet i obim iskorišćavanja ustupljenog prava precizira se samim ugovorom, u skladu sa načelom slobode ugovaranja. Ovo može predstavljati problem, jer usled nepredvidivih promena na tržištu ili sve bržeg tehničko-tehnološkog razvoja usled kojih sticalac licence može biti doveden u situaciju da na osnovu ugovora o licenci bude primoran da proizvodi po zastarelim tehnološkim rešenjima ili da proizvodi robu koju ne može da proda. Ovakve situacije moraju da se rešavaju na osnovu pravila o raskidanju ugovora ili izmeni ugovora usled promenjenih okolnosti.¹⁹ Navedeno rešenje proizilazi iz činjenice da ugovor o licenci predstav-

¹⁶ U tom smislu, M. VasiLjević, 701.

¹⁷ Čl. 694 ZOO.

¹⁸ U tom smislu, V. Besarović, 195.

¹⁹ U tom smislu, Aleksandar NedeLjkov, "Ugovor o licenci", *Pravna riječ* 2/2005, 223.

lja ugovor sa trajnim izvršenjem, te bi se uticaj promenjenih okolnosti morao uzimati u obzir.

Kao što je već bilo reči, ugovor o licenci je teretan ugovor, kod kojeg jedna strana daje naknadu za koristi koje dobija od druge strane. Naknada je bitan element ugovora, a plaćanje naknade jedna od osnovnih obaveza sticaoca licence i motiv zbog kojeg davalac licence stupa u ugovorni odnos. Međutim, pitanje da li je naknada bitan element ugovora o licenci nije posve nesporno u pravnoj teoriji. Postoje tako mišljenja da obavezu plaćanja naknade ne treba uvek smatrati esencijalnim delom licencnog ugovora, s obzirom da davalac licence u praksi često ne traži naknadu, naročito ako licencni ugovor čini sastavni deo opsežnijeg ugovornog kompleksa. Drugi, pak, smatraju da je ugovor ništav ukoliko se stranke nisu sporazumele o naknadi. Treći ističu da se ugovor, za koji nije ugovorena naknada, ne bi mogao smatrati ugovorom o licenci, već bi imao karakter neimenovanog ugovora.²⁰ U svakom slučaju, treće mišljenje nam se čini najprihvatljivijim, posebno stoga što se ugovor o licenci najčešće zaključuje kao ugovor u privredi, gde je ostvarivanje profita osnovni motiv stupanja u ugovorne odnose. Određivanje visine naknade rezultat je sporazuma ugovornih strana i spada u domen slobode ugovaranja. U poslovnoj praksi se susreću različiti modaliteti. Tako, naknada se može plaćati u paušalnom iznosu – odjednom ili u više rata. Najčešće se jedan deo plaća odmah po zaključenju ugovora, a ostatak u jednakim ratama. Paušalno plaćanje više odgovara davaocu nego sticaocu licence, jer naknada ni na koji način nije vezana za rentabilnost, odnosno uspeh iskorišćavanja predmeta licence, pa se sav rizik prebacuje na sticaoca licence.²¹ Visina naknade može biti određena prema obimu ustupljenog prava, odnosno prema rezultatu koji je ostvaren njegovim iskorišćavanjem (*royalty*). U tom smislu, može se ugovoriti plaćanje naknade prema proizvedenom ili prodatom komadu robe, odnosno prema prometu koji korisnik licence ostvari prilikom iskorišćavanja predmeta licence. Prednosti ovih klauzula plaćanja ogledaju se u tome što se može menjati visina naknade zavisno od uspešnosti poslovanja u toku trajanja ugovora, te što se, u slučaju prestanka poslovanja na bazi licence, automatski obustavlja i plaćanje naknade.²² U skladu sa opštim principima slobode ugovaranja, mogu se ugovoriti i kombinacije navedenih modela plaćanja. Naknada se, po pravilu, isplaćuje u novcu, međutim može biti i u nenovčanom obliku, npr. kao obaveza sticaoca da davaocu licence isporuči određenu količinu proizvedene robe, itd.

²⁰ U tom smislu, Lana Bubalo, "Naknada kao bitan element ugovora o licenci", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 9 / 2012, 132.

²¹ *Ibid*, 139.

²² *Ibid*, 140.

Ako je uz licencu za proizvodnju ustupljena i licenca za upotrebu žiga, sticalac licence može stavljati u promet robu sa tim žigom samo ako je njen kvalitet isti kao kvalitet robe koju proizvodi davalac licence.²³ I pored činjenice da se ugovorom o licenci prenosi pravo iskorišćavanja sa davaoca na sticaoca, jedna od osnovnih karakteristika licence je obezbeđivanje kontinuiteta u kvalitetu proizvedene robe, odnosno pruženih usluga.

Pravilo je da ukoliko predmet licence sačinjava nepatentirani pronalazak ili tajno tehničko znanje i iskustvo, sticalac licence je dužan da ga čuva u tajnosti, kako bi predmet licence zadržao svoj tajni karakter. Ova obaveza se, pak, odnosi na poverljive informacije koje je sticalac saznao od davaoca licence, a koje čine poslovnu tajnu davaoca.²⁴

Sticalac licence ima obavezu podnošenja izveštaja davaocu licence, posebno ukoliko se naknada određuje u zavisnosti od obima iskorišćavanja predmeta licence. Ukoliko drukčije nije ugovoreno, izveštaj se podnosi jednom godišnje.

PODLICENCA

Podlicenca je ugovor kojim sticalac ustupa pravo iskorišćavanja predmeta licence trećem licu. Dakle, podlicenca je isto što i licenca, stvara iste pravne odnose, uz razliku što je daje sticalac licence, koji se sada pojavljuje kao pravni prethodnik. Na taj način omogućava se adekvatnije iskorišćavanje predmeta licence, ukoliko treće lice poseduje bolje proizvodne kapacitete. Sticalac može ustupiti pravo iskorišćavanja predmeta licence trećem licu samo u slučaju isključive licence. Kako je kod ugovora o licenci prisutan *intuitu personae* karakter, može se predvideti da sticalac licence ne može dati drugome podlicencu ili da mu je ne može dati bez dozvole davaoca licence. Međutim, određeni autori zastupaju stajalište da ugovor o licenci nije tipičan *intuitu personae* ugovor, te smatraju da bi adekvatnije rešenje bilo dopustiti sticaocu licence da slobodno dalje ustupa pravo privrednog iskorišćavanja predmeta licence.²⁵

Kada je po zakonu za davanje licence potrebna dozvola davaoca licence (što je slučaj kod neisključive licence) ili kad je takva dozvola potrebna po ugovoru (slučaj isključive licence), davalac licence može da otkáže ugovor o licenci bez otkaznog roka ako je podlicenca data bez njegove dozvole.²⁶

²³ Čl. 699 ZOO.

²⁴ U tom smislu, D. Popović (2015), 403.

²⁵ U tom smislu, D. Popović (2015), 406.

²⁶ U tom smislu, M. VasiLjević, 705.

Ugovorom o podlicenci ne nastaje nikakav pravni odnos između davaoca licence i sticaoca podlicence, čak i kada je davalac licence dao dozvolu za zaključenje ugovora o podlicenci. Ugovor o podlicenci je *res inter alios acta* za sva treća lica, pa čak i za davaoca licence. Međutim, davalac licence može, radi naplate svojih potraživanja od sticaoca licence nastalih iz licence, zahtevati neposredno od sticaoca podlicence isplatu iznosa koje ovaj duguje davaocu podlicence po osnovu podlicence.²⁷

PRESTANAK UGOVORA O LICENCI

U prvom poglavlju ovog rada već je naglašeno da se na ugovor o licenci analogno primenjuju opšta pravila ugovornog prava u pogledu nastanka, pravnog dejstva i prestanka ugovora. Prava i obaveze koje su zasnovane zaključenjem ugovora proizvode dejstvo sve dok postoji i ugovor kao pravni osnov njihovog nastanka. Shodno pomenutim opštim pravilima, ugovor prestaje raskidom, poništenjem, nastupanjem okolnosti koje onemogućavaju ispunjenje i usled smrti ugovornika. Navedeni slučajevi prestanka, po pravilu, važe i kod ugovora o licenci. Međutim, potrebno je ukazati i na određene specifičnosti.

Ugovor o licenci može biti zaključen na određeno ili na neodređeno vreme. Ukoliko je zaključen na određeno vreme, isti prestaje samim protekom vremena na koje je zaključen, te nije potrebno da bude otkazan. Međutim, prava i obaveze ugovornih strana mogu nastaviti da egzistiraju i nakon prestanka ugovora, ukoliko to proizlazi iz samog predmeta ugovora i konteksta ugovornih odredaba. Sticalac licence može staviti u promet već proizvedenu robu i nakon prestanka ugovora. Ukoliko je obaveza licence naknade povezana sa efektima prodaje robe, ona traje dok se roba ne proda bez obzira na prestanak ugovora o licenci.²⁸ Kad po proteku vremena za koje je ugovor o licenci bio zaključen sticalac licence produži da iskorišćava predmet licence, a davalac licence se tome ne protivi, smatra se da je zaključen nov ugovor o licenci neodređenog trajanja, pod istim uslovima kao i prethodni.²⁹

Ugovor zaključen na neodređeno vreme prestaje otkazom koji svaka strana može dati drugoj, u svako vreme, izuzev u nevreće, poštujući otkazni rok. Ako otkazni rok nije ugovorom određen, iznosi šest meseci, s tim što davalac licence ne može otkazati ugovor tokom prve godine njegovog važenja.³⁰ Međutim, ukoli-

²⁷ Čl. 707 ZOO.

²⁸ U tom smislu, A. NedeLjkov, 734.

²⁹ Čl. 709 ZOO.

³⁰ Čl. 710 ZOO.

ko je predmet ugovora pravo industrijske svojine čije je trajanje zakonom ograničeno, ugovor o licenci ne može trajati duže od trajanja zakonske zaštite tog prava.

Po pravilu, ugovorni odnos se ne svodi na ličnu, već na imovinsku pravnu vezu između određenih lica, pa ne prestaje ni posle smrti nekog od ugovornika, nego se odnosi na njegove naslednike.³¹ Otuda, ukoliko drukčije nije ugovoreno, u slučaju smrti davaoca licence, licenca se nastavlja sa njegovim naslednicima. S druge strane, u slučaju smrti sticaoca licence, licenca se nastavlja sa njegovim naslednicima koji produžavaju njegovu delatnost. U slučaju stečaja ili redovne likvidacije sticaoca, davalac licence može raskinuti ugovor. Imajući u vidu navedeno, možemo zaključiti da se ugovor o licenci ne može svrstati u klasične *intuitu personae* pravne poslove, i pored činjenice da lična svojstva ugovornih egzistiraju kao relevantna.

NEKE SPECIFIČNOSTI REGULATIVE EVROPSKE UNIJE U OBLASTI TRANSFERA TEHNOLOGIJE

Uzimajući u obzir *sui generis* karakter Evropske unije (EU) kao međunarodne organizacije³², specifičnosti kako njenog pravnog poretka, tako i opsega njenih nadležnosti nametnule su i limitiran karakter zakonodavne intervencije Unije u oblasti licenciranja prava na tehnologiju³³. Naime, pravni osnov za poslednju³⁴ intervenciju Unije u ovoj oblasti nađen je u odredbi Ugovora o funkcionisanju EU koja se odnosi na zaštitu konkurencije na unutrašnjem tržištu³⁵. Stoga ćemo se u

³¹ U tom smislu, Jakov Radišić: *Obligaciono pravo*, Beograd 2000, 178.

³² Kada je u pitanju uticaj prava EU na usklađivanje nacionalnih zakonodavstava država članica, nesumnjivo je da i izvori prava Unije čiji je cilj unifikacija, a ne harmonizacija, utiču na približavanje normativnih rešenja u koneksnim oblastima. U tom smislu, Uroš Čemalović, "Framework for the Approximation of National Legal Systems with the European Union's Acquis: From a Vague Definition to Jurisprudential Implementation", *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 11, 2015, 241-258.

³³ Član 1c Uredbe Komisije (EU) br. 316/2014 od 21. marta 2014. godine u dve svoje podtačke (1c-i i 1c-ii) kao dve vrste "ugovora o transferu tehnologije" razlikuje "ugovor o licenciranju prava na tehnologiju" i "ustupanje prava na tehnologiju". Budući da se ova terminološka rešenja ne slažu uvek sa pojmovima raširenim u domaćoj doktrini, ovde ćemo se držati terminologije koju sadrži Uredba br. 316/2014.

³⁴ U skladu sa članom 11 Uredbe Komisije (EU) br. 316/2014, ona je stupila na snagu 1. maja 2014. godine, a primenjuje se do 30. aprila 2026. godine.

³⁵ Prema članu 101, stav 1 Ugovora o funkcionisanju EU (UFEU), zabranjeni su "svi sporazumi među privrednicima, odluke udruženja privrednika i usklađeno delovanje koji bi mogli da utiču na trgovinu između država članica i koji imaju za cilj ili posledicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje slobodne tržišne utakmice na unutrašnjem tržištu". Međutim, teleološkim tumačenjem stava 3 istog člana UFEU, može se zaključiti da zakonodavstvo Unije dozvoljava izuzeće

ovom poglavlju posvetiti odredbama Uredbe³⁶ Komisije (EU) br. 316/2014 od 21. marta 2014. godine o primeni člana 101, stav 3 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije na kategorije sporazuma o prenosu tehnologije³⁷.

Iako na prvi pogled može delovati da je Uredba br. 316/2014 od značaja samo za pravo konkurencije, analiza njenih odredaba pruža brojne i značajne elemente za zajedničku evropsku definiciju pojmova transfera tehnologije i ugovora o licenci³⁸. Najopštiji pojam koji uvodi evropski zakonodavac je pojam ugovora o transferu tehnologije. Kako proizlazi iz tumačenja člana 1c Uredbe, ovaj opšti pojam može obuhvatati ugovore dvojake pravne sadržine. Naime, može se, sa jedne strane, raditi o ugovoru “o licenciranju prava na tehnologiju koji su sklopila dva preduzetnika kako bi sticalac licence i/ili njegov podizvođač/njegovi podizvođači mogli proizvoditi proizvode predviđene ugovorom”³⁹. Sa druge strane, može se raditi o ugovoru koji se odnosi na “ustupanje prava na tehnologiju pri kojem deo rizika u vezi s korišćenjem licencirane tehnologije i dalje snosi davalac licence”⁴⁰. Iz ovako postavljene distinkcije nesumnjivo proizlazi zaključak da je namera evropskog zakonodavca da usvoji što širi pojam ugovora o transferu tehnologije, posebno uzimajući u obzir i da preambula Uredbe (tačka 6) naglašava da se regulativa Unije odnosi i na ugovore koji podrazumevaju više od jednog nivoa trgovine (*level of trade*), što se, konkretno, može realizovati odredba-

od zabrane predviđene stavom 1, ali samo ako pomenuti sporazumi kumulativno ispunjavaju četiri uslova: 1) doprinose poboljšanju proizvodnje ili distribucije robe ili podstiču tehnološki ili privredni razvoj; 2) potrošačima omogućuju pravedan udeo u koristi koja iz njih proizlazi; 3) preduzetnicima ne nameću ograničenja koja nisu nužna za postizanje ciljeva navedenih u prethodne dve tačke i 4) preduzetnicima ne omogućavaju isključivanje konkurencije sa tržišta.

³⁶ Kada su u pitanju sekundarni izvori prava EU koji se na engleskom i francuskom jeziku nazivaju Regulation/règlement, u domaćoj doktrini i podzakonskim aktima ne postoji jedinstven pristup, pa se ovaj pojam prevodi kao pravilnik, uredba ili regulativa. Iako nema sumnje da termin “uredba” nije najsrećnije odabran, budući da su u domaćem pravnom sistemu radi o aktima kojima se implementiraju zakonske odredbe, a Regulation/règlement u pravu EU je akt koji je opšteg karaktera, direktno primenjiv i obavezujući u svim svojim elementima, ovde smo, u odsustvu boljeg rešenja, a želeći da izbegnemo rogovatan direktan prevod “regulativa”, usvojili termin uredba.

³⁷ *Službeni list EU* L 93 od 28. marta 2014, str. 17-23.

³⁸ Evropska komisija je 14. decembra 2010. godine usvojila dve uredbe (Uredba br. 1217/2010 o primeni člana 101, stav 3 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije na određene kategorije ugovora o istraživanju i razvoju i Uredba br. 1217/2010 o primeni člana 101, stav 3 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije na određene kategorije ugovora o specijalizaciji) koje se, u određenim elementima odnose i na ugovore o licenci. Međutim, imajući u vidu uzak opseg pitanja koja su regulisana ovim aktima, ovde ćemo se fokusirati na Uredbu br. 316/2014.

³⁹ Podtačka 1c-i Uredbe Komisije (EU) br. 316/2014.

⁴⁰ Podtačka 1c-ii Uredbe Komisije (EU) br. 316/2014.

ma koje obavezuju sticaoca licence da uspostavi poseban sistem distribucije ili, s druge strane, preciziranjem obaveza koje sticalac licence mora da nametne preprodavcima proizvoda proizvedenih u okviru licence. Konačno, od značaja je naglasiti činjenicu da je evropski zakonodavac, iako materija ugovornog prava nije *expressis verbis* predviđena kao oblast isključive ili podeljene nadležnosti EU, kroz svoje jasno definisane nadležnosti u oblasti zaštite konkurencije uspeo da doprinese izgradnji jedinstvene regulative i terminologije i u oblasti ugovora koji se odnose na transfer tehnologije.

ZAKLJUČAK

Titular prava industrijske svojine može iskorišćavati svoje priznato pravo na dva načina: vlastitom eksploatacijom, odnosno ustupanjem eksploatacije drugom licu. Ustupanje privrednog iskorišćavanja stvara pozitivne efekte za obe strane. Davalac licence ostvaruje profit kroz naknadu koju dobija, obezbeđuje svoje efektivno prisustvo na tržištu, te izbegava eventualne sankcije zbog nevršenja svog prava. Takođe, davalac licence se oslobađa tereta prikupljanja finansijskih sredstava koja su neophodna za samostalnu eksploataciju vlastitog prava. Sa druge strane, sticaocu licence se omogućava korišćenje savremene tehnologije. Sve navedeno čini ugovor o licenci jednim od efikasnijih strateških mehanizama poslovnog razvoja i za davaoca i za sticaoca. Upravo zbog navedenog značaja, zaključenje ugovora o licenci predstavlja kompleksan zadatak koji zahteva stručno znanje i visok nivo profesionalnosti. Kao neophodno se nameće poznavanje normativnog okvira kojim je ugovor regulisan, ali i posedovanje preciznih i ažurnih informacija u pogledu mogućih ekonomskih efekata ustupljenog prava.

ZDRAVKO PETROVIĆ, Ph.D.,
Professor at the University "Sigmund Freud", Vienna
UROŠ ČEMALOVIĆ, Ph.D.,
Doctor of the University of Strasbourg
SLOBODAN STOŠIĆ, LL.M.,
Senior Associate in Second General Court in Belgrade.

CHARACTERISTICS OF THE LICENSE AGREEMENT

Summary

This paper analyses the legal nature of the license agreement, its essential characteristics, as well as the rights and obligations of the parties. The fact that the Serbian Law on Obligations de-

fined it as a named agreement clearly indicates the importance of the economic exploitation of industrial property rights. License agreement appears as one of the most effective mechanisms for transfer of technology, contributing to the technological development and adequate allocation of the productive resources, not only at the national, but also at the international level. Today, in the era of globalization, modern economy is almost unimaginable without the interstate traffic of goods and services, free flow of capital and the expansion of new technologies. Therefore, the paper also gives an overview of the EU legislation related to the technology transfer agreements.

KSENIJA VLAŠKOVIĆ

IME I SLIKA POZNATE OSOBE KAO OZNAKE ZAŠTIĆENE ŽIGOM U NEMAČKOM PRAVU

U V O D

U savremenim tržišnim uslovima sve je aktuelnija pojava da se žigom štite oznake koje se sastoje od obeležja prominentnih osoba, kao što su ime, slika ili glas. Pojam ličnih obeležja se široko tumači. Na primer, o slici se govori već i onda kada se stvara utisak da je reč o prominentnoj osobi ne samo na osnovu sličnosti, već i na drugi način, kao što je postavljanje neke poznate scene kojom se asocira na tu osobu. Osnovni razlog za prijavljivanje ovakvih oznaka su brojni *merchandising* poslovi u kojima imena poznatih osoba imaju sve veći značaj. U oblasti prava žiga razvoj *merchandising* poslova je u tesnoj vezi sa ukidanjem principa akcesornosti žiga.

Princip akcesornosti je značio da se žigom mogu zaštititi samo proizvodi koji nastaju u poslovnom pogonu prijavioca, koji je naveden u prijavi. Njegovim ukidanjem stvorena je mogućnost intenzivne trgovine žigovima od strane preduzeća koja se bave *merchandising* poslovima. Ova preduzeća prijavljuju veliki broj oznaka za najrazličitije proizvode i usluge, a po registraciji ih često uz visoku naknadu prenose ili licenciraju zainteresovanim preduzećima, pa s tim u vezi nastaje i tzv. *Markengrabbing*. Ovim pojmom se označava pojava da privatna lica, koja ne

Dr Ksenija Vlašković, saradnik za normativno-pravne poslove Rektorata Univerziteta u Krajujevcu.

poseduju nikakvo preduzeće u smislu principa akcesornosti, registruju naročito imena slavnih, živih ili umrlih osoba. Prijavilac očekuje da takve žigove naknadno brzo proda, jer se proizvodi i usluge povezuju sa imidžom poznatih osoba i na taj način se predstavljaju ekskluzivnijim. Naime, registracijom oznaka kao žiga titular stiče monopolsko pravo za obeležavanje prijavljenih proizvoda ili usluga. Međutim, registracija imena i slika poznatih osoba, koje je titular prijavio kao oznake, izaziva naročite probleme ukoliko se sasvim otvoreno izvlači profit na osnovu poznatosti osoba i njihovog ugleda.

Lice koje se u javnosti pojavljuje kao korisnik ovakve oznake u prometu se obično smatra titularem prava ili ovlašćenim licem. U smislu prava žiga može se govoriti o opasnosti zamene u širem smislu, jer u prometu nastaje pogrešan utisak da između titulara žiga i stvarne osobe, čije je ime, slika ili drugo obeležje predmet žiga, postoje pravne, privredne, organizacione ili druge veze na osnovu kojih je titular žiga ovlašćen za obavljanje *merchandising* poslova. Ovakvom registracijom zadire se u personalnu sferu ličnosti, ukoliko se ime neke osobe, bez saglasnosti registruje kao žig. U cilju izbegavanja navedenih posledica, neophodno je da poznata osoba registruje svoje ime ili sliku i da na taj način stvori pravnu poziciju, koja joj omogućava licenciranje i prenošenje, a time i siguran način kasnijeg iskorišćavanja u *merchandising* poslovima.

U radu smo analizirali pitanje distinktivnosti i opisujućeg karaktera imena i slika prominentnih osoba, kao opštih uslova za registraciju oznaka. Ovo pitanje je razmatrano u praksi nemačkog Ureda za patente i žigove, kao i u praksi nemačkih sudova. Pored toga, ukazali smo i na mogućnost zaštite imena i slike, kao ustavnih prava i njihovu konkretizaciju u posebnim zakonima Nemačke, kao što su Zakon o autorskom pravu na delima likovne umetnosti i fotografije (u daljem tekstu: KUG)¹ i Građanskog zakonika (u daljem tekstu: BGB.)²

POJAM IMENA I SLIKE LICA

Ime je oznaka u reči koja služi individualizovanju lica ili predmeta pomoću jezika. Ime, kao oznaka identiteta, najpre služi postojanom i usklađenom razliko-

¹ Zakon o autorskom pravu na delima likovne umetnosti i fotografije (skraćeno KUG) od 9.1.1907.godine ukinut je 1.1.1966. godine. Međutim, još uvek je na snazi deo koji se odnosi na zaštitu prava na sliku, preciznije paragrafi: 22, 23, 24, 33, 37, 38, 42, 44, 48 i 50 KUG, dostupno na: <https://dejure.org/gesetze/KUG/23.html>, 17.5.2016.

² Nemački Građanski zakonik, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), dostupno na: <https://www.gezetz-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, 15.5.2016.

vanju fizičkih lica od drugih lica.³ Takvo građansko ime (ime i prezime) je bitno obeležje ličnosti i označava je na svakom životnom području.⁴

Slika je predstavljanje neke ličnosti, kojom se reprodukuje njena spoljašnja pojava u obliku prepoznatljivom za treća lica. Način na koji je slika nastala nema značaj za određivanje pojma, tako da se njime obuhvataju ne samo fotografije, nego i drugi načini predstavljanja, kao što su, na primer, crteži.

Lično ime je izvorno individualizirajućeg karaktera, pa je apstraktno distinktivno i načelno podesno da ukaže na poreklo proizvoda ili usluga. Pri tome je nebitno da li je reč o domaćem ili stranom imenu, da li je ono rasprostranjeno ili retko u upotrebi, poznato ili ne, da li se dovodi u vezu sa nekom određenom ži- vom ili umrlom osobom ili se razume kao fiktivna oznaka.⁵ Za zaštitu žigom podesni su i delovi ličnog imena, kao što je prezime. Pored toga, mogu se zaštititi i imena, koja neka ličnost slobodno bira i u svakom trenutku može prestati sa nje- govim korišćenjem, kao što je slučaj sa pseudonimom.

Pri registraciji imena i slike lica postupa se na isti način kao i pri registraci- ji drugih oznaka. To znači da se njihova konkretna distinktivnost ocenjuje u vezi sa proizvodima ili uslugama za koje su prijavljene, kao i na osnovu opažanja učes- nika u prometu. Međutim, postavlja se pitanje da li za ocenu konkretne distin- ktivnosti široko rasprostranjenih imena važe specijalni uslovi. Sadržinom čl. 3, st. 1 (b) Prve direktive br. 89/104/EEZ od 21.12.1988. godine za usklađivanje zakona država članica u odnosu na pravo žiga⁶ nije utvrđen nikakav opšti interes da učes- talo rasprostranjena imena budu na raspolaganju svim direktnim i potencijal- nim učesnicima u prometu. Može se zaključiti da je učestalost imena samo jedan od aspekata koji se uzima u obzir pri oceni konkretne distinktivnosti oznake, ali da nije odlučujućeg karaktera.⁷ Sama procena konkretne distinktivnosti određuje-

³ Karl- Heinz Fezer, Markenrecht, Auglage 3, München 2001, 223.

⁴ Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001, 143.

⁵ Presuda Saveznog patentnog suda Nemačke od 5.12.2007, BPatG, 32 W (pat) 33/06 "Percy Stuart", tač. II, GRUR 6/2008, 522.

⁶ First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 40, 11. 2. 1989, 0001 - 0007. Propis je naj- pre izmenjen 22. 10. 2008. godine kao: Directive 2008/95/EC of the European Parliament and the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of Member States relating to trade marks, *Offi- cial Journal L* 299, 8. 11. 2008, 25-32. Danas je na snazi nova kodifikovana verzija: Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December to approximate the laws of Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 336, 23.12.2015, 1-26. Međutim, sadrži- na čl. 3, ovog propisa je ista u svim navedenim verzijama.

⁷ Ovakav stav zastupao je i opšti pravozastupnik Ruiz Jarabo Colmer povodom presu- de Evropskog suda C-404/02 "Nichols", Schlussanträge des Generalanwalts Damaso Ruiz Jarabo Colmer vom 15. Januar 2004, dostupno na: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C_404/02, 11.6.2016.

ne oznake koja se sastoji iz ličnog imena može biti otežana, ali to ne znači da ova kva oznaka *a priori* nije distinktivna ili da ovo svojstvo može steći samo na osnovu upotrebe u prometu.⁸

Imena ličnosti se kao i ostale oznake, takođe, moraju ispitati u vezi sa postojanjem apsolutnih zabrana za registraciju. To znači da pravo na vlastito ime samo po sebi, još ne garantuje pravo na njegovu zaštitu žigom. Naime, ono se ne može registrovati, ukoliko je opisujući podatak u vezi sa prijavljenim proizvodima i uslugama.⁹ Isto važi i u slučaju da prijavljeno ime nije distinktivno u vezi sa prijavljenim proizvodima i uslugama.

ULOGA ŽIGA U MERCHANDISING POSLOVIMA

Pojam *merchandising* poslova nije definisan ni u zakonima, ni u sudskoj praksi, ali je u sve većoj upotrebi u privrednom prometu. Pokušaji definisanja ovog pojma se u teoriji svode na određivanje *merchandising* poslova kao "(...) primarnog ili sekundarnog iskorišćavanja popularnih pojava, naročito, fiktivnih figura, stvarnih ličnosti, imena, naslova, izdavačkih znakova, logotipova, dizajna i slika izvan njihovog izvornog, pojavnog područja delovanja. Navedene forme mogu koristi ovlašćena lica, ili treća lica koja su ovlašćena za privredno iskorišćavanje, a u cilju prodaje proizvoda ili usluga, uključujući podsticaje na kupovinu i reklamiranje, sa izuzetkom obrađivanja i vrednovanja podataka u štampanim medijima ili na nosačima zvuka ili slike. Ovaj vid komercijalizacije imena, slika i obeležja stvarnih lica označava se kao "*personality merchandising*".¹⁰ Naime, u vezi sa stvarnim ličnostima ugovor o *merchandising* poslovima je pravni osnov za navedene vidove iskorišćavanja. Pored ugovora, osnov može biti i žig koji je registrovala osoba, a koji sadrži njeno ime ili sliku. Drugim rečima, objekat *merchandising* poslova je ime ličnosti, bez obzira da li je reč o njenom stvarnom imenu, umetničkom imenu, pseudonimu ili slici ličnosti.

Osnova *merchandising* poslova je naročito u nastojanju da se komercijalizuje ugled poznatih ličnosti. U tom smislu je Savezni patentni sud Nemačke u obrazloženju odluke o poništaju žiga "Lady Di" istakao da imenu, slici ili glasu javne ličnosti može pripadati značajna privredna vrednost, koja se zasniva na poznatosti, ugledu i zaslugama neke ličnosti. Neovlašćenom upotrebom ličnih obeležja,

⁸ Presuda Evropskog suda pravde od 16.9.2004, C 404/02 "Nichols", tač. 29, EuGH: "Unterscheidungskraft einer nur aus einem Nachnamen bestehenden Marke "Nichols plc/Registrar of Trade Marks", GRUR 11/2004, 946.

⁹ Presuda Saveznog patentnog suda Nemačke od 13.12.2011, BPatG, 24 W (pat) 65/10 "PALME", tač. 18, dostupno na: <https://dejure.org/2011, 28191>, 23.5.2016.

¹⁰ Tobias Boeckh, Markenschutz an Namen und Bildnissen realer Personen, GRUR 1/2001, 30.

naročito imena, u reklamne svrhe često se oštećuju i idealni, a takođe, i komercijalni interesi ličnosti.¹¹

Poznata ličnost može privredno da iskorišćava svoju popularnost i ugled, koji je s njome povezan, na taj način da uz naknadu dozvoljava trećim licama da njenu sliku, ime, kao i druga obeležja, koja omogućavaju njeno prepoznavanje, koriste u reklamiranju sopstvenih proizvoda ili usluga. Međutim, nedozvoljenim iskorišćavanjem personalnih obeležja za reklamne svrhe oštećuju se ne samo idealni interesi, nego prvenstveno komercijalni interesi poznatih ličnosti. Na primer, Savezni patentni sud Nemačke je došao do zaključka da je “žig prijavljen samo u nameri da se naslednicima preminule zabrani korišćenje imena “Lady Di” u vezi sa prijavljenim proizvodima i uslugama, tj. da se prodajom žiga stekne kapital.”¹² Drugim rečima, transfer ugleda ima veliki značaj u reklamiranju, jer se pozitivne asocijacije, koje potrošač povezuje sa poznatom ličnošću, prenose na reklamirani proizvod.¹³ Mogućnost komercijalizacije ličnosti poznatih sportista ili umetnika postala je nezaobilazan faktor u razvoju proizvoda i osvajanju tržišta.

POSTUPAK REGISTRACIJE OZNAKA SA LIČNIM OBELEŽJIMA PRED NEMAČKIM UREDOM ZA PATENTE I ŽIGOVE

Prema § 3, nemačkog Zakona o zaštiti žigova i drugih znakova razlikovanja (u daljem tekstu: MarkenG)¹⁴ dozvoljena je registracija imena lica i njihovih slika. U postupku registracije pred nemačkim Uredom za patente i žigove, prijavlje-

¹¹ Presuda Saveznog patentnog suda Nemačke od 13.12.2011, BPatG, 24 W (pat) 36/02 “Lady Di”, tač. 21, dostupno na: <https://dejure.org/2004, 26131, 6.7.2016>.

¹² Titular žiga je uputio pismo Fondaciji Princeze od Velsa u kojem je istakao da su posle iznenadne smrti Princeze misli njenih naslednika više bile usmerene na personalne i familijarne probleme, nego na obim komercijalnih posledica koje su vezane za njenu smrt. Stoga, titular žiga ističe da je sačuvalao “hladnu glavu”, te je osigurao prava po osnovu žiga za ime “Lady Di” za određene proizvode i usluge. Registracijom žiga je stvorena mogućnost za internacionalnu registraciju, čime je, kako titular ističe, omogućena kontrola prodaje ovih proizvoda i usluga u velikom delu sveta. Time je stvorena velika privredna vrednost, pa se pri određivanju prodajne cene ovog žiga mora uzeti u obzir ova privredna vrednost i vremenski prioritet žiga. BPatG, navedena presuda “Lady Di”, tač. I, br. 1.

¹³ Ksenija Vlašković, Ugled poznatog žiga i njegovo prenošenje na usluge trećih lica. U: MIĆOVIĆ, Miodrag (ur.) XXI vek-vek usluga i služnog prava: [Zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 5.5.2015. godine, na Pravnom fakultetu u Kragujevcu]. Kragujevac: Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, 2015, 685-695.

¹⁴ Nemački Zakon o zaštiti žigova i drugih znakova razlikovanja, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (nemačka skraćenica: MarkenG), dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/BJNR30821994, 3.5.2016>.

ni žig se ispituje samo u pogledu apsolutnih smetnji koje su sadržane u samoj prirodi žiga. To za posledicu ima njegovu brzu registraciju po čemu je ovakva praksa poznata kao svrsishodna.

U ovoj praksi su u određenoj meri redukovane odredbe koje su sadržane u smernicama za ispitivanje prijave žiga. Naime, u njima je izričito naglašeno da se, pored smetnji za registraciju koje su normirane § 3, §8 i §10, MarkenG, u obzir uzimaju i drugi propisi koji po svojoj prirodi ne pripadaju pravu žiga, a naročito odredbe javnopravnog karaktera, kao što je § 8, II, br. 9, MarkenG. Pored toga, u obrazloženju MarkenG potencirana je činjenica da su u navedenoj odredbi sadržane obligatorne, apsolutne smetnje za registraciju. Uprkos tome, praksa ispitivanja u postupku pred nemačkim Uredom za patente i žigove svodi se na ispitivanje apsolutnih smetnji za registraciju, koje su sadržane u § 8, II, br. 1, 2 i 3. Naime, reč je o nepostojanju distinktivnosti oznake, njenom opisujućem karakteru ili o pitanju da li je oznaka uobičajena u svakodnevnom govoru, a u retkim slučajevima i o ispitivanju da li je oznaka prevarna prema § 8, II, br. 4, MarkenG. Smetnje za registraciju koje su navedene u § 8, II, br. 4 do 9, MarkenG odnose se, pre svega, na opšte osnove javnog interesa, kojima u postupku ispitivanja pripada sporedni značaj.

Međutim, u delu nemačke pravne teorije se pored navedenih apsolutnih zabrana za registraciju razmatraju i pitanja: a) postupanja u slučajevima postojanja opasnosti prevare u smislu § 8, II, br. 4, MarkenG, b) suprotnosti javnom poretku i dobrim običajima u smislu § 8, II, br. 5, MarkenG i c) suprotnosti javnom interesu u smislu § 8, II, br. 9, MarkenG. U središte diskusije postavlja se i pitanje da li je registrovanje slike ili imena umrlih istorijskih ličnosti suprotno javnom poretku. Smatra se da se u ovim slučajevima ne može govoriti o povredi javnog poretka, osim kada je reč o nedavno umrlim licima. Povreda javnog poretka može se u postupku registracije ispitivati i u slučaju personalnih obeležja ličnosti za koje traje postmortalna zaštita.¹⁵ U delu nemačke literature se, pored toga, smatra da je nemački Ured za patente i žigove dužan da primeni pojam povrede javnog poretka u slučajevima zaštite imena i slika živih osoba. To naročito važi za apsolutno poznate žive istorijske ličnosti, koje se ne moraju saglasiti sa proizvoljnim iskorišćavanjem svojih slika za ostvarivanje privrednih interesa trećih lica. Ovakav stav se obrazlaže činjenicom da javni poredak, takođe, obuhvata i opšta lična prava. S obzirom da je reč o ustavnim pravima, ona imaju prvenstvo u odnosu na propise prava žiga, pa po službenoj dužnosti mogu da budu uzeta u obzir prilikom ispitivanja apsolutnih smetnji za registraciju, sa aspekta moguće povrede javnog pore-

¹⁵ Tobias Boeckh, navedeni članak, 37. Suprotan stav zastupa Horst-Peter Götting, Persönlichkeitsmerkmale von verstrobenen Personen der Zeitgeschichte als Marke, GRUR 7/2001, 621.

tka u smislu § 8, II, br. 5, MarkenG.¹⁶ Očigledna povreda dobrih običaja dolazi u obzir samo izuzetno, ukoliko se oznakom umrli ponižava i vređa.

U komentarima MarkenG zastupa se mišljenje da bi uzimanje u obzir u postupku registracije nekog ostalog prava, navedenog u § 13, MarkenG, naročito prava na ime ili vlastitu sliku, zahtevalo obuhvatno ispitivanje, što bi za posledicu imalo odugovlačenje postupka.¹⁷ Međutim, u delu literature smatra se da ovakav pristup komentatora nije opravdan, s obzirom da bi prijavitelj oznake mogao da pri registraciji istovremeno priloži saglasnost, kojom ga upravo poznata osoba savremene istorije ovlašćuje za takvu prijavu.¹⁸ Takvim pristupom postupak registracije se ne odugovlači, već se naprotiv otklanjaju kasniji dugotrajni sporovi.

DISTINKTIVNOST I OPISUJUĆI KARAKTER OZNAKA SA LIČNIM OBELEŽJIMA U NEMAČKOJ TEORIJI I PRAKSI

Pitanja distinktivnosti oznake koja sadrži ime ili sliku lica, kao i njenog opisujućeg karaktera, razmatrana su u nemačkoj teoriji i praksi. Ovim pitanjima je posvećena naročita pažnja, s obzirom na već istaknutu činjenicu da se praksa nemačkog Ureda za patente i žigove upravo usmerava na ispitivanje ovih zabrana registracije.

Distinktivnost i opisujući karakter oznake sa ličnim obeležjima u nemačkoj teoriji

U nemačkoj teoriji postavljeno je pitanje da li lična obeležja umrlih istorijskih ličnosti ispunjavaju uslove koji su propisani za sticanje žiga. U načelu se smatra da lična obeležja umrlih poseduju apstraktnu distinktivnost, što znači da su generalno i potencijalno podesna za razlikovanje proizvoda ili usluga u prometu. Međutim, po mišljenju nekih autora personalnim obeležjima izuzetno može da nedostaje apstraktna distinktivnost.¹⁹ Na primer, reprodukcije opšte poznatih slika Bacha, Betovena, Ajnštajna, Merlin Monro na odevnim ili drugim predmetima, koji se uobičajeno upotrebljavaju u znak sećanja, nisu podesne za razlikovanje od drugih proizvoda. Slike osoba su integralni deo samih proizvoda, pa ne ispunjavaju uslov funkcionalne i pojmovne različitosti proizvoda i žigom regi-

¹⁶ Tobias Boeckh, navedeni članak, 33.

¹⁷ Karl- Heinz Fezer, navedeno delo, 68.

¹⁸ Tobias Boeckh, navedeni članak, 35.

¹⁹ Horst-Peter Götting, navedeni članak, 616.

strovane oznake. Drugim rečima, nije ispunjen uslov samostalnosti, jer se žig ne može razdvojiti od proizvoda, već je s njim identičan.

U postupku registracije se najpre utvrđuje postojanje apstraktne distinktivnosti oznake, a potom se pristupa ispitivanju ispunjenosti drugih uslova. U nemačkom pravu registracija će biti uskraćena samo ako se prijavljenoj oznaci na očigledan način suprotstavljaju smetnje za registraciju koje su predviđene § 8, MarkenG.²⁰ Prvi uslov je postojanje konkretne distinktivnosti koja mora postojati u odnosu na prijavljene proizvode ili usluge. Ovaj uslov se tumači restriktivno, tako da je dovoljna i neznatna distinktivnost. Po stanovištu koje je izraženo u jednom delu nemačke literature imena istorijskih ličnosti, kao što su Bach, Beethoven, Goethe, Schiller nisu konkretno distinktivna, jer se kao oznake ne mogu pripisati određenom preduzeću. Opšta reklamna moć u konkretnom slučaju ne može da se poistoveti sa distinktivnošću u smislu individualizirajućeg delovanja. Ovaj stav principijelno važi i za slike istorijskih ličnosti. Uslov je da se slike u prometu identifikuju kao takve, što ne mora biti slučaj kada je reč o relativno nepoznatim slikama ličnosti, osim u slučaju da su kombinovane sa nekim drugim jednoznačno identifikujućim obeležjima.²¹ Personalna obeležja istorijskih ličnosti mogu da upotrebom steknu distinktivnost u merodavnim prometnim krugovima.²² Izloženi stav o nedistinktivnosti imena istorijskih ličnosti nije prihvaćen u praksi nemačkih sudova.²³

Drugačija situacija je u slučaju nedavno preminulih istorijskih osoba. Naime, polazeći od nasledivosti imovinskih komponenti ličnog prava, smatra se da postoji licencni ugovor, što znači da je umrlo lice (ili njegov naslednik) dozvolilo nekom preduzeću, uz plaćanje naknade, korišćenje imena ili slike. Shodno tome, obeleženi proizvodi ili usluge se identifikuju kao proizvodi ili usluge čiji je izvor poznat, pa se potvrđuje konkretna distinktivnost. S obzirom na neizvesno trajanje imovinskih komponenti ličnog prava, ne može se dati opšte važeći iskaz koliko traje opisani licencni odnos.²⁴

Kada je priznata konkretna distinktivnost imena i slika istorijskih ličnosti, može postojati potreba za njihovim slobodnim korišćenjem, ukoliko je reč o obeležavanju proizvoda koji se tiču njihovih dela, na primer, CD-ova, video kaseti i

²⁰ Tobias Boeckh, navedeni članak, 33.

²¹ Karl- Heinz Fezer, navedeno delo, 48.

²² Horst-Peter Götting, navedeni članak, 618.

²³ Presuda Saveznog patentnog suda Nemačke od 27.3.2012, BPatG, 27 W (pat) 83/11: "Zulässige Markenmeldung für Personennamen-Robert Enke", GRUR 11/2012, 1148.

²⁴ Horst-Peter Götting, navedeni članak, 622.

sl. Moguće je i da se oznake proizvoda u kojima je sadržano ime istorijskih ličnosti transformišu u oznaku roda, kao u slučaju poznatih Mozart kugli.²⁵

*Distinktivnost i opisujući karakter oznake sa ličnim obeležjima
u praksi nemačkih sudova*

U praksi nemačkih sudova postoji nepregledan broj presuda koje se odnose na distinktivnost i opisujući karakter oznaka koje sadrže ime ili sliku žive, umrle ili fiktivne osobe. U ovom radu predstavimo samo neke od njih.

Viši zemaljski sud Drezden ističe da se ne može osporiti činjenica da se imena slavnih ličnosti mogu registrovati kao žigovi. Pored toga, nemački zakonodavac kao uslov za sticanje žiga više ne propisuje postojanje preduzeća, tj. uvodi princip neakcesornosti žiga, s posledicom da žig može steći svako lice, a da se ne mora baviti bilo kakvom poslovnom delatnošću. Takođe, sud ističe da je ime čuvenog kompozitora Johann Sebastian Bach - a sastavni deo opšteg kulturnog nasleđa, pa je slabe distinktivne moći, kao oznaka za obeležavanje proizvoda ili usluga.²⁶

Prema predstavama merodavnih prometnih krugova ovako obeleženi proizvodi ne mogu se pripisati nekom određenom preduzeću. Polazeći od činjenice da je u pitanju slavna, umrla osoba, koja nije ni u kakvoj posebnoj vezi sa nekim određenim preduzećem, očigledna je pretpostavka da ovakvi proizvodi mogu da budu najrazličitijeg porekla. U prometu postoji potreba za slobodnom upotrebom imena i slike kompozitora. Shodno tome, korišćenje njegovih personalnih obeležja ne može da bude monopolizovano u korist pojedinačnog titulara žiga, a na osnovu slabe distinktivne moći oznaci pripada veoma ograničeno područje zaštite. To znači da su dovoljne već samo neznatne razlike da bi se isključila opasnost zamene sa kasnijim žigovima.

Zaštita imena istorijskih ličnosti žigom je ograničena samo na područja koja nisu u neposrednoj vezi sa stvaralaštvom i delovanjem ovih osoba. Monopolizovanje imena poznatih istorijskih ličnosti, kao što je Johann Sebastian Bach, nije moguće za muzičku branšu u celini, uključujući muzičke produkcije, štampanje i izdavanje nota, usluge putovanja u mesto delovanja ovog umetnika, niti se može koristiti za nosače zvuka i slike.²⁷

²⁵ Isto, 620.

²⁶ Presuda Višeg zemaljskog suda Drezden od 4.4.2000, OLG Dresden, 14 U 3565/99 "Johann-Sebastian-Bach", Freihaltebedürfnis für Benutzung des Namens und des Bildnisses; Verwechslungsgefahr mit einer eingetragenen Marke, tač. II, br. 2 (aa), dostupno na: www.judicialis.de/Oberlandesgericht-Dresden_14-U-3504-99, 16.6.2016.

²⁷ Tobias Boeckh, navedeni članak, 37.

Nemački Ured za patente i žigove odbio je registraciju verne reprodukcije svetski slavne slike "Mona Lisa", koja je bila prijavljena za obeležavanje velikog broja proizvoda iz različitih klasa, na primer, za obeležavanje sredstava za čišćenje i poliranje, suncobrana, kišobrana, nameštaja, proizvoda od stakla, odevne predmene, ali i kafu, pivo i cigarete. Ured je smatrao da oznaka nije distinktivna, jer se na najrazličitije načine upotrebljava kao reklamni motiv, odnosno simbol za lepotu i ekskluzivnost na dotičnim područjima.²⁸

Ovakav stav potvrdio je i Savezni patentni sud Nemačke, koji je u obrazloženju ponovio da se verna reprodukcija svetski poznate slike intenzivno upotrebljava na velikom broju proizvodnih područja, a naročito za proizvode opšte potrošnje. Reprodukcija se nalazi ne samo u različitim reklamama, nego i na pakovanjima ili kao otisak na odevnim predmetima, kišobranama, ali i kao ukras za posuđe ili dekor na kutijama i flašama ili kao motiv na ukrasnim predmetima i satovima.

U tom smislu, reč je o veoma čestom i raznoliko primenjenom opštepoznatom reklamnom motivu, kojim se pobuđuje pažnja potrošača i oni podstiču na kupovinu. Takve motive promet ne shvata kao upućivanje na poreklo proizvoda iz određenog preduzeća, što naročito važi za reprodukciju nekog svetski slavnog umetničkog dela, koje je merodavnoj publici očigledno poznato. Kada su takva dela u pitanju ne može se zamisliti veza sa određenim proizvođačem ili trgovcem, već se, naprotiv, samo nameće reklamni efekat. Postojeća opšta reklamna moć ne zasniva istovremeno i konkretnu distinktivnost u smislu prava žiga, kao oznaka kojom se upućuje na poreklo.²⁹

U zaključku "Marlene Dietrich - Bildnis" Savezni vrhovni sud Nemačke je potvrdio stav da su apstraktno distinktivne i mogu biti zaštićene žigom oznake koje predstavljaju sliku ili fotografiju živog ili umrlog lica. Međutim, u postupku registracije je neophodno ispitati da li je oznaka konkretno distinktivna i da li je neposredno opisujuća. Registracija će biti uskraćena, ukoliko je oznaka nedistinktivna ili neposredno opisujuća u vezi sa prijavljenim proizvodima ili uslugama.³⁰

²⁸ Presuda Saveznog patentnog suda Nemačke od 25.11.1997, BPatG, 24 W (pat) 188/96 "Mona Lisa", tač. II, br. 1, (a), GRUR 12/1998, 1021.

²⁹ U istom smislu je i u britanskoj praksi odbijena registracija fotografije preminule princeze Dijane, sa obrazloženjem da ne postoji nikakva očigledna veza između lika princeze i proizvoda, kao što su: posude za pečenje, tepisi i pisaće mašine. Belinda Isaac, **Trade Marks and the Diana, Princess of Wales Memorial Fund**, European Intellectual Property Review 1998, 441.

³⁰ Zaključak Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 24.4.2008, BGH, I ZB 21/06: "Fehlende Unterscheidungskraft eines Porträtfotos einer verstorbenen Person - Marlene-Dietrich-Bildnis", tač. III, br. 10, GRUR 12/2008, 1093.

U konkretnom slučaju stavovi Saveznog vrhovnog suda Nemačke i Saveznog patentnog suda su se delimično razlikovali. Naime, slika ili fotografija Marlene Dietrich bila je, pored ostalog, prijavljena za obeležavanje CD, DVD, kasete, bioskopskih i televizijskih filmova, knjiga, brošura, časopisa, postera, plakata, fotoalbuma i kalendara. Savezni patentni sud je smatrao da se fotografija ne može registrovati za obeležavanje navedenih proizvoda, sa obrazloženjem da je u vezi sa njima neposredno opisujuća.³¹

Drugim rečima, u ovom slučaju dolazi u obzir tematska ili neka druga činjenična veza sa ličnošću Marlene Dietrich, pa se zato fotografija može upotrebiti kao opisujuće ukazivanje na poznatu glumicu. Ovaj stav je potvrdio i Savezni vrhovni sud Nemačke, ponavljajući svoju ustaljenu praksu da je oznaka nedistinktivna kada se iscrpljuje u nekom opisujućem navodu u vezi sa prijavljenim proizvodima ili uslugama. Merodavni prometni krugovi takav navod ne smatraju kao upućivanje na poreklo proizvoda ili usluga iz nekog preduzeća. Neophodna distinktivnost ne može se zasnivati ni na činjenici da se prijavljena oznaka u vezi sa prijavljenim proizvodima ili uslugama može, takođe, upotrebiti i na način kojim se ne ukazuje na ličnost Marlene Dietrich. Reč je, naime, o naročitoj i neuobičajenoj formi upotrebe - obeležavanja, koja se ne može uzeti u obzir. Naime, teoretski zamislive mogućnosti upotrebe, koje praktično nemaju značaja, nisu od važnosti za utvrđivanje distinktivnosti oznake, već je odlučujuća uobičajena upotreba oznake u nekoj branši, kao upućivanje na poreklo prijavljenih proizvoda i usluga.

Međutim, Savezni patentni sud Nemačke je uskratio registraciju i za sledeće prijavljene proizvode: cipele, sportsku odeću i obuću, košulje, bluze, pantalone, pulovere, kravate, šalove, kaiševe, a svoju odluku je obrazložio nedistinktivnošću oznake za obeležavanje *merchandising* proizvoda.

Naime, navedeni proizvodi su po svojoj prirodi suvenirni, te je odlučujuća okolnost za odluku o kupovini slika ili fotografija čuvene ličnosti, a ne sam proizvod. Atraktivnost *merchandising* proizvoda se, po pravilu, ne zasniva na konkretnim predstavama o kvalitetu, nego na uvažavanju ugleda koji je vezan sa prominentnom ličnošću. Merodavna publika sliku ili fotografiju Marlene Dietrich, u vezi sa ovim proizvodima, shvata samo kao upućivanje na samu umetnicu, tj. kao suvenir ili artikal namenjen fanovima umetnice, a ne kao upućivanje na poreklo proizvoda.

Drugim rečima, slika ili fotografija umetnice se shvata samo kao reklamno sredstvo. Ovo stanovište nije prihvatio Savezni vrhovni sud Nemačke, smatrajući da je u prethodnoj instanci uzeta u obzir samo jedna primena oznake, koja se ogleda u tome da se na navedenim proizvodima slika ili fotografija umetnice isti-

³¹ Presuda Saveznog patentnog suda Nemačke od 9.11.2005, BPatG, 29 W (pat) 147/03 "Porträtfoto Marlene Dietrich," tač. II, br. 6, GRUR 3/2006, 333.

če u reklamiranju, kao upućivanje na njenu ličnost. Samo na osnovu te činjenice ne može se utvrditi nedistinktivnost oznake. Naime, pored navedene upotrebe postoje praktično značajne i očigledne mogućnosti da se slika ili fotografija nekog lica automatski shvati kao žig u vezi sa prijavljenim proizvodima ili uslugama. Na primer, upućivanje na poreklo može se ogledati u etiketama koje su ušivene na unutrašnjoj strani odevnih predmeta.³²

Na osnovu navedenog, Savezni vrhovni sud Nemačke je ukinuo presudu Saveznog patentnog suda i predmet vratio na ponovno odlučivanje u vezi sa navedenim proizvodima.

ZAŠTITA IMENA I SLIKE LICA KAO USTAVNIH PRAVA I NJIHOVA KONKRETIZACIJA POSEBNIM ZAKONIMA

U jednom od sporova vođenim pred Saveznim vrhovnim sudom Nemačke, tužilja je jedini naslednik čuvene glumice Marlene Dietrich, koja je preminula 6.5.1992. godine.³³ Po njenom stanovištu, postupci tuženog, koji se služio imenom i slikom njene majke, bili su isključivo usmereni na ostvarivanje dobiti. Nasuprot tome, tuženi je smatrao da njegovo postupanje ima za cilj isključivo reklamiranje mjuzikla o životu čuvene glumice, a time indirektno i umetničku raspravu o njenom liku.

Savezni vrhovni sud Nemačke analizirao je pitanje komercijalne upotrebe imena i slike preminule glumice. U tom kontekstu, sud ističe da opšte lično pravo, koje je zaštićeno § 823, BGB, kao i naročite forme ovog prava, kao što su pravo na sopstvenu sliku i pravo na ime, ne služe samo zaštititi idealnih, nego i zaštititi imovinskih interesa ličnosti. Sastavni deo ličnog prava Marlene Dietrich, kojim se štite imovinski interesi, prešli su nakon njene smrti na kćer, odnosno tužilju. Tuženi je ova prava protivpravno i sa krivicom povredio, te je stoga dužan da naslednici preminule nadoknadi štetu.

Naime, opšte lično pravo je u praksi Saveznog vrhovnog suda Nemačke priznato od 1954. godine kao osnovno pravo, garantovano § 1 i § 2, Ustava Nemačke, a istovremeno je priznato kao zaštićeno "ostalo pravo" u smislu § 823, st. 1,

³² Ksenija Vlašković, Razvoj pravne zaštite poznatih žigova u nemačkom pravu i pravu Evropske unije, Institut za uporedno pravo Beograd, Kragujevac 2016, 111.

³³ Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 1.12.1999, BGH, I ZR 49/97 "Marlene Dietrich", GRUR 5/2000, 709.

BGB.³⁴ Posebni pojavni oblici opšteg ličnog prava su pravo na vlastitu sliku prema § 22, KUG³⁵ i pravo na ime prema §12, BGB.³⁶

Opštim ličnim pravom i njegovim posebnim formama štite se takođe i imovinski interesi ličnosti. Slici, imenu i ostalim obeležjima ličnosti, kao što je, na primer, glas, može da pripada značajna privredna vrednost, koja se zasniva na poznatosti i ugledu ličnosti u javnosti, a ona se može privredno iskorišćavati.

Naime, poznata ličnost može da uz naknadu dozvoli trećim licima da u reklamiranju proizvoda ili usluga koriste njenu sliku, ime ili druga obeležja. Ličnim pravima se, prema tome, štiti slobodna odluka ovlašćenog lica da li će i pod kojim uslovima svoju sliku, ime, ili druga obeležja ličnosti staviti na raspolaganje trećem za ostvarivanje njegovih poslovnih interesa.

Mogućnost komercijalnog iskorišćavanja ličnih obeležja razvila se iz zaštite idealnih interesa ličnosti. Zato je osnovana pretpostavka da zaštita komercijalnih interesa vremenski ne traje duže od zaštite idealnih interesa ličnosti. Moguće je uzeti u obzir rok od deset godina koji je predviđen u § 22, KUG, ali ostaje otvoreno pitanje da li je moguća i duža zaštita komercijalnih interesa u slučaju da iz opšteg ličnog prava izuzetno proističe duža zaštita idealnih interesa ličnosti.

U konkretnom slučaju ovo pitanje nije bilo predmet odlučivanja, jer je reč o upotrebi imena i slike Marlene Dietrich u vremenu neposredno posle njene smrti. Pravo Marlene Dietrich na sopstvenu sliku je povređeno korišćenjem slike, bez saglasnosti, za poseban model automobila Lancia Y 10 "Marlene", za reklamiranje kozmetike preduzeća Ellen Betrix, kao i za brojne *merchandising* proizvode. Glumica pripada takozvanoj apsolutnoj ličnosti istorije, pa se njene slike iz ra-

³⁴ § 823, st. 1, nemačkog Građanskog zakonika glasi: "Ko namerno ili nehatno protivpravno povredi život, telo, zdravlje, slobodu, svojinu ili neko ostalo pravo drugog obavezan je da drugom naknadi štetu koja je time nastala." Bürgerliches Gesetzbuch, dostupno na: <https://www.gezetz-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, 15.5.2016.

³⁵ § 22, Zakona o autorskom pravu na delima likovne umetnosti i fotografije glasi: "Samo uz saglasnost slikanog lica dozvoljena je distribucija slika ili njihovo javno izlaganje. U sumnji se smatra da je dozvola data kada je slikano lice za to primilo naknada. Posle smrti slikanog neophodna je saglasnost srodnika od isteka roka od deset godina. U smislu zakona srodnici su živi bračni drug ili životni partner i deca, a ukoliko nema navedenih lica, roditelji slikanog." dostupno na: <https://dejure.org/gesetze/KUG/23.html>, 17.5.2016.

³⁶ § 12, nemačkog Građanskog zakonika glasi: "U slučaju da se ovlašćenom od strane trećeg osporava pravo na upotrebu imena, ili je interes ovlašćenog povređen time da neko drugi neovlašćeno upotrebljava isto ime, ovlašćeno lice može da zahteva uklanjanje oštećenja. Ukoliko postoji opasnost budućih oštećenja može se podneti tužba za prestanak vršenja navedenih radnji." Bürgerliches Gesetzbuch, dostupno na: <https://www.gezetz-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, 15.5.2016.

zličitih vremenskih perioda mogu, prema § 23, st. 1, KUG³⁷ distribuirati, bez saglasnosti koja je neophodna prema § 22, KUG. Međutim, na izuzetak iz § 23, st. 1, KUG ne može se pozivati lice koje objavljivanjem slike ne udovoljava interesu javnosti za informisanjem, nego takvim iskorišćavanjem zadovoljava isključivo svoje komercijalne interese. U konkretnom slučaju upotreba slike prevashodno ne služi prenošenju informacija o životu ili stvaralaštvu čuvene glumice, nego isključivo reklamiranju automobila, kozmetičkih preparata i brojnih *merchandising* proizvoda.³⁸

Trajanje imovinske komponente postmortalnog ličnog prava Savezni vrhovni sud Nemačke je detaljnije razmotrio u presudi “kinski-klaus de”, pri čemu je ponovio da je ovo pitanje sporno i da se povodom njega zastupaju krajnje oprečna mišljenja. Na primer, neki autori smatraju da zaštita imovinske komponente postmortalnog ličnog prava traje koliko i zaštita idealnih komponenti ličnih prava.³⁹ Drugi, pak, trajanje zaštite ograničavaju na 30, a neki i na 70 godina po smrti lica. Ova sudska instanca polazi od § 22, KUG po kojem pravo na sopstvenu sliku, koje je oblik opšteg ličnog prava, traje 10 godina. Naime, po stanovištu suda ograničavanje trajanja zaštite ne zasniva se samo na shvatanju da se protekom vremena smanjuje potreba za zaštitom posle smrti lica, nego se stvara pravna sigurnost i uzima u obzir osnovani interes zajednice da se može diskutovati o životu i delu osoba, koje su za života bile poznate. Ovaj propis se primenjuje i na trajanje zaštite imovinskih komponenti ličnog prava, ali postmortalna zaštita idealnih komponenti ličnog prava postoji i dalje.⁴⁰

ZAKLJUČAK

Lično ime i slika lica su individualizirajućeg karaktera, pa su načelno poddesna da budu zaštićena žigom, tj. ona su apstraktno distinktivna. Za zaštitu se najčešće prijavljuju imena i slike prominentnih osoba, jer im pripada značajna

³⁷ § 23, st. 1, Zakona o autorskom pravu na delima likovne umetnosti i fotografije glasi: “Bez saglasnosti neophodne po § 22, dozvoljena je distribucija i izlaganje: 1. Slika sa područja savremene istorije... 2. Ovlašćenje se ne odnosi na distribuciju i izlaganje kojima se vređa neki opravdani interes slikanog lica, a u slučaju smrti njegovih srodnika.” **dostupno na:** <https://dejure.org/gesetze/KUG/23.html>, 17.5.2016.

³⁸ Tač. II, br. 3 (a), navedene presude Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 1.12.1999, BGH, I ZR 49/97 “Marlene Dietrich”, GRUR 5/2000, 711.

³⁹ Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 5.10.2006, BGH, I ZR 277/03 “kinski-klaus de”, tač. II, br. 16, GRUR 2/2007, 168.

⁴⁰ Ovu odluku je kritikovao Horst-Peter Götting, *Verwendung des Namens einer verstorbenen Persönlichkeit als Internetadresse*, GRUR 2/2007, 168-171.

privredna vrednost, koja se zasniva na poznatosti, ugledu i njenim zaslugama. Upravo zato su sve učestaliji predmet *merchandising* poslova. Međutim, pravo na ime i sliku, samo po sebi, ne garantuje pravo na zaštitu žigom. Drugim rečima, ime i slika lica se primenom opštih pravila prava žiga mogu registrovati za obeležavanje prijavljenih proizvoda i usluga samo ako su konkretno distinktivni, ako nisu neposredno opisujući i nisu uobičajeni u svakodnevnom govoru.

Nesporno je da nosilac imena može svoje ime ili sliku i sam zaštititi žigom. S obzirom na princip neakcesornosti žiga, ime i slika se mogu zaštititi za veliki broj proizvoda ili usluga iz različitih klasa. Nosilac imena može uz naknadu dozvoliti trećim licima da njegovo ime ili sliku zaštite žigom.

U nemačkom pravu, međutim, to mogu uraditi i treća lica, koja nosilac imena nije ovlastio za sticanje zaštite žigom. U tom slučaju nosilac imena i slike može svoje pravo na zaštitu, po osnovu prava žiga, ostvarivati u posebnim postupcima pred nemačkim Uredom za patente i žigove i pred sudovima u cilju poništaja žiga. U drugim pravnim sistemima, na primer, u Italiji, Portugaliji, Srbiji, za registraciju tuđeg imena ili slike neophodna je saglasnost nosilaca ovih obeležja ili njihovih naslednika.

Prominentna ličnost, čije je ime ili sliku treće lice, bez saglasnosti, registrovalo kao žig, može zaštitu svojih imovinskih interesa ostvarivati i na osnovu pravila građanskog i drugih zakona. Opšte lično pravo, koje je zaštićeno po § 823, st. 1, BGB, kao i naročiti oblici ovog prava, a to su pravo na ime prema § 12 BGB i pravo na sopstvenu sliku prema § 22, KUG, ne služe samo zaštititi idealnih, nego i zaštititi imovinskih interesa ličnosti. Imovinska komponenta ovog prava je prenosiva i naslediva. Trajanje imovinske komponente izaziva veliki broj dilema, ali je u praksi Saveznog vrhovnog suda Nemačke ograničeno na deset godina posle smrti lica. Smatra se da se time učvršćuje pravna sigurnost i uzima u obzir potreba da se može diskutovati o životu i delu osoba koje su bile poznate.

KSENIJA VLAŠKOVIĆ, Ph.D.,
Associate at Rectorate, University of Kragujevac

NAME AND IMAGE OF FAMOUS PERSON AS A SIGNS PROTECTED BY A TRADEMARK IN GERMAN RIGHT

Summary

Personal name, image and other personal characteristics can be protected by a trademark under the same conditions as for other marks. Hence meaning in connection with registered prod-

ucts and services they must be specifically distinctive, are not directly descriptive, nor are common in everyday speech.

A name holder can stand against unauthorized registration of one's name and photograph by third parties on the basis of trademark law, as well as on the basis of the regulations of other laws. The foundation for the application of the regulations of other laws is a general personal right in which enshrined is transferable and inheritable property component, whose duration is still not clearly determined. Property-rights component of general personal rights stems from the significant economic value that belongs to the name and photograph of prominent persons.

PETA KATEDRA

**PRAVO
NA PRAVDU**

Sud u koneksitetu pravde

GORDANA STANKOVIĆ

MEHANIZAM KONTROLE IZVRŠENJA PREMA ODREDBAMA NOVOG ZAKONA O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU

1. Novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju¹ iz 2015, koji se primenjuje počev od 1. jula 2016, nije promenio prirodu sudske izvršne procedure iako je reorganizovao sistem izvršenja i obezbeđenja u cilju ostvarivanja projektovanih pravnopolitičkih ciljeva. Određivanje izvršenja na osnovu izvršnih ili verodostojnih isprava i dalje je, po pravilu, u kompetenciji je suda s obzirom da sud po Ustavu vrši sudsku vlast i da se, kad je u pitanju egzekucijska pravna zaštita, radi o odlučivanju o primeni prinude. ZIO (2015), isto tako, nije menjao nadležnost za određivanje izvršenja radi namirenja novčanih potraživanja iz komunalnih i sličnih usluga uspostavljenu ranijim zakonom te su u tim pravnim stvarima i dalje isključivo nadležni profesionalni izvršitelji.

Iako je zadržao mešoviti institucionalni sistem u pogledu sprovođenja izvršenja, novi ZIO (2015) ukinuo je paralelizam u pogledu nadležnosti za sprovođenje izvršenja i eliminisao razdvojenost faze odlučivanja o određivanju izvršenja (i obezbeđenja) i sprovođenja izvršenja u interesu funkcionalnosti, efikasnosti, ekspeditivnosti i ekonomičnosti i preveniranja nesavesnog postupanja stranaka i eventualne zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Prema odredbama novog zakona, čim se donese rešenje o izvršenju postupak prelazi u fazu sprovođenja izvrše-

Dr Gordana Stanković, profesor Univerziteta u Nišu.

¹ "Službeni glasnik RS", br. 106/15, u daljem tekstu ZIO (2015).

nja bez obzira da li je za sprovođenje izvršenja nadležan sud ili javni izvršitelj.² U najvećem broju izvršnih pravnih stvari zakonodavac je za sprovođenje izvršenja predvideo isključivu nadležnost javnih izvršitelja, kao pomoćnih organa suda.³

ZIO (2015) poboljšao je sistematiku zakonskog teksta, redizajnirao pojedine institute izvršne procedure, kreirao nova zakonska rešenja, preimenovala profesionalne izvršitelje u javne izvršitelje, regulisao njihova procesna ovlašćenja, pojačao njihovu nezavisnost i odgovornost, u dobroj meri poboljšao i stručnu terminologiju i pojedina zakonska rešenja.⁴ ZIO (2015) je, međutim, i dalje „omnibus“ zakon. Pred postupka izvršenja i obezbeđenja,⁵ zakonski tekst sadrži i organizacionopravne i statusne norme koje se odnose na javne izvršitelje iako to nije vidljivo iz samog naziva zakona.

U odredbama ZIO (2015), u odnosu na prethodni procesni režim, izmenjene su, između ostalog, i odredbe koje se odnose na mehanizam kontrole izvršenja koju vrši sud u postupku po pravnim lekovima.⁶ Nova zakonska rešenja u domenu pravnih lekova predstavljaju najznačajnija nova rešenja u izvršnom procesnom pravu s obzirom da se radi o operacionalizaciji prava na pristup sudu, prava na pravni lek i prava na pravično suđenje.

2. Sistem pravnih lekova u postupku izvršenja bio je permanentno predmet različitog normativnog regulisanja u pravu izvršenja i obezbeđenja tokom proteklih decenija i predmet stručne rasprave. Svaki zakonodavni reformski zahvat u proteklim godinama suštinski je menjao sistem pravnih lekova tako da je konstantno varirao ne samo njihov broj već i razlozi za njihovo izjavljivanje. Samim tim menjala su se i pravila po kojima se vrši kontrola zakonitosti u pogledu organa koji odlučuju, njihovog sastava, samog postupka i granica odlučivanja.

² Da bi se obezbedilo efikasno ostvarivanje pravne zaštite u postupku izvršenja, zakonodavac je predvideo dužnost izvršnog poverioca da u predlogu za izvršenje odredi mesno nadležnog javnog izvršitelja za sprovođenje izvršenja kad je javni izvršitelj nadležan za sprovođenje izvršenja. Detaljno o tome: G. Stanković – M. Trgovčević Prokić – Određivanje javnog izvršitelja, Zbornik radova “Primena novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju”, Glosarijum, Beograd, 2016, str. 267.

³ Zakonodavac je na ovaj način u određenoj meri rasteretio prvostepeni izvršni sud i omogućio mu da vrši sudsku kontrolu zakonitosti u postupku po prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave koje je doneo sud odn. javni izvršitelj u postupku u komunalnim stvarima.

⁴ O tome: G. Stanković, Predgovor, *Zakon o izvršenju i obezbeđenju*, Službeni glasnik, Beograd, 2016.

⁵ Iako izvršni postupak obuhvata i postupak izvršenja i postupak obezbeđenja, zakonodavac u odredbama novog ZIO konstantno pogrešno upotrebljava termin izvršni postupak koji koristi kao sinonim za postupak izvršenja.

⁶ Pored sudske kontrole, u postupku izvršenja, s obzirom na učešće javnih izvršitelja, postoje i drugi oblici kontrole koju vrše Ministarstvo pravde i sama Komora javnih izvršitelja.

Reformski zahvati u domenu pravnih lekova bili su redovno motivisani različitim pravopolitičkim razlozima koji su bili aktuelni u datom vremenskom trenutku. Ipak, zajednički imenitelj svih zakonodavnih zahvata u sektoru pravnih lekova bio je motivisan konstantnim nastojanjem da se ostvari efikasnost u izvršenju kad već ne može, iz razloga koji su van sfere dometa zakonodavca, da se obezbedi disciplina pravnih subjekata u pogledu izvršavanja obaveza. Pojedina zakonska rešenja favorizovala su princip efikasnosti u odnosu na princip zakonitosti ili su sužavala ili vređala pravo stranke na pravično suđenje.

Motivi za reorganizaciju sistema pravnih lekova u novom ZIO (2015) bila su pojedina neadekvatna zakonska rešenja iz ZIO (2011). Zakonska rešenja iz ZIO (2011) svela su na minimum kontrolu zakonitosti u postupku izvršenja.⁷ Najveći broj odluka bio je u formi zaključka, protiv kojih se nije mogao izjaviti pravni lek, iako se ovom vrstom odluka odlučivalo o nizu materijalnopravnih pitanja a ne isključivo o upravljanju postupkom. U nastojanju da po svaku cenu obezbedi efikasnost u postupku izvršenja, ZIO (2011) predviđao je remonstrativni prigovor kao redovni pravni lek na rešenje o izvršenju o kome je odlučivalo tročlano veće istog suda i doneo neadekvatna rešenja u pogledu postupka po pravnom leku protiv odluke koju je doneo privatni izvršitelj u postupku izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja iz komunalnih i sličnih usluga o kome je faktički odlučivao sam privatni izvršitelj.

Prigovori koji su u procesnoj literaturi upućivani zakonskim rešenjima iz ZIO (2011) zakona koja se odnose na prigovor kao remonstrativni redovni pravni lek u postupku izvršenja ukazivali su na njegove nedostatke i na činjenicu da su ona dovela u pitanje pravo na delotvoran pravni lek. Zakonsko rešenje nije obezbeđivao dvostепенost u odlučivanju na adekvatan način, suštinsku kontrolu zakonitosti pobijanih odluka, nepristrasnost u odlučivanju i zaštitu interesa subjekta koji je izjavio pravni lek. Osim toga, napuštanje principa stvarne dvostепенosti u postupku izvršenja uvedeno odredbama ZIO (2011), motivisano nastojanjem zakonodavca da ubrza sprovođenje postupka, dovelo je do problema na planu ujednačavanja sudske prakse⁸ jer se postupak završavao pred prvostепенim sudovima. Iako je kreiranje sistema redovnih pravnih lekova bilo motivisano nastojanjem zakonodavca da znatno suzi mogućnost za suprostavljanje izvršenju i poveća funkcionalnost i efikasnost postupka izvršenja, to u praksi nije dalo očekivane rezultate.

⁷ U obrazloženju Prednacrta novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju ocenjeno je da je ZIO (2011) predstavljao "civilizacijsko nazadovanje vladavine prava u Srbiji."

⁸ Videti: N. Šarkić – Kritička analiza pojedinih odredaba novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Zbornik "Pravo i odgovornost," Kopaonička škola prirodnog prava, Pravni život, 11/2011.

Prethodni zakon je, osim toga, sadržao i neadekvatna rešenja u pogledu pravnog leka u posebnom postupku izvršenja radi namirenja komunalnih i drugih sličnih usluga u kome se na osnovu verodostojne isprave određuje izvršenje. Zakonodavac je ovlastio privatnog izvršitelja da odlučuje u postupku kontrole zakonitosti sopstvene odluke o dopuštenosti i osnovanosti izjavljenog prigovora i da sačini nacrt odluke po pravnom leku, dok je sudu dodelio samo kontrolnu funkciju nacrta i tehničku ulogu, tako da je privatni izvršitelj faktički odlučivao u oba stepena.⁹ Motivisan nastojanjem da se postupak maksimalno ubrza, zakonodavac je u skladu sa sopstvenim shvatanjem principa proporcionalnosti, u ime brzine u postupanju žrtvovao princip zakonitosti i standarde pravičnog suđenja.¹⁰

3. Opšta karakteristika novih zakonskih rešenja u domenu pravnih lekova je u tome da se, s jedne strane, novim ZIO (2015) ona usklađuju s opštim ciljevima za pružanje funkcionalne, pravične i ubrzane pravne zaštite. S druge strane, nova zakonska rešenja vode računa o osnovnim ljudskim pravima utvrđenim Ustavom i Evropskom konvencijom o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda (1050), kao i sa praksom Evropskog suda za ljudska prava.

Odredbama ZIO (2015) predviđen je nov sistem kontrole izvršenja u odnosu na prethodni procesni režim tako što je ustanovljena nova lista pravnih lekova, predviđeni su i revidirani posebni razlozi za izjavljivanje pojedinih pravnih lekova, izvršena reorganizacija organa kontrole u sistemu redovnih pravnih lekova i regulisana pravila procedure po kojima se ispituje dopuštenost i osnovanost izjavljenih pravnih lekova.

4. Kontrola izvršenja koju vrši sud u postupku izvršenja ostvaruje se kroz specifičan sistem pravnih lekova karakterističnih za izvršnu proceduru različit od sistema pravnih lekova u drugim građanskim sudskim postupcima jer on zavisi od prirode i cilja izvršnog postupka.

Kontrola zakonitosti izvršenja je, pre svega, neophodna i posebno značajna zbog prirode samog izvršnog postupka u kome se prilikom sprovođenja dozvoljenog izvršenja primenjuje prinuda da bi se fakta saobrazila pravu. Mehaniizam kontrole izvršenja, i u fazi određivanja i u fazi njegovog sprovođenja, treba da obezbedi i efikasno namirenje potraživanja izvršnog poverioca i zaštitu izvršnog dužnika, kao i trećih lica od prekomernog ili nedozvoljenog zadiranja u njihovu imovinsku sferu.

5. Sud i javni izvršitelj, kao organi koji u postupku određuju i sprovode izvršenje u okviru svoje nadležnosti, donose različite odluke koje mogu da tangiraju interese stranaka i pojedinih drugih učesnika u postupku koji nisu stranke.

⁹ Detaljno: G. Stanković – Privatizacija sudske funkcije u postupku izvršenja, Zbornik "Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema," Pravna riječ, Banja Luka, 2012, str. 355.

¹⁰ *Idem.*

Odluke koje se donose u postupku izvršenja su izvršne pravne radnje kojima organ koji ih donosi izražava svoju volju u pogledu pitanja koje se javlja u toku postupka ili upravlja postupkom tako što raspolaže njegovim tokom i okončanjem. I sud, kao državni organ koji vrši sudsku vlast, i javni izvršitelj, na koga je zakonodavac preneo vršenje sudske vlasti, autoritativno regulišu konkretni pravni odnos procesnih subjekata i odlučuju o njihovim procesnim ovlašćenjima i dužnostima. Iako postupak izvršenja, po pravilu, ne predstavlja postupak pravne zaštite u kome se utvrđuje postojanje osporenih građanskih subjektivnih prava¹¹ određenog titulara prava,¹² moguće je da i u ovom postupku dođe do povrede prava i nezakonitog postupanja. Iz tog razloga potrebno je da se izvrši kontrola zakonitosti meritornog odlučivanja i pravilne primene prava kad postoji sumnja da postoji povreda prava i potreba za zaštitom prava.

Kontrola zakonitosti je neophodna i zbog same konstrukcije postupka izvršenja. Postupak je, iz razloga efikasnosti i potrebe da se postupak odvija u razumnom roku, koncipiran na dominaciji principa pismenosti. U postupku određivanja izvršenja organi koji odlučuju donose odluke samo na osnovu spisa. Zbog toga je neophodno da se strankama omogući da pokreću postupak za kontrolu zakonitosti donetih odluka da bi se eliminisale eventualne greške u odlučivanju i postupanju.

U samom postupku sprovođenja izvršenja, javni izvršitelj i sudski izvršitelj, kao pomoćni organi suda koji preduzimaju izvršne radnje, ali i sudija kad on neposredno sprovodi izvršenje u određenim izvršnim pravnim stvarima, mogu da preduzmu pojedinu izvršnu radnju na nepravilan način ili da propuste da je preduzmu, ili da previde neku činjenicu od koje zavisi korektnost ili dopuštenost sprovođenja postupka izvršenja ili nekog njegovog dela.¹³ Iz tog razloga posto-

¹¹ U pojedinim situacijama i izvršni sud dolazi u poziciju da utvrđuje postojanje prava jednog subjekta kao što je to npr. slučaj u postupku protivizvršenja, u postupku za vraćanje zaposlenog na rad kad odlučuje o isplati dospеле mesečne zarade izvršnog poverioca ili kad odlučuje o novčanom kažnjavanju.

¹² Pojedini pisci, zbog nepreciznosti u izražavanju, pogrešno tvrde da izvršni postupak ne predstavlja suđenje. Radi se o tome da se u izvršnom postupku, bez obzira da li je u pitanju postupak izvršenja ili postupak obezbeđenja, ne rešava građanskopravni spor jer je on povod za parnicu. Međutim, i u izvršnom postupku se sudi – sprovodi se postupak u cilju prikupljanja procesne građe za formiranje stava o tome da li postoje relevantne činjenice koje predviđa pravna norma koju treba primeniti i da li postoje uslovi da se izrekne određena pravna posledica (npr. da se odredi izvršenje, da se dozvoli protivizvršenje, da se izrekne novčana kazna itd). Pošto se utvrdi da su ispunjeni uslovi za odlučivanje – da postoje odgovarajuće činjenične premise i da postoje odgovarajuće pravne premise, organ koji donosi odluku u postupku izvršenja (sud ili javni izvršitelj) izriče odluku (rešenje ili zaključak).

¹³ U tom smislu: B. Blagjević – *Sistem izvršnog postupka*, Beograd, 1938, str. 372.

ji potreba da se izvrši kontrola u pogledu korektnog sprovođenja postupka izvršenja u kome se na direktan način primenjuje prinuda.

Međutim, okolnost da je jedan od dominantnih principa na kome se zasniva postupak izvršenja princip formalnog legaliteta, kojim se u postupku izvršenja štite zakonitost i pravni poredak, nalaže da se u postupku izvršenja, bez obzira da li je u pitanju prvostepeni ili drugostepeni postupak, ne može preispitivati ili menjati izvršna isprava koja potiče iz prethodno vođenog postupka pravne zaštite koja predstavlja osnov za određivanje izvršenja.

6. Izjavljivanje pravnih lekova može da utiče na trajanje postupka ukoliko izjavljeni pravni lek ima suspenzivno dejstvo jer usporava postupak posebno u situaciji kad izjavljeni pravni lek predstavlja fakt zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Da bi se ostvario princip efikasnosti u sprovođenju izvršenja, zakonodavac se, po pravilu, opredeljuje za nesuspensivno dejstvo pravnih lekova i na taj način sprečava da izjavljeni redovni pravni lek osujeti namirenje potraživanja izvršnog poverioca

7. Mehanizam kontrole i u postupku izvršenja treba da obezbedi i realizaciju određenih pravnopolitičkih ciljeva: pravo na pravično suđenje, pravo na jednaku pravnu zaštitu i ujednačavanje sudske prakse u interesu pravne sigurnosti.

Činjenica da se postupak kontrole u postupku po pravnim lekovima okončava pred višim sudovima odn. pred Privrednim apelacionim sudom tako da dolazi do tzv. feudalizacije odn. parcelizacije sudske prakse, kao i da još uvek nije pronađen mehanizam koji bi obezbedio jedinstvenu primenu prava i u ovom sektoru pravnog poretka, nesumnjivo utiče na mogućnost ujednačavanja sudske prakse u interesu pravne sigurnosti.¹⁴

8. Sistem pravnih lekova u izvršnom postupku specifičan je po procesnim instrumentima kojima se vrši kontrola zakonitosti izvršenja. Kontrolu zakonitosti izvršenja može da vrši sam izvršni sudija koji po službenoj dužnosti kontroliša rad pomoćnih sudskih organa koji sprovode izvršenje i pravilnost preduzimanja pojedinih izvršnih radnji.

I same stranke i zainteresovana treća lica imaju mogućnost da zahtevaju u instancionom postupku kontrolu zakonitosti donetih odluka i postupanja pomoćnih sudskih organa da bi se ostvario princip zakonitosti u postupku izvršenja ili sprečila njegova povreda koja pogađa interese stranaka. Bez obzira što je kontrola zakonitosti koju provociraju stranke i druga zainteresovana lica motivisana njihovim ličnim interesima, pravo na pristup sudu omogućava im da se oni u postupku kontrole zakonitosti izvršenja, kad provociraju kontrolu donesene odluke

¹⁴ Uvođenje žalbe kao redovnog pravnog leka i dvostepenosti u ovom instancionom postupku, po oceni zakonodavca, treba da olakša i ujednači postupanje prvostepenih i drugostepenih sudova i potencijalno smanji broj izjavljenih pravnih lekova koji nemaju izgleda na uspeh.

ili preduzete izvršne radnje, javljaju kao čuvari zakonitosti koji aktivno saraduju u funkcionisanju javne službe pravne zaštite i štite objektivni pravni poredak.

9. Na listi pravnih lekova koju je uspostavio ZIO (2015), pored klasičnih, standardnih pravnih lekova, nalaze se i specifična pravna sredstva koja u osnovi predstavljaju pravne lekove. Sistem pravnih lekova obuhvata redovne pravne lekove dok su standardni vanredni pravni lekovi, kao što su revizija i ponavljanje postupka, isključeni. Osim toga, na listi instrumenata kojima se vrši kontrola zakonitosti u postupku izvršenja nalaze se tzv. izvršne tužbe kao specifična pravna sredstva kada parnični postupak predstavlja dopunski metod kontrole zakonitosti sprovedenog izvršenja i način za stavljanje van snage nepravilnih i nezakonitih rešenja o izvršenju. Pored toga, i pojedini procesni instituti izvršne procedure, poput protivizvršenja i vraćanja u pređašnje stanje, faktički imaju funkciju specifičnih pravnih sredstava iako su, pre svega, namenjeni ostvarivanju određenih, posebnih pravopolitičkih i pravotehničkih ciljeva.

U procesnoj literaturi se smatralo¹⁵ da i instituti odlaganja¹⁶ i obustave izvršenja stoje u tesnoj vezi sa pravnim lekovima jer imaju za osnov i opravdanje kontroli u čuvanje zakonitosti u postupku izvršenja.

10. Zakonodavac je u ZIO (2015) normirao pravila o pravnim lekovima tako što je u osnovnim odredbama predvideo opšta pravila koja se odnose na pravne lekove i legitimaciju za njihovo izjavljivanje, što je detaljno uredio određene standardne, tradicionalne pravne lekove i specifične pravne lekove kojima se pobijaju određene odluke donete u postupku izvršenja, što je normirao određene procesne institute koji predstavljaju specifična pravna sredstva stranaka i trećih lica ili nova specifična pravna sredstva koja stoje na raspolaganju strankama i trećim licima. Osim toga, zakonodavac je regulisao i neka pravna sredstva koja imaju specifičnu pravnu prirodu i koje se ne bi mogla svrstati u pravne lekove s obzirom na funkciju koju imaju u postupku ali koja omogućavaju da se izvrši kontrola zakonitosti.

11. Mehanizam kontrole zakonitosti izvršenja predviđen odredbama ZIO (2015) ima za cilj da obezbedi zakonitost postupka, odluka i radnji koje se preduzimaju u postupku. On obuhvata, pored klasičnih pravnih lekova, i posebna pravna sredstva karakteristična za ovaj vid pravne zaštite. Na listi standardnih procesnih instrumenata kojima se, prema odredbama ZIO (2015) vrši kontrola zakonitosti nalaze se: žalba, prigovor, prigovor radi otklanjanja nepravilnosti u postupku sprovođenja izvršenja, predlog za vraćanje u pređašnje stanje, predlog za protivizvršenje. Pored navedenih pravnih sredstava, o kojima odlučuje izvrš-

¹⁵ O tome: B. Blagojević – *Sistem izvršnog postupka*, Beograd, 1938, str. 373.

¹⁶ To je jedan od razloga što je zakonodavac odredbama ZIO (2015) ponovo normirao odlaganje izvršenja kao institut izvršne sudske procedure.

ni sud, zakonodavac je, u cilju kontrole zakonitosti izvršenja, predvideo i mogućnost da bude pokrenut parnični postupak kao metod pravne zaštite kojim se vrši kontrola nezakonitih i nepravilnih odluka donetih u postupku izvršenja. Tako se na listi procesnih instrumenata povodom kojih kontrolu zakonitosti vrši parnični sud nalaze tužba da se izvršenje proglasi nedopuštenim,¹⁷ izlučna tužba trećeg lica,¹⁸ tužba kojom se osporava potraživanje u postupku namirenja iz prodajne cene (član 202-203. ZIO),¹⁹ tužba zbog sticanja bez osnova,²⁰ tužba suvlasnika protiv izvršnog dužnika radi utvrđenja postojanja njegovog udela (odredba člana 112. ZIO).

Iako se u postupku izvršenja, u smislu odredbe člana 39. ZIO (2015) shodno primenjuju pravila zakona kojim se uređuje parnični postupak, zauzet je stav, zasnovan na jezičkom tumačenju odredaba ZPP (2011),²¹ da u postupku izvršenja nije dozvoljena shodna primena pravila parnične procedure koja se odnose na zahtev javnog tužioca za preispitivanje pravnosnažne presude jer u postupku izvršenja pravnosnažna odluka nije presuda već rešenje.²² S obzirom da je drugostepena odluka u postupku izvršenja pravnosnažno meritorno rešenje kojim se odbija izjavljeni dopušteni pravni lek, kao i da je posebnim propisima javni tužilac ovlašćen da zahteva odlaganje ili prekid izvršenja odluke koja predstavlja izvršnu ispravu kad smatra da postoje razlozi da se vanrednim pravnim sredstvom

¹⁷ Pravo na podizanje ove tužbe ima izvršni dužnik (odredba člana 81. ZIO).

¹⁸ Videti odredbu člana 111. ZIO.

¹⁹ O pravu na podizanje ove tužbe odlučuje u postupku namirenja iz prodajne cene javni izvršitelj koji zaključkom upućuje na parnicu lice čije je potraživanje osporeno ili lice koje osporava potraživanje.

²⁰ Tužba zbog sticanja bez osnova predstavlja specifično pravno sredstvo kojim treba da se otklone i repariraju štetne posledice koje je pretrpeo izvršni dužnik sprovođenjem izvršenja koje se može koristiti tek po isteku rokova za pokretanje postupka protivizvršenja.

²¹ U procesnoj literaturi je izraženo mišljenje da se zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude koji podnosi javni tužilac ne može upotrebiti u izvršnom postupku jer se u njemu ne donose presude. Videti: B. Poznić-V. Rakić-Vodinelić – *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2015, str. 599.

²² U sudskoj praksi je zauzet stav da je za podnošenje zahteva za preispitivanje pravnosnažnog rešenja legitimisan isključivo javni tužilac, a ne izvršni dužnik. Zahtev izvršnog dužnika bio bi nedozvoljen da se o njemu odlučuje u režimu važećeg Zakona o parničnom postupku i to iz razloga što je isti podnet protiv pravnosnažnog rešenja, a rešenje nije vrsta odluke protiv koje se može podnositi zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude, s obzirom da se isti, a kako i sam naziv ovog vanrednog pravnog leka govori, može podneti samo protiv pravnosnažne presude i to pravnosnažne presude donete u drugom stepenu (član 421. stav 1), pri čemu je za podnošenje ovog pravnog leka legitimisan samo Republički javni tužilac, kako je to propisano istom zakonskom odredbom, što dalje znači da stranka, a u predmetnom slučaju izvršni dužnik, nije ovlašćen da podnosi zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude. Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Gzp 54/2015, 08.10.2015. godina, objavljeno na sajtu Vrhovnog kasacionog suda, pristup 1.8.2016.

koje on izjavljuje pobija sudska odluka, a ovaj pravni lek je jedini pravni lek koji može izjaviti javni tužilac, može se zaključiti da postoji mogućnost, ukoliko su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, da javni tužilac izjavi ovaj vanredni pravni lek da bi osujetio povredu zakona na štetu javnog interesa.

Pored stranaka, legitimaciju za izjavljivanje pojedinih, određenih pravnih lekova ima i zainteresovano treće lice.

Protiv zaključka, kao vrste odluka koju donose i sud i javni izvršitelj, isključena je mogućnost izjavljivanja pravnih lekova. U postupku sprovođenja izvršenja jedini pravni lek je prigovor zbog nepravilnosti, kao specifičan pravni lek.

12. Broj redovnih pravnih lekova, taksativno predviđanje posebnih razloga za izjavljivanje pravnih lekova protiv rešenja o izvršenju i isključivanje određenih klasičnih vanrednih pravnih lekova, kao što su revizija i predlog za ponavljanje postupka, nesumnjivo predstavlja rezultat nastojanja zakonodavca da spreči da se postupak izvršenja pretvori u ponovno odlučivanje o potraživanju koje treba namiriti. Osim toga, zakonodavac je, u cilju operacionalizacije principa efikasnosti²³ izričito predvideo zabranu ukidanja prvostepenog rešenja u postupku po pravnom leku i upućivanje predmeta na ponovno rešavanje (čl. 26) tako da instancioni sud ima samo mogućnost da odbaci pravni lek ili da ga usvoji ili odbije.

Pored nastojanja zakonodavca da obezbedi funkcionalnost postupka izvršenja i da se postupak odvija zakonito, efikasno i u razumnom roku, na mehanizam kontrole u postupku izvršenja utiče i njegovo nastojanje da se taksativnim nabranjem posebnih razloga za izjavljivanje pojedinih pravnih lekova obezbedi savešno korišćenje procesnih ovlašćenja prilikom definitivnog pružanja pravne zaštite i spreči abuzivno korišćenje pravnih lekova.

13. Odredbama ZIO (2015) ponovo je predviđena žalba kao osnovni redovni pravni lek u postupku izvršenja. Žalba ovom postupku, međutim, nije jednobrazan pravni lek. ZIO (2015) je, zavisno od objekta pobijanja, normirao nekoliko vrsta žalbi: žalbu na rešenje o izvršenju, žalbu protiv rešenja koje ima dejstvo rešenja o izvršenju (član 78. ZIO) i žalbu protiv ostalih rešenja koja se donose u postupku. Žalbom se, pre svega, pobijaju rešenje prvostepenog suda i rešenje javnog izvršitelja kad je ona po zakonu dozvoljena. Žalba se može izjaviti i protiv rešenja donetog po prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ili protiv rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenje.

Između žalbi koje su predviđene i dozvoljene u postupku izvršenja postoje određene konceptijske razlike koje su posledica kako njihovih priroda, tako i ciljeva u domenu kontrole čijem su ostvarivanju namenjene.

²³ Princip efikasnosti je operacionalizovan i kroz pravila o obaveznoj sadržini žalbe i zabrani vraćanja nepotpune žalbe na izmenu i dopunu.

Žalba je koncipirana kao devolutivan, dvostran i, po pravilu, nesuspendivan pravni lek. Ona je zakonom je izuzetno isključena u slučajevima koji su predviđeni zakonom ili kad je predviđeno da se određeno rešenje pobija prigovorom kao pravnim lekom. Kada se protiv jednog rešenja izričito isključuje žalba, a nije predviđen prigovor kao pravni lek, ta odluka se uopšte ne može pobijati pravnim lekovima.

14. Prigovorom se pobijaju rešenje doneto o predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave, rešenja koja imaju dejstvo rešenja o izvršenju, odluka o troškovima postupka i ostala rešenja prvostepenog suda ili javnog izvršitelja. Postupak po prigovoru razlikuje se od postupka po žalbi u nizu detalja.

Prigovor, kao pravni lek, treba da omogući ispitivanje i kontrolu zakonitosti rešenja u cilju zaštite interesa stranaka. Poseban pravopolitički značaj prigovora je u tome što njegovo izjavljivanje omogućava sudsku kontrolu rešenja koje je doneo javni izvršitelj što nesumnjivo, u krajnjoj liniji, utiče na zakonitost, pravnu sigurnost, kvalitet pravne zaštite i doprinosi ujednačavanju javnoizvršiteljske prakse.

Prigovor je pravni lek koji može da izjavi, pored stranaka, i treće lice. Prigovor se može izjaviti i protiv rešenja koje je doneto po prigovoru trećeg lica.

15. Prigovor protiv nepravilnosti u sprovođenju izvršenja²⁴ predstavlja redizajnirani pravni lek u ZIO (2015). Specifičnost ovog pravnog leka je u tome što objekt pobijanja nije odluka koju je doneo sud ili javni izvršitelj u postupku izvršenja. Cilj ovog pravnog leka sastoji se u tome što stranka koja ga izjavljuje nastoji da se otkloni nepravilnost u toku ili povodom izvršenja koja se zastoji u tome da nije doneta neka odluka, nije preduzeta neka radnja ili je propušteno da se preduzme neka izvršna radnja. O ovom pravnom sredstvu, čije izjavljivanje ne odlaže izvršenje, odlučuje ili sud ili javni izvršitelj zavisno od toga ko sprovodi izvršenje.

Novo rešenje u pogledu ovog pravnog sredstva kojim se otklanja nezakonitost u postupku sprovođenja izvršenja je u tome što se o njemu odlučuje se rešenjem. Ukoliko o prigovoru protiv nepravilnosti ne bude odlučeno u zakonskom roku ili prigovor bude odbaćen ili zahtev bude odbijen, stranka ima pravao da izjavi prigovor.

Ako je prigovor protiv nepravilnosti bio osnovan i bude usvojen, sud odnosno javni izvršitelj rešenjem utvrđuju da je učinjena nepravilnost u postupanju, ukidaju se preduzete radnje i preduzima ili nalaže preduzimanje radnji kojima se otklanjaju posledice propuštanja. Ukoliko se nepravilnost sastojala u propustu da se donese neka odluka, rešenjem se utvrđuje da je nepravilnost učinjena i donosi se odluka ili se preduzimaju ili se nalaže preduzimanje propuštene radnje.

²⁴ Zakonodavac pogrešno imenuje ovaj pravni lek jer ga imenuje kao "zahtev za otklanjanje nepravilnosti." Zahtev je, zapravo, element sadržine ovog pravnog leka.

Predlog za vraćanje u pređašnje stanje predstavlja pravno sredstvo koje ima prirodu specifičnog pravnog leka kojim se, u cilju obezbeđenja zakonitosti, saniraju posledice propuštanja jedne stranke. Predlog za vraćanje u pređašnje stanje predstavlja ograničen, prekluzivan, nesuspendivan i remonstrativan vanredni pravni lek. Predviđen je samo u postupku izvršenja na osnovu verodostojne isprave i to iz dva razloga. Dozvoljen je isključivo zbog propuštanja roka za izjavljivanje prigovora protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave i propuštanja roka za žalbu protiv rešenja o prigovoru. Propuštanjem da blagovremeno izjavi prigovor protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave ili propuštanjem roka za žalbu protiv rešenja o prigovoru nastupa pravnosnažnost i izvršnost rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave. Iz tog razloga predlog za vraćanje u pređašnje stanje predstavlja specifičan vanredni pravni lek

Zakonodavac je izuzetno dopustio vraćanje u pređašnje stanje da bi otklonio štetne posledice koje eventualno mogu da pogode izvršnog dužnika koji bi usled prekluzije izgubio pravo na pravnu zaštitu, pravo na pristup sudu i pravo na pravni lek. Ovaj izuzetak je očigledno motivisan razlozima pravičnosti i predstavlja operacionalizaciju prava na pravično suđenje.²⁵

Propuštanjem navedenih stranačkih radnji u postupku izvršenja, ukoliko je razlog propuštanja bio opravdan, stranka je ne samo prekludirana u pogledu mogućnosti da izjavi propušteni pravni lek, već je osujećena i u pogledu pravne zaštite koja joj inače stoji na raspolaganju. Osim toga, opravdanim propuštanjem stranke i sudu je uskraćena mogućnost da izvrši kontrolu zakonitosti rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave jer nije u interesu pravnog poretka, niti je pravično da opstaju nezakonite odlike koje su posledica prekluzije.²⁶

Treba napomenuti da o predlogu za vraćanje u pređašnje stanje odlučuje sud koji je doneo odluku u odnosu na koju je došlo do propuštanja roka i koji može da odbaci predlog. Protiv rešenja o odbacivanju ili odbijanju predloga za vraćanje u pređašnje stanje pravni lek je prigovor. Zakonodavac je izričito propisao da protiv rešenja o usvajanju predloga za vraćanje u pređašnje stanje žalba nije dozvoljena.

²⁵ Detaljno: G. Stanković–V. Boranijašević, *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 102.

²⁶ Stranka, koju pogađaju pravne posledice prekluzije zbog stroge primene procesnih pravila, trpi gubitak i na procesnom i na materijalnopravnom terenu. Ona ne može da preduzme propuštenu radnju u nastavku postupka i samim tim da svojom procesnom delatnošću ishodi pravilnu, pravičnu i zakonitu odluku, niti može da provocira kontrolu donete meritorne odluke. Drugu stranku u dvostranačkom postupku izvršenja nr gubi ništa jer svoja procesna ovlašćenja može nesmetano da ostvaruje i dalje.

16. Predlog za protivizvršenje predstavlja pravno sredstvo kojim izvršni dužnik iz okončanog postupka izvršenja zahteva od suda da izvršni poverilac iz okončanog postupka izvršenja vrati ono što je neosnovano primio izvršenjem.²⁷ Pored ovog pravnog sredstva, predviđen je i parnični postupak, kao metod pravne zaštite. Izvršni dužnik ima mogućnost i pravo, kad isteknu rokovi za pravnu zaštitu po pravilima izvršnog postupka ili kad je predmet izvršenja pretrpeo takve stvarne ili pravne promene da njegovo vrćanje u postupku protivizvršenja nije više moguće, da podizanjem tužbe po osnovu sticanja bez osnova, u parničnom postupku ostvari svoja prava.

Sam postupak po ovom pravnom sredstvu je dvofazan jer obuhvata fazu određivanja protivizvršenja i fazu sprovođenja protivizvršenja.

17. ZIO (2015) predviđa nova rešenja na listi pravnih sredstva kojima kontroli zakonitosti izvršenja vrši parnični sud u pogledu tužbe kojom se zahteva da se izvršenje proglasi nedopuštenim. Ovo pravno sredstvo je neophodno jer izvršni sud nije ovlašćen da meritorno odlučuje ukoliko postoji neko pravo koje sprečava izvršenje.

Tužba da se izvršenje proglasi nedopuštenim predstavlja novo pravno sredstvo izvršnog dužnika jer je po ranijim zakonskim rešenjima samo treće lice moglo da pokrene parnični postupak za utvrđenje nedozvoljenosti izvršenja (tzv. izlučna tužba).

Izvršni dužnik, kao tužilac, može da podigne ovu tužbu pod određenim uslovima: ako je rešenjem odbijena njegova žalba, ako je tužbu podigao u roku od 30 dana oddana dostavljanja rešenja o odbijanju žalbe i ako se rešenje zasniva na činjenicama koje su među strankama sporne a odnose se na samo potraživanje. Parnični postupak pokrenut ovim pravnim sredstvom predstavlja dopunski metod pravne zaštite u kome se vrši kontrola zakonitosti odlučivanja u postupku izvršenja.

Podignuta tužba ne odlaže izvršenje. Parnični postupak i u prvom i u drugom stepenu zasnovan je na principu hitnosti. U parnici se, nezavisno od vrednosti predmeta spora primenjuju pravila postupka koji je predviđen za postupanje u parnicama za rešavanje sporova male vrednosti. Revizija nije dozvoljena.

Treba napomenuti da je problematična odredba kojom je predviđen postupak posle pravnosnažnosti sudske odluke kojom je usvojen tužbeni zahtev i kojom je parnični sud utvrdio da nije dozvoljeno izvršenje ukoliko postupak izvršenja još uvek nije okončan. Zakonodavac je predvideo da je javni izvršitelj ovlašćen da na predlog izvršnog dužnika ukine rešenje o izvršenju koje je doneo sud, ukine sve sprovedene radnje i obustavi postupak.

²⁷ Detaljno: G. Stanković – V. Boranijašević, *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 128.

Iako je donošenje rešenja o izvršenju u isključivoj kompetenciji suda, a ukidanje sudske odluke je redovna sankcija za njenu nezakornost utvrđenu u postupku kontrole odluke, zakonodavac je predvideo da javni izvršitelj, a ne sud, ukida sudsku odluku iako Ustav u odredbi člana 145. izričito predviđa da sudsku odluku može preispitivati, a samim tim i ukidati, samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku.²⁸

18. Normiranjem pravnih lekova u ZIO (2015) na nov način u odnosu na raniji procesni režim zakonodavac je nastojao da eliminiše iz pravnog sistema ranija neadekvatna zakonska rešenja u ovom domenu u pogledu strukture i organizacije pravnih sredstva kojima se vrši kontrola zakonitosti u postupku izvršenja, da afirmiše zajemčenost prava na sudsku zaštitu i prava na pristup sudu, da obezbedi procesnu jednakost stranaka, da stvori nešto bolje mogućnosti za ujednačavanje sudske prakse i da novim zakonskim rešenjima potvrdi stav da su pravni lekovi neophodna pravna sredstva koja omogućavaju ostvarivanje zakonskih prava stranaka, pobijanje i osporavanje nezakonitih radnji i odluka, sudsku kontrolu i zaštitu prava u sistemu vladavine prava.

GORDANA STANKOVIĆ, Ph.D.,
Full Professor, University of Niš

THE MECHANISM OF CONTROL OF ENFORCEMENT ACCORDING
TO THE REGULATIONS OF THE NEW LAW ON ENFORCEMENT
AND SECURITY

Summary

The author in the paper analyses the legal-political significance of the most important new legal decisions from the Law on Enforcement and Security (2015) which are related to the mechanism of control of enforcement performed by the court in the procedure on legal remedies. Legal remedies are the necessary instruments of judicial control which enable realization of legal rights of the parties, refutation and contestation of illegal enforcement acts and decisions, and protection of rights in the system of the rule of law.

By changing the system of legal remedies in the new law, the legislator has eliminated from the legal system certain inadequate legal decisions regarding the structure and organization of legal remedies, has operationalized the standards of legal protection (the right to the court access, right to a legal remedy, right to a fair trial and process equality of the parties), and has tried, by introducing charges as a devolutive legal remedy, to enable to a certain extent equalization of judicial practice.

²⁸ G. Stanković, Predgovor, *Zakon o izvršenju i obezbeđenju*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, str. 16.

IZUZEĆE JAVNOG BELEŽNIKA

POJAM I ZNAČAJ

Prema članu 2. Zakona o javnom beležništvu,¹ javno beležništvo je samostalna i nezavisna služba u kojoj se vrše poslovi iz domena javnih ovlašćenja na osnovu zakona, na zahtev građana, državnih organa, pravnih lica i drugih zainteresovanih institucija.² Prema članu 3. ZJB, javni beležnik javnobeležničke poslove obavlja slobodno, nezavisno, samostalno, stručno i nepristrasno na osnovu Ustava, zakona, ratifikovanih međunarodnih ugovora i drugih propisa i opštih akata zasnovanih na zakon.³

Dr Arsen Janevski, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi," Skoplje, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", R. Makedonija.

¹ Zakon o javnom beležništvu (Zakon za notarijatot), "*Služben vesnik na Republika Makedonija*," br. 55/2007, 86/2008, 139/2009 i 135/2011, u daljem tekstu ZJB. Ovaj Zakon prestaje da važi 20.08.2016 godine, kada počinje primena novog Zakona o javnom beležništvu (Zakon za notarijatot) koji je donela Skupština Republike Makedonije na sednici održanoj 5. aprila 2016. godine, a objavljen je u "*Službenom vesniku na Republika Makedonija*," br. 72/2016, koji, prema članu 184. stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u službenom glasilu i počinje da se primenjuje četiri meseca od dana stupanja na snagu. Prema članu 179. ovog Zakona, od dana kada počne primena novog zakona, prestaje da važi raniji Zakon o javnom beležništvu (Zakon za notarijatot), ("*Služben vesnik na Republika Makedonija*," br. 55/2007, 86/2008, 139/2009 i 135/2011. U tekstu koji sledi za novi Zakon o javnom beležništvu iz 2016. godine biće upotrebljena skraćenica ZJB iz 2016.

² I prema članu 2. ZJB iz 2016. "Notarskata služba e javna služba što ja vršat notari, koi se samostojni i nezavisni nositeli na taa služba. Notarijatot e samostojna, nezavisna javna služba vo koja se vršat raboti od vidot na javni ovlastuvanja, vrz osnova na zakon."

³ I prema članu 3. stav 3. ZJB iz 2016. "Notarskata služba notarot ja vrši slobodno, nezavisno, samostojno, stručno i nepristrasno vrz osnova na Ustavot, zakon, međunarodni dogovori što se

Osnovni preduslov za objektivno i zakonito vršenje javnobeležničkih poslova je da javni beležnik bude nepristrasan. Objektivnost može biti dovedena u pitanje različitim nedopuštenim spoljnim uticajima i pritiscima kojima može da bude izložen javni beležnik, ali i zbog postojanja određenih okolnosti koje se tiču samog javnog beležnika, koji inače je sposoban da preduzima javnobeležničke poslove. Nezavisnost i objektivnost javnog beležnika u vršenju javnobeležničkih poslova, za koje je on materijalno ili zbog drugih razloga zainteresovan, može da bude tolika da može da dovede u sumnju zakonitost u njegovom poslovanju. U takvom slučaju, u javnom interesu i u interesu zakonitog vršenja rada, taj javni beležnik treba da bude odstranjen od vršenja javnobeležničkog posla u tom konkretnom predmetu. Zakonodavac u našem pravnom sistemu to postiže putem instituta isključenja i izuzeća javnog beležnika.

Pravila o izuzeću i isključenju javnog beležnika su kogentne prirode. Imajući u vidu intenzitet odnosa i okolnosti koje dovode u vezu javnog beležnika sa konkretnim predmetom u kome on postupa, uobičajena je klasifikacija mogućih razloga u pogledu pristrasnosti u dve grupe. U prvu grupu spadaju oni razlozi (svojstva ili okolnosti) koji su prema opštim merilima toliko značajni, da samo njihovo postojanje u konkretnom slučaju opravdava sumnju u nepristrasnost javnog beležnika i nema potrebe da se oni ispituju. U tom slučaju u pitanju je isključenje javnog beležnika. U drugu grupu spadaju oni razlozi, tj. okolnosti čije postojanje, samo po sebi, ne dovodi u pitanje nepristrasnost javnog beležnika, međutim u konkretnom slučaju, u sklopu drugih okolnosti, može da dovede u sumnju objektivnost javnog beležnika u vršenju njegovih poslova. U ovom slučaju u pitanju je izuzeće javnog beležnika. Ovo razlikovanje u teoriji procesnog prava je opšte prihvaćeno.

Isključenje i izuzeće javnog beležnika postoje radi ostvarenja određenih pravno-političkih i pravno-tehničkih ciljeva. Oni treba da obezbede zakonitost, objektivnost, nezavisnost i nepristrasnost u radu javnog beležnika, kao i ispravnost i nezainteresovanost u konkretnom slučaju kada postoji sumnja o moralnoj ili materijalnoj zainteresovanosti javnog beležnika. Isključenjem i izuzećem javnog beležnika, treba sačuvati ugled javnog beležništva u državi i poverenje građana u rad javnih beležnika i u javno beležništvo.

I pored nesporne činjenice da su isključenje i izuzeće javnog beležnika dva različita instituta, ZJB, ZJB iz 2016, Zakon o parničnom postupku,⁴ Zakon o

ratifikovani vo soglasnost so Ustavot na Republika Makedonija i drugi propisi i opšti akti zasnovani vrz zakon.”

⁴ Zakon o parničnom postupku, “Služben vesnik na Republika Makedonija,” br. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 i 124/2015. U daljem tekstu: ZPP.

vanparničnom postupku,⁵ Zakon o izvršenju⁶ i novi Zakon o izvršenju iz 2016. Godine,⁷ u kojim je regulisan institut izuzeća, za njihovo označavanje koriste isti tehnički termin – izuzeće, iako iz samih zakona može da se vidi da su u pitanje dva različita instituta, za koje su predviđene dve različite grupe razloga, sa različitim posledicama i različitim postupkom.

Razlozi koji stvaraju sumnju da javni beležnik mora biti isključen (iako i ZJB u članu 29. i ZJB iz 2016. u članu 32, koriste termin izuzeće javnog beležnika) bez potrebe da se dokazuje funkcionalna veza između određenog svojstva ili odnosa i nepristrasnost javnog beležnika, nazivaju se apsolutni razlozi za izuzeće, odnosno razlozi za isključenje.

Apsolutni razlozi koji dovode do isključenja javnog beležnika u vršenju javnobeležničkih poslova u konkretnom predmetu, taksativno su nabrojani u zakonu. Ovi razlozi u teoriji grupišu se na: 1) razloge koji javnog beležnika dovode u pravnu ili ekonomsku povezanost sa konkretnim predmetom u kome javni beležnik postupa ili sa strankama u tom predmetu; i 2) razloge koji dovode javnog beležnika u određenu moralnu vezu sa strankama.

Izuzeće javnog beležnika prema Zakonu o javnom beležništvu Republike Makedonije iz 2007. godine i prema Zakonu o javnom beležništvu iz 2016. godine

Iako je Javno beležništvo u Republici Makedoniji uvedeno Zakonom o vršenju javnobeležničkih poslova u 1996. odnosno 1998. godine⁸, u njemu nije bilo

⁵ Zakon o vanparničnom postupku, “Služben vesnik na Republika Makedonija,” br. 9/2008, u daljem tekstu: ZVP.

⁶ Zakon o izvršenju, “Služben vesnik na Republika Makedonija,” br. 35/2005, 50/2006, 129/2006, 8/2008, 83/2009, 50/2010, i 71/2010. Prečišćen tekst “Služben vesnik na Republika Makedonija,” br. 59/2011. U daljem tekstu: ZI.

⁷ Novi Zakon o izvršenju Republike Makedonije, “Služben vesnik na Republika Makedonija,” br. 72/2016. Prema članu 269. Zakon je stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja u “Službenom vesniku Republike Makedonije”, a počinje da se primenjuje nakon četiri meseca od dana njegovog stupanja na snagu (20 avgusta 2016. godine). Prema članu 268. ovog zakona, onog dana kada počinje sa primenom prestaje da važi raniji Zakon o izvršenju (“Služben vesnik na Republika Makedonija,” br. 35/2005, 50/2006, 129/2006, 8/2008, 83/2009, 50/2010, 83/2010, 171/2010, 148/2011 i 187/2013). U tekstu koji sledi za novi Zakon o izvršenju biće korišćena skraćenica ZI iz 2016.

⁸ Zakon o vršenju javnobeležničkih poslova (Zakonot za vršenje na notarskite raboti) “Služben vesnik na Republika Makedonija,” br. 59/1996, 25/1998, 6/2002 i 66/2006. U tekstu koji sledi biće korišćena skraćenica ZVJB.

odredbe o izuzeću javnog beležnika. Pitanje izuzeća javnog beležnika prvi put je uređeno u ZJB u članu 29. ZJB⁹.

Imajući u vidu da javni beležnik ima izvorne nadležnosti prema ZJB i prema drugim zakonima, kao i nadležnosti koji su mu poverene drugim zakonima, u pogledu na razloge za izuzeće javnog beležnika važe dva različita režima. Kada postupa u postupcima koji su njegova izvorna nadležnost primenjuju se odredbe iz ZJB (član 29. ZJB), a u postupcima kada postupa kao poverenik suda ili drugog organa, na odgovarajući način primenjuju se pravila kojima je uređen postupak u kome mu je povereno vršenje određenih poslova, a naročito pravila o izuzeću, o dostavljanju, o zahtevu za pružanje pravne pomoći, podacima i drugo (član 135 ZJB).¹⁰ U tekstu koji sledi najpre će biti izloženo izuzeće javnog beležnika prema odredbama ZJB, pa prema ZJB iz 2016, a zatim za izuzeće javnog beležnika prema odredbama zakona po kome javni beležnik postupa kao poverenik suda.

Prema članu 29. stav 1. ZJB, "Javni beležnik izuzima se na vlastiti zahtev ili na zahtev stranaka, ako pri izradi javnobeležničkog akta ili solemnizacije privatne isprave, on sam je stranka, njegov bračni drug (supružnik), njegovi roditelji ili deca." Iz napred citirane odredbe razlog za isključenje (zakonodavac je upotrebio termin izuzeće) je taj što je u izradi javnobeležničkog akta ili solemnizacije (potvrđivanja) privatne isprave sam javni beležnik stranka ili su stranka njegov bračni drug, njegovi roditelji ili deca, što je dovoljan razlog koji ukazuje da je javni beležnik direktno, tj. neposredno zainteresovan kada je sam stranka, što je protivno opšte prihvaćenom pravilu da ne može da bude i javni beležnik i stranka u sopstvenom predmetu, a indirektno, tj. posredno zainteresovan zbog toga što se u svojstvu stranke javljaju njegov bračni drug, njegovi roditelji ili njegova deca, iz razloga što ne može da se očekuje da bude objektivn i nepristrasan.

Postavlja se pitanje da li su sa ovako redigovanom odredbom o izuzeću javnog beležnika obuhvaćeni svi slučajevi u kojima bi trebao javni beležnik biti izuzet (isključen) po sili zakona. Nije sporno da razloge koje predviđa član 29. stav 1. ZJB ne obuhvataju sve situacije u kojima bi javni beležnik trebalo da bude izuzet (izključen). Tako, ako je javni beležnik punomoćnik ili zakonski zastupnik stranke, ako je sa strankom u odnosu saovlašćenika, saobveznika, ili regresnog obveznika ili ako je u istom predmetu saslušan kao svedok ili veštak; ako je zakonski

⁹ Za razliku od ZJB u kome je uređeno pitanje izuzeća javnog beležnika samo u jednom članu (član 29. ZJB) i razlozi za izuzeće su veoma restriktivni, u ZPP je izuzeće sudije, sudije porotnika, zapisničara, veštaka, prevodioca i tumača, u detaljima uređeno (član 64-69. ZPP).

¹⁰ Član 135. stav 1. ZJB glasi: "Na notarot kako poverenik na sudot ili na drug organ na soodveten način se primenuvaat pravilata so koi se ureduva postapkata vo koja mu e dovereno vršenjeto opredeleni raboti, osobeno pravilata za izemanje, za dostava, za baranje pravna pomoš, za podatoci i drugo."

zastupnik stranke ili punomoćnik stranke, srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stepena, a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, vanbračni partner ili srodnik po tazbini do drugog stepena, bez obzira da li je brak prestao ili nije; ako je stariatelj, usvojitelj ili usvojenik stranke, njenog zakonskog zastupnika ili punomoćnika; ako je bio punomoćnik ili zakonski zastupnik stranke, ako je sa strankom bio u poslovnom odnosu povodom kojeg treba da sačini ispravu, ili ako je bio zastupnik, odnosno odgovorno lice u pravnom licu koje je stranka u postupku pred njim; ako on ili njegov srodnik po krvi u pravoj liniji ili u pobočnoj do četvrtog stepena srodstva ili njegov supružnik ili vanbračni partner ili srodnik po tazbini do drugog stepena srodstva, bez obzira da li je brak prestao ili nije, stiču pravo ili neku drugu korist iz odnosa povodom kojeg treba da se sačini isprava; teško bi moglo da se brani stav da je javni beležnik nepristrasan i objektivan. Pored ovih razloga, smatramo da u ZJB treba da se ugradi i odredba prema kojoj, ako postoje drugi razlozi (okolnosti) koji dovode u sumnju njegovu nepristrasnost, da može javni beležnik ili stranke da traže njegovo izuzeće.

Naš stav je, da treba napred navedeni razlozi da se ugrade u ZJB sa ciljem da se izbegne svaka sumnja za objektivnost i nepristrasnost javnog beležnika u njegovom radu. Najveći broj od napred navedenih razloga za izuzeće predviđeni su u svim procesnim zakonima u kojim je uređen institut izuzeća, i to kao razlozi apsolutne prirode koji dovode da sudija bude isključen. Sudija, kada sazna za neki od napred navedenih razloga, dužan je da sam prekine rad na tom predmetu i da izvesti predsednika suda da mu odredi zamenu. Po sili zakona, on je *ex lege* “nepodoban” da postupa u tom predmetu (*judex inhabilis*).

Napred navedeni razlozi za izuzeće predviđeni su kao razlozi za izuzeće javnog beležnika i u Zakonu o javnom beležništvu Republike Srbije,¹¹ Zakonu o notarima Republike Crne Gore¹² i Zakonu o Javnom bilježništvu Republike Hrvatske.¹³ Iz odredbe člana 29. stav 1. ZJB jasno se vidi da do izuzeća javnog beležnika može da dođe u postupku izrade javnobeležničkog akta ili prilikom solemnizacije (potvrđivanja) privatne isprave. Naš stav je da odredbe o izuzeću javnog beležnika treba da se odnose i na javnog beležnika kada sastavlja javnobeležnički zapi-

¹¹ Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije, “Službeni glasnik Republike Srbije,” br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014.- dr.zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015. Vidi: član 54. ZJB Republike Srbije.

¹² Zakon o notarima Republike Crne Gore, “Službeni list Republike Crne Gore,” br. 68/2005. Vidi: član 28. Zakona o notarima Republike Crne Gore.

¹³ Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske, “Narodne novine,” br. 78/93, 29/94, 126/98, 16/07, 75/09. Vidi: član 36. stav 1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske po kome se za izuzeće javnog bilježnika na odgovarajući način primenjuju pravila o izuzeću sudija u vanparničnom postupku.

snik i kada izdaje javnobeležničku potvrdu. Prema dikciji odredbe člana 29. stav 1. ZJB, do izuzeća javnog beležnika dolazi na njegov zahtev ili na zahtev stranke odnosno stranaka iz razloga koji su navedeni u ovom članu. Smatramo da redakcija ove odredbe u članu 29. stav 1. ZJB nije dobra, zato što javni beležnik u pogledu razloga koji su navedeni u stavu 1. člana 29. ZJB nema potrebe da podnosi zahtev za izuzeće jer je on po sili zakona, *ex lege* izuzet, preciznije rečeno, on je po sili zakona isključen, zato što razlozi su koji su navedeni u tom članu apsolutne prirode i oni dovode *ex lege* do njegovog isključenja. Javni beležnik treba samo da konstatuje da ne može da postupa u konkretnom predmetu (odnosno da ne može u konkretnom postupku da sačini javnobeležnički akt ili da solemnizuje odnosno potvrdi privatnu ispravu). Javni beležnik po službenoj dužnosti mora da vodi računa da li postoje razlozi za njegovo isključenje, no i stranke mogu na to da ga upozore u toku celog postupka. Kada postoje razlozi za isključenje javnog beležnika, u pitanju su imperativne zakonske norme koje nemaju uticaj na dispozicije stranaka (i onda kada stranke žele da im taj javni beležnik sastavi javnobeležnički akt ili da im potvrdi privatnu ispravu). Ako postoje razlozi za isključenje javnog beležnika, javni beležnik ne sme da preduzme ni jednu radnju u postupku, čak ni one radnje za koje postoji opasnost od odlaganja. U slučaju sumnje stranaka da postoje razlozi za isključenje, javni beležnik je dužan, na njihov zahtev, da prekine preduzimanje službenih radnji.

Zbog razloga koji su navedeni u članu 29. stav 1. u ZJB, ako javni beležnik se sam ne izuzme (isključi), zahtev za njegovo izuzeće mogu da podnesu stranke. ZJB nije uređio postupak za izuzeće javnog beležnika. Što se tiče organa koji donosi odluku o izuzeću javnog beležnika, ZJB u članu 29. stav 3, predvideo je da odluku za izuzeće javnog beležnika donosi Upravni odbor Javno beležničke Komore. Zakon nije uređio pitanje da li je protiv te odluke dopuštena žalba i ko bi odlučivao ako bi žalba bila dopuštena. U slučaju da je izuzet javni beležnik sa područja suda na kome postoji samo jedan javni beležnik, Upravni odbor Javno beležničke Komore određuje javnog beležnika iz susednog područja koji će preduzeti radnju koju je trebao preduzeti javni beležnik koji je izuzet (član 29. stav 5. ZJB). Za izuzeće pomoćnika i zamenika javnog beležnika, na odgovarajući način primenjuju se pravila o izuzeću javnog beležnika (član 29. stav 4 ZJB).

Imajući u vidu da je ZJB krajno restriktivan u pogledu razloga za izuzeće javnog beležnika, iako nije predviđen kao razlog za izuzeće javnog beležnika, javni beležnik ne treba da postupa u postupku kada se pred javnim beležnikom u svojstvu punomoćnika stranke javi bračni drug javnog beležnika, njegov roditelj ili dete, vanbračni drug ili kada je stranka njegov srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stepena, kao i kada je javni beležnik staratelj, usvojitelj ili usvojenik stranke, hranitelj ili hranjenik stranke, njenog zakonskog zastupnika ili puno-

moćnika. Ovi razlozi, iako nisu predviđeni u ZJB, treba da se imaju u vidu i javni beležnik ne treba da postupa i da preduzima radnje kada su oni ispunjeni zato što ovi razlozi *a priori* pokazuju da je javni beležnik pristrasan. Ovo se odnosi i kada radnje preduzimaju pomoćnik i zamenik javnog beležnika.

Imajući u vidu da ZJB nije predvideo sve slučajeve kada javni beležnik, njegov pomoćnik ili zamenik javnog beležnika treba da budu (isključeni), izuzeti *ex lege*, u dosadašnjem radu javnih beležnika postavilo se pitanje da li javni beležnik, njegov pomoćnik ili zamenik javnog beležnika, treba da budu izuzeti prilikom sastavljanja javnobeležničkog akta ili potvrđivanja (solemnizacije) privatne isprave, kada pred javnim beležnikom, njegovim pomoćnikom ili zamenikom javnog beležnika nastupa zakonski zastupnik ili punomoćnik bračnog druga, roditelja ili deteta javnog beležnika, pomoćnika ili zamenika javnog beležnika.

Kada pred javnim beležnikom, njegovim pomoćnikom ili zamenikom javnog beležnika u postupku za sastavljanje javnobeležničkog akta ili prilikom potvrđivanja (solemnizacije) privatne isprave nastupa punomoćnik ili zakonski zastupnik bračnog druga, roditelja ili deteta javnog beležnika, pomoćnika ili zamenika javnog beležnika, u pitanju je razlog apsolutne prirode koji, iako nije predviđen u odredbama o izuzeću javnog beležnika (član 29. stav 1. ZJB), javni beležnik, njegov pomoćnik ili zamenik javnog beležnika treba (moraju) da se izuzmu.¹⁴ Imajući u vidu da postoji veza između javnog beležnika i bračnog druga koja proizlazi iz braka ili odnosa koji postoji između javnog beležnika i njegovih roditelja i javnog beležnika i njegove dece, teško bi moglo da se brani stav da bi u ovim slučajevima javni beležnik bio objektivan i nepristrasan. Punomoćnik, radnje koje preduzima, preduzima u ime i za račun stranke, tako da javni beležnik u konkretnom slučaju prilikom sastavljanja javnobeležničkog akta ili potvrđivanja (solemnizacije) privatne isprave preko punomoćnika, u suštini pravi javnobeležnički akt ili potvrđuje privatnu ispravu za svog bračnog druga, roditelja ili deteta. U tom slučaju priroda poslova i povezanost javnog beležnika sa predmetom i sa strankama čine osnovanu sumnju da će javni beležnik biti pristrasan i neobjektivan u konkretnom slučaju. Zbog toga, javni beležnik u ovim slučajevima, mora biti izuzet, odnosno mora da se izuzme.

Isto tako, ZJB ne daje odgovor i na pitanje da li je razlog za izuzeće javnog beležnika, pomoćnika ili zamenika javnog beležnika kada prilikom sastavljanju javnobeležničkog akta ili potvrđivanja privatne isprave (solemnizacije) stranku zastupa punomoćnik (supstitut) sa prenetim punomoćjem od strane punomoćnika koji je bračni drug, roditelj ili dete javnog beležnika, pomoćnika ili zamenika javnog beležnika.

¹⁴ Ovakav stav je zauzet i u predlogu pravnog mišljenja Stručnog saveta Javnobeležničke Komore Republike Makedonije, na sednici održanoj 26.03.2015. godine.

Ako u postupku za sastavljanje javnobeležničkog akta ili prilikom potvrđivanja privatne isprave (solemnizacije) stranku pred javnim beležnikom, pomoćnikom ili zamenikom javnog beležnika zastupa punomoćnik supstitut, sa prenetim punomoćjem od strane bračnog druga, roditelja ili deteta javnog beležnika, pomoćnika ili zamenika javnog beležnika, smatramo da javni beležnik, pomoćnik ili zamenik javnog beležnika, ne treba da postupaju u konkretnom predmetu već oni treba da se izuzmu. Ovaj stav je u skladu sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima.¹⁵ Prema članu 78. stav 1. ZOO, u kome je uređeno pitanje o prenošenju ovlašćenja, zastupnik ne može preneti svoja ovlašćenja na drugu osobu, osim kada je to dopušteno zakonom ili ugovorom.

Izuzetno, prema stavu 1. ovog člana, zastupnik može da to uradi ako je onemogućen da sam obavi posao, a interesi zastupanog traže neodložno preduzimanje pravnog posla (član 78. stav 2. ZOO). ZOO je veoma restriktivan u pogledu prenošenja ovlašćenja. Pravilo je da zastupnik ne može da prenese svoja ovlašćenja na drugu osobu, zbog toga što je odnos zastupnika i osobe koju on treba da zastupa lični odnos.

Zastupnik izuzetno može da prenese ovlašćenje samo ako je onemogućen zbog određenih okolnosti da sam obavi posao, a interesi zastupanog traže neodložno preduzimanje pravnog posla. Kada zastupnik zna unapred da ne može da zastupa stranku koja treba da mu da ovlašćenje za zastupanje pred javnim beležnikom koji je njegov bračni drug, roditelj ili dete, prenos ovlašćenja u ovom slučaju bi bilo izigravanje zakona i zloupotreba prava koje ne bi moglo da se smatra kao izuzetak za neodložno preduzimanje pravnog posla i zbog toga ova okolnost ne daje pravo zastupniku da prenese ovlašćenje drugom punomoćniku (supstitutu).

Ako je na području suda samo jedan javni beležnik, a taj javni beležnik, pomoćnik ili zamenik javnog beležnika, je bračni drug zastupnika stranke, onda je zastupnik stranke dužan da obavesti lice koje treba da zastupa da ne može da ga zastupa i da to lice treba da odredi drugog zastupnika, a ovlašćenje koje je imao zastupnik prestaje. U ovom slučaju zastupnik stranke nije punomoćnik supstitut.

Iznenaduje činjenica što i novi ZJB iz 2016. godine u članu 32. u kome su sadržane odredbe o izuzeću javnog beležnika prilikom sastavljanja javnobeležničkog akta ili potvrđivanja (solemnizacije) privatne isprave nije predvideo, pored postojećih, i nove razloge za izuzeće javnog beležnika. Novina je u tome što u stavu 1. člana 32. ZJB iz 2016. godine, javni beležnik, zamenik javnog beležnika ili pomoćnik javnog beležnika koji su i po ZJB trebali da se izuzmu kada su oni

¹⁵ Zakon o obligacionim odnosima (Zakonot za obligacionite odnosi), "Služben vesnik na Republika Makedonija," br. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009, 123/2013. U daljem tekstu: ZOO.

sami stranka, njihov bračni drug, njihovi roditelji ili deca, sada treba da se izuzmu i kada su stranke njihova braća i sestre. Iz ZJB preuzeta je odredba da u slučaju sumnje stranaka, da li postoje razlozi za izuzeće, javni beležnik, njegov zamenik ili pomoćnik, dužni su da prekinu vršenje službene radnje (stav 2. člana 32. ZJB iz 2016). Novina je da o izuzeću odlučuje predsednik Komore umesto Upravnog odbora Komore koji je odlučivao do sada. Novina je i to da je protiv odluke predsednika Komore dozvoljena žalba o kojoj odlučuje Upravni odbor Komore (stav 3. člana 32. ZJB iz 2016).

Smatramo da ovo rešenje nije dobro zato što je predsednik Komore i predsednik Upravnog odbora Komore, tako da po žalbi na rešenje koje je doneo predsednik Komore treba da odlučuje, pored ostalih članova Upravnog odbora Komore, i predsednik Upravnog odbora Komore.

U tom slučaju, predsednik Komore bi trebalo da se izuzme i da ne učestvuje u donošenju odluke po žalbi. Novina je da se odredbe o izuzeću odnose i na javnog beležnika koji privremeno vrši službu javnog beležnika, zamenika javnog beležnika ili pomoćnika javnog beležnika (stav 4. člana 32. ZJB iz 2016). Stav 5. člana 3. ZJB iz 2016. godine je identičan sa stavom 5. člana 29. ZJB s tim što umesto Upravnog odbora Komore, predsednik Komore određuje javnog beležnika sa susjednog područja koji treba da preuzme radnju koju je trebalo da preduzme javni beležnik koji je izuzet, a na području tog suda postoji samo jedan javni beležnik. Novina je i to da je u stavu 6. člana 32. ZJB iz 2016. godine predviđeno da javno beležnička isprava koja je sastavljena suprotno odredbama o izuzeću ne proizvodi pravno dejstvo. Pored toga što i ovaj zakon nije povećao raloge za izuzeće i u njemu nedostaju odredbe o postupku za izuzeće.

ZJB iz 2016. godine u odredbama člana 68.-81. uredio je Javnobeležnički platni nalog (Notarski platen nalog). Ovo je jedna od suštinskih novina ZJB iz 2016. godine. U članu 81, koji je naslovljen "Supsidijarna primena Zakona o parničnom postupku" predviđeno je da se u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga, u nedostatku odredbi u ovom zakonu o izuzeću, shodno primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku.

U pogledu izuzeća javnog beležnika, njegovog zamenika ili pomoćnika u postupku za izdavanje javnobeležničkog platnog naloga primenjuju se odredbe ZPP što je u svakom slučaju dobro rešenje. Bila bi velika garancija nezavisnosti, nepristrasnosti i objektivnosti u radu javnih beležnika i odstranila bi se velika sumnja o njihovom radu da je zakonodavac predvideo supsidijarnu primenu odredaba ZPP za izuzeće javnog beležnika prilikom sastavljanja javno beležničkih isprava i potvrđivanja (solenmizacije) privatnih isprava.

Izuzeće javnog beležnika u postupku za donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju iz 2009. godine, uređen je postupak za donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave (član 16-a do člana 16-ž ZIDZI).¹⁶ U skladu sa ZIDZI, ovaj postupak predstavlja izvornu nadležnost javnih beležnika. Javni beležnik u ovom postupku može biti izuzet. U radu javnih beležnika postavilo se pitanje prema kojim pravilima će biti izuzet javni beležnik u konkretnom predmetu u postupku za donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave, da li prema odredbama koje su predviđene u ZJB ili prema odredbama koje su sadržane u ZI?

Imajući u vidu nespornu činjenicu da je ova nadležnost javnog beležnika izvorna nadležnost koja je uređena drugim zakonom, a ne u ZJB, u pogledu izuzimanja javnog beležnika, smatramo da treba da se primene odredbe o izuzeću javnog beležnika koje su sadržane u ZJB. Ovo iz razloga što je ZJB matični zakon koji predviđa najveći broj izvornih nadležnosti javnih beležnika i vršenje javnobeležničke službe s jedne strane, a s druge strane ne bi trebalo da se primene odredbe ZI kojim je uređeno pitanje izuzeća izvršitelja (član 44. ZI), zbog toga što su prema članu 1. ZI, Zakonom o izvršenju uređena pravila prema kojima izvršitelji postupaju radi prinudnog izvršenja sudskih odluka koje glase na ispunjenje obaveza, prinudnog izvršenja odluka donetih u upravnom postupku koje glase na ispunjenje novčane obaveze i prinudnog izvršenja javnobeležničkih isprava i drugih izvršnih isprava predviđenih zakonom. Javni beležnik u ovom postupku ne preduzima izvršne radnje radi prinudnog izvršenja u smislu odredaba ZI. Naprotiv, javni beležnik u ovom postupku preduzima radnje sa ciljem da donese rešenje koje treba da bude osnov za izvršenje (izvršna isprava).

Prilikom zauzimanja stava koje odredbe treba da se primene o izuzeću javnog beležnika u ovom postupku, da li odredbe iz ZJB (član 29. ZJB) ili odredbe koje se odnose na izuzeće izvršitelja (član 44. ZI), pre svega mora da se ima u vidu odredba člana 135. stav 1. ZJB prema kojoj se samo za one poslove koji su povereni javnom beležniku, primenjuju pravila kojima se uređuje postupak u kojima mu je povereno obavljanje tih poslova. Nadležnost javnog beležnika u ovom postupku nije povereni posao, to je izvorna nadležnost javnog beležnika koja zbog spleta okolnosti je bila uređena u ZI. Zbog napred navedenog, u ovim postupcima za izuzeće javnog beležnika primenjujuće se odredbe iz ZJB.

¹⁶ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju (Zakonot za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za iyvršuvanje), "Služben vesnik na Republika Makedonija," br. 83/2009. U daljem tekstu: ZIDZI.

Prema članu 177. stav 1. ZJB iz 2016. godine, danom kada počne da se primenjuje ovaj zakon (20. avgust 2016), prestaju da važe odredbe iz člana 16-a do 16-ž ZI, kojima je bio uređen postupak za donošenje rešenja kojim se dopušta izvršenje na osnovu verodostojne isprave. Ovaj postupak sada je uređen u ZJB iz 2016 godine, pod rimskim V, pod nazivom "Javnobeležnički platni nalog" (V. "Notarski platen nalog," odredbe člana 68. do 81).

Prema stavu 2. člana 177. ZJB iz 2016, postupci za donošenje rešenja na osnovu verodostojne isprave koji su započeli prema ZI, nastavljaju se prema odredbama tog zakona. To znači da će se odredbe ZJB o izuzeću javnog beležnika u ovim postupcima primenjivati i posle 20. avgusta ove godine samo za one postupke koji zu započeti dok ne budu završeni.

Isto tako, u svim drugim postupcima u kojima postupa javni beležnik, a njegova su izvorna nadležnost, za izuzeće javnog beležnika primenjivaće se odredbe koje su sadržane u ZJB iz 2016. godine. Na javnog beležnika, kao poverenika suda ili drugog organa, na odgovarajući način primenjuju se pravila kojim se uređuje postupak u kome mu je povereno vršenje određenih poslova, a naročito pravila o izuzeću, dostavljanju, zahtevu za pravnu pomoć, o podacima i drugo. Ovo proizlazi iz člana 149. stav 1. ZJB iz 2016. godine.

Izuzeće javnog beležnika kada je javni beležnik poverenik suda ili drugog organa

Izuzeće javnog beležnika u postupku za raspravljanje zaostavštine

Prema članu 135. stav 1. ZJB, na javnog beležnika, kao povereniku suda ili drugog organa, na odgovarajući način primenjuju se pravila kojima se uređuje postupak u kome je povereno obavljanje određenih poslova, narocito pravila o izuzeću, o dostavljanju, o pravoj pomoći, o podacima i drugo. Ista odredba je sadržana i u članu 149. stav 1. ZJB iz 2016. godine.

Prema ZVP, postupak za raspravljanje zaostavštine poveren je javnim beležnicima kao poverenicima suda.¹⁷ Ako ovim Zakonom drugačije nije određeno, za rad javnog beležnika kao poverenika suda važe propisi koji važe za sudove. Javni beležnik u postupku za raspravljanje zaostavštine može biti izuzet. O razlozima za izuzeće odlučuje sud koji mu je poverio posao (član 136. stav 2. ZVP). Zbog toga što u ZVP nema izričitih odredaba o razlozima za izuzeće i o postupku za

¹⁷ Predsednik osnovnog suda je ovlašćen, u skladu sa odredbama ovog zakona, da ostavinske predmete poveri na postupanje javnim beležnicima sa sedištem na području osnovnog suda (član 131. ZVP). Javni beležnici, kao sudski poverenici, preuzimaju radnje i donose odluke u ostavinskom postupku u skladu sa odredbama ovog zakona (član 132. stav 1. ZVP). Javni beležnik povereni posao u ostavinskom postupku vrši u skladu sa odredbama ovog zakona (član 133. stav 1. ZVP).

izuzeće sudije, odnosno javnog beležnika kao povereniku suda, u skladu sa opštom odredbom koja je sadržana u članu 33. stav 1. u ZVP shodno se primenjuju odredbe iz ZPP.

Razlozi i postupak za izuzeće u ZPP su uređeni u članovima 64. do 69. Razlozi za izuzeće u ZPP su daleko brojniji u odnosu na razloge za izuzeće javnog beležnika koji su predviđeni u ZJB i u ZJB iz 2016 godine. Tako, prema članu 64. stav 1. ZPP, sa odgovarajućom primenom razlog za izuzeće javnog beležnika u postupku za raspravljanje zaostavštine su: 1) ako je sam stranka, zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke, ako je sa strankom u odnosu saovlašćenika, saobveznika ili regresnog obveznika, ili ako je u istom predmetu saslušan kako svedok ili veštak; 3) ako mu je stranka ili zakonski zastupnik ili punomoćnik stranke srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stepena, a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, ili mu je bračni drug, vanbračni drug ili srodnik po tazbini do drugog stepena, bez obzira da li je brak prestao ili nije; 4) ako je staratelj, usvojitelj, usvijenik, hranitelj ili hranjenik stranke, njenog zakonskog zastupnika ili punomoćnika; i 6) ako postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristrasnost. Tačka 2. iz stava 1. člana 64. ZPP može biti razlog za izuzeće javnog beležnika samo ako je javni beležnik pre nego što je imenovan za javnog beležnika povremeno ili stalno radio kod poslodavca koji je stranka u postupku. Nakon njegovog imenovanja javni beležnik ne može ni povremeno ni stalno vršiti bilo kakav drugi posao, pa zbog toga i ovaj razlog za njegovo izuzeće ne može da bude osnov za njegovo izuzeće. Tačka 5. iz stava 1. člana 64. ZPP, nije razlog za izuzeće javnog beležnika, zato što javni beležnik ne može da učestvuje u donošenju odluke nižeg suda ili drugog organa.

Razlozi iz stava 1. tačka 1, 3, 4. iz člana 64. ZPP su apsolutni razlozi za izuzeće javnog beležnika i javni beležnik je duža, u trenutku kada sazna da postoji neki od napred navedenih razloga, da prekine svaki rad na tom predmetu i da o tome obavesti predsednika osnovnog suda za čije područje je imenovan taj javni beležnik. Predsednik suda će ovakvom slučaju predmet poveriti drugom javnom beležniku koji je imenovan za područje tog suda. Ako na području tog suda nema drugog javnog beležnika, predsednik suda odrediće drugog javnog beležnika sa područja susednog suda (član 65. ZPP).

Ako javni beležnik smatra da postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristrasnost (tačka 6. iz stava 1. člana 64. ZPP), on će o tome obavestiti predsednika suda koji treba da odluči o izuzeću. Dok predsednik suda ne donese rešenje o izuzeću javnog beležnika, u ovom slučaju javni beležnik može da preduzima samo one radnje za koje postoji opasnost od odlaganja (član 65. stav 2. i 4. ZPP).

Stranke (učesnici) u postupku mogu da traže izuzeće javnog beležnika pred kojim se vodi postupak samo ako je u predlogu obrazložen razlog zbog koga se

traži izuzeće javnog beležnika. Ne može da se traži izuzeće javnog beležnika zbog istog razloga, odnosno okolnosti o kojoj je već jednom odlučeno. Stranka je dužna da zatraži izuzeće javnog beležnika, kada sazna za razlog za izuzeće, a najkasnije do završetka ročišta, a ako ročište nije održano, do donošenja rešenja. O zahtevu za izuzeće javnog beležnika odlučuje predsednik suda sa područja za koje je imenovan javni beležnik (član 61. stav 1. ZPP). Pre nego što donese rešenje, predsednik suda zatražiće izjavu od javnog beležnika čije izuzeće se traži, a obaviće i druge izviđaje ako za to ima potrebe (član 67. stav 4. ZPP). Protiv rešenja kojim se zahtev za izuzeće usvaja nije dopuštena žalba, a protiv rešenja kojim se predlog odbacuje ili zahtev odbija nije dopuštena posebna žalba (član 67. stav 5. ZPP). Kada javni beležnik sazna da je podnet zahtev za njegovo izuzeće, on je dužan da odmah obustavi svaki rad na tom predmetu, a ako je u pitanju izuzeće zbog relativnog razloga iz člana 64. tačka 6. ZPP, do donošenja rešenja o izuzeću, javni beležnik može da preduzme samo one radnje za koje postoji opasnost od odlaganja (član 68. stav 1. ZPP). Izuzetno, po stavu 1. člana 68. ZPP, javni beležnik može rešenjem protiv koga nije dopuštena posebna žalba, da odluči da nastavi sa postupkom ako oceni da je zahtev za izuzeće očigledno neosnovan i da je podnet da bi onemogućio javnog beležnika da preduzme određenu radnju, odnosno da bi se odugovlačio postupak (član 68. stav 2. ZPP). Ako se usvoji zahtev za izuzeće, procesne radnje koje je preduzeo javni beležnik ili odluke koje su donete nakon podnošenja zahteva u skladu sa stavovima 1. i 2. iz člana 68 ZPP biće ukinute.

Odredbe o izuzeću javnog beležnika primenjuju se i za izuzeće pomoćnika, zamenika javnog beležnika i zapisničara.

Izuzeće javnog beležnika u postupku po predlozima za izvršenje podnetih pre 26. maja 2006. godine, (u pitanju su rešenja koje je doneo sud, a još nije nastupila pravosnažnost) i predlozi za izvršenje podneti na osnovu verodostojnih isprava, o kojima nije doneto pravosnažno rešenje za izvršenje

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju (ZIDZI) iz 2009. godine, predviđeno je postupanje javnog beležnika kao poverenika suda u postupku izvršenja. Prema članu 13. ZIDZI iz 2009. godine, predlozi za izvršenje podneti pre 26. maja 2006. godine, koji nisu pravosnažni (u pitanje su doneta rešenja) i predlozi za izvršenje podneti na osnovu verodostojnih isprava za koje nije doneto pravosnažno rešenje o izvršenju, sud predaje na dalji postupak javnim beležnicima. U ovom poslu javni beležnik postupa kao poverenik suda. Kao poverenik suda, javni beležnik preduzima određene procesne radnje, koje su po svojoj prirodi nesporne. Javni beležnik vrši dostavljanje rešenja o izvršenju dužniku, sa pravnom poukom da u roku od osam dana ima pravo na prigovor preko javnog beležnika sudu koji mu je ustupio predmet. Ako je dužnik izjavio prigovor protiv rešenja o izvršenju, javni beležnik ispituje prigovor da li je blagovremen, do-

zvoljen i potpun, i, ako uvidi da je neblagovremen, nedozvoljen i nepotpun, on je ovlašćen da ga odbaci.

Ako javni beležnik ne odbaci prigovor, predmet dostavlja sudu na dalji postupak kao po tužbi u postupku po prigovoru za izdavanje platnog naloga. Ako nema prigovora do isteka predviđenog roka, javni beležnik na rešenje stavlja potvrdu o pravnosnažnosti i izvršnosti.

Javni beležnik u ovom postupku može da se izuzme. Imajući u vidu odredbu iz člana 135. stav 1. ZJB i član 149. stav 1. ZJB iz 2016. godine, prema kojoj javni beležnik postupa kao poverenik suda ili drugog organa, primenjuju se pravila kojima se uređuje postupak u kome mu je povereno obavljanje određenih poslova, naročito pravila o izuzeću. Na prvi pogled proizlazi da treba da se primene pravila o izuzeću koja su sadržana u ZI, zato što su odredbe prema kojima sud predaje na postupanje predloge za izvršenje kod javnog beležnika koji postupa kao poverenik suda sadržane u ZID ZI iz 2009. godine. Međutim ako se ima u vidu član 1. ZI u kome su uređena pravila prema kojim izvršitelji postupaju radi prinudnog izvršenja sudskih odluka koje glase na ispunjenje obveza, prinudno izvršenje odluka donetih u upravnom postupku koje glase na ispunjenje novčane obveze i prinudno izvršenje javnobeležničke isprave i drugih izvršnih isprava predviđenih zakonom, postaje sasvim jasno da javni beležnik u ovom postupku ne preuzima izvršne radnje za prinudno izvršenje u smislu odredaba ZI. Naprotiv, u ovom postupku javni beležnik preuzima radnje sa ciljem da donese rešenje koje treba da bude osnov za izvršenje (izvršna isprava). Radnje koje treba da preduzme javni beležnik su radnje koje sud prenosi da ih preduzme javni beležnik koji postupa kao poverenik suda, a pošto su one uređene u ZPP, onda javni beležnik preuzima te radnje prema ZPP, u skladu sa članom 10 ZI, pa zbog toga za izuzeće javnog beležnika, pomoćnika ili zamenika javnog beležnika, smatramo da treba da se postupa i da se primene odredbe ZPP kojim je uređeno izuzeće sudija (član 64. do 69. ZPP).¹⁸

*Izuzeće javnog beležnika u postupku za dostavljanje pismena
po Zakonu o parničnom postupku*

ZPP predviđa mogućnost da dostavljanje pismena može da se vrši i preko javnog beležnika.¹⁹ Na zahtev stranke koja traži i saglasna je da naknadi troškove i nagradu javnom beležniku povodom dostavljanja pismena, sud može reše-

¹⁸ Ovakav stav je zauzet i u pravnom mišljenju Stručnog saveta Javnobeležničke Komore Republike Makedonije na sednici održanoj 29.03.2012 godine, usvojen od Upravnog odbora javno beležničke Komore Republike Makedonije, na sednici održanoj 19.05.2012 godine. Vidi: *Zbirka na pravni mislenja, zaključoci i obrasci*, 2014, str. 75, 76.

¹⁹ Vidi : član 128. ZPP.

njem da odluči da se dostavljanje nekog pismena poveri javnom beležniku kojeg je stranka predložila. Javni beležnik vrši dostavljanje u skladu sa odredbama ZPP.²⁰ Po svojoj prirodi dostavljanje pismena je parnična radnja koju preduzima sud sa ciljem da se omogućí adresatu da se upozna sa sadržajem pismena koje se dostavlja. I u ovom postupku javni beležnik može biti izuzet. Imajući u vidu da se radi o poverenim poslovima od strane suda u skladu sa ZPP i u ovom slučaju o izuzeću javnog beležnika na odgovarajući način primenjuju se odredbe o izuzeću sidi je predviđene u članu 64. do 69. u ZPP.

Pravne posledice od postupanje javnog beležnika koji je trebao biti izuzet ili je bio izuzet

ZJB nema izričitu odredbu o pravnim posledicama o postupanju javnog beležnika koji je trebao biti isključen ili je bio izuzet. Pošto su u pitanje apsolutni razlozi koji su po svojoj prirodi takvog intenziteta gde ne treba da se dokazuje funkcionalna veza između određenog svojstva ili odnos javnog beležnika sa konkretnim predmetom ili sa strankama, dovedena je u pitanje nepristrasnost javnog beležnika i njegova objektivnost i javnobeležnički akt ili sollemnizacija su ništavi.²¹ Stranke imaju mogućnost da traže tužbom da se utvrdi da je taj javnobeležnički akt ništavan ili da je ta sollemnizacija ništavna.

ZJB iz 2016. godine u članu 32. stav 6. propisao je da javnobeležnička isprava koja je sastavljena protivno odredbama ovog člana (u pitanju su odredbe o izuzeću javnog beležnika), ne proizvodi pravno dejstvo.

ZAKLJUČAK

Na osnovu napred izloženog možemo zaključiti da odredbe u kojima su navedeni razlozi o izuzeću javnog beležnika koji su predviđeni i sadržani u ZJB i u ZJB iz 2016 godine su veoma restriktivne. Ni u ZJB iz 2016. godine nisu navedeni svi razlozi apsolutne prirode koji su trebali da budu navedeni. Pored apsolutnih razloga za izuzeće javnog beležnika, trebalo je da se predvidi i razlog koji je relativnog karaktera da bi mogle stranke da traže izuzeće javnog beležnika i kada postoje okolnosti koje ukazuju da postoji osnovana sumnja da javni beležnik može u

²⁰ Za postupanje javnog beležnika kao poverenika suda u odnosu na dostavljanje pismena vidi član 129. ZPP.

²¹ Tako i M. Povlakić, Ch. Schalast, V. Sovtić: *Komentar Zakona o notarina u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 97. Prema Zakonu o notarijatu Crne Gore, javnobeležnički akt nema svojstvo javne isprave ako je postojao razlog za izuzeće javnog beležnika (član 28. stav 3). Prema Zakonu o javnom beležništvu Republike Srbije, javnobeležnička ispravu koju je sastavio javni beležnik protivno odredbama o izuzeću nema pravno dejstvo javne isprave (član 54. stav 4).

tom konkretnom predmetu da bude nepristrasan. Zbog toga što ni u ZJB ni u ZJB iz 2016 godine nema odredbe o postupku za izuzeće, trebalo je da se predvide takve odredbe ili da se uputi na supsidijernu primenu odredaba ZPP.

Odredbe o izuzeću javnog beležnika koje su predviđene i sadržane u drugim zakonima su daleko brojnije i daju garanciju da će javni beležnik biti objektivčan i nepristrasan.

I pored činjenice da izuzeće javnog beležnika nije uređeno na najbolji mogući način i pored malog broja razloga za izuzeće koji su navedeni u zakonima, u dosadašnjem radu javni beležnici su pokazali visoki nivo stručnosti, objektivnosti i nepristrasnosti.

ARSEN JANEVSKI, LL.D.,
Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
Skopje, University "Ss. Cyril and Methodius", Skopje

EXEMPTION OF NOTARIES

Summary

The legal institute exemption of notaries exists for the purposes of achieving specific legally-political and legally-technical objectives. It has to ensure the legality, objectivity, independence and impartiality in the work of notaries. The exclusion and exemption of notaries should preserve the reputation of the notaries in the country and to preserve citizens' trust in the work of notaries. In this paper the author has dealt with several issues related to the institute exemption of notaries. In addition to the concept and importance of the institute exemption, the paper elaborates on the exemption of notaries under the Law on Notary service of the Republic of Macedonia (in actions that are governed by that law), then the exemption of notaries in the procedure of rendering a decision to allow enforcement on the basis of an authentic instrument, and the exemption of notaries when the notary performs duties as trustee of the court or other authorities. This part of the paper particularly address the issues of exemption of notaries in the legacy proceedings, in the process of delivery of written communications and in the procedure upon the proposals for enforcement submitted before 26 May 2006, which are not legally binding. The paper also addresses the issue when a notary has not been exempted, but it should have been exempted. The author points out that the Law on Notary service has little grounds that lead to exemption of the notary *ex lege* and that their number should be increased, or the possibility of subsidiary application of the provisions on exemption from the Code of Civil Procedure should be provided. At the end of the paper are the conclusions where the author especially emphasizes that the procedure and the grounds for disqualification of a notary in the Law on Notary service are not determined in the best possible way and that they should be additionally regulated.

NIKOLA BODIROGA

ŽALBA U NOVOM ZAKONU O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU

O DOZVOLJENOSTI ŽALBE U IZVRŠNOM POSTUPKU

Ponovno uvođenje žalbe u izvršni postupak je opravdano potrebom za obezbeđivanjem suštinske dvostepenosti odlučivanja i time poštovanja ustavnih garantija o pravu na pravni lek. Propisivanje prigovora u izvršnom postupku najpre zakonom iz 2000. godine, a onda i zakonom iz 2011. godine nije dalo rezultate. Sistem pravnih lekova ustrojen zakonom iz 2011. godine je bio drastično redukovan.¹ Govorilo se da je time obezbeđena dvostepenost u odlučivanju, doduše u okviru istog suda. Imajući u vidu broj osnovnih i privrednih sudova takvo rešenje je vodilo parcelizaciji sudske prakse, odnosno sprečavanju njenog ujedinjavanja.²

Zakon o izvršenju i obezbeđenju³ koji je stupio na snagu 1. jula 2016. godine, opredelio se za vraćanje žalbe u izvršni postupak, uz istovremeno zadržavanje prigovora u određenim situacijama. U članu 24, stav 2 ZIO propisano je da se žal-

Dr Nikola Bodiřoga, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao u okviru projekta "Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije" koji podrđava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja" (ev.broj 179059).

¹ R. Keća, *Gradansko procesno pravo*, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Beograd 2014, str. 550.

² O svim nedostacima prigovora kao pravnog leka u izvršnom postupku, videti J. Uitdehaag et al, *Sveobuhvatna analiza sistema izvršenja u Srbiji*, Beograd 2014, str. 181–184.

³ Zakon o izvršenju i obezbeđenju–ZIO, *Sluđbeni glasnik RS*, br. 106/2015.

bom pobija rešenje prvostepenog suda ili javnog izvršitelja, ako ovim zakonom nije određeno da žalba nije dozvoljena ili da se takvo rešenje pobija prigovorom. To znači da je opšte pravilo da je žalba protiv svakog rešenja dozvoljena, osim ako je zakon izričito ne isključuje. To se može učiniti propisivanjem prigovora kao pravnog leka ili pak izričitom odredbom o nedozvoljenosti same žalbe.

Ono što je prethodno pitanje kod dozvoljenosti žalbe jeste pitanje odluka u izvršnom postupku, jer je žalba dozvoljena samo protiv rešenja prvostepenog suda i javnog izvršitelja, pa onda prvo treba utvrditi u kojim situacijama sud, odnosno javni izvršitelj odlučuju rešenjem.⁴ Kada se to utvrdi može se dati konačan sud o značaju žalbe u izvršnom postupku.

Članom 23, stav 1 ZIO propisano je da sud i javni izvršitelj donose rešenja i zaključke. U stavu 2 istog člana se navodi da se rešenjem odlučuje o predlogu za izvršenje ili obezbeđenje, zatim o prigovoru i u drugim slučajevima određenim zakonom. To znači da se rešenjem predlog za izvršenje usvaja (time sud određuje izvršenje, a isto važi i za javnog izvršitelja kod komunalnih potraživanja, mada je tu kao pravni lek propisan prigovor) ili odbija ili odbacuje.

Tradicionalno shvaćen izvršni postupak obuhvata dva stadijuma: određivanje izvršenja (tj. donošenje rešenja o izvršenju) i sprovođenje izvršenja.

Kad je reč o određivanju izvršenja od strane suda, osim žalbe na rešenje o izvršenju na osnovu izvršne isprave, odnosno žalbe na rešenje kojim se odbija ili odbacuje predlog za izvršenje na osnovu izvršne isprave, pravo na izjavljivanje žalbe postoji i kada je reč određivanju izvršenja na osnovu verodostojne isprave. Naime, iako je propisano da se protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave može izjaviti prigovor (član 24, stav 3 ZIO), protiv odluke veća troje sudija istog suda koje je odbacilo ili odbilo prigovor protiv obavezujućeg dela rešenja žalbu može da izjavi izvršni dužnik (član 94, stav 1 ZIO), dok protiv odluke veća kojom je usvojen prigovor na obavezujući deo rešenja žalbu može da izjavi izvršni poverilac. Isto važi i ako je odbačen, odbijen ili usvojen prigovor protiv određujućeg dela rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave (član 100 ZIO), odnosno ako je odbačen, odbijen ili usvojen prigovor protiv rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave u celini.

Kada javni izvršitelj određuje izvršenje po predlogu za naplatu potraživanja za izvršene komunalne i slične usluge, ZIO ne upućuje na primenu člana 94 ZIO, što znači da protiv odluke veća troje sudija o odbacivanju, odbijanju ili usvajanju prigovora bez obzira da li se radi o obavezujućem, odnosno određujućem delu re-

⁴ O potrebi kontrole rada javnog izvršitelja videti A. Janevski, "Dejudicialization of Enforcement Function" in *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of Studies and Analyses, Third Regional Conference*, Tirana 2013, str. 401-409.

šenja o izvršenju, ili pak o rešenju o izvršenju na osnovu verodostojne isprave u celini, pravo na žalbu ne postoji.

Osim navedenih situacija u kojima se odlučuje o predlogu za izvršenje, tj. određuje izvršenje, interesantne su i druge situacije u kojima sud, odnosno javni izvršitelj odlučuje rešenjem.

Sud, odnosno javni izvršitelj donose i rešenja koja imaju dejstvo rešenja o izvršenju (npr. rešenje kojim javni izvršitelj, na predlog izvršnog poverioca, obavezuje izvršnog dužnika da plati vrednost stvari koje je izvršni poverilac kupio, čl.349, stav 2 ZIO) ali se protiv takvog rešenja može izjaviti samo prigovor (član 72, stav 4 ZIO). Protiv rešenja kojim se odbija ili odbacuje zahtev za izuzeće sudije dozvoljen je prigovor, a ne žalba (član 13, stav 4 ZIO). Protiv rešenja o usvajanju predloga za vraćanje u pređašnje stanje žalba nije dozvoljena (član 28, stav 2 ZIO). Protiv rešenja o odbacivanju ili odbijanju predloga za vraćanje u pređašnje stanje dozvoljen je prigovor, a ne žalba (član 28, stav 3 ZIO). Rešenjem se odlučuje i o naknadi troškova, ali je protiv tog rešenja dozvoljen prigovor (član 34, stav 5 ZIO). Rešenjem se odbija ili odbacuje zahtev za izuzeće javnog izvršitelja, ali se protiv tog rešenja može izjaviti samo prigovor (član 68, stav 4 ZIO). Rešenjem se odbacuje, odbija ili usvaja prigovor trećeg lica. Protiv rešenja o odbacivanju ili usvajanju prigovora, dozvoljen je prigovor (član 110, stav 1, što znači da žalba nije dozvoljena), dok protiv rešenja o odbijanju prigovora žalba nije dozvoljena (član 110, stav 2 ZIO).

Protiv rešenja kojim se usvaja predlog za protivizvršenje, odnosno rešenja kojim se obavezuje izvršni poverilac da vrati ono što je izvršenjem primio i istovremeno određuje sredstvo i predmet izvršenja izvršni poverilac može da izjavi žalbu (član 117, stav 2 ZIO).

Javni izvršitelj rešenjem protiv kojeg žalba nije dozvoljena odlaže izvršenje koje još nije počelo (član 120, stav 1 ZIO). Protiv rešenja o odlaganju izvršenja na osnovu sporazuma stranaka žalba nije dozvoljena (član 121, stav 5 ZIO). Protiv rešenja kojim se odlučuje o predlogu za odlaganje izvršnog dužnika ili trećeg lica dozvoljen je prigovor (član 124, stav 2 ZIO)⁵, a isto je i sa rešenjem o nastavljanju izvršenja pre isteka vremena na koje je odloženo (član 127, stav 5 ZIO).

⁵ Imajući u vidu nejasno i neprecizno formulisane uslove pod kojima se može odložiti izvršenje na predlog izvršnog dužnika, bilo bi opravdano da se rešenje o tom predlogu može pobijati žalbom. Izvršni dužnik može u toku izvršnog postupka da predloži javnom izvršitelju da odloži izvršenje (član 122, stav 1 ZIO). Izvršenje može u tom slučaju da se odloži ako izvršni dužnik učini verovatnim da bi usled izvršenja pretrpeo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu, koja je veće od one koju bi zbog odlaganja pretrpeo izvršni poverilac, i ako odlaganje opravdavaju naročiti razlozi koje izvršni dužnik dokazuje javnom ili po zakonu overenom privatnom ispravom (član 122, stav 2 ZIO). Kako će se odmeravati visina štete koju bi pretrpeo izvršni dužnik (ako izvršenje ne bi

O obustavi izvršnog postupka javni izvršitelj odlučuje rešenjem (član 129 ZIO). Kako zakon čuti o dozvoljenosti žalbe, tj. kako ne isključuje pravo na izjavljivanje žalbe niti propisuje da se može izjaviti prigovor, to se, prema opštim odredbama ZIO, može zaključiti da je žalba dozvoljena. Kada se izvršni postupak okončava zaključenjem, onda izvršni poverilac ako smatra da nije u celosti ili pravilno namiren može podneti predlog za nastavak izvršnog postupka, a protiv rešenja o predlogu je dozvoljen prigovor, a ne žalba (član 130, stav 4 ZIO). Novčana kazna (član 131 ZIO) se izriče rešenjem, a protiv tog rešenja je dozvoljen prigovor, a ne žalba. Protiv rešenja o izvršenju novčane kazne može se izjaviti prigovor (član 132, stav 2), kao i protiv rešenja kojim se novčana kazna zamenjuje kaznom zatvora (član 132, stav 6).

U stadijumu sprovođenja izvršenja najčešće se odlučuje zaključkom protiv kojeg nisu dozvoljeni ni žalba ni prigovor, a ni zahtev za otklanjanje nepravilnosti. Stranka i učesnik u postupku mogu zahtevati da se otklone nepravilnosti koje su nastale u toku i povodom sprovođenja izvršenja. Nepravilnosti mogu da se sastoje od nedonošenja odluke i preduzimanja ili propuštanja radnje (član 148, stav 1 ZIO). To znači da se čak ni zahtev za otklanjanje nepravilnosti ne može podneti protiv odluka (najčešće se radi o zaključcima), koje se donose u stadijumu sprovođenja izvršenja. Izuzetak je normiran članom 193 ZIO – zaključak o predaji nepokretnosti. Protiv tog zaključka je dozvoljen zahtev za otklanjanje nepravilnosti. Bez obzira na to da li se zahtev za otklanjanje nepravilnosti podnosi protiv zaključka o predaji nepokretnosti (član 193 ZIO) ili u slučajevima nedonošenja odluke i preduzimanja ili propuštanja radnje, odluka o zahtevu za otklanjanje nepravilnosti se donosi u formi rešenja, protiv kojeg se može podneti prigovor samo ako je zahtev odbačen ili odbijen, odnosno ako o zahtevu nije odlučeno u roku od pet dana od dana prijema zahteva (član 148, stav 5 ZIO). Jedna od retkih situacija u kojoj se odlučuje rešenjem u fazi sprovođenja izvršenja, jeste kada javni izvršitelj odlučuje o osporavanju potraživanja u postupku izvršenja radi naplate novčanog potraživanja predajom nepokretnosti, pod uslovom da među strankama nisu sporne činjenice ili ako se osporavanje dokazuje pravnosnažnom odlukom ili po zakonu overenom javnom ili privatnom ispravom. No i protiv tog rešenja žalba nije dozvoljena (član 203, stav 2 ZIO). Protiv rešenja o izricanju sudskih penala

bilo odloženo) i one koju bi pretrpeo izvršni poverilac (ako bi došlo do odlaganja izvršenja) i koje su to javne ili po zakonu overene privatne isprave koje će se koristiti kao dokazna sredstva, ostaje da se vidi u praksi. Međutim, kako je protiv rešenja donetog o predlogu za odlaganje dozvoljen prigovor, što znači da je žalba isključena, praksa po ovom pitanju će se formirati u okviru prvostepenih sudova: osnovnih i privrednih. Drugostepeni sudovi neće imati priliku da se o ovom pitanju izjasne, a ono je tesno povezano sa sprovođenjem izvršenja u razumnom roku.

(član 340, stav 5 ZIO), kao i protiv rešenja o izvršenju tog rešenja (član 342, stav 2 ZIO dozvoljen je prigovor).

U postupku obezbeđenja žalba je dozvoljena samo protiv rešenja kojim se odlučuje o predlogu za obezbeđenje i protiv rešenja o obustavi postupka obezbeđenja (član 423, stav 1 ZIO).

Analizom navedenih odredbi može se zaključiti da će domašaj žalbe u izvršnim postupcima koji se budu vodili po novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju biti jako sužen, odnosno svodiće se prvenstveno na kontrolu zakonitosti i pravilnosti rešenja kojim se odlučuje o predlogu za izvršenje, protivizvršenje ili obezbeđenje i rešenja kojim se obustavlja izvršenje, odnosno obezbeđenje. Sprovođenje izvršenja ostaje u potpunosti van kontrole, jer se odluke koje se donose u ovom stadijumu izvršnog postupka ne mogu napadati ni žalbom ni prigovorom, a ni zahtevom za otklanjanje nepravilnosti (osim izuzetka iz člana 193 ZIO). Nedonošenje odluke, preduzimanje ili propuštanje radnje u stadijumu sprovođenja izvršenja mogu se napadati zahtevom za otklanjanje nepravilnosti. O zahtevu se odlučuje rešenjem. Protiv tog rešenja se može izjaviti prigovor samo ako je zahtev odbačen ili odbijen, odnosno ako o zahtevu ne bude odlučeno u roku od pet dana od dana prijema zahteva (član 148, stav 5 ZIO).

POSTUPAK PO ŽALBI PROTIV REŠENJA O IZVRŠENJU NA OSNOVU IZVRŠNE ISPRAVE

Protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave žalbu može da podnese izvršni dužnik (član 73, stav 1 ZIO), dok izvršni poverilac može žalbom da pobija rešenje o odbacivanju predloga za izvršenje ili rešenje o odbijanju predloga za izvršenje ili rešenje kojim je prekoračen njegov zahtev (član 73, stav 2 ZIO). Žalba se podnosi u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja (član 25, stav 1 ZIO).

Izvršni dužnik može žalbom da pobija rešenje o izvršenju iz sledećih razloga koji sprečavaju sprovođenje izvršenja: 1) ako isprava na osnovu koje je doneto rešenje o izvršenju nema svojstvo izvršne isprave; 2) ako je izvršna isprava na osnovu koje je doneto rešenje o izvršenju poništena, ukinuta, preinačena stavljena van snage ili nije izvršna; 3) ako su sudsko ili upravno poravnanje ili javno-beležnički zapisnik o poravnanju na osnovu kojih je doneto rešenje o izvršenju poništeni ili na drugi način stavljeni van snage; 4) ako nije protekao rok za ispunjenje obaveze izvršnog dužnika; 5) ako obaveza izvršnog dužnika zavisi od prethodnog ili istovremenog ispunjenja obaveze izvršnog poverioca, a izvršni poverilac nije ispunio svoju obavezu ili nije obezbedio njeno ispunjenje ili uslov nije nastupio; 6) ako je potraživanje prestalo na osnovu činjenice koja je nastala u vre-

me kada izvršni dužnik više nije mogao da je istakne u postupku iz koga potiče izvršna isprava ili posle zaključenog sudskog ili upravnog poravnanja ili javnobeležničkog zapisnika o poravnanju; 7) ako potraživanje nije prešlo na izvršnog poverioca ili obaveza nije prešla na izvršnog dužnika; 8) ako je protekao rok u kome može da se zahteva izvršenje; 9) ako je izvršenje određeno na stvarima i pravima koji su izuzeti od izvršenja ili na kojima je izvršenje ograničeno; 10) ako je potraživanje koje je dosuđeno u izvršnoj ispravi zastarelo; 11) ako je u rešenju o izvršenju određen mesno nenadležan javni izvršitelj.

Sadržina žalbe je normirana na stroži način neko u Zakonu o parničnom postupku, jer je izvršni dužnik dužan da u žalbi navede razloge zbog kojih pobija rešenje o izvršenju, činjenice i dokaze kojima potkrepljuje razloge za pobijanje rešenja o izvršenju i da priloži sve pismene dokaze na koje se poziva u žalbi (član 75, stav 1 ZIO).⁶ U suprotnom, žalba se rešenjem odbacuje kao nepotpuna bez prethodnog vraćanja na dopunu (član 75, stav 2 ZIO).

Žalba se podnosi prvostepenom sudu koji je doneo rešenje o izvršenju (član 76, stav 1 ZIO). Prvostepeni sud rešenjem odbacuje žalbu koja nije blagovremena, potpuna i dozvoljena, u roku od pet dana od dana prijema žalbe i dužan je da otpravi rešenje u naredna tri radna dana. Protiv rešenja o odbacivanju žalbe izvršni dužnik ima pravo na žalbu roku od tri dana od dana prijema rešenja (član 76, stav 2 ZIO). Ako izvršni dužnik podnese žalbu protiv rešenja o odbacivanju žalbe, prvostepeni sud je dostavlja drugostepenom sudu narednog radnog dana od dana njenog prijema. Ako drugostepeni sud usvoji žalbu protiv rešenja o odbacivanju žalbe, on dostavlja žalbu protiv rešenja o izvršenju na odgovor izvršnom poveriocu i potom odlučuje o njoj (član 76, stav 3 ZIO). Kopija spisa predmeta uvek ostaje prvostepenom sudu (član 76, stav 4 ZIO).

Ako prvostepeni sud ne odbaci žalbu protiv rešenja o izvršenju, dužan je da je dostavi na odgovor izvršnom poveriocu, u roku od pet dana od dana prijema žalbe (član 77, stav 1 ZIO). Rok za odgovor za žalbu iznosi osam dana od dana dostavljanja žalbe izvršnom poveriocu (član 77, stav 2 ZIO). Prvostepeni sud dostavlja žalbu, odgovor na žalbu i spise predmeta drugostepenom sudu narednog radnog dana od dana prijema odgovora na žalbu ili isteka roka za odgovor na žalbu (član 78, stav 1 ZIO). Kopija spisa predmeta ostaje prvostepenom sudu (član 78, stav 2 ZIO). Iz ovoga sledi da prvostepeni sud nema ovlašćenje da ceni osno-

⁶ Za preciznije označavanje razloga za osporavanje rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave videti G. Stanković, V. Boranijašević, *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica 2012, str. 143.

vanost žalbe. On ne bi mogao da rešenjem usvoji žalbu i preinači ili ukine svoje rešenje, ako bi ocenio da je žalba osnovana.⁷

Drugostepeni sud ispituje prvostepeno rešenje u granicama razloga navedenih u žalbi, pazeći po službenoj dužnosti na pravilnu primenu materijalnog prava, da li je sud nadležan za donošenje rešenja o izvršenju, na stvarnu i mesnu nadležnost suda, da li isprava na osnovu koje je doneto rešenje o izvršenju ima svojstvo izvršne isprave, da li je protekao rok u kojem može da se zahteva izvršenje i da li je izvršenje određeno na stvari koja je izvan pravnog prometa (član 78, stav 3 ZIO). Ako u žalbi protiv rešenja o izvršenju budu navedene povrede postupka na koje sud ne pazi po službenoj dužnosti (stav 3 ovog člana), drugostepeni sud je dužan da oceni da li su one zaista uticale na zakonitost i pravilnost rešenja o izvršenju (član 78, stav 4 ZIO). To znači da se u žalbi mogu istaći i druge povrede postupka, osim onih koje su propisane u članu 78, stav 3 ZIO, samo što na njih drugostepeni sud ne pazi po službenoj dužnosti. One će imati karakter bitnih samo ako su uticale na zakonitost i pravilnost pobijanog rešenja.

Drugostepeni sud može da donese sledeće odluke: odbacivanje žalbe, odbijanje žalbe ili usvajanje žalbe. Odluka se mora doneti u roku od petnaest dana od dana prijema žalbe, odgovora na žalbu i spisa predmeta. Odluka mora biti otpravljena u roku od tri radna dana od dana donošenja (član 79, stav 1 ZIO). Ako je drugostepeni sud dostavio žalbu na odgovor, onda rok za odlučivanje iznosi 30 dana. Drugostepeni sud dostavlja žalbu na odgovor kada je usvojio žalbu izvršnog dužnika protiv rešenja prvostepenog suda kojim je odbačena žalba protiv rešenja o izvršenju (član 76, stav 3 ZIO). Sud je dužan da usvoji žalbu ako izvršni dužnik pravnosnažnom odlukom ili javnom ili po zakonu overenom ispravom dokaže postojanje razloga koji sprečava postojanje razloga koji sprečava sprovođenje izvršenja (član 79, stav 3 ZIO). Ovde ZIO uvodi princip zakonske ocene dokaza propisujući obavezu sudu kad je dužan da određenu činjenicu smatra dokazanom. Skrećemo pažnju da za javnu ispravu važi oboriva pretpostavka istinitosti, što znači da protivna stranka može da dokazuje neistinitost činjenica navedenih u javnoj ispravi. Po zakonu overena privatna isprava označava privatnu ispravu na kojoj su potpisi overeni u skladu sa zakonom, pa nije jasno zbog čega bi sud morao da činjenice iz takve isprave uzima za dokazane.

Ako oceni da je žalba osnovana drugostepeni sud će usvojiti žalbu i obustaviti izvršni postupak ili usvojiti žalbu, preinačiti prvostepeno rešenje i odbi-

⁷ Ovakvo rešenje sadržao je Zakon o izvršnom postupku iz 2004. godine. Takvo ovlašćenje prvostepenog suda je u funkciji ekonomičnosti postupanja i rasterećenja drugostepenih sudova predmetima u kojima prvostepeni sud iz žalbe i odgovora na žalbu može na jasan i nesumnjiv način da utvrdi da je žalba osnovana i da zameni ili ukine svoje ranije doneto rešenje.

ti predlog za izvršenje ili će usvojiti žalbu, ukinuti prvostepeno rešenje o izvršenju i odbaciti predlog za izvršenje (član 80, stav 1 ZIO). Ako je sprovođenje izvršenja započelo, drugostepeni sud će svojim rešenjem pored obustave izvršnog postupka i da ukine sve sprovedene radnje, osim ako je žalba usvojena zbog stvarne ili mesne nenadležnosti prvostepenog suda, u kojem slučaju o ukidanju sprovedenih radnji odlučuje stvarno i mesno nadležni prvostepeni sud kojem će predmet biti ustupljen. On može ukinuti sprovedene radnje samo ako je to neophodno radi pravilnog vođenja izvršnog postupka (član 80, stav 2 ZIO).

Ako drugostepeni sud rešenjem odbije žalbu izvršnog dužnika, a rešenje drugostepenog suda se zasniva na činjenicama koje su među strankama sporne i koje se odnose na samo potraživanje, izvršni dužnik može u roku od 30 dana od dana dostavljanja rešenja o odbijanju žalbe da pokrene parnični postupak za utvrđivanje nedozvoljenosti izvršenja (član 81, stav 1 ZIO). Iz navedene zakonske odredbe sledi da postoji nekoliko uslova za podnošenje ove tužbe: 1) da je drugostepeni sud rešenjem odbio žalbu izvršnog dužnika; 2) da je drugostepeni sud svoju odluku zasnovao na činjenicama koje su među strankama sporne; 3) da se te činjenice odnose na samo potraživanje obuhvaćeno rešenjem o izvršenju. Iako je ZIO naziva tužbom radi utvrđivanja nedozvoljenosti izvršenja, radi se zapravo o tužbi kojom se traži od suda da jedan procesnopravni odnos zasnovan povodom vođenja izvršnog postupka bude ugašen, pa bi u klasifikaciji tužbi polazeći od vrste pravne zaštite koja se tužbom traži, ovde bila reč o procesno-preobražajnoj tužbi.

Samo podnošenje tužbe ne odlaže izvršenje (član 81, stav 2 ZIO), ali bi izvršni dužnik mogao da dokazuje da bi usled izvršenja pretrpeo nenadoknadivu ili teško nadoknadivu štetu, koja je veća od one koju bi zbog odlaganja pretrpeo izvršni poverilac i ako odlaganje opravdavaju naročiti razlozi koje izvršni dužnik dokazuje javnom ili po zakonu overenom privatnom ispravom (član 122, stav 2 ZIO). O tužbi se raspravlja po pravilima parničnog postupka o sporovima male vrednosti, nezavisno od vrednosti predmeta spora (član 81, stav 4 ZIO). To bi značilo da iako se npr. izvršenje sprovodi na nepokretnosti i tužbom iz člana 81, stav 1 ZIO se traži utvrđenje nedozvoljenosti izvršenja na nepokretnosti, radilo bi se o postupku o sporu male vrednosti, što je suprotno odredbama ZPP (član 469) prema kojima sporovi o nepokretnosti nikad ne mogu biti sporovi male vrednosti.

Posledice usvajanja zahteva iz tužbe za utvrđivanje nedozvoljenosti izvršenja mogu biti različite u zavisnosti od toga da li je izvršni postupak okončan ili ne. Ukoliko je parnični sud pravnosnažno utvrdio nedozvoljenost izvršenja, javni izvršitelj bi, na predlog izvršnog dužnika bio dužan da obustavi izvršenje, ukinu rešenje o izvršenju (čak iako je rešenje o izvršenju doneo sud) i sve sprovedene radnje (član 81, stav 5 ZIO). Ako je izvršenje okončano tako što je izvršni

poverilac namiren, a glavna rasprava pred prvostepenim sudom nije još zaključena, izvršni dužnik kao tužilac ima pravo da preinači tužbu i bez pristanka izvršnog poverioca i da zahteva da sud obaveže izvršnog poverioca kao tuženog da mu vrati ono što je izvršenjem primio i naknadi troškove izvršnog postupka (član 81, stav 6 ZIO).

POSTUPAK PO ŽALBI PROTIV OSTALIH REŠENJA

Već smo videli da je jako mali broj ostalih rešenja koja se mogu pobijati žalbom, ali bez obzira na to ZIO propisuje posebne procesne odredbe za te malobrojne situacije. Najpre o žalbi protiv ostalih rešenja odlučuje drugostepeni sud (član 82, stav 1 ZIO – kao da o žalbi protiv rešenja o izvršenju ne odlučuje drugostepeni sud). O žalbi protiv rešenja javnog izvršitelja odlučuje drugostepeni sud koji je mesno nadležan da odlučuje o žalbi protiv rešenja o izvršenju (član 82, stav 2 ZIO). Žalilac je dužan da u žalbi navede sve razloge zbog kojih pobija rešenje i činjenice i dokaze na kojima zasniva žalbu, u suprotnom se žalba odbacuje kao nepotpuna, bez prethodnog vraćanja na dopunu (član 82, stav 4 ZIO, isto kao i u članu 75 ZIO za žalbu protiv rešenja o izvršenju). Žalba se podnosi prvostepenom sudu ili javnom izvršitelju ako se pobija njegovo rešenje (član 83, stav 1 ZIO). Prvostepeni sud ima ista ovlašćenja kao i kod žalbe na rešenje o izvršenju, što znači da kontroliše blagovremenost, dozvoljenost i potpunost žalbe. Razlika je u tome što prvostepeni sud žalbu može, ali ne mora, da dostavi na odgovor izvršnom poveriocu. U pitanju je procena prvostepenog suda da li je to celishodno i da li će to doprineti lakšem utvrđivanju osnovanosti žalbe.

Drugostepeni sud pazi po službenoj dužnosti na pravilnu primenu materijalnog prava, da li je sud nadležan da donese rešenje (isto važi i za nadležnost izvršitelja) kad se osporava njegovo rešenje i na stvarnu i mesnu nadležnost suda (član 84, stav 1 ZIO). I ovde se ne vidi neka specifičnost (osim što se ne pazi na to da li je isprava na osnovu koje je određeno izvršenje izvršna isprava, da li je protekao rok u kojem se može tražiti izvršenje i da li je izvršenje određeno na stvari koja je izvan pravnog prometa – navedene razloge je samo moguće istaći u žalbi na rešenje o izvršenju). Ukoliko se žalilac poziva na druge povrede postupka, drugostepeni sud je dužan da ispita da li su te povrede uticale na zakonitost i pravilnost rešenja samo ako se pobija rešenje o odbacivanju ili odbijanju predloga za izvršenje na osnovu izvršne isprave (član 84, stav 2 ZIO). Na sva druga pitanja primenjuju se odredbe o žalbi protiv rešenja o izvršenju.

ŽALBA PROTIV REŠENJA DONETOG PO PRIGOVORU
NA REŠENJE O IZVRŠENJU NA OSNOVU VERODOSTOJNE ISPRAVE

Izvršni dužnik može prigovorom da pobija rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, a izvršni poverilac rešenje o odbacivanju ili odbijanju predloga za izvršenje na osnovu verodostojne isprave (član 85, stav 1 ZIO). Deo rešenja kojim su odmereni troškovi može da se pobija samo prigovorom (član 85, stav 2 ZIO). Stranke mogu žalbom da pobijaju rešenje koje je doneto o prigovoru, izuzev kada su pobijale samo deo rešenja kojim su odmereni troškovi postupka, u kom slučaju žalba nije dozvoljena (član 85, stav 3 ZIO).

Ako izvršni dužnik pobija rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave samo u delu u kome je obavezan da namiri potraživanje (obavezujući deo rešenja), a veće odbaci prigovor, protiv tog rešenja izvršni dužnik ima pravo da izjavi žalbu (član 92, stav 2 ZIO). Ukoliko pak isti prigovor izvršnog dužnika veće odbije, izvršni dužnik bi imao pravo na žalbu protiv tog rešenja, a ukoliko bi isti prigovor izvršnog dužnika bio usvojen žalbu bi mogao da izjavi izvršni poverilac (član 94, stav 1 ZIO).

Ako je veće odbacilo prigovor izvršnog dužnika protiv određujućeg dela rešenja o izvršenju (deo rešenja kojim su određeni sredstvo i predmet izvršenja) na osnovu verodostojne isprave, ZIO se u članu 98 ne izjašnjava o pravu na žalbu, ali se to pravo može izvesti iz opštih odredaba ZIO po kojima je žalba dozvoljena, ako zakonom nije isključeno pravo na podnošenje žalbe, odnosno ako nije propisano da se može izjaviti prigovor (član 24, stav 2 ZIO). Kako to nije slučaj, može se zaključiti da u opisanoj situaciji izvršni dužnik ima pravo da izjavi žalbu. To znači da, ako je usvojen prigovor izvršnog dužnika protiv određujućeg dela rešenja o izvršenju, izvršni poverilac bi imao pravo na žalbu, a ako je prigovor izvršnog dužnika odbacen ili odbijen, pravo na žalbu bi imao sam izvršni dužnik—isto kao kod usvajanja, odbacivanja ili odbijanja prigovora protiv obavezujućeg dela rešenja o izvršenju (član 100 ZIO). Ista pravila o dozvoljenosti žalbe važe i kada izvršni dužnik pobija rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave u celini (član 106 ZIO).

ODNOS PRIGOVORA I ŽALBE U IZVRŠNOM POSTUPKU

Vraćanjem žalbe u izvršni postupak prigovor nije prestao da postoji kao pravni lek. Pitanje njihovog međusobnog odnosa je veoma značajno u kontekstu koncepcije sistema pravnih lekova za koju se zakonodavac opredelio.⁸

⁸ Za moguća rešenja odnosa između prigovora i žalbe u izvršnom postupku videti E. Vincen, J. Uitdehaag, *Civil Enforcement in Western Balkans*, Tirana 2011, str. 199.

U članu 24 ZIO učinjen je pokušaj da se razgraniče situacije u kojima se podnosi žalba od onih u kojima se podnosi prigovor. Žalbom se pobija rešenje prvostepenog suda ili javnog izvršitelja, ako ovim zakonom nije određeno da žalba nije dozvoljena ili da se takvo rešenje pobija prigovorom (član 24, stav 2 ZIO). Iz toga sledi da postoje prvostepena rešenja suda i javnog izvršitelja koja se pobijaju žalbom i ona koja se pobijaju prigovorom. Nije međutim jasno koji je kriterijum razgraničenja ovde primenjen. To se može pokazati na pojedinim primerima. Kada prvostepeni sud odbaci ili odbije predlog za izvršenje na osnovu izvršne isprave, izvršni poverilac može da izjavi žalbu (član 73, stav 2 ZIO). Ukoliko isti sud odbaci ili odbije predlog za izvršenje na osnovu verodostojne isprave izvršni poverilac može da izjavi prigovor (član 85, stav 1 ZIO). Zašto se u situaciji kada je odbačen ili odbijen predlog za izvršenje na osnovu izvršne isprave dozvoljava žalba, a ako je odbačen ili odbijen predlog za izvršenje na osnovu verodostojne isprave prigovor, ostaje nejasno. Slična konfuzija postoji i kod odlučivanja o prigovoru trećeg lica. Protiv rešenja o usvajanju ili odbacivanju prigovora trećeg lica dozvoljen je prigovor (član 110, stav 1 ZIO), dok protiv rešenja o odbijanju prigovora trećeg lica žalba nije dozvoljena (član 110, stav 2 ZIO), a u osnovnim odredbama stoji da se protiv rešenja donetog o prigovoru može izjaviti prigovor samo kod prigovora trećeg lica (član 24, stav 4 ZIO koji upućuje na član 110, stav 2 koji govori o pravu na prigovor protiv rešenja o odbijanju prigovora trećeg lica).

Iz člana 24 ZIO se može se zaključiti da se žalbom mogu napadati i rešenja doneta o prigovoru, ako je to zakonom propisano. Takav je slučaj sa rešenjem o odbacivanju, odbijanju ili usvajanju prigovora na rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave. Odluka veća o odbacivanju, odbijanju ili usvajanju prigovora može biti napadnuta žalbom, što je prilika za drugostepeni sud da proveri zakonitost i pravilnost odluke prvostepenog veća. U tim situacijama, postupak po žalbi je drugostepeni postupak koji sledi nakon što je doneta odluka o prigovoru.

ZAKLJUČAK

Razgraničenje situacija u kojima se odluka suda ili javnog izvršitelja može napadati žalbom, od onih u kojima se protiv tih odluka može izjaviti prigovor, pre svega je od značaja za mogućnost ujednačavanja sudske prakse. Jedan od glavnih nedostataka prethodnog zakona jeste bio upravo u tome, što je tzv. dvostepenost u okviru istog suda, tj. odlučivanje o prigovoru od strane veća troje sudija istog onog suda koji je doneo pobijano rešenje, sprečavalo suštinsku kontrolu zakonitosti i pravilnosti postupanja u izvršnom postupku. Tako se formiranje prak-

se i razmatranje spornih pitanja odvijalo u okvirima prvostepenih sudova, osnovnih i privrednih.

Stupanjem na snagu novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju i vraćanjem žalbe u izvršni postupak omogućava se da se o zakonitosti i pravilnosti rešenja suda i javnog izvršitelja izjasne viši sudovi, odnosno Privredni apelacioni sud. Na taj način se ujednačavanje sudske prakse nameće kao realan cilj, pogotovo ako se radi o praksi privrednih sudova. Domašaj intervencije drugostepenih sudova (viših sudova i Privrednog apelacionog suda) će upravo zavisiti od broja rešenja suda i javnog izvršitelja koja se mogu napadati žalbom. Njihov broj je zanemarljivo mali i svodi se na ona rešenja kojima se odlučuje o pokretanju postupka (rešenja doneta o predlogu za izvršenje, protivizvršenje ili obezbeđenje) i na rešenja kojima se okončava postupak (obustava izvršnog postupka i postupka obezbeđenja).

Drugo važno pitanje koje se može postaviti jeste uticaj vraćanja žalbe na brzinu izvršnog postupka. Jedan od glavnih argumenata u prilog prigovora, a protiv žalbe u izvršnom postupku, jeste upravo bio da je prigovor u funkciji brzine, jer sve ostaje u okvirima istog suda (donošenje odluke i odlučivanje o prigovoru na tu odluku), dok žalba ima za posledicu kretanje predmeta između prvostepenih i drugostepenih sudova. Zakonodavac je nastojao da brzinu postupka obezbedi korišćenjem nekoliko instrumenata. Na prvom mestu, žalba nema suspenzivno dejstvo, tj. odlaže izvršenje samo kada je to zakonom propisano. Na nekoliko mesta je ponovljeno da nakon dostavljanja spisa drugostepenom sudu radi donošenja odluke, kopija ostaje prvostepenom sudu, odnosno javnom izvršitelju, kako bi on mogao da nastavi sa sprovođenjem izvršenja. Nadalje, propisani su kratki rokovi za podnošenje žalbe na rešenje o izvršenju (osam dana), za donošenje rešenja o odbacivanju žalbe (pet dana od dana prijema žalbe), za otpravljanje tog rešenja (tri radna dana), za podnošenje žalbe protiv rešenja o odbacivanju žalbe (tri dana), za dostavljanje žalbe na odgovor izvršnom poveriocu (pet dana od dana prijema žalbe), za davanje odgovora na žalbu (osam dana), za dostavljanje žalbe, odgovora na žalbu i spisa predmeta drugostepenom sudu (narednog radnog dana od dana prijema žalbe i odgovora na žalbu ili isteka roka za odgovor na žalbu), za donošenje odluke od strane drugostepenog suda (petnaest dana od dana prijema žalbe, odgovora na žalbu i spisa predmeta), za otpravljanje tog rešenja (tri radna dana od dana donošenja). Na kraju, jedna od najvažnijih novina u žalbenom postupku, a koja treba da doprinese brzini, jeste zabrana žalbenom sudu da odlučujući o žalbi i prigovoru ukine prvostepeno rešenje i predmet vrati na ponovno odlučivanje (član 26 ZIO). Sve ove mere treba da doprinesu pomirenju dva zahteva: zahteva za kontrolom zakonitosti i pravilnosti odlučivanja i zahteva za brzim i nesmetanim odvijanjem izvršnog postupka.

NIKOLA BODIROGA, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

RIGHT TO APPEAL IN NEW LAW
ON ENFORCEMENT AND SECURITY

Summary

New Serbian Law on Enforcement and Security has entered into force on July 01, 2016. It has brought significant novelties in enforcement procedure. Appeal as legal remedy has been reintroduced. This is very important for several reasons. First of all, the courts of higher instance (higher courts and Commercial Court of Appeals) will have the opportunity to control the decisions of lower courts and public enforcement agents. That is one step forward towards securing uniform application of Law on Enforcement and Security and other relevant laws by enforcement courts and public enforcement agents. However, only few decisions of enforcement courts and public enforcement agents can be challenged by appeal. Appeal may be lodged mainly against decisions upon motion to enforce or motion to secure enforcement and against decisions terminating enforcement and security of enforcement. Other decisions in enforcement procedure may be challenged by objection within same court, or cannot be challenged at all. Enforcement procedure encompasses two important stages: ordering enforcement and implementing enforcement. Appeal as legal remedy, as envisaged in new Law on Enforcement and Security is only reserved for the first stage (ordering enforcement).

Reasons for lodging appeal may relate to procedural violations, reasons deriving from substantive law and to the facts that imply the claim has ceased to exist. By lodging an appeal the procedure starts before first instance court that has the power to dismiss appeal that is inadmissible, untimely or incomplete. The second instance court decides on merits. New Law on Enforcement and Security has provided very short deadlines and other mechanisms so that second instance courts may decide on appeal without delay.

PROCESNI MEHANIZMI UBRZANOG REŠAVANJA POTROŠAČKIH SPOROVA

U V O D

Zaštitu svojih prava potrošači mogu da ostvare sudskim ili vansudskim putem. Sudska zaštita prava potrošača dugo je smatrana najdelotvornijim načinom za uspostavljanje pravičnih odnosa između subjekata potrošačkog ugovora.¹ Međutim, vremenom je o tome menjan stav, kroz isticanje da koncept sudske zaštite nije pogodan za ostvarenje efikasne zaštite prava potrošača. Ovo zato što postoji raskorak, s jedne strane, između vrednosti potrošačkih sporova (to su po pravilu sporovi male vrednosti) i, s druge strane, visokih troškova i dugog trajanja postupka.² Taj stav je bio potkrepljen Memorandumom o pravnoj zaštiti potroša-

Dr Miodrag Mićović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ O tome: Vuković, Z., *Metode alternativnog rešavanja potrošačkih sporova*, Zbornik radova: Uslužno pravo, Kragujevac, 2013, str. 980.

² U teoriji se kao mane sudskog rešavanja potrošačkih sporova navode: "brzina" (potrošač koji se odluči da zatraži pravdu pred sudom mora biti mnogo strpljiv i spreman da presudu čeka mnogo duže nego što bi to bio slučaj da se odluči za medijaciju ili neki drugi način alternativnog rešavanja spora); psihološka barijera između suda i potrošača (nepoznavanje procedure i pravnog jezika kod potrošača budi nepoverenje i želju da izbegne da se o njihovim pravima rešava pred sudom); visoki troškovi parničenja (troškovi na ime naknade za sastavljanje tužbe i sudske takse, kao i drugi troškovi koje tužilac mora da podnese unapred, ponekad mogu da budu znatno viši nego naknada štete koja može da se ostvari u sudskom postupku, zbog čega je iz finansijskih razloga pristup potrošača sudu faktički onemogućen). O tome: Stanković, G., *Metodi za*

ča EU davne 1985. godine kojim su, između ostalog, promovisane mere sa ciljem pojednostavljenja i pojeftinjenja postupka rešavanja potrošačkih sporova, kao i potreba da se osigura alternativa sudskim dugotrajnim i skupim postupcima putem vansudskih oblika zaštite uz pomoć kojih se sporovi mogu rešavati brže i bez većih troškova. Danas, u tom pogledu nema bitnijih izmena, jer Evropska komisija procenjuje da pravila o vansudskom rešavanju sporova predstavljaju jednu od osnovnih poluga koja treba da doprinese: jačanju poverenja u jedinstveno tržište, boljoj i efikasnijoj zaštiti potrošača, otklanjanju razlika u pogledu sredstava koja treba da omogućе jednostavno, efikasno, brzo i bez većih troškova rešavanje sporova.³

U nastojanju da se otklone nedostaci sudske zaštite promovisani su različiti modeli vansudske zaštite, odnosno tzv. alternativni načini rešavanja sporova (mirenje ili konsilijacija, medijacija ili posredovanje, medijacija sa elementima arbitraže).⁴ Prema Zelenoj knjizi o alternativnom rešavanju sporova za alternativne metode je karakteristično da se sprovode u vansudskim postupcima, u koje ne spada arbitraž,⁵ a uz učešće treće neutralne strane. Ono što je zajedničko za ove postupke, a predstavlja slabost vansudskog rešavanja sporova, to je što strane mogu da odustanu, odnosno da prekinu postupak i što odluka koja se doneše u načelu nije obavezujuća (sporazum ne može da se izvrši prinudnim putem za slučaj da se jedna od strana u postupku ne pridržava postignutog sporazuma).⁶

sudsku zaštitu prava potrošača, Zbornik radova: *Od caveat emptor do caveat venditor*, Kragujevac, 2009, str. 417; Petrović Tomić, N., *Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom*, Anali, br. 2/14, str. 87; Milošević, M., *Alternativni način rešavanja potrošačkih sporova i njihova klasifikacija u Republici Srbiji sa fokusom na postupak medijacije*, <https://www.google.rs/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=monika+milo%C5%a1evi%C4%87+-+alternativno+re%5a0avanje+potro%5a0a%4%8ckih+sporova>, str. 15, pregled 5. jul 2016.

³ Videti: preambule br. 1, 3. i 4. Uredbe EU 524/2013 o regulisanju linijskih potrošačkih sporova.

⁴ Iako se govori o različitim metodama alternativnog načina rešavanja sporova u propisima pojedinih zemalja, kao i u teoriji, se često ne daju jasna razgraničenja između različitih metoda. Šta više, prema našem Zakonu o zaštiti potrošača (čl. 5. st. 1. tač. 30) u istu ravan sa posredovanjem stavlja se i arbitražno rešavanje sporova. O metodama alternativnog rešavanja sporova videti: Vuković, Z., *nav. članak*, str. 982; Milošević, M., *nav. članak*, str. 2.

⁵ U našem pravu pogrešno se arbitraž svrstava u vansudski oblik zaštite potrošača. Sudsku zaštitu prava potrošača mogu da pružaju sudovi opšte nadležnosti, kao državni sudovi, i arbitražni sudovi, kao nedržavni sudovi. Kada se konstituiše arbitražno telo voljom strana u sporu, ono vrši sudsku funkciju. O tome: Stanković, G., *nav. članak*, str. 408.

⁶ O tome: Stanković, G., *Pravna zaštita i ostvarivanje prava i interesa korisnika finansijskih usluga*, Zbornik: XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava, Kragujevac, 2011, str. 870; Petrović, M., *Medijacija kao način rešavanja prekograničnih privrednih sporova iz perspektive prava EU*, Zbornik: Usluge i zaštita korisnika, Kragujevac, 2015, str. 997.

Osim toga, prisutan je stav da se u postupku prvenstveno utvrđuju interesi stranka, a ne njihovo pravo,⁷ zbog čega jedna grupa autora smatra da alternativne metode onemogućavaju pravnu zaštitu potrošača (brojniji su oni koji pokazuju blagonaklonost prema alternativnim metodama).⁸

Do brzog, jednostavnog i bez većih troškova rešavanje sporova je moguće da se dođe ako se uspostavi odgovarajući procesni okvir. U tom cilju, a radi afirmisanja vansudskog rešavanja sporova, poslednjih nekoliko godina na nivou EU doneta je Direktiva 2013/11 o vansudskom rešavanju potrošačkih sporova,⁹ Uredba 524/2013 o regulisanju linijskih (online) potrošačkih sporova,¹⁰ Izvršna uredba 2015/1051 kojom se regulišu modaliteti korišćenja funkcija platforme za online rešavanje sporova, modaliteti podnošenja elektronskog obrasca za pritužbe i načini saradnje među kontaktnim tačkama koje su predviđene u Uredbi 524/2013.¹¹ Sa donošenjem navedenih pravnih akata u okviru EU nisu prestale aktivnosti na planu stvaranja pretpostavki za ubrzano, bez većih troškova, rešavanje potrošačkih sporova. Doneti su i odgovarajući dokumenti (Uredba 861/2007 o uvođenju evropskog postupka za sporove male vrednosti,¹² Uredba 2015/2421 o izmeni Uredbe 861/2007 o uvođenju evropskog postupka za sporove male vrednosti i Uredbe 1896/2006 o uvođenju postupka za evropski platni nalog) uz pomoć kojih treba da se ostvari isti cilj u slučaju da se postupak vodi pred nadležnim sudom. U našem pravu opšta pravila vansudskog rešavanja sporova sadržana su u Zakonu o zaštiti potrošača¹³ i Pravilniku o radu tela za vansudsko rešavanje potrošačkih sporova,¹⁴ a ona koja se odnose na sudski postupak u sporovima male vrednosti i potrošačkim sporovima sadržana su u Zakonu o parničnom postupku.¹⁵

S obzirom da su procesni mehanizmi ključ za ubrzano i bez većih troškova rešavanje potrošačkih sporova kako vansudskim, tako i sudskim putem, u radu će biti analizirani procesni mehanizmi, koji su sadržani u napred navedenim aktima, kako bi mogli da se izvedu zaključci o: sličnostima i razlikama između sudskih i vansudskih mehanizama; načinu, sudskom ili vansudskom, uz pomoć koga

⁷ O tome: Petrović, M., *nav. članak*, str. 987.

⁸ Petrović Tomić, N., *nav. članak*, str. 87.

⁹ *Službene novine EU*, br. 165 od 18.6.2013, str. 63.

¹⁰ *Službene novine EU*, br. 165 od 18.6.2013, str. 1.

¹¹ *Službene novine EU*, br. 171 od 2.7.2015, str. 1.

¹² *Službene novine EU*, br. 199 od 31.7.2007, str. 1.

¹³ *Službeni glasnik RS*, br. 62/14.

¹⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 74/15.

¹⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US i 55/14).

se lakše ostvaruje postavljeni cilj – brže i jeftinije rešavanje sporova; slučajevima kada potrošači uz pomoć vanskudskog rešavanja sporova mogu lakše i jednostavnije da zaštite svoje interese; pravcima reformisanja naših propisa radi njihovog poboljšanja i harmonizovanja sa pravilima koja su usvojena u okviru EU.

PROCESNI MEHANIZMI NA KOJIMA SE ZASNIVA UBRZANO VANSUDSKO REŠAVANJE SPOROVA

Prema Direktivi EU 2013/11 vanskudsko rešavanje sporova¹⁶ između potrošača i trgovca pred ovlašćenim organom sprovodi se, na osnovu pritužbe potrošača protiv trgovca, u skladu sa principima dobrovoljnosti, nezavisnosti, nepristrasnosti, transparentnosti, efikasnosti, hitnosti i pravičnosti (čl. 1), ukoliko su zadovoljene određene pozitivne pretpostavke, koje su u funkciji olakšanja pristupa vanskudskoj proceduri, i da ne postoje ograničenja, negativne pretpostavke,¹⁷ kojima se isključuje¹⁸ mogućnost vođenja vanskudskog postupka.¹⁹

¹⁶ Pravila se primenjuju na rešavanje domaćih i prekograničnih sporova (čl. 2. st. 1), nastalih kako povodom linijskih (online) transakcija, ali i onih koje nisu zaključene linijskim putem (preambula 4).

¹⁷ O tome: Mićović, M., *Vanskudsko rešavanje potrošačkih sporova*, Zbornik radova: XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava, Kragujevac, 2013, str. 298.

¹⁸ Države članice mogu da dozvole subjektima za rešavanje sporova da odbiju njihovo rešavanje ako: (a) potrošač nije pokušao da stupi u kontakt s predmetnim trgovcem radi rasprave o pritužbi niti je tražio, kao prvi korak, direktno rešavanje pitanja s trgovcem; (b) je spor neozbiljan ili zlonameran; (c) spor razmatra ili je prethodno razmatrao drugi subjekt za ARS ili sud; (d) se vrednost odštetnog zahteva nalazi ispod ili iznad propisane vrednosti novčanog praga; (e) potrošač nije podneo pritužbu subjektu za ARS unutar propisanog roka, koji ne sme biti kraći od jedne godine nakon datuma na koji je potrošač podnio pritužbu trgovcu; (f) rešavanje takve vrste spora bi inače ozbiljno ugrozilo efikasno delovanje subjekta za ARS (čl. 5. st. 4). Prema Pravilniku o radu tela za vanskudsko rešavanje potrošačkih sporova spor se može rešiti vanskudski pod uslovom: 1) da je potrošač prethodno pokušao da neposredno sa trgovcem reši predmetni spor; 2) da se potrošač i trgovac sporazumeli da će spor rešiti pred telom za vanskudsko rešavanje sporova (čl. 2).

¹⁹ U Zakonu o zaštiti potrošača precizira se da se pravila o vanskudskom rešavanju sporova ne primenjuju ako njihova vrednost prelazi 500.000 dinara. Osim vrednosti spora, navode se i neki drugi osnovi (različiti od onih koji su kao mogući pominju u Direktivi) za isključenje vanskudskog rešavanja sporova, a jedan od njih je slučaj kada trgovac pokrene postupak protiv potrošača (čl. 141. st. 3. tač. 4). Ovakvo rešenje je u direktnoj suprotnosti sa onim koje je usvojeno u Uredbi EU 524/2013, o čemu će biti reči, kao i sa onim koje je bilo definisano u Zakonu o zaštiti potrošača iz 2010. godine, a kojim je bilo predviđeno da postupak pored potrošača mogu da pokrenu udruženja ili trgovci (čl. 133). Osim toga, u Zakonu je bilo određeno da će se smatrati da se radi o potrošačkom sporu koji se može rešiti vanskudski ako njegova vrednost ne prelazi 1.000.000 dinara (čl. 132. st. 3).

Među navedenim okvirnim pravilima vansudskog postupanja, procesni značaj za brzo rešavanje sporova i bez izraženih troškova imaju sledeća. Prvo, to su ona koja spadaju u grupu pozitivnih pretpostavki, prema kojima je nadležni organ za vansudsko rešavanje sporova dužan da na internet sajtu, kome potrošači mogu lako da pristupe, između ostalog, objavi informacije: o postupku, mogućnosti podnošenja tužbenog zahteva i potrebnih dokaza elektronskim putem; o mogućnosti razmene informacija između strana elektronski, a ako ima potrebe, putem pošte (čl. 5. st. 2). Na ovaj način se stvaraju preduslovi za jednostavno i brzo odvijanje postupka. Drugo, to je princip efikasnosti kojim se postavlja okvir u pogledu procesnih troškova i brzine, odnosno trajanja postupka. U pogledu troškova određuje se da je postupak besplatan, odnosno da može neznatno da košta.²⁰ Osim toga, dozvoljava se potrošaču da uzme učešće u postupku bez advokata ili pravnog savetnika, čime se dodatno omogućava potrošaču da okonča spor bez većih troškova. Vezano za brzinu, određeno je da se odluke donose u kratkom roku i on iznosi 90 dana, računato od prijema zahteva sa potrebnim dokumentima.²¹ Rok se može izuzetno produžiti ako je spor kompleksan, s tim što o tome učesnici moraju da budu obavešteni (čl. 8).

Osim Direktive 2013/11, pravila o vansudskom rešavanju sporova sadržana su i u Uredbi 524/2013,²² s tim što se ona primenjuju *na regulisanje sporova*²³ *putem online platforme, ukoliko se kao učesnici spora pojavljuju potrošač i trgovac*,²⁴ *a povodom online zaključenog ugovora o prodaji ili vršenju usluga*.²⁵

²⁰ Povodom ovog pitanja u Zakonu o zaštiti potrošača je određeno da se sudska taksa na tužbu ne plaća ako vrednost spora ne prelazi iznos od 500.000 dinara (čl. 140. st. 2).

²¹ Ovakvo određenje je preciznije od onoga koje je sadržano u našem Pravilniku o radu tela za vansudsko rešavanje sporova, prema kome postupak može da traje 90 dana od dana otpočinjanja potrošačkog spora (čl. 5. st. 1).

²² S obzirom da potrošači sve češće kupuju online, kao i da sve veći broj trgovaca prodaje online, u Uredbi se konstatuje da je neophodno da se podstakne poverenje potrošača i trgovaca u jedinstveno digitalno tržište donošenjem pravila kojima se otklanjaju prepreke za jednostavno, brzo i jeftino vansudsko rešavanje sporova (preambule 6 i 7 Uredbe).

²³ Radi se o sporovima koji su nastali povodom prekograničnih transakcija, s tim što se preporučuje da se stvore uslovi da se pravila iz Uredbe primene i na sporove koji nastanu povodom domaćih *online* transakcija, kako bi svi učesnici takve trgovine bili u jednakom položaju (preambula br. 11).

²⁴ Kao pokretači postupka, u skladu sa pravilima iz Uredbe, mogu da se pojave pored potrošača i trgovci (čl. 4. st. 1. tač. j).

²⁵ Ugovor o *online* prodaji ili uslugama je ugovor o prodaji ili ugovor o uslugama u kojem je trgovac ili njegov posrednik ponudio robu ili usluge putem internetskih stranica ili drugim elektronskim sredstvima, a potrošač je tu robu ili usluge naručio na tim internetskim stranicama ili putem drugih elektronskih sredstava (čl. 4. st. 1. tač. e).

Platforma za online *rešavanje sporova* predstavlja jedinstvenu početnu tačku za potrošače i trgovce koji traže vansudsko rešavanje sporova obuhvaćenih Uredbom, uz pomoć organa koji se nalaze na listi za rešavanje sporova, a kompetentni su za ovu vrstu sporova. To je interaktivna internetska stranica kojoj se može pristupiti elektronskim putem i besplatno na svim službenim jezicima institucija Unije (čl. 5. st. 2. Uredbe).

Posmatrano iz procesnog ugla i postavljenog cilja da se sporovi rešavaju što je brže moguće, značaj platforme je višestruk: omogućava potrošačima i trgovcima da dođu do elektronskog formulara čijim popunjavanjem mogu da upute pritužbu; preko nje tuženi se obaveštavaju o pritužbi; putem platforme pritužba se prenosi nadležnom organu koji će rešavati spor; omogućava strankama i izabranom organu da se postupak sprovede online (u načelu, ako nešto drugo nije propisano ili sporazumom određeno, ne zaheteva se fizička prisutnost stranaka – čl. 10. st. 1. tač. b) (čl. 5. st. 4. Uredbe).

Platforma za online rešavanje sporova omogućava potrošačima i trgovcima da povodom zaključenog ugovora o prodaji ili uslugama podnesu pritužbu popunjavanjem elektronskog formulara u kome navode sve informacije koje su određene u aneksu Uredbe (status podnosioca zahteva – potrošač ili trgovac; ime i adresa potrošača; naziv i adresa trgovca; ime i adresa zastupnika podnosioca zahteva; jezik koji koristi podnosilac zahteva, odnosno njegov zastupnik; jezik tuženog; vrsta stvari ili usluge, koji su obuhvaćeni tužbenim zahtevom; stvar ili usluga koja je bila ponuđena od strane trgovca ili naručena od strane potrošača putem internet sajta; cena stvari ili usluge; datum kupovine; da li je potrošač imao direktan kontakt sa trgovcem; da li je spor već predmet odlučivanja pred nekim drugim vansudskim ili sudskim organom; tip zahteva; opis zahteva; naziv vansudskog organa, ako postoji, pred kojim se trgovac obavezao da će rešavati sporove sa potrošačima) (čl.8. Uredbe).

Mere za funkcionisanje platforme definisane su u Izvršnoj uredbi 2015/1051 (u celosti je obavezujuća i direktno se primenjuje u svim državama članicama EU) tako što se određuje sledeće:

1. Elektronski obrazac za pritužbu mora da bude dostupan potrošačima i trgovcima na svim službenim jezicima institucija EU. Nacrt elektronskog obrasca, koji je stavljen na raspolaganje podnosiocu pritužbe, automatski se briše sa platforme ako istekne šest meseci a podnosilac pritužbe ga ne popuni i ne podnese (čl. 2).

2. Ako u elektronskom obrascu za pritužbe nije naveden nadležni organa za online rešavanje sporova tuženoj strani se radi jednostavnijeg pronalaženja nadležnog subjekta za rešavanje spora prikazuje popis mogućih subjekata, s obzirom

na adresu stranaka u sporu i sektor u kome je nastao spor (čl. 4). Ako se strane u roku od 30 kalendarskih dana nakon podnošenja elektronskog obrasca za pritužbu ne dogovore o izboru organa, smatra se da je spor zaključen (čl. 6. st. 1. tač. b). Organ koji prihvati da rešava spor dužan je da bez odlaganja objavi na platformi datum prijema pritužbe i predmet spora, odnosno odluku da odbija da rešava spor. Od prijema pritužbe teče rok od 90 dana za rešavanje spora (čl. 5. st. 2).

PROCESNI MEHANIZMI NA KOJIMA SE ZASNIVA UBRZANO SUDSKO REŠAVANJE SPOROVA

U javnosti je rasprostranjen stav, koji gotovo da se ne dovodi u pitanje, o tome da je vansudski način rešavanja potrošačkih sporova brz, efikasan, a sudski spor i skup. Međutim, iz preambula Uredbe 861/2007 može se videti da je još pre jedne decenije istaknuta potreba da se uklone prepreke za dobro funkcionisanje parničnih postupaka (preambula br. 2), odnosno da se uspostave zajednička procesna pravila za smanjenje troškova, pojednostavljenje i ubrzanje suđenja u potrošačkim (i trgovačkim) sporovima male vrednosti (preambula br. 4. i 8). Za sudski postupak za rešavanje sporova male vrednosti, kao i za sudski postupak za rešavanje potrošačkih sporova, važe ista pravila.²⁶ Oba postupka su parnični postupci, pa se kroz analizu pravila iz Uredbe može uočiti koji se to procesni mehanizmi koriste za ubrzano sudsko rešavanje sporova, kao i u kojoj su meri rešenja iz Zakona o parničnom postupku u skladu sa pravilima iz navedene Uredbe i onima iz Uredbe 2015/2421 kojima se menja navedena Uredba.

Kako bi se povećao broj predmeta povodom kojih potrošači mogu da koriste prednosti pojednostavljenog sudskog rešavanja sporova povećana je granica u pogledu vrednosti tužbenog zahteva sa 2.000 na 5.000 evra računato u momentu kada nadležni sud primi zahtev (čl. 2).²⁷ Radi lakšeg izračunavanja vrednosti zahteva ne uzimaju se u obzir kamate, troškovi i rashodi, što ne sprečava sud da u svojoj presudi odluči o istim (preambula 10 Uredbe 861/2007).

U cilju smanjenja troškova i skraćenja trajanja postupka u pomenutim uredbama se promoviraju nekoliko procesnih mehanizama uz pomoć kojih bi trebalo da se ostvari delotvorna, efikasna zaštita potrošača:

²⁶ O tome: Milošević, M., *nav. članak*, str. 29.

²⁷ Prema čl. 468. Zakona o parničnom postupku vrednost tužbenog zahteva u sporovima male vrednosti ne može da pređe dinarsku protivvrednost 3.000 evra po srednjem kursu NBS na dan podnošenja tužbe.

Prvo, standardizovani su obrasci (A – obrazac tužbe;²⁸ B – obrazac za dopunu ili ispravku tužbe; v – obrazac za odgovore; G – potvrda o presudi) i definisana pravila za pristup i dostavu pismena u postupku elektronskim putem. Standardni obrazac tužbenog zahteva A mora da bude dostupan u svim sudovima pred kojima je moguće pokrenuti postupak, s tim što mu se može pristupiti i putem odgovarajućih mrežnih stanica (čl. 4. st. 5. Uredbe 2015/2421).

Dostava pismena (tužbe, protivtužbe, presude) može da se vrši poštom ili elektronskim putem (pravo izbora načina dostave pripada strankama), ako su tehnička sredstva dostupna i dopuštena pravilima države u kojoj se vodi postupak, a stranka se sa takvim načinom dostave izričito saglasila, odnosno ako postoji obaveza, shodno važećim pravilima, da stranka takav način dostave prihvati (čl. 13. st. 1). Povodom drugih pismena, komunikacija između suda i stranaka ili drugih osoba koje učestvuju u postupku obavlja se elektronskim putem, ako su zadovoljeni potrebni preduslovi i ako postoji saglasnost.

Drugo, postupak je u suštini je pisani. Komunikacija između suda i stranaka ostvaruje se u načelu elektronskim putem, čime se otklanja potreba za putovanjem na usmene rasprave i time ostvaruju uštede na troškovima, a postupak ubrzava.

Sud održava usmenu raspravu samo ako nije moguće doneti odluku na temelju pisanih dokaza ili ako stranka to zahteva.²⁹ Sud može odbiti takav zahtev ako smatra da s obzirom na okolnosti slučaja usmena rasprava nije potrebna za pravično vođenje postupka. Odbijanje se ne može pobijati odvojeno od ulaganja pravnog leka protiv same odluke (čl. 5. st. 1).

Ako se smatra da je usmena rasprava potrebna, ona se održava korišćenjem bilo koje odgovarajuće tehnologije za komunikaciju na daljinu dostupne sudu, kao što je videokonferencija ili telekonferencija, osim ako zbog posebnih okolnosti slučaja korišćenje takve tehnologije nije primereno za pravično vođenje postupka. Stranka koja je pozvana da bude fizički prisutna na usmenoj raspravi može zahtevati korišćenje tehnologije za komunikaciju na daljinu, pod uslovom da je takva tehnologija dostupna sudu, uz obrazloženje da bi aranžmani kojima

²⁸ U obrazac se unose podaci: o sudu kome se podnosi zahtev; tuženom i tužiocu; način plaćanja takse za tužbu i način na koji tuženi treba da uplati traženi iznos; podaci o zahtevu, troškovima, kamati; o potrebi održavanja glavne rasprave – Aneks I Uredbe 861/2007.

²⁹ U Zakonu o parničnom postupku (čl. 472) je, suprotno rešenju iz Uredbe, određeno (postupak u sporovima male vrednosti) da se glavna rasprava održava, kao i da se uz poziv za glavnu raspravu tuženom dostavlja tužba. U vezi sa potrošačkim sporovima, Zakon o parničnom postupku sadrži istu odredbu (čl. 489), uz dodatak kojim se naglašava hitnost postupka, kojim se određuje da se ročište za glavnu raspravu zakazuje i održava najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema tužbe u sud.

bi se osigurala njena fizička prisutnost, a posebno u pogledu mogućih troškova koji bi nastali toj stranci, bili nesrazmerni tužbenom zahtevu. Obrnuto, ako strana koja je pozvana da prisustvuje usmenoj raspravi putem tehnologije za komunikaciju na daljinu zahteva da bude fizički prisutna na raspravi, njoj će biti pružena informacija da neće imati pravo na naknadu bilo kakvih troškova, koji su nastali zbog njene fizičke prisutnosti na usmenoj raspravi, ako oni nisu bili neophodni (čl. 8. Uredbe 2015/2421).

Treće, u skladu sa načelom pismenosti postupka, dokazi se izvode (čl. 9. Uredbe 2015/2421) na najjednostavniji i najmanje opterećujući način, putem pisanih izjava svedoka, veštaka ili stranaka. Ako je potrebno izvođenje dokaza saslušavanjem, kako bi se omogućilo da osobe budu saslušane, a da pritom ne moraju da putuju do suda, saslušanje se vrši korišćenjem odgovarajućih sredstava komunikacije na daljinu dostupnih sudu, osim ako zbog posebnih okolnosti slučaja korišćenje takve tehnologije ne bi bilo primereno za pravično vođenje postupka (preambula br. 12 Uredbe 2015/2421).

Četvrto, radi ostvarenja načela efikasnosti suđenja, određeno je da sud donosi presudu u roku od 30 dana od dobijanja odgovora tuženog, odnosno odgovora tužioca (slučaj kada tuženi podnese protivtužbu). S obzirom da sud prepis obrasca tužbe dostavlja tuženom u roku od 14 dana od prijema, kao i da je tuženi dužan da podnese odgovor sudu u roku od 30 dana od dostavljanja prepisa tužbe, to znači da se suđenje može okončati u kratkom roku, osim kada kompleksnost spora nalaže preduzimanje dodatnih radnji (sud zahteva dodatne podatke o sporu ili poziva stranke na glavnu raspravu) (čl. 5. i 7. Uredbe 861/2007)

Peto, u cilju smanjenja (ograničenja) troškova određeno je da zastupanje stranka od strane advokata ili drugog pravnog stručnjaka nije obavezno (čl. 10. Uredbe 861/2007). Osim toga, propisano je da sud neće naložiti naknadu troškova u korist stranke čiji je zahtev usvojen ako oni nisu bili neophodni ili ako su nesrazmerni zahtevu.

Šesto, radi ograničenja troškova, otklanjanja prepreka za pokretanje postupka³⁰ ukazuje se da sudske takse ne bi smele biti nesrazmerne tužbenom zahtevu (preambula br. 14. Uredbe 2015/2421). Takođe, propisuje se da potrošači imaju pravo na besplatnu pravnu pomoć od ovlašćenih organa u pogledu popunjavanja obrazaca i dobijanja opštih informacija o području primene postupka za sprove male vrednosti (čl. 11. Uredbe 2015/2421).

³⁰ Prema izveštaju Evropske komisije Uredbom 861/2007 je ostvaren cilj koji se želeo postići, odnosno olakšano je prekogranično rešavanje sporova male vrijednosti u EU. Tome je doprinelo smanjenje troškova (do 40 %) i trajanja prekograničnih sporova male vrednosti (od 2 godine i 5 meseci na prosječno 5 meseci). O tome: Ljubanović, B. i dr., *Procesno-pravni aspekti prava EU*, Osijek, 2016, str. 100.

ZAKLJUČAK

I vansudski i sudski postupak karakterišu brojni mehanizmi uz pomoć kojih se nastoji da se postupak rešavanja potrošačkih sporova pojednostavi, kako bi se ostvarile uštede u vremenu i troškovima. U osnovi ti mehanizmi su, uz neznatne razlike, isti. U aktima koje je donela EU, u oba slučaja, sudsko i vansudsko rešavanje sporova, propisano je da se koriste standardizovani obrasci, da se komunikacija između stranaka i nadležnih organa u osnovi ostvaruje elektronskim putem, da zastupanje stranaka od strane advokata nije obavezno, ograničavaju se troškovi, definišu kratki rokovi za rešavanje sporova. Ako se ove činjenice imaju u vidu, ne bi se moglo generalno reći da je vansudski način rešavanja sporova povoljniji za potrošače od sudskog. Ovo naročito ako se imaju u vidu slabosti vansudskog načina rešavanja sporova koje se ogledaju u tome što stranke mogu da odustanu od takvog načina rešavanja spora, što odluka nije obavezujuća (stranke mogu da se izjasne da je ne prihvataju), što se po pravilu određuje da se vansudskom rešavanju spora može pristupiti ako je potrošač pokušao da neposredno sa trgovcem reši spor (time se indirektno produžava vreme za rešavanje spora).³¹ Može se reći da potrošači ostvaruju određene pogodnosti vansudskog rešavanja spora u slučaju online zaključenog ugovora o prodaji ili vršenju usluga. Ovo zato što potrošači na sajtu trgovca, sa kojim su zaključili ugovor, dobijaju i instrukcije kako treba da postupe kako bi vansudski rešili spor koji tim povodom nastane.³²

Kada se radi o rešenjima koja su usvojena u našim propisima povodom rešavanja potrošačkih sporova, čini se da je neophodno da se izvrše određene izmene i dopune. U vezi sa vansudskim rešavanjem sporova treba pored potrošača i trgovcima dati mogućnost da pokrenu postupak. Takođe, treba usvojiti pravila o rešavanju sporova kad je ugovor zaključen online. Što se tiče sudskog rešavanja sporova male vrednosti treba: povećati granicu u pogledu vrednosti tužbenog

³¹ U Direktivi EU 2015/2366 o platnim uslugama (*Službene novine EU*, br. 337 od 23.12.2015) se određuje da su pružaoci usluga dužni da uspostave efikasan pritužbeni postupak koji će korisnici usluga moći da slede pre nego što se spor počne rešavati pred nadležnim organima. (preambula 98). U vezi sa tim (čl. 101. st. 2) se određuje da je pružalac platne usluge dužan da odgovori na pritužbu korisnika usluge najkasnije u roku od 15 radnih dana od prijema pritužbe. Izuzetno, zbog razloga koji su izvan kontrole pružaoca usluga, rok za prijem odgovora ne sme da pređe 35 radnih dana.

³² U Uredbi 524/2013 je određeno da trgovci koji učestvuju u ugovorima o online prodaji ili uslugama obaveštavaju potrošače o postojanju platforme i mogućnosti korišćenja platforme za online rešavanje njihovih sporova. Oni osiguravaju elektronsku vezu s platformom na svojim internetskim stranicama, a ako je ponuda podnesena elektronskom poštom, u toj elektronskoj poruci. Informacije se osiguravaju, prema potrebi, i u opštim uslovima primenljivim na ugovore o online prodaji ili uslugama (čl. 14. st. 2).

zahteva sa 3.000 na 5.000 evra; izmeniti pravila u vezi sa održavanjem glavne rasprave; staviti akcenat na sprovođenje postupka uz pomoć tehnologije za komunikaciju na daljinu; regulisati pitanja vezana za sudsku taksu i naknadu troškova.

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

PROCEDURAL MECHANISMS FOR QUICK RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES

Summary

According to the prevalent theoretic view, an effective consumer protection can be achieved by out-of-court mechanisms, thanks to the simplified procedure and reduced costs. However, it is forgotten that recently adopted legal instruments governing the procedural framework for the judicial resolution of disputes of small value (consumer disputes often fall within this category) also introduced mechanisms aimed to reduce the duration of the procedure and reduce costs. Since procedural mechanisms are key for quick and low-cost resolution of consumer disputes, when it comes both to judicial and alternative dispute resolution, the paper analyzes out-of-court and judicial mechanisms that are important for the efficient resolution of consumer disputes. The goal of the analysis is to confirm or deny the accuracy of the initial hypothesis regarding the efficiency of out-of-court and the slowness of judicial resolution of consumer disputes, as well as to determine whether it is necessary to reform, supplement or amend Serbian legal rules in order to effectively protect consumers, by harmonizing domestic rules with those which are adopted at the EU level.

NEBOJŠA ŠARKIĆ,
ZORAN VAVAN

POSTUPAK IZVRŠENJA SUDSKIH ODLUKA NA ZARADI I DRUGIM STALNIM NOVČANIM PRIMANJIMA

U V O D

U postupku ostvarivanja i zaštite određenog prava koje se garantuje pojedincu i kolektivitetu, izvršenje najčešće predstavlja poslednju branu i najvažniju fazu postupka. Ono podrazumeva realizaciju konkretnog prava koje je utvrđeno sudskom ili drugom odlukom ovlašćenog organa. Značaj izvršenja se ogleda u činjenici da se na taj način obezbeđuje ustavnost i zakonitost, kao i funkcionisanje kompletnog pravnog sistema.

Mihajlo Dika definiše izvršni postupak kao niz pravno regulisanih i funkcionalno koordiniranih radnji suda, stranaka i drugih subjekata čiji je cilj prinudno ostvarivanje, odnosno osiguranje budućeg ostvarenja potraživanja poverioca.¹

Postupak izvršenja prvi put je u svetu detaljno regulisan početkom XIX veka u Napoleonovom zakonodavstvu, koje je kasnije postalo model pravne regulacije u većini evropskih zemalja. Kada je u pitanju naše podneblje, prvi propis kojim se celovito uređuje postupak prinudnog namirenja i obezbeđenja potraži-

Dr Nebojša Šarkić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

Zoran Vavan, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu; asistent Fakulteta za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić, Novi Sad.

¹ S. Triva, V. Bjelajac, M. Dika, *Sudsko izvršno pravo – Opći dio*, Zagreb, 1980, str. 6.

vanja, bio je Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 1937. godine.² U posleratnom periodu primenjivala su se pravila o izvršnom postupku sve do 1978. godine, kada je donet Zakon o izvršnom postupku,³ za koji se vezuje kao osnovna karakteristika preterana zaštita dužnika i favorizovanje društvene svojine. Oblast izvršenja novelirana je 2000. godine novim Zakonom o izvršnom postupku,⁴ koji je 'pak, po mišljenju stručne javnosti, otišao u drugu krajnost i potpuno obespravio dužnika i treća lica koja učestvuju u postupku. Uspostavljanje balansa i relativno uravnoteženog pravnog položaja poverioca i dužnika, učinio je kroz svoje odredbe Zakon o izvršnom postupku iz 2004. godine.⁵

Ogromnu reformu izvršnog postupka donosi Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine.⁶ U naš pravni sistem on uvodi novu pravničku profesiju - privatnog, vansudskog izvršitelja, koji poslove obavlja samostalno i nezavisno kao preduzetnik ili kao član ortačkog društva. Zakon je zadržao postupak izvršenja putem ovlašćenog lica suda - sudskog izvršitelja, te je na taj način, u određenoj meri, uveden paralelni sistem izvršenja sudskih odluka, pri čemu su izvršni poverioci imali mogućnost izbora kome će poveriti postupak izvršenja – sudu ili (privatnom) izvršitelju.⁷

Novi i sada važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju⁸ izglasan je 21. decembra 2015. godine u Narodnoj skupštini Republike Srbije, a njegova primena počela je 01. jula 2016. godine. Ovaj zakon uvodi jasniju terminološku distinkciju profesije privatnog izvršitelja, koji postaje "javni izvršitelj", čime se naglašava njegova javna uloga i javni značaj. Javni izvršitelj sada dobija značajno šira ovlašćenja

² Zakon o izvršenju i obezbeđenju donet 04. juna 1937. godine na osnovu čl. 3 i 27. Finansijskog zakona, utvrđuje izvršni postupak kao obavezan sa važenjem na celoj teritoriji države. Do donošenja ovog zakona, izvršni postupak se uređivao parničnim postupkom. Više o ovoj temi videti u: *Austrijski građanski zakonik*, prevod D. Arandelović, Beograd, 1912. godine; *Građanski zakonik Kraljevine Srbije*, sredio G. Niketić, Beograd, 1922. godine; *Novi građanski parnični postupak*, F. Goršić, R. Pajnić, Komentar Građanskog parničnog postupka, F. Goršić, Beograd, 1933. godine.

³ Zakon o izvršnom postupku. "Sl. list SFRJ", br. 20/1978, 6/1982, 74/1987, 57/1989, 27/1990, 35/1991, 27/1992, 31/1993.

⁴ Zakon o izvršnom postupku, "Sl. list SRJ", br. 28/2000, 73/2000 i 71/2001.

⁵ Zakon o izvršnom postupku, "Sl. glasnik RS", br. 125/2004.

⁶ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", br. 31/2011

⁷ Izuzetak su bili samo postupci izvršenja u onim pravnim stvarima kod kojih je zakon propisao isključivu nadležnost suda, odnosno isključivu nadležnost izvršitelja. Isključiva nadležnost suda bila je određena u postupcima izvršenja suskih odluka u vezi sa porodičnim odnosima i radi vraćanja zaposlenog na rad, dok je isključiva nadležnost izvršitelja bila propisana u predmetima naplate novčanih potraživanja nastalih iz komunalnih i sličnih delatnosti.

⁸ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", br. 106/2015.

i nadležnosti, te *de jure* i *de facto* preuzima primat u postupcima izvršenja u odnosu na sud.⁹

Kroz ovaj rad pokušaćemo da ukažemo na specifičnosti, kao i novine postupka izvršenja na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima izvršnog dužnika, kada je u pitanju izvršenje sudskih odluka kojima je utvrđeno pravo na rentu, zakonsko izdržavanje i naplatu novčane kazne usled nevratanja zaposlenog na rad.

Ukratko o pojmovima - pravnim osnovima naplate

U pravnoj nauci pojam *rente* se najčešće vezuje za naknadu štete kao budućeg davanja, odnosno naknadu buduće štete.¹⁰ U obliku rente, naknada u novcu se dosuđuje za štetu koja je nastala smrću davaoca izdržavanja i za štetu prouzrokovanu telesnom povredom ili oštećenjem zdravlja.¹¹ Kod štete nastale smrću, naknada se može utvrditi za troškove lečenja, troškove pogreba, zbog izgubljenog izdržavanja ili pomoći i pretrpljenih duševnih bolova trećih lica. Kada je reč o šteti koja je prouzrokovana telesnom povredom ili oštećenjem zdravlja, ona se dosuđuje za troškove lečenja i izgubljenu zaradu usled privremene ili trajne nesposobnosti za rad.¹²

Zakonsko izdržavanje regulisano je u porodičnom zakonodavstvu.¹³ Ono podrazumeva zakonsku obavezu, pravo i dužnost, redovnog obezbeđivanja sredstava za zadovoljenje osnovnih životnih, kulturno-obrazovnih i drugih potreba

⁹ Prema čl. 4 Zakon o izvršenju i obezbeđenju propisana je isključiva nadležnost suda kod zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari, činjenja, nečinjenja ili trpljenja, izvršenja izvršnih isprava u vezi sa porodičnim odnosima i vraćanjem zaposlenog na rad, dok su javni izvršitelji isključivo nadležni za izvršenje ostalih izvršnih isprava, rešenja o izvršenju na osnovu verodostojnih isprava, rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenje i rešenja o izvršenju rešenja o izrečenim sudskim penalima.

¹⁰ Dosuđivanje ove vrste naknade štete poznaju i *Austrijski građanski zakonik* iz 1811. godine, *Srpski građanski zakonik* iz 1844. godine i *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru* iz 1888. godine, koji nisu sprečavali dosuđivanje buduće štete. - Videti u: Stanković O., *Naknada štete u obliku rente*, Savremena administracija, Beograd, 1975, str 7; Stanković O., *Naknada štete, Knjiga četvrta - Naknada štete u obliku rente*, Nomos, Beograd, 1998, str. 369.

¹¹ Više o naknadi buduće štete videti u: Babić I., *Naknada štete u vidu novčane rente*, Revija za pravo osiguranja, br. 3-4/2003; Petrović Z., Todorović V., *Naknada štete u obliku rente*, Nomos d.o.o., Beograd, 2004; Medić D., *Osnovni teorijski i praktični problemi naknade štete u obliku rente*, Pravo - teorija i praksa, br. 1-2/2003.

¹² Više o oblicima i utvrđivanju štete videti u Radišić J., *Obligaciono pravo, opšti deo*, Nomos, Beograd, 2008, str. 284-291.

¹³ Porodični zakon, "Sl. glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015.

izdržavanog lica.¹⁴ Kao institut porodičnog prava, zasniva se na načelu porodične solidarnosti među određenim licima. Pravo na zakonsko izdržavanje jeste lično imovinsko pravo, te su dužnici i poverioci obaveze izdržavanja lica između kojih postoji određena lična veza nastala rođenjem, zajednicom života ili brakom. Kada su u pitanju sudski postupci, oni se najčešće vode radi izdržavanja maloletne dece, zatim bračnog ili vanbračnog partnera, srodnika i roditelja od strane njihove dece.¹⁵

Vraćanje zaposlenog na rad, prema odluci suda, poslodavac može izvršiti dobrovoljno ili prinudno. Ukoliko poslodavac, u ostavljenom roku ne izvrši svoju obavezu koja je utvrđena pravnosnažnom sudskom odlukom i ne vrati zaposlenog na rad, sud donosi rešenje o novčanom kažnjavanju poslodavca i odgovornog lica kod poslodavca.¹⁶

POSTUPAK IZVRŠENJA

Kada je u pitanju sam postupak sprovođenja izvršenja ovih sudskih odluka, odnosno primena konkretnih izvršnih radnji na predmetima izvršenja, razlika se pravi u zavisnosti od vrste izvršnog dužnika, da li je u pitanju fizičko ili pravno lice.

Ukoliko je izvršni dužnik fizičko lice, postupak naplate ostvaruje se, po pravilu, sprovođenjem izvršenja na zaradi ili drugim stalnim novčanim primanjima, koja nisu zakonom izuzeta.¹⁷

Rešenjem o izvršenju na zaradi izvršnog dužnika, određuje se plenidba dela njegove zarade i nalaže poslodavcu, kod kojeg je u radnom odnosu i koji mu

¹⁴ Više o pravu na izdržavanje videti u: Stanković G., *Zaštita prava na izdržavanje u Porodičnom zakonu Republike Srbije, Novine u porodičnom zakonodavstvu*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2016.

¹⁵ U čl. 151-159 Porodičnog zakona utvrđeno je koji članovi porodice imaju pravo, odnosno dužnost izdržavanja, kao i redosled prvenstva u ostvarivanju ovog prava, odnosno dužnosti u okviru čl. 66.

¹⁶ Ovde dolazi do odstupanja od pravila da se izvršenje određuje samo prema onom licu koje je bilo stranka u parničnom postupku i koje je kao takvo označeno kao izvršni dužnik u izvršnoj ispravi. Proširivanjem dejstva izvršne isprave, pored poslodavca i na odgovorno lice, želela se pojačati efikasnost u izvršenju odluka ove vrste, s obzirom da su često upravo odgovorna lica, najčešće direktori, koristeći svoj uticaj, iz određenih razloga onemogućavala vraćanje zaposlenog na rad, i pored izricanja novčane kazne poslodavcu u izvršnom postupku. - Šarkić N., Nikolić M., *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Službeni glasnik RS, Beograd, 2006, str. 72.

¹⁷ Pod pojmom zarade, važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju u čl. 288 podrazumeva sva primanja zaposlenog po osnovu rada, bez poreza i doprinosa koji se plaćaju iz zarade. Pod drugim stalnim novčanim primanjima podrazumevaju se primanja po osnovu socijalnog osiguranja i druga mesečna novčana primanja koja se smatraju stalnim.

isplaćuje zaradu, da određenu visinu zaplenjenog iznosa isplaćuje izvršnom poveriocu periodično, svaki mesec, dok za to postoje zakonski uslovi. Izvršni poverioci koji potražuju zakonsko izdržavanje, novčanu rentu zbog poptune ili delimične nesposobnosti za rad ili za izdržavanje koje je izgubljeno smrću dužnika izdržavanja, imaju prvenstvo namirenja u odnosu na ostale izvršne poverioce, čak i u slučajevima kada je postupak izvršenja ostalih izvršnih poverilaca već započet.¹⁸ Kada je reč o potraživanjima za koja nije propisano bezgotovinsko plaćanje, izvršni poverilac naplatu vrši na blagajni koja izvršnom dužniku isplaćuje zaradu, te ima pravo da zahteva da mu se zaplenjeni deo zarade isplaćuje o trošku izvršnog dužnika putem pošte na označenu adresu ili na račun banke, po odbitku poštanskih troškova. Zaplenjeni deo zarade se, po pravilu, uplaćuje na namenski račun javnog izvršitelja, koji je dužan da odmah prenese uplaćeni novčani iznos na račun izvršnog poverioca.

U slučajevima kada je izvršni dužnik nezaposlen i/ili nema stalna novčana primanja, postupak izvršenja može se sprovesti popisom, procenom i prodajom pokretnih stvari, a izuzetno i prodajom nekretnima ili određenih prava, naravno, ukoliko izvršni dužnik poseduje stvari pogodne za izvršenje.

Naplata novčanog potraživanja prema izvršnom dužniku koji je pravno lice, realizuje se putem organizacije za prinudnu naplatu.¹⁹ Postupak izvršenja sprovodi se na svim dinarskim i deviznim sredstvima na računima izvršnog dužnika, izuzev onih koji su zakonom izuzeti od izvršenja. Izvršenje na računu izvršnog dužnika jeste zapravo najefikasnije sredstvo izvršenja, svakako pod uslovom da taj račun nije u blokadi i da na njemu postoje novčana sredstva. Organizacija za prinudnu naplatu će, postupajući po rešenju o izvršenju, preneti novčana sredstva sa računa izvršnog dužnika koji se vodi kod određene poslovne banke, na račun izvršnog poverioca.

Radi namirenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca, Zakon o izvršenju i obezbeđenju, pored izvršenja na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima, propisuje da se postupak izvršenja može sprovesti i na: nepokretnim i pokretnim stvarima, na novčanom potraživanju izvršnog dužnika, tekućem računu izvršnog dužnika, sredstvima iz štednog uloga, finansijskim instrumentima, ude-

¹⁸ Pravo prvenstva u namirenju novčane rente definisano je članom 292 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, a ovo pravo prvenstva odnosi se i na potraživanja zakonskog izdržavanja.

¹⁹ Organizacija za prinudnu naplatu Narodne banke Srbije ovlašćena je da sa svih računa klijenata kod banaka i na kojima izvršni dužnik ima sredstava (dinarskih i deviznih), bez njegove saglasnosti, izvrši plaćanje obaveza po izvršnim rešenjima (poreskih, carinskih, sudskih i drugih organa) i nalozima (po osnovu hartija od vrednosti, menica i ovlašćenja) po propisanom redosledu prioriteta. Izvršna rešenja nadležnih organa dostavljaju se o organizacionom delu Narodne banke Srbije - **Odeljenju za prijem, kontrolu i unos osnova i naloga Kragujevac**.

lima u privrednom društvu, hartijama od vrednosti i potraživanju izvršnog dužnika da mu se preda nepokretnost ili predaju ili isporuče pokretne stvari.²⁰

Izvršenje sudskih odluka u kojima je utvrđeno pravo na rentu podrazumeva prinudnu naplatu buduće štete. S obzirom da se naknada buduće štete u praksi iskazuje kroz novčani ekvivalent, odnosno buduće novčano davanje, to se i postupak izvršenja sastoji iz prinudne naplate u tu svrhu određenih novčanih iznosa, koji se isplaćuju u obliku periodičnih davanja za određeni ili neodređeni vremenski period - doživotno. U postupku naplate novčane rente najčešće je predmet izvršenja zarada izvršnog dužnika.

Kod postupka prinudne naplate zakonskog izdržavanja, s obzirom da se radi o novčanom potraživanju, koriste se ona sredstva izvršenja koja je zakonodavac propisao radi namirenja novčanog potraživanja. Kada su u pitanju sudske odluke i poravnanja kojima je utvrđena obaveza izvršnog dužnika da na ime izdržavanja plaća određeni procenat od svoje zarade, one se najčešće prinudno izvršavaju na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima.²¹

Postupak izvršenja radi naplate novčane kazne od poslodavca koji nije postupio po odluci suda o vraćanju zaposlenog na rad, sprovodi se prema opštim pravilima za izvršenje radi ostvarenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca, pri čemu su najčešće predmet izvršenja novčana sredstva na računu poslodavca i zarada odgovornog lica.²² Izvršenje novčane kazne na računu poslodavca sprovodi se dostavljanjem rešenja organizaciji za prinudnu naplatu pri Narodnoj banci Srbije, koja će naložiti banci ili bankama kod kojih poslodavac ima otvorene račune, da iste blokiraju i da prenesu novčana sredstva na određen račun.²³ Naglasili bismo, da i pored toga što se naplata novčane kazne od izvršnog dužnika sprovodi prema navedenim pravilima, u ovom slučaju se iznos novčane kazne, kao sankcije za nepostupanje izvršnog dužnika, uplaćuje na poseban račun suda, a ne u korist izvršnog poverioca.

²⁰ Postupci izvršenja definisani su odredbama koje se nalaze u trećem delu Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Izvršenje radi namirenja novčanog potraživanja*, čl. 150-338.

²¹ Šarkić N., *Izvršenje odluka o izdržavanju*, Ostvarivanje i zaštita prava na zakonsko izdržavanje, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2002, str. 151-155.

²² Shodno čl. 131. st. 4. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, fizičkom i odgovornom licu se izriče novčana kazna u iznosu od 10.000 do 200.000 dinara, a pravnom licu od 100.000 do 2.000.000 dinara.

²³ Organizacija za prinudnu naplatu, postupajući po rešenju, prenosi novčana sredstva sa računa poslodavca na račun koji je određen u izvršnoj ispravi, u ovom slučaju na račun suda, obzirom da je reč o novčanoj kazni.

Postupak izvršenja na zaradi jedan je od najjednostavnijih i u praksi najučestalijih oblika sprovođenja naplate novčanog potraživanja izvršnog poverioca.²⁴ Jednostavnost postupka ogleda se u činjenici da ne postoje konkretne radnje izvršenja na terenu, koje bi zahtevale određeno vreme, pruzrokovale dodatne troškove i neretko proizvele određene neprijatnosti po učesnike postupka. Kod izvršenja na zaradi, rešenje o izvršenju ili zaključak, javni izvršitelj dostavlja poslodavcu izvršnog dužnika, koji je u obavezi da po istom postupi. Obaveza poslodavca je da određeni novčani iznos isplaćuje izvršnom poveriocu, u skladu sa izvršnom odlukom. Dakle, konkretne izvršne radnje se sastoje iz donošenja odluke, njenog slanja i postupanja poslodavca izvršnog dužnika po istoj.

Nadležnost

U pogledu stvarne nadležnosti, za odlučivanje o predlogu za izvršenje sudskih odluka kod prava na rentu i zakonskog izdržavanja, nadležni su osnovni sudovi, kao sudovi opšte nadležnosti, dok u veoma malom broju slučajeva, kod naplate rente, posebno nadležni mogu biti i privredni sudovi.²⁵ Javni izvršitelj takođe ima ovlašćenje da donese odluku za sprovođenje izvršenja na zaradi, u formi zaključka, što će biti slučaj ukoliko je prethodno doneto rešenje o izvršenju na celokupnoj imovini ili ukoliko je u toku postupka stavljen predlog izvršnog poverioca za dopunu ili promenu predmeta i sredstva izvršenja.²⁶ Novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju znatno proširuje ovlašćenja javnih izvršitelja u odnosu na sud, koji je zadržao nadležnost samo u predmetima činjenja, nečinjenja ili trpljenja, izvršenja izvršnih isprava u vezi s porodičnim odnosima i vraćanja zaposlenog na rad. U isključivoj nadležnosti javnih izvršitelja sada je sprovođenje izvršenja svih ostalih izvršnih isprava, te tako i onih kojima je utvrđeno pravo na novčano potraživanje. S obzirom da je reč o klasičnim novčanim potraživanjima, iako to zakon izričito ne naglašava u svojim odredbama, sprovođenje izvršenja radi naplate rente i zakonskog izdržavanja u nadležnosti je javnih izvršitelja.²⁷

²⁴ N. Šarkić, *Izvršenje radi naplate novčanog potraživanja*, Pravni život, God. 47, br. 12, 1998, str. 181-196.

²⁵ Ukoliko se npr. traži regresno potraživanje od strane pravnog lica – osiguravajućeg društva.

²⁶ U skladu sa članom 493. Zakona o izvršenju i obezbeđenju. Kada su u pitanju namirenja novčanog potraživanja nastala iz komunalnih i srodnih delatnosti, javni izvršitelj je ovlašćen za donošenje rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave.

²⁷ Nedoumicu može stvoriti opšta formulacija zakonske odredbe da je u nadležnosti suda izvršenje izvršnih isprava iz porodičnih odnosa. Ali alimentacija je pre svega klasično novčano potraživanje, te verovatno iz tog razloga zakonodavac u odredbama nije posebno naglasio ko izvršava ovu vrstu potraživanja, već se podrazumeva da je to nadležnost javnih izvršitelja.

Rešenje o novčanom kažnjavanju kod nevraćanja zaposlenog na rad donosi sud po službenoj dužnosti, koji takođe i izvršava ovo rešenje radi naplate novčane kazne poslodavcu i odgovornom licu.²⁸

Kada je u pitanju mesna nadležnost, za odlučivanje o predlogu za izvršenje radi namirenja novčanog potraživanja, mesno je nadležan sud na čijem području se nalazi prebivalište izvršnog dužnika, a ako nema prebivalište u Republici Srbiji, sud na čijem području je boravište izvršnog dužnika. Ukoliko izvršni dužnik nema ni prebivalište ni boravište u Republici Srbiji, mesno nadležan će biti sud na čijem je području prebivalište ili boravište dužnika izvršnog dužnika, odnosno isplatne blagajne, a ukoliko je reč o pravnom licu - mesna nadležnost suda se određuje prema sedištu tog lica.

Obim i karakteristike izvršenja

Postupak izvršenja na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima, sprovodi se plenidbom i prenosom određenog dela primanja izvršnog dužnika radi namirenja izvršnog poverioca.²⁹ Prilikom donošenja rešenja o izvršenju sud je u obavezi da vodi računa da se potraživanje izvršnog dužnika može sprovesti zplemom i prenosom samo do visine ograničene zakonom i koja je potrebna da se namiri potraživanje izvršnog poverioca, kako se ne bi otežao položaj izvršnog dužnika i njegovog dužnika.

Ukoliko više izvršnih poverilaca zahteva izvršenje na istom deljivom potraživanju koje je dovoljno da se svi namire, plenidba i prenos se određuju posebno u korist svakog od njih u odgovarajućim iznosima, obzirom da se svaki izvršni poverilac može posebno namiriti ili sporazumeti sa izvršnim dužnikom.

Ako se desi situacija u kojoj više izvršnih poverilaca potražuje od istog izvršnog dužnika zakonsko izdržavanje, novčanu rentu zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad ili novčanu rentu za izdržavanje koje je izgubljeno usled smrti dužnika izdržavanja, a njihova ukupna potraživanja premašuju deo zarade koji može biti predmet izvršenja, tada se rešenje o izvršenju donosi i sprovodi u korist svakog od njih srazmerno visini potraživanja.³⁰ Ukoliko nakon započetog izvršenja navedenih potraživanja usledi podnošenje novog predloga za izvršenje sa identičnim potraživanjem, sud može promeniti ranije rešenje o izvršenju

²⁸ Propisana je isključivu nadležnost suda za vraćanje zaposlenog na rad - čl. 4. st. 1. Zakona o izvršenju i obezbeđenju

²⁹ U skladu sa članom 259. Zakona o izvršenju i obezbeđenju

³⁰ Član 291. Zakona o izvršenju i obezbeđenju detaljno reguliše namirenje više izvršnih poverilaca zakonskog izdržavanja i novčane rente. Kao primer možemo navesti pravnu situaciju u kojoj izvršni dužnik, fizičko lice ili osiguravajuće društvo, na osnovu odgovornosti i utvrđene obaveze isplaćuje naslednicima umrlog lica određeni novčani iznos rente.

i odrediti iznos koji će se primenjivati ubuduće, s tim da taj iznos mora biti srazmeran visini potraživanja koja se isplaćuju svakom izvršnom poveriocu u skladu sa njegovim pravima. Izmenjeno rešenje o izvršenju dostavlja se i svim ranijim izvršnim poveriocima u tom predmetu.

U praksi se dešavaju situacije da izvršnom dužniku prestane radni odnos kod određenog poslodavca, koji obustavlja mesečne iznose u skladu sa rešenjem o izvršenju, te da zasnuje novi radni odnos kod drugog.³¹ Rešenje o izvršenju kojim je utvrđena obaveza dužnikovog dužnika, da uplaćuje određeni deo zarade izvršnog dužnika u korist izvršnog poverioca, deluje i prema novom poslodavcu izvršnog dužnika od onog trenutka kada mu je dostavljeno rešenje. U takvim slučajevima, poslodavac kod koga je izvršnom dužniku prestao radni odnos, dužan je da odmah preporučenom pošiljkom, s povratnicom, dostavi rešenje o izvršenju novom poslodavcu, naravno ukoliko mu je poznat, te da o tome obavesti javnog izvršitelja. Ukoliko prethodnom poslodavcu nije poznato da li je i kod kojeg poslodavca izvršni dužnik zasnovao novi radni odnos, on o tome obavestava javnog izvršitelja, koji je dužan da načini uvid u evidenciju zaposlenih i zdravstvenog osiguranja (RF PIO).³² Nakon što dobije podatke o novom poslodavcu izvršnog dužnika, javni izvršitelj će istom dostaviti rešenje o izvršenju i o tome obavestiti izvršnog poverioca.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju predviđa i detaljno reguliše odgovornost poslodavca izvršnog dužnika u slučaju kada propusti da postupi po rešenju o izvršenju kroz odredbe 295. i 296. U okviru ovih odredaba predviđeno je, između ostalog, pravo izvršnog poverioca da predloži javnom izvršitelju donošenje rešenja, sa dejstvom rešenja o izvršenju, prema poslodavcu izvršnog dužnika, kojim se on obavezuje da izmiri sve propuštene iznose, te određuje sredstvo i predmet izvršenja ukoliko ne postupi po istom. Na ovakav način poslodavac dolazi u položaj izvršnog dužnika, obzirom da je odgovoran za štetu koju je izvršni poverilac pretrpeo zbog propuštanja u postupanju po rešenju o izvršenju.

Ako javni izvršitelj utvrdi, nakon uvida u evidenciju RF PIO, da je izvršni dužnik bez zaposlenja i stalnih novčanih primanja, pozvaće izvršnog poverioca da se izjasni, u roku od osam dana, da li predlaže dopunu ili promenu sredstva i predmeta izvršenja, pod pretnjom obustave postupka. U takvim slučajevima, izvršni poverilac može predložiti izvršenje na drugom predmetu izvršenja, kako bi

³¹ Kada je doneto rešenje o izvršenju na novčanom potraživanju, na ostvarenje prava izvršnog poverioca je bez uticaja činjenica da je izvršni dužnik promenio poslodavca, da se promenio samo naziv poslodavca usled statusnih promena ili reorganizacije ili da mu je jednostavno prestao radni odnos. - N. Šarkić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, Beograd, 2016, str. 241-242.

³² Praksa je da se podaci o zaposlenju izvršnog dužnika putem podneska traže od Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje, Odseka za matičnu evidenciju one filijale fonda gde izvršni dužnik ima prebivalište ili boravište.

se njegovo potraživanje namirilo.³³ Ako se tom prilikom ne pronađe imovina izvršnog dužnika koja može biti predmet izvršenja, javni izvršitelj doneće rešenje kojim se obustavlja izvršni postupak.³⁴

Izvršenje radi vraćanja zaposlenog na rad ili radi njegovog raspoređivanja na određene poslove, kao što smo naveli, sprovodi se izricanjem novčane kazne poslodavcu i njegovom odgovornom licu. Ovaj postupak se realizuje prema odredbama o izricanju novčane kazne radi preduzimanja radnje koju može preduzeti samo izvršni dužnik.³⁵ Rešenjem o izvršenju određuje se primereni rok za postupanje po odluci suda i izvršnom dužniku izriče novčana kazna ako radnju ne preduzme u roku. Ukoliko poslodavac ne postupi po navedenom rešenju, sud po službenoj dužnosti donosi rešenje o izvršenju novčane kazne. Istovremeno, na predlog izvršnog poverioca, sud može doneti novo rešenje kojim određuje novi primereni rok za radnju i izriče novu novčanu kaznu izvršnom dužniku, višu od prethodne, ako radnju ne preduzme u roku. Ako izvršni dužnik ponovo propusti rok, sud po službenoj dužnosti donosi novo rešenje o izvršenju novčane kazne.³⁶ Takav postupak se ponavlja sve dok izvršni dužnik ne preduzme radnju.³⁷ Izricanje novčane kazne prestaje kada sud utvrdi da je zaposleni počeo da radi na poslovima koji su određeni u izvršnoj ispravi.

Zabrana isplate zarade koja je stavljena uz pristanak izvršnog dužnika, tzv. *administrativna zabrana*, ima pravno dejstvo rešenja o izvršenju na zaradi, pod uslovom da je stavljena pre donošenja rešenja o izvršenju. Ali, kada su u pitanju potraživanja zakonskog izdržavanja, novčane rente za izdržavanje koje je izgubljeno usled smrti dužnika izdržavanja i novčane rente zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad, ona se namiruju pre izvršnih poverilaca u čiju korist je utvrđena administrativna zabrana, čak i kada je izvršenje putem administrativne zabrane već počelo. Dakle, izvršenja na zaradi izvršnog dužnika radi naplate za-

³³ Na osnovu sudske prakse, možemo zaključiti da se kod promene ili dopune sredstva i predmeta izvršenja, ukoliko se izvršenje nije moglo sprovesti na zaradi, obično se ide na izvršenje na pokretnim stvarima, koje su na žalost najčešće nedovoljne ili apsolutno nepodobne za izvršenje, te se u takvim slučajevima, postupci izvršenja obično obustavljaju.

³⁴ Čl 129. Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

³⁵ Način sprovođenja izvršenja novčane kazne kod vraćanja radnika na rad, uređen je odredbom 383. Zakon o izvršenju i obezbeđenju koja upućuje na član 363. - radnje koje može izvršiti samo izvršni dužnik.

³⁶ Šarkić N., Vavan Z., *Izvršenje odluka donetih u parnicama iz radnih odnosa prema odredbama novog zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Zbornik radova: "Najznačajnije novine u propisima o radu i po osnovu rada", Glosarijum, Beograd, 2016.

³⁷ Ukoliko sud nije mogao da sprovede izvršenje novčane kazne koja je utvrđena fizičkom licu, odnosno ukoliko je izvršni postupak naplate novčane kazne ostao bez uspeha, doneće rešenje kojim svakih 1.000 dinara novčane kazne zamenjuje jednim danom mere zatvora, a najviše do 60 dana - čl 132. st. 4 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

konskog izdržavanja i novčane imaju prioritet u odnosu na administrativnu zabranu.³⁸

Ograničenje i izuzimanje od izvršenja

Kod izvršenja na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima, sud prilikom donošenja rešenja i javni izvršitelj prilikom njegovog sprovođenja, moraju voditi računa o značaju i vrstama pojedinih novčanih primanja, obzirom da zakon definiše i pravi razliku između novčanih sredstava na kojima su izvršenja ograničena i posebno navodi novčana sredstva koja su izuzeta od izvršenja.

Postupak izvršenja na zaradi, naknadi zarade i penziji, može da se sprovede u visini do dve trećine njihovog iznosa. Ukoliko izvršni dužnik prima minimalnu zaradu ili penziju, ili je iznos primanja jednak ili manji od visine minimalne zarade ili penzije utvrđene u skladu sa zakonom u Republici Srbiji, izvršenje se sprovodi do polovine takvog novčanog primanja.

Izvršenje potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja, radi naknade novčane rente, zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad i novčane rente za izdržavanje koje je izgubljeno usled smrti dužnika izdržavanja, na primanjima ratnih i mirnodopskih vojnih invalida po osnovu invalidnine, ortopedskog i invalidskog dodatka, može da se sprovede samo do njihove polovine.³⁹

Primanje po osnovu naknade štete u obliku novčane rente koje nije izuzeto od izvršenja, kao i primanja na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju i osiguranju života, mogu biti predmet izvršenja, ali samo na onom delu primanja koji prelazi iznos najviše socijalne pomoći određene za područje na kojem izvršni dužnik ima prebivalište, odnosno boravište.⁴⁰

Zakonom o izvršenju i obezbeđenju, u okviru člana 257. određeno je da predmet izvršenja ne mogu biti: primanja na osnovu zakonskog izdržavanja, naknade štete zbog narušenja zdravlja, novčane rente zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad i novčane rente za izdržavanje koje je izgubljeno usled smrti dužnika izdržavanja; primanja na osnovu novčane naknade za telesno oštećenje prema propisima o invalidskom osiguranju; primanja koja se ostvaruju prema propisima o socijalnoj zaštiti; primanja na osnovu privremene nezaposlenosti;

³⁸ I pored činjenice da zakon utvrđuje prioritet za pojedina potraživanja, smatramo da zakonsko rešenje kojim se administrativnoj zabrani priznaje dejstvo rešenja o izvršenju, nije dobro, obzirom da situacije kod ostalih potraživanja koja nisu prioritarna, mogu izvršnog poverioca dovesti u nepovoljan položaj. Naime, izvršni dužnik koji je svestan da je dužan po određenoj izvršnoj ili verodostojnoj ispravi, može namerno opteretiti svoju zaradu raznim administrativnim zabranama, putem sindikalne organizacije, podizanjem raznih kredita, nabavkom određenih stvari, te samim tim ostaviti malo ili gotovo nikakvog prostora na zaradi za sprovođenje izvršenja.

³⁹ U skladu sa čl. 258. st. 4. Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

⁴⁰ St. 5 istog člana, op. cit.

primanja na osnovu dodatka na decu; primanja na osnovu stipendije i pomoći učenicima i studentima i potraživanja čiji je prenos zakonom zabranjen.

Ova odredba u funkciji je zaštite izvršnog dužnika. Za sve navedene slučajeve izuzimanja od izvršenja važi pravilo da se utvrđeni iznos primanja ne može oduzeti od izvršnog dužnika, odnosno da ne može biti predmet izvršenja. To svakako ne znači da je neko lice, kao korisnik primanja po osnovu naknade novčane rente ili zakonskog izdržavanja koje je izuzeto od izvršenja, apsolutno zaštićeno od izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja. Javni izvršitelj može sprovesti izvršenje preko tog iznosa mesečne nadoknade, ne upuštajući se u poreklo primanja.

Kada je reč o zakonskom izdržavanju, poverilac izdržavanja i dužnik izdržavanja ne mogu se sporazumeti o samom pravu, već sporazumno mogu odrediti jedino visinu i način davanja izdržavanja.⁴¹ Odredbama Porodičnog zakona propisani su kriterijumi za utvrđivanje visine izdržavanja, pri čemu sud vodi računa o potrebama poverioca i mogućnostima dužnika izdržavanja. Pravilo je da se izvršenje određuje u novcu, poveriocu izdržavanja se priznaje pravo da po svom izboru zahteva da visina izdržavanja bude određena u fiksnom mesečnom novčanom iznosu ili u procentu od redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja.⁴² Ukoliko je izdržavanje određeno u procentu, visina izdržavanja, po pravilu, ne može biti manja od 15% niti veća od 50% redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja, umanjenih za poreze i doprinose za obavezno socijalno osiguranje.⁴³ Usled promenjenih okolnosti na strani izvršnog poverioca ili izvršnog dužnika izdržavanja, može se menjati visina zakonskog izdržavanja, sporazumom samih stranaka ili sudskom odlukom.

Privremene mere

Privremenim merama se obezbeđuje novčano ili nenovčano potraživanje. Sud određuje privremenu meru pre, u toku ili posle parničnog postupka, sve dok izvršenje ne bude sprovedeno. Da bi se odredila privremena mera, potrebno je da se ispune dva uslova. Prvi uslov nalaže izvršnom poveriocu da mora učiniti verovatnim postojanje potraživanja, dok je drugi uslov da učini verovatnim da će bez privremene mere izvršni dužnik osujetiti ili znatno otežati naplatu potraživanja,

⁴¹ Petrušić N, Konstantinović Vilić S, *Ostvarivanje prava na izdržavanje - (ne)moć države*, Zbornik radova: "Vladavina prava i pravna država u regionu", Istočno Sarajevo, 2014, str. 405-418.

⁴² Izvršni poverilac se po pravilu opredeljuje za fiksni iznos u onim slučajevima kada izvršni dužnik izdržavanja ne ostvaruje redovne mesečne novčane prihode, a za procentualni, kada dužnik ostvaruje redovna mesečna primanja

⁴³ Saglasno čl. 162. st. 2. Porodičnog zakona.

time što će svoju imovinu ili sredstva otuđiti, prikriti ili na drugi način njima raspolagati.⁴⁴

U postupku ostvarivanja prava na naknadu štete privremene mere imaju važnu ulogu u obezbeđenju zaštite izvršnog poverioca. Naime, privremenom merom izvršni poverilac pokušava da spreči moguću opasnost, odnosno neuspeh naplate potraživanja i nastanak nove nenadoknadive štete.

Zakon je predvideo da se privremenom merom mogu obezbediti i nedospela, uslovna i buduća potraživanja.⁴⁵ U određenim sudskim postupcima koji se vode radi naknade štete, sud može najpre da odluči o spornom pravnom osnovu, a potom da raspravlja o visini potraživanja. U takvim slučajevima sud će najpre raspraviti pitanje valjanosti pravnog osnova i eventualnog doprinosa oštećenog nastanku štete, a tek potom pristupiti procesu utvrđivanja visine naknade štete. Ako se prilikom rasprave pravnog osnova utvrdi krivica tuženog, sud može tuženom da odredi obavezu plaćanja određenog iznosa, najmanje do visine izgubljene zarade ili razlike između iznosa koji je oštećeni primao i iznosa koji prima, bilo da je kao osnov u pitanju povreda prava iz radnog odnosa ili umanjenje porodičnih primanja usled smrti davaoca izdržavanja. Dakle, u ovakvim slučajevima sud može odrediti privremenu meru kojom će obavezati tuženog da do donošenja konačne odluke suda, isplaćuje određeni iznos koji bi bio dovoljan za naknadu štete u delu umanjene zarade, odnosno izgubljenog iznosa izdržavanja.

Radi obezbeđenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca, zakon dopušta određivanje svake mere kojom se postiže svrha obezbeđenja. Pojedine privremene mere koje se u tu svrhu mogu odrediti su: zabrana izvršnom dužniku da otuđi, odnosno optereti pokretne stvari čiji je vlasnik i, po potrebi, njihovo oduzimanje od izvršnog dužnika i poveravanje na čuvanje izvršnom poveriocu ili drugom licu ili sudskom depozitu; zabrana izvršnom dužniku da otuđi, odnosno optereti nepokretnosti čiji je vlasnik ili druga stvarna prava koja su upisana u njegovu korist na nepokretnostima u katastar nepokretnosti, uz upis zabeležbe zabrane u katastar nepokretnosti; zabrana dužniku izvršnog dužnika da isplati potraživanje ili preda stvar izvršnom dužniku i zabrana izvršnom dužniku da primi isplatu potraživanja ili primi stvar i da njima raspolaže; nalog organizaciji za prinudnu naplatu da bankama koje vode račune izvršnog dužnika naloži da novčana sredstva u visini obezbeđenog potraživanja prenesu u depozit javnog izvršitelja; nalog Centralnom registru hartija od vrednosti da upiše zabranu otuđenja i opterećenja akcija izvršnog dužnika i upiše zabranu izvršnom dužniku da koristi pravo glasa iz akcija i raspolaže njime; oduzimanje gotovog novca ili hartija od

⁴⁴ Više o privremenim merama u izvršnom postupku videti u: N. Šarkić, *Prethodne i privremene mere*, Pravni život, br. 7/8, Beograd, 1997., str.123-144.; N. Šarkić, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, Beograd, 2016, crp. 379-389.

⁴⁵ Čl. 449. st. 4. Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

vrednosti od izvršnog dužnika i njihovo polaganje u sudski depozit, odnosno kod javnog izvršitelja.⁴⁶

Pojedini problemi u praksi

Analizom dela prakse osnovnih i privrednih sudova, mogu se uočiti pojedini problemi i teškoće koje se javljaju prilikom sprovođenja izvršenja sudskih odluka na zaradi i drugim novčanim primanjima.

U postupku izvršenja, kako prilikom donošenja rešenja o izvršenju od strane naslova tako i prilikom preduzimanja izvršnih radnji, probleme mogu izazvati određeni pravni standardi koji su utvrđeni odlukom parničnog suda. Naime, jedna uopštena i nedovoljno precizna formulacija visine obaveze izvršnog dužnika od strane parničnog suda, može stvoriti problem prilikom izvršenja takve odluke. Korišćenje pravnih standarda prilikom donošenja sudskih odluka u praksi je naravno dozvoljeno, ali samo pod uslovom da je izvršenje takvih odluka precizno odredljivo, što podrazumeva da u sebi ona sadrži sve elemente za sprovođenje izvršenja.⁴⁷ Pravni standardi se uglavnom vezuju za određene uobičajene pojmove, te je zadatak parničnog suda da prilikom donošenja odluke, što je moguće više, bude precizan, kako se ne bi desila situacija da usled takvih nepravilnosti doprinosi neizvršavanju sopstvenih odluka. S druge strane, izvršenje i jedne takve uopštene i nedovoljno precizne odluke se mora sprovesti, te će izvršni naslov preduzeti određene korake u cilju realizacije odluke i namirenja izvršnog poverioca. Naime, može se pribaviti stručno mišljenje određene institucije, odrediti veštačenje ili u krajnjoj meri, radi dokazivanja, uputiti stranke na parnicu zbog spora o činjenicama, što bi bila svakako najgora mera. Na žalost, svaka od navedenih radnji usporava izvršni postupak i ne doprinosi njegovoj efikasnosti.

Poteškoće u postupku izvršenja mogu nastati ukoliko mesečni, odnosno periodični novčani iznos rente ili zakonskog izdržavanja, koji se izvršava na zaradi ili drugom novčanom primanju, nije određen u fiksnom iznosu, već u odnosu na određeno novčano davanje koje je podložno čestim promenama, npr. socijalna pomoć. U takvim situacijama sud mora često donositi novo rešenje o izvršenju kako bi uskladio iznos rente usled promenjenih okolnosti.⁴⁸

⁴⁶ Prema čl. 459. Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

⁴⁷ Npr. u određenoj parnici sud može dosuditi naknadu buduće štete - rente, za visinu razlike između iznosa koji određeno lice prima po osnovu penzije i iznosa koji bi ono ostvarivalo na radnom mestu. Sud takođe može koristiti prilikom obračuna i tzv. standard radnog mesta iste stručne spreme, gde visinu naknade određuje kroz prosek zarade tri radnika na istim poslovima koje je oštećeni obavljao pre nastanka štetnog događaja, i sl.

⁴⁸ U takvim slučajevima sud mora pribaviti podatak o visini najviše socijalne pomoći kako bi rešenje o izvršenju uskladio sa uslovom koji predviđa čl. 258. st. 5. Zakona o izvršenju i obezbe-

Problem u postupku izvršenja može nastati i ukoliko je odlukom parničnog suda iznos rente ili izdržavanja određen u procentima. To može biti situacija kod koje je, na primer, određena visina mesečnog novčanog davanja u iznosu od 25% primanja izvršnog dužnika. Sud bi prilikom donošenja rešenja o izvršenju bio u obavezi posebno utvrđivati visinu pojedinačne periodične obaveze izvršnog dužnika, što svakako predstavlja dodatni posao i odugovlači sam postupak prinudnog izvršenja. Određivanje obaveznog mesečnog novčanog davanja u procentima, kod dužnika koji nije u stalnom radnom odnosu ili je preduzetnik, učiniće parničnu odluku neodređenom i stвориće dodatne probleme u postupku izvršenja. Naime, sud bi u takvim slučajevima morao za svaki mesec posebno utvrđivati koliko iznose prihodi izvršnog dužnika po odbitku troškova poslovanja i na tako dobijen iznos izračunati procenat davanja za zakonsko izdržavanje ili rentu.

Uprkos činjenici da je zakonska obaveza roditelja da izdržavaju svoju decu i da nedavanje izdržavanja povlači krivičnu odgovornost,⁴⁹ veoma često se obaveza plaćanja alimentacije zanemaruje. Uvidom u sudsku praksu, možemo konstatovati da u izvršnoj referadi iz porodičnih odnosa dominiraju predmeti radi naplate zakonskog izdržavanja deteta. Na žalost, u velikom broju slučajeva, ovaj postupak je izuzetno neefikasan. Još tokom trajanja alimentacionih parnica, mnoga deca nisu u mogućnosti da zadovolje osnovne egzistencijalne potrebe, čemu doprinosi i retka primena privremenih mera, kojima bi se mogla obezbediti makar minimalna zaštita dece u toku trajanja sudskog postupka. U izvršnim postupcima problemi nastaju ukoliko izvršni dužnik nije u radnom odnosu, nema stalna mesečna primanja, niti poseduje novčana sredstva na računu kod banke. Tada se obično, na predlog izvršnog poverioca, menjaju sredstvo i predmet izvršenja, te se isto određuje popisom i procenom pokretnih stvari. U najvećem broju slučajeva, prodaja pokretnih stvari dugo traje, a novčani iznosi koji se na takav način ostvare budu nedovoljni za namirenje potraživanja. Često se desi da i sam popis pokretnih stvari ostane bez uspeha, da izvršitelj konstatuje da izvršni dužnik ne poseduje pogodne stavri za popis, te se izvršni postupak obustavlja.

ZAKLJUČAK

U radu smo pokušali ukazati na pojedine osobenosti izvršnog postupka koji se sprovodi na zaradi, radi naplate rente, zakonskog izdržavanja i novčane kazne kod nevraćanja zaposlenog na rad.

denju - iznos najviše stalne socijalne pomoći koji se isplaćuje na području na kome izvršni dužnik ima prebivalište.

⁴⁹ Krivičnim zakonikom Republike Srbije propisano je da za neizvršavanje zakonske obaveze izdržavanja sledi novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine, s tim da ukoliko su nastupile teške posledice za izdržavano lice, učinilac će se kazniti zatvorom od tri meseca do tri godine - čl. 195 Krivičnog zakonika RS "Sl. glasnik", br.

Renta kao novčana naknada buduće štete zaslužuje posebnu pažnju i Zakon o izvršenju i obezbeđenju kroz svoje odredbe svrstava je u prioriteta potraživanja, što samo potvrđuje značaj rente u pravnom prometu. Kao oblik naknade štete, renta ne predstavlja opšte pravilo, već izuzetak.

Neispunjavanje zakonske obaveze izdržavanja predstavlja jedno od najučestalijih vidova ekonomskog nasilja nad članovima porodice, koji posebno pogađa decu, jer se negativno odražava na njihov celokupan psihofizički razvoj, ali takođe izaziva i negativne posledice kod onog roditelja koji posle prestanka zajednice života samostalno vrši roditeljsko pravo.

U našem radnom zakonodavstvu vraćanje zaposlenog na rad nije više obligatornog karaktera, već je stvar odlučivanja suda. Često u praksi dolazi do otpora dobrovoljnom izvršenju presuda o vraćanju zaposlenog na rad. Naš zakonodavac se, prateći uporednopravna rešenja, opredelio za sistem novčanih kazni, kao meru pritiska koja pogađa imovinu izvršnog dužnika, a koja se izriče ne samo poslodavcu, već i odgovornom licu. Proširivanjem dejstva izvršne isprave, pored poslodavca i na odgovorno lice, želela se pojačati efikasnost u izvršenju odluka ove vrste, s obzirom da su često upravo odgovorna lica, najčešće direktori, koristeći svoj uticaj, onemogućavala vraćanje zaposlenog na rad.

Reformisanjem izvršnog postupka, pre svega kroz uvođenje nove pravničke profesije - javnog izvršitelja, stvoreni su uslovi za povećanje efikasnosti izvršenja sudskih odluka. Delegiranje ovlašćenja naplate gotovo svih vrsta potraživanja profesionalnim pravnicima, u liku javnih izvršitelja, predstavlja pokušaj zakonodavca da se izvršni postupak unapredi, profesionalizuje i ubrza, a sudovi rasterećte nagomilanih predmeta u izvršnoj referadi i usmere na primarnu funkciju - suđenje.

Sudski izvršni postupci radi naplate rente i zakonskog izdržavanja, kao što smo ukazali, mogu se zakomplikovati i bespotrebno dugo voditi. Takav problem se može rešiti kroz konkretniji i precizniji rad suda i javnih izvršitelja, ali i kroz edukaciju i poučavanje samih stranaka o njihovim pravima i pravnim posledicama koje mogu nastati usled odugovlačenja postupka. Sam postupak izvršenja predstavlja konkretno i konačno ostvarenje zahteva koji se ističe u tužbi. U pravnoj teoriji se izvršnom postupku pripisuje značaj postupka u kojem pravna norma sebe potvrđuje ili osporava.⁵⁰ S toga, sama svrha izvršenja mora biti u brznoj, kvalitetnoj i efikasnoj zaštiti prava koje je utvrđeno zakonom i sudskom odlukom.

⁵⁰ J. Đorđević *Pojam, uloga i značaj izvršenja u pravu*, Zbornik: Izvršenje sudskih odluka, 1979. Beograd

NEBOJŠA ŠARKIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Union University, Belgrade
Zoran Vavan
Asistant, Faculty of Law and Business Studies
dr Lazar Vrkić Novi Sad

JUDGMENT ENFORCEMENT PROCEDURE REGARDING WAGES AND OTHER REGULAR INCOME

Summary

The paper discusses the innovations and specifics in the judgement enforcement procedure regarding wages and other regular income in order to collect rents, legal support, or fines in cases of the employer's failure to reinstate the employee. In accordance with the law, the court shall issue an execution order to collect rents or legal support, and the public enforcement officers have the authority to carry out the enforcement process. Annuities and rents rank as priority claims by the Law on Enforcement and Security Proceedings. Courts and tribunals issue orders for further payment to employers and authorized persons, in cases of failure to reinstate the employee, and they are also responsible for their execution. The new Law on Enforcement and Security Proceedings seeks to improve the enforcement procedure, through the introduction of new legal profession - public enforcement officers, and increase the efficiency of judgment enforcement process related to the right to annuities.

MILAN BLAGOJEVIĆ

SLOBODA IZRAŽAVANJA MISLI I (NE)MOGUĆNOSTI NJENOG OSTVARIVANJA U VRŠENJU SUDIJSKE FUNKCIJE KOD NAS

U V O D

Pitanje, bolje reći problem kojim se bavim u ovom radu zahtijeva nekoliko uvodnih pojašnjenja vezanih za jedan od pojmova upotrijebljenih u naslovu rada. Radi se o pojmu *misli*, koji nije isto što i pojam *mišljenja*. Iako se ti pojmovi u svakodnevnom govoru, pa čak i u nauci, gotovo poistovjećuju, neophodno ih je razlikovati jedan od drugog. Njihovo razlikovanje nije od važnosti samo u svijetu logike već, kako ćemo niže vidjeti, i u svijetu prava. Ono što im je zajedničko jeste činjenica da su i jedan i drugi dio *spoznajnih psihičkih procesa*. Međutim, razlika između njih je značajna, a ako bismo je htjeli slikovito iskazati onda bismo *mišljenje* mogli uporediti sa *procesom proizvodnje nekog automobila*, a *sam taj automobil* mogli bismo uporediti sa *mišlju*. U logici se ukazuje da (kurziv u citatu je moj): “Kao što postoje *različiti oblici mišljenja*, postoje i *različiti oblici misli*. *Poimanju odgovara pojam, dokazivanju – dokaz*. Poimanje, suđenje, zaključivanje, dokazivanje *jesu vrste ili oblici mišljenja*; pojam, sud, zaključak, dokaz – *vrste ili oblici misli*.”¹

Dr Milan Blagojević, sudija Okružnog suda u Banjaluci i profesor Pravnog fakulteta Univerziteta za poslovni inženjering i menadžment u Banjaluci.

¹ Dr Gajo Petrović: *Logika*, trinaesto izdanje, Zagreb, 1980, str. 8.

U svijetu prava ova razlika je od važnosti zbog toga što je *mišljenje*, pa i slobodno mišljenje, nešto što je po prirodi stvari svojstveno čovjeku. Drugim riječima, čovjek ima slobodu mišljenja ne zato što mu je daje ustavotvorac već zato što je to njegovo prirodno stanje. Dosljedno tome, za slobodu mišljenja može se reći da je jedno od čovjekovih prirodnih prava. Kao takvo, ono se ne može uređivati pravom, jer je riječ o duboko psihičkim procesima čovjeka u koje normotvorac, i pored pokušaja u tom pravcu zabilježenih u istoriji, ne može (i ne treba) posezati pravom. Međutim, kada govorimo o *misli* kao svojevrsnom produktu (processa) mišljenja, tu stvari stoje sasvim drugačije, jer se misao ospoljava, za razliku od mišljenja koje je uvijek unutrašnji psihički proces čovjeka zbog čega se ne može ospoljiti i u koji drugi ljudi objektivno ne mogu (i ne trebaju) ulaziti, pa ni uz pomoć prava.

S obzirom na njeno ospoljavanje, ljudska misao je pravno kontrolabilna pa je sloboda njenog izražavanja nešto što se ustavima jemči (i treba da se jemči) pravnim subjektima. U pravnoj literaturi ova sloboda se određuje na različite načine. Tako se za nju kaže da je nužno uključena u slobodu mišljenja, a ova potonja sloboda se određuje kao “temelj demokratskog političkog sustava”², iz čega proizlazi da se i sloboda izražavanja misli određuje kao osnov tog sistema. Ovakvom poimanju u bitnom odgovara i poimanje prema kojem sloboda izražavanja misli predstavlja “...vrlo važno ljudsko pravo, koje je kopča između građanskih i političkih prava. U slobodi izražavanja se istovremeno otelotvoravaju čovekova sloboda od vlasti i njegovo pravo da utiče na državu u kojoj živi”³.

Hilari Barnett za slobodu izražavanja kaže da obuhvata mnoge aspekte, od slobode pojedinca da privatno ili javno izrazi bilo kakav pogled koji želi, bez obzira koliko bio usmjeren prema drugome, do slobode medija, slobode autora da pišu i objavljuju napisano, kao i slobode filmskih stvaralaca da snime i distribuišu snimljeno u svrhu privatnog ili javnog prikazivanja⁴.

U slučaju *Handyside v UK* (iz 1976) Evropski sud za ljudska prava je slobodu izražavanja odredio rekavši da ona:

“... predstavlja jedan od suštinskih osnova demokratskog društva, jedan od osnovnih uslova za njegov progres i za progres i razvoj svakog čovjeka. Pod uslo-

² Branko Smerdel, Smiljko Sokol: *Ustavno pravo*, četvrto neizmijenjeno izdanje, Zagreb, 2009, str. 137. i 138.

³ Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović: *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd, 2006, str. 237. i 238.

⁴ Hilaire Barnett: *Constitutional & Administrative Law*, fourth edition, London – Sydney, 2002, p. 676.

vima iz stava 2. člana 10⁵, ona je primjenjiva ne samo na “informacije” ili “ideje” primljene sa odobravanjem ili koje se smatraju neofanzivnim, već i na one kojima se napada, šokira ili uznemirava država ili bilo koji dio stanovništva. Takvi su zahtjevi pluralizma, tolerancije i širokoumnosti bez kojih nema demokratskog društva.”⁶

Iz prethodno izloženih shvatanja možemo zaključiti kako je pažnja njihovih kreatora uglavnom usredsređena na izražavanje misli čovjeka kao individue, to jest na njeno izražavanje u smislu koji nije predmet ovog rada. Međutim, u ovom radu ja se bavim pitanjem slobode izražavanja misli sudije u vršenju te njegove funkcije, o čemu, koliko mi je poznato, do sada nije pisano kod nas. O tome na svojevrsan način svjedoče i odgovarajuće zakonske odredbe koje će biti podvrgnute kritici u ovom radu. Naime, njihov sadržaj, bolje reći ono čega nema u tim odredbama, (do)kazuje kako zakonodavac o tome nije razmišljao niti djel(ov)ao u pravcu koji je potreban i na koji ovim radom želim ukazati.

Ako pođemo od toga da je vršenje sudijske funkcije čin stvaralaštva i da je stvaralaštvo suštinsko svojstvo duha, što u isto vrijeme znači slobodu koja leži u suštini samog stvaralaštva⁷, nesumnjivo je da i sudija u vršenju sudijske funkcije mora imati slobodu izražavanja misli. Ovo zbog toga što je svaka sud(ij)ska odluka produkt ljudskog duha koji podrazumijeva svojevrsno stvaralaštvo, a u njemu leži upravo sloboda koja je za stvaralaštvo nužna⁸. Pošto je to tako, sada se, naročito od onih nedovoljno upućenih, može postaviti pitanje kakvog smisla ima uopšte postavljati pitanje kakvo je postavljeno u naslovu ovog rada. Da bi se shvatila njegova osnovanost, nastavak ovog izlaganja biće podijeljen u četiri dijela. Najprije ću izložiti zakonska rješenja koja u vezi s tim pitanjem važe kod nas, uz napomenu da se radi o rješenjima koja važe za sudske postupke pred *redovnim sudovima*. Na ovo ukazujem zbog činjenice da je, primjera radi, praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine sasvim drugačija, budući da se u postupku pred tim sudom izrađuju, objavljuju i strankama dostavljaju i izdvojena neslažuća mišljenja sudija, ako ih je bilo u određenom predmetu. Nakon dijela posvećenog izlaganju važe-

⁵ A to su, da se podsjetimo, Konvencijom dozvoljena ograničenja koje države mogu propisati *zakonom* kod ostvarivanja ovog prava, u vidu formalnosti, uslova, ograničenja ili kazni *neopodnih u demokratskom društvu* u interesu *nacionalne bezbjednosti, teritorijalnog integriteta, javne bezbjednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja informacija dobijenih u povjerenju te radi očuvanja nepristrasnosti i autoriteta sudstva*.

⁶ D J Harris, M O'Boyle, C Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh, 1995, p. 373.

⁷ Dr Radomir D. Lukić: *Sabrana dela, četvrti tom, Sistem filozofije prava*, Beograd, 1995, str. 99.

⁸ Dr Milan Blagojević: *Načela, predmet i osnovni subjekti krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini*, Dobož, 2003, str. 60.

ćih zakonskih rješenja o ovom pitanju, slijedi dio sa primjerom iz sud(ij)ske prakse, kojim ću pokazati na kakve probleme nailazi ne samo sudija kod izražavanja svojih misli, već i na potencijalne probleme sa kojima se mogu suočiti i stranke u sudskom postupku, a koje su posljedica nedostataka u zakonima. Zatim slijedi dio o neustavnim propisima kojima se od strane domaćeg zakonodavca nastoji izvršiti precedentizacija domaćeg prava, dok ću u završnom dijelu rada izložiti zaključno zapažanje te iznijeti prijedloge za novele koje bi trebale biti ugrađene u odgovarajuće zakone.

VAŽEĆA ZAKONSKA RJEŠENJA

S obzirom na činjenicu da o onome o čemu govorim u ovom dijelu, u bitnom, nema značajnih razlika u zakonskim odredbama između zakona BiH, Republike Srpske, Federacije BiH i Brčko distrikta, u nastavku ću prikazati samo odgovarajuća rješenja iz dva zakona Republike Srpske. Prvi od njih je Zakon o parničnom postupku ("Službeni glasnik Republike Srpske", br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13), a drugi je Zakon o krivičnom postupku ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 53/12). Za razumijevanje problema kojim se ovdje bavim od važnosti su zakonske odredbe o vijećanju i glasanju. U Zakonu o parničnom postupku one su sadržane u čl. 222, 223. i 377, a Zakon o krivičnom postupku te odredbe sadrži u čl. 68, 75, 76. i 77.

Prije nego što iznesem njihovu suštinu, neophodno je podsjetiti da *vijećanje i glasanje* o kojima je riječ u tim zakonskim odredbama nije ono o čemu ovdje govorim. Iako se kod vijećanja i glasanja takođe radi o izražavanju misli, to nije ono što je predmet ovog rada. Naime, već sami termini *vijećanje*, odnosno *glasanje*, ukazuju kako se tu radi o donošenju sudske odluke (*davanju glasa* od strane sudije) da se, na primjer, tužbeni zahtjev usvoji ili ne usvoji, da se žalba stranke uvaži ili ne uvaži, da se optuženi oglasi krivim ili oslobodi od optužbe i slično. Istina, takve odluke se ne mogu donijeti bez iznošenja odgovarajuće (usmene) argumentacije svakog od članova vijeća, ali će za stranke u postupku i pravni poredak ta argumentacija proizvesti pravne posljedice tek kada se *ospolji u pisanom obliku*. U tome se, dakle, ogleda sadržaj pojmova vijećanje i glasanje, što govori da u toj fazi izostaje *pisana* argumentacija za bilo koju od navedenih ili drugih sudskih odluka. A u tom *pisanom argumentovanju* sudske odluke se i ogleda sloboda sudijskog izražavanja misli o kojoj ovdje govorim, s jedne, i (ne)mogućnosti njenog ostvarenja u vršenju sudijske funkcije kod nas s druge strane.

Članom 222. Zakona o parničnom postupku propisano je da u prostoriji gdje se vrši vijećanje i glasanje mogu biti prisutni samo članovi vijeća i zapisničar. Iz člana 223. istog zakona proizlazi da je za svaku odluku vijeća potrebna *većina glasova*, što se, kao i u slučaju jednoglasne odluke, samo konstatuje u zapi-

sniku o vijećanju i glasanju, saglasno članu 377. Zakona o parničnom postupku. Dakle, zakonodavac ovim ostavlja mogućnost preglasavanja prilikom odlučivanja, ali nakon toga nijednom svojom odredbom ne kaže ništa o pravu sudije koji je ostao preglasan da napiše argumentaciju za svoj glas, kao ni kako će se u tom slučaju postupiti sa tako napisanim izdvojenim mišljenjem (djelimično neslažućim ili u potpunosti neslažućim).

U bitnom, na ovaj način stvari stoje i u slučaju Zakona o krivičnom postupku. Naime, članom 75. stav 3. tog zakona je propisano (kurziv u citatu je moj):

“Ako se u pogledu pojedinih pitanja o kojima se glasa glasovi podijele na više različitih mišljenja, tako da nijedno od njih nema većinu, razdvojiće se pitanja i glasanje će se ponavljati *dok se ne postigne većina*. Ako se na taj način ne postigne većina, odluka će se donijeti tako što će se glasovi koji su najnepovoljniji za optuženog pribrojiti glasovima koji su od ovih manje nepovoljni, *sve dok se ne postigne potrebna većina*.”

Dakle, ni u ovom članu, kao ni u ostalim članovima Zakona o krivičnom postupku, nije kazano ništa o pravu sudije koji je preglasan da iznese razloge za svoju odluku, kao ni kako će se u tom slučaju postupiti sa tako napisanim izdvojenim mišljenjem (hoće li se, na primjer, i ono dostavljati strankama). To su ozbiljni nedostaci u navedenim zakonima, a samo jedan primjer iz sudske prakse koji sam izdvojio za ovu priliku biće dovoljan da ukaže na posljedice do kojih sve to može dovesti.

PRIMJER IZ SUDSKE PRAKSE

U ovom slučaju iz razumljivih razloga neću navoditi bliže oznake kako predmeta, tako ni predmetne prvostepene, odnosno drugostepene presude. Umjesto toga samo ću reći da se radilo o žalbi tužioca protiv prvostepene presude u parničnom postupku. Tom presudom tužiocu je dosuđeno glavno novčano potraživanje (za isporučenu električnu energiju), a odbijen mu je dio zahtjeva kojim je tražio da mu se na dosuđeni iznos glavnog potraživanja isplati i zakonska zatezna kamata u iznosu od 3.677, 50 KM, uz obrazloženje da tužilac nije dokazao taj dio svog zahtjeva, jer nije izveo dokaz odgovarajućim vještačenjem po vještaku ekonomske struke kako bi bio utvrđen tačan iznos te kamate. Protiv presude je samo tužilac izjavio žalbu, kojom je prvostepenu presudu pobijao upravo u onom dijelu kojim je odbijen dio njegovog tužbenog zahtjeva kojim je tražio plaćanje i zakonske zatezne kamate u navedenom iznosu.

Drugostepena sudska odluka je donesena preglasavanjem, pri čemu su sudije koje su bile u većini glasale da se žalba tužioca odbije kao neosnovana i da se u žalbom pobijanom dijelu potvrdi prvostepena presuda, uz obrazloženje kojim se podržava stav nižestepenog suda da tužilac nije dokazao taj dio svog zahtjeva,

budući da nije izveo dokaz odgovarajućim vještačenjem po vještaku ekonomske struke kako bi bio utvrđen tačan iznos te kamate. Sudija koji je glasao suprotno od ove većinske odluke je napisao izdvojeno neslažuće mišljenje, za koje je u pisanom obliku dao sljedeću argumentaciju (kurziv u tekstu je moj):

“Suprotno većinskoj odluci sudija ja smatram da je povodom žalbe tuženog istu trebalo uvažiti, osporenu presudu preinačiti na način da se tužiocu dosudi i tražena zakonska zatezna kamata u iznosu od 3.677,50 KM. Razlozi za to su sljedeći.

S tim u vezi prvostepeni sud pravno neosnovano, iako se poziva na Zakon o visini stope zatezne kamate, navodi da tužilac navodno nije dokazao zakonitost obračuna tražene kamate. Nezakonitost ovakvog odlučivanja, kojim se nanosi imovinska šteta tužiocu u iznosu od 3.677,50 KM koliko i iznosi njegovo potraživanje po osnovu kamate, ogleda se u sljedećem.

Naime, članom 4. Zakona o visini stope zatezne kamate propisan je način obračuna te kamate, koja se obračunava tako što se fiksna stopa od 0,05% dnevno množi brojem dana zakašnjenja, pa se tako utvrđena stopa množi iznosom glavnog duga, uvećanog za kamatu po stopi rasta potrošačkih cijena. S obzirom na to da se glavno potraživanje tužioca odnosi na period duži od 14 godina, to znači da broj dana kašnjenja prelazi cifru od 5.100 dana. Kada se tih preko 5.100 dana pomnoži stopom od 0,05% dnevno, a zatim dobijeno pomnoži iznosom glavnog duga od 3.867,05 KM, pouzdano proizlazi da bi tužiocu po osnovu zakonske zatezne kamate pripalo i više od iznosa *njegovog glavnog potraživanja, to jest više od 3.867,05 KM*. Međutim, kako *u takvom slučaju kamata prema zakonu ne može biti veća od glavnog duga, te kako tužilac tužbom i ne traži to već po osnovu kamate traži iznos od 3.677,50 KM, dakle traži iznos manji od iznosa glavnog duga, po meni je očigledno da je takav njegov zahtjev i u tom dijelu pravno osnovan pa ga je kao takvog trebalo uvažiti*. Usljed toga *nije potrebno provoditi dokaze u pravcu utvrđivanja visine ovog iznosa, pa ni vještačenjem po vještaku odgovarajuće struke, jer se u ovakvim situacijama, s obzirom na sve navedene činjenice, ne radi o faktičkom pitanju nego o pitanju primjene materijalnog prava, to jest primjene pomenu-te formule iz Zakona o visini stope zatezne kamate, koje kao pravno pitanje spada u isključivi domen suda.*”

Ono što je od važnosti u ovom slučaju, a što je u vezi sa predmetom ovog rada, jeste najprije činjenica da je *većinskom odlukom* jedno čisto pravno pitanje (primjena materijalnog prava) pretvoreno u faktičko pitanje, čime je povrijeđen zakon. Iz toga proizlazi sljedeća, za stranku važnija posljedica koja se ogleda u tome da je ostala uskraćena za navedeni novčani iznos kamate, koji joj pripada prema odgovarajućoj materijalnopravnoj odredbi iz Zakona o visini stope zatezne kamate. No, za potrebe ovog rada važne su još dvije činjenice. Jedna se odnosi na to da je sudija koji je preglasan prilikom odlučivanja ostao uskraćen u tome

da se i njegovo izdvojeno mišljenje dostavi strankama u ovoj parnici. Druga činjenica je da se pomoću ovog primjera može vidjeti način na koji se stvara sudska praksa, čija suština se svodi na to da sudovi donose uvijek iste odluke za istovjetne slučajeve, što treba razlikovati od sudskog običaja "...koji treba smatrati stvorenim onda kada se sudska praksa toliko ustalila da se u sudova stvorila svest o njejoj obaveznosti, tako da smatraju da su vezani njom i da je ne smeju promeniti."⁹

Suština problema na koji je ukazano primjerom iz sudske prakse svodi se na to da će u nekom budućem slučaju, sa činjenicama koje u bitnom odgovaraju onim prethodno iznesenim, sud opet odlučiti da odbije dio tužbenog zahtjeva kojim se potražuje zakonska zatezna kamata, uz obrazloženje da tužilac taj dio svoje tužbe nije dokazao odgovarajućim vještačenjem po vještaku ekonomske struke, te da je o tome sud u sličnom predmetu već zauzeo stav da se ovaj dio potraživanja ima dokazati vještačenjem, a ako to nije učinjeno taj dio tužbenog zahtjeva treba odbiti. Kada predmeti sa ovakvim pitanjem dostignu odgovarajući broj, onda shvatanje prema kojem se iznos potraživanja po osnovu zakonske zatezne kamate mora dokazati odgovarajućim vještačenjem po vještaku ekonomske struke, uprkos njegovoj nezakovitosti postaje ne samo sudski običaj u prethodno navedenom smislu, već i sudski precedent (u slučaju kojeg se radi o pojedinačnoj pravnoj normi pretvorenoj u opštu pravnu normu¹⁰).

Da je riječ o nimalo bezazlenoj pojavi svjedoči ne samo navedeni primjer, već i ono o čemu govorim u nastavku, što je takođe oblik onemogućavanja ostvarivanja slobode izražavanja misli u vršenju sudijske funkcije kod nas. Radi se o neustavnim nastojanjima da se putem zakona i podzakonskih propisa obavežu sudije na to da prihvate određena mišljenja usvojena od strane određenih tijela unutar sudova.

Primjeri neustavnih propisa kojima se onemogućava sloboda izražavanja misli u vršenju sudijske funkcije

U ovom dijelu rada iznijecu primjere iz dva zakona i jednog podzakonskog propisa. Svima im je zajedničko da se "rješenjima" sadržanim u odgovarajućim odredbama kreira prostor za neustavnu precedentizaciju prava kod nas, čime se onemogućava sloboda izražavanja misli u vršenju sudijske funkcije.

Prvi primjer je Zakon o sudovima Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 37/12). Članom 6. tog zakona je propisano (kurziv u citatu je moj):

⁹ Radomir D. Lukić, Budimir P. Košutić, Dragan M. Mitrović: *Uvod u pravo*, šesnaesto izdanje, Beograd, 2001, str. 400.

¹⁰ *Isto*, str. 399.

“Sudovi štite prava i slobode zagarantovane Ustavom Bosne i Hercegovine, Ustavom Republike Srpske i zakonom, te obezbjeđuju ustavnost i zakonitost i *osiguravaju jedinstvenu primjenu zakona*, ravnopravnost i jednakost svih pred zakonom.”

U citiranoj odredbi pažnju privlači onaj njen dio u kojem je rečeno da *sudovi* (što znači svi sudovi) *osiguravaju jedinstvenu primjenu prava*. U tom dijelu zakonom je povrijeđen član 123. Ustava Republike Srpske, kojim je propisano da Vrhovni sud Republike Srpske, kao najviši sud u Republici, obezbjeđuje jedinstvenu primjenu zakona. Ovu neustavnost nije teško zapaziti, ali ono što je važnije s tim u vezi je to da je takva neustavna odredba bila razlog da se u članu 19. stav 1. Pravilnika o unutrašnjem sudskom poslovanju (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 9/14), donesenom od strane ministra pravde Republike Srpske, propiše sljedeće:

“Pravna shvatanja zauzeta na sjednicama odjeljenja viših sudskih instanci obavezujućeg su karaktera za sva vijeća u sastavu odjeljenja.”

Dakle, ministar pravde je na ovaj način podzakonskim propisom uveo obavezu o kojoj nema ni slova u Ustavu Republike Srpske. To nije samo neustavnost koju, kao i onu prethodnu, nije teško zapaziti, već je to i način na koji se uvođi precedentizacija prava i onemogućava sloboda izražavanja misli u obavljanju sudijske dužnosti. Naime, nema ove slobode ako sudije prilikom primjene prava ne mogu misliti svojom glavom, već moraju bespogovorno primjenjivati pravo (kada odlučuju kao pojedinci), odnosno glasati o primjeni prava (kada odlučuju kao članovi vijeća) onako kako su to rekle ostale njihove kolege. Do kakvih sve apsurdnih situacija mogu dovesti citirane pravne odredbe nije teško zaključiti. Zamislimo da je neka viša sudska instanca (npr. jedan od pet okružnih sudova u Srpskoj) na sjednici svog odgovarajućeg odjeljenja (npr. građanskog) zauzeo određeno neustavno i nezakonito pravno shvatanje (što je, objektivno, sasvim moguće i dešava se u praksi, ali ovdje neću navoditi takve primjere jer bi to uzelo mnogo prostora). U takvoj situaciji, pozivanjem na prethodno citirane odredbe, sve sudije tog suda, kao i sudije svih nižih sudova sa područja tog višeg suda, morale bi prihvatiti takvo shvatanje, bez obzira što je ono neustavno i nezakonito.

Stvar se dodatno komplikuje ako dalje zamislimo situaciju u kojoj o istom pravnom pitanju dva od pet okružnih sudova u Srpskoj imaju jedno, a ostala tri takva suda imaju drugo pravno shvatanje. Tek ovakva moguća situacija ukazuje na neracionalnost citirane zakonske i podzakonske odredbe, prema kojima svi sudovi obezbjeđuju jedinstvenu primjenu prava, odnosno da su pravna shvatanja zauzeta na sjednicama odjeljenja obavezujućeg karaktera za sva vijeća u sastavu odjeljenja. Njihova neracionalnost je u tome što sintagma *jedinstvena primjena zakona* (na šta se pledira i citiranom odredbom navedenog podzakonskog propi-

sa) po prirodi stvari znači *nešto što je jedno*, a to jedno se, opet po prirodi stvari, može obezbijediti samo *na jednom mjestu* u državi, kroz njen vrhovni sud.

Međutim, i kada se u vrhovnom sudu postavi pitanje jedinstvene primjene zakona, koju ima u vidu ustavotvorac u članu 123. Ustava Republike Srpske, tu treba biti obazriv. Naime, ova ustavna odredba ne znači niti može značiti obavezu nižestepениh sudova da kao puke transmisije postupaju prema pravnim shvatanjima Vrhovnog suda Republike Srpske, ako nasuprot tim shvatanjima imaju odgovarajuću (racionalnu) pravnu argumentaciju kojom ukazuju na pravnu neodrživost shvatanja Vrhovnog suda. Na ovo ukazujem iz dva razloga. Kao prvo, ako bi se postupalo suprotno onome što je upravo rečeno, time bi se gušila sloboda misli sudije, što je ustavno pravo koje mu pripada u obavljanju njegove sudijske dužnosti. Naravno, ova sloboda ne znači nesputanu slobodu, već obavezu sudije da za svoju odluku položi svojevrsan račun u vidu *racionalne pravne argumentacije iz koje proizlazi da nije riječ o proizvoljnoj primjeni prava od strane sudije*. Ukoliko bi se radilo o proizvoljnoj primjeni prava, ona bi povlačila sankciju u vidu odgovarajuće pravne odgovornosti sudije. Drugi razlog je u tome što ako bi se prihvatilo da odredba iz člana 123. Ustava Republike Srpske ima značenje (bolje reći cilj) da nižestepени sudovi moraju postupati prema pravnim shvatanjima Vrhovnog suda, to onda više ne bi bila *primjena zakona, već primjena pravnih shvatanja* sudija Vrhovnog suda, što bi vodilo u kršenje odredbe člana 121. stav 2. Ustava Republike Srpske, prema kojoj su sudovi samostalni i *nezavisni* i sude na osnovu *Ustava i zakona*.

Rukovođen svim ovim razlozima u decembru 2014. podnio sam inicijativu Ustavnom sudu Republike Srpske da oglasi neustavnom citiranu odredbu člana 6. Zakona o sudovima Republike Srpske, u dijelu kojim je propisano da sudovi (dakle, svi sudovi) obezbjeđuju jedinstvenu primjenu zakona. Tom inicijativom takođe sam predložio da se oglasi neustavnom i nezakonitom odredba člana 19. stav 1. Pravilnika o unutrašnjem sudskom poslovanju. Tu inicijativu Ustavni sud je usvojio Odlukom broj U-101/14 od 27. aprila 2016, koja je objavljena u "Službenom glasniku Republike Srpske", broj 39 od 18. maja 2016. godine.

Međutim, i nakon toga ostalo je u pravnom poretku još neustavnih zakonskih odredaba na koje želim ukazati, jer se i njima onemogućava sloboda misli u vršenju sudijske dužnosti. Sve one sadržane su u važećem Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske, koje ću za potrebe ovog rada podijeliti u dvije grupe. Prvu grupu čini cijeli set odredaba tog zakona (čl. 61a, 61b, 61v, 61g, 61d. i 61đ), kojima su postavljeni temelji za neustavnu precedencijaciju prava u građanskom sudskom postupku, kao i u oblastima građanskog materijalnog prava. Tako je članom 61a. Zakona o parničnom postupku propisano:

"Ako u postupku pred prvostepenim sudom u većem broju predmeta postoji potreba da se zauzme stav prema spornom pravnom pitanju koje je od znača-

ja za odlučivanje o predmetu postupka pred prvostepenim sudovima, prvostepeni sud će, po službenoj dužnosti ili na prijedlog stranke, zahtjevom pokrenuti postupak pred Vrhovnim sudom Republike Srpske radi rješavanja spornog pravnog pitanja.”

Citirana odredba sadrži temelj za precedentizaciju prava, jer riječi kojima se govori o *zauzimanju stava o pravnom pitanju koje je od značaja za odlučivanje pred prvostepenim sudovima*, kada se dovedu u vezu sa riječima kojima se završava ista odredba, a u kojima se govori o *rješavanju spornog pravnog pitanja*, upućuju na zaključak da se radi o precedentizaciji prava. Na takav zaključak nedvosmisleno upućuje i odredba člana 61đ. Zakona o parničnom postupku. Prema toj odredbi, *kada Vrhovni sud Republike Srpske riješi određeno sporno pravno pitanje, stranke u nekom drugom postupku u kojem je postavljeno isto pitanje nemaju pravo da traže njegovo rješavanje u svojoj parnici*. To znači ne samo da ne postoji mogućnost ponovnog postavljanja istog pitanja od strane stranaka, već i obavezu nižestepenih sudova da sude na osnovu pravnog shvatanja, a ne na osnovu Ustava i zakona kako je inače propisano članom 121. stav 2. Ustava Republike Srpske. Zašto je važno ukazati na ovo? U odgovoru na to pitanje treba reći kako zauzimanje pravnog shvatanja znači *određivanje značenja i cilja neke pravne odredbe*. Međutim, u tom procesu nikada se ne može isključiti mogućnost zauzimanja neustavnih i nezakonitih pravnih shvatanja. A kada se zauzmu takva shvatanja, onda ona prestaju biti to i, u suštini, postaju nova opšta pravna norma (*judge made law*). Time se, između ostalog, može objasniti činjenica zašto u našem pravnom podneblju nema niti je bilo ustavnih odredaba koje bi omogućavale ovako nešto. Odsustvo takvih ustavnih odredaba ne može se tumačiti kao (ustavno)pravna praznina, već kao ustavna zabrana normiranja da bilo koji sud, pa ni vrhovni, može rješavati o nekom pravnom pitanju i da pri tome takva njegova odluka u pojedinačnom slučaju (u odnosu na konkretne stranke) ima važnost i za sve buduće slučajeve prema neodređenom krugu pravnih subjekata. Stoga ono što je učinjeno prethodno citiranim odredbama Zakona o parničnom postupku predstavlja neustavnost, kojom se naše pravo želi precedentizovati čime se, u konačnom, onemogućava i ustavno pravo sudija na slobodu misli prilikom primjene prava.

U istom smislu treba posmatrati i odredbu iz člana 264a. stav 3. Zakona o parničnom postupku, kojom je, suprotno Ustavu Republike Srpske, uvedena obaveza domaćih sudova da “poštuju pravne stavove izražene u konačnoj presudi Evropskog suda za ljudska prava”, donijetoj u konkretnom predmetu. S tim u vezi treba reći kako odredba iz člana 53. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda propisuje obavezu visokih strana ugovornica da se povinuju odlukama Evropskog suda za ljudska prava u predmetu u kome su stranke. Međutim, to je obaveza koja ne znači da domaći sudija mora u ponovnom postupku slijepo slijediti shvatanja koja o nekom pravnom pitanju ima Evropski sud

za ljudska prava, ukoliko nasuprot tome ima zakonitu i racionalnu argumentaciju kojom ukazuje na pravnu neodrživost (pa i neracionalnost) pravnih shvatanja Evropskog suda za ljudska prava. Suprotno poimanje vodi u neustavnost, kojom se obogotvoruje Evropski sud za ljudska prava, a sve domaće sudije pretvaraju u puke instrumente (bez prava na sopstveno mišljenje i misao) pomoću kojih taj pravni bog upravlja domaćim pravnim poretkom (u tom smislu stvari stoje i kada je riječ o Evropskom sudu pravde).

ZAKLJUČAK

U završnom dijelu rada razmatranje će biti podijeljeno u dvije cjeline. Prva od njih odnosi se na slučaj iz sudske prakse o kojem je bilo riječi u dijelu pod naslovom "III. Primjer iz sudske prakse". Vjerujem da je taj primjer bio dovoljan kako bi se shvatilo da je na navedeni način neosnovano odbijena žalba stranke, čime je u najmanju ruku došlo do povrede njenog prava na imovinu, i to za iznos zakonske zatezne kamate koji je potraživala u parnici.

To je, uz uslov da se prihvata argumentacija sudije koji je ostao u manjini, samo po sebi očigledno. Međutim, primjer kojim sam se poslužio je od važnosti i zbog sljedećeg što je u vezi sa predmetom ovog rada. Naime, zamislimo da se umjesto navedenog predmeta radilo o predmetu u krivičnom postupku po optužnici za neko teško krivično djelo. Zamislimo dalje, što nije nemoguće, da je u tom predmetu dvoje od troje postupajućih sudija u sudećem vijeću glasalo da se optuženi oglasi krivim i osudi na zatvorsku kaznu, dok je treći sudija glasao da se optuženi oslobodi od optužbe zbog toga što, primjera radi, nije dokazano da je učinio krivično djelo koje mu je optužnicom stavljeno na teret. Moguća je i obrnuta situacija, u kojoj ostane u manjini sudija koji smatra da je optuženog trebalo oglasiti krivim za neko krivično djelo i osuditi ga na zatvorsku kaznu, dok ostale sudije glasaju da se optuženi oslobodi od optužbe.

Problemi se u takvim situacijama svode na sljedeće. Kao prvo, u slučaju sudske odluke do koje je došlo većinskim glasanjem strankama se dostavlja samo ta većinska odluka, koja sadrži odgovarajuću argumentaciju za većinsku odluku. Međutim, ono izdvojeno mišljenje ostaje nepoznato za stranke, jer nijednim procesnim zakonom ne samo što nije propisana obaveza da se ono napiše već nije propisano (a treba biti propisano) da se i ono dostavlja strankama u postupku. Na taj način se stvaraju problemi ne samo preglasanom sudiji (problemi vezani za njegovo pravo na slobodu izražavanja misli), već i stranke ostaju uskraćene da saznaju njegovu argumentaciju, bez obzira na to da li im je ona od koristi ili ne u daljem toku postupka.

Drugi problem do kojeg mogu dovesti ovakve situacije je sljedeći. Naime, prilikom postupanja u pojedinačnim predmetima postoji pravilo da sudija koji je izvjestilac u predmetu (a u prvostepenim krivičnim predmetima to je predsjednik sudećeg vijeća) po završetku sudskog postupka ima obavezu da napiše sudsku odluku. Zamislimo da taj sudija prilikom odlučivanja ostane u manjini, to jest bude preglasan. Ne treba mnogo argumentacije kako bi se uvidjelo koliko je nerazumno tražiti da i u takvim situacijama taj sudija piše sudsku odluku, ali se tako ipak postupa u sudskoj praksi. Dakle, u takvim situacijama umjesto da sudsku odluku piše neko od sudija koje su bile u većini, odluku za njih mora napisati sudija koji je ostao u manjini. To je nerazumno postupanje, jer se njime traži od sudije da na svojevrsan način ulazi u mozgove i razmišlja glavama ostalih sudija [radi se o svojevrsnoj pravni(ičk)oj lobotomiji], što je ne samo nerazumno nego i nedopustivo u svakom pogledu. Stoga je jedino ispravno rješenje ono prema kojem u takvim situacijama sudsku odluku treba da pišu oni članovi vijeća (ili samo jedan od njih) koji su bili u većini, a sudija koji je preglasan bi trebao da u pisanom obliku iznese odgovarajuću argumentaciju za svoje neslažuće mišljenje.

Pišući o pravednosti kao vrlini sudije, prof. dr Danilo Basta je između ostalog podsjetio i na riječi Frensisia Bekona izrečene u njegovom eseju "O pravosuđu" iz 1612. godine. S tim u vezi profesor Basta najprije kaže da je Bekon isticao kako "Sudije treba da upamte da je njihova dužnost *ius dicere*, a ne *ius dare*", pri čemu je, kako ističe profesor Basta, *ius dicere* "...iskazivanje *prava*, a ne iskazivanje *zakona*..."¹¹. Nakon toga profesor Basta podsjeća da je Bekon *četvorostruku ulogu sudije* rezimirao na sljedeći način: "Da utvrdi koja su svedočenja verodostojna; da skрати opširnost, ponavljanja ili beznačajnosti govora; da ponovi, probere i sravni glavne tačke onoga što je bilo rečeno; i da ukaže na zakonski propis i doneše presudu"¹². Međutim, imajući u vidu ono o čemu govorim ovdje, ta kvadrilistička uloga sudije mogla bi se dopuniti i onom da je prilikom kolektivnog odlučivanja sudija koji je ostao u manjini dužan i da iznese odgovarajuće (pisano) obrazloženje za takav svoj stav te da se i ta argumentacija ima dostaviti strankama u postupku.

U vezi sa problemima na koje sam maločas ukazao, a koji se postojećom praksom i zakonskim "rješenjima" čine sudiji, odnosno strankama u postupku, treba imati u vidu i član 10. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija). Tim članom je propisano da *svako* (što podrazumijeva i sudiju) ima pravo na slobodu izražavanja. Ta sloboda u slučaju sudije nije nesputana. Naprotiv, ona podrazumijeva odgovornost, koja

¹¹ Akademik prof. dr Danilo Basta: *Pravednost kao vrlina sudije*, Izbor sudske prakse, broj 12/2003, Beograd, 2003, str. 8.

¹² *Isto*, str. 9.

znači da svaki sudija, pa tako i onaj koji prilikom odlučivanja ostane u manjini, mora prilikom pisanja argumentacije za svoj stav istu temeljiti na važećem pravu. To podrazumijeva pravo sudije da važeće pravo interpretira i primjenjuje prema svom shvatanju, za koje mu je jedino ograničenje (u smislu odgovarajućeg vida njegove eventualne pravne odgovornosti) to da njegova interpretacija ne smije predstavljati proizvoljnost u primjeni prava.

Prema članu 10. Evropske konvencije pravo na slobodu izražavanja uključuje između ostalog *slobodu primanja i slobodu prenošenja informacija i ideja, bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice.*

Kada se imaju u vidu ove odredbe Evropske konvencije, onda je pravo sudije koji ima izdvojeno mišljenje ne samo da ga napiše, već i da ono (uz većinsku sudsku odluku) bude takođe dostavljeno strankama u postupku. Time se ostvaruje *sloboda prenošenja informacija i ideja*, kao neizostavni elemenat prava na slobodu izražavanja. S druge strane, dostavljanjem strankama ne samo većinske sudske odluke nego i izdvojenog mišljenja sudije koji je ostao u manjini omogućuje se ostvarivanje *slobode primanja informacija i ideja*, koja je inherentno pravo stranke u svakom sudskom postupku.

Sve to govori kako postoji potreba da se domaće procesno zakonodavstvo (krivično i građansko, što *mutatis mutandis* važi i za upravni postupak) što prije novelira u onom dijelu koji se odnosi na vijećanje i glasanje u slučajevima kada se odluke donose od strane vijeća (kolektivnim odlučivanjem). Suština tih promjena se, s obzirom na sve ono što je prethodno rečeno, u najkraćem može izraziti na sljedeći način:

- kao prvo, zakonom bi morali biti propisani ne samo pravo nego i obaveza da sudija koji je prilikom vijećanja i glasanja ostao u manjini napiše razloge (argumentaciju) za takav svoj glas;

- kao drugo, u takvim slučajevima zakonom mora biti propisana obaveza da se strankama u postupku dostavlja ne samo većinska odluka suda (koja, razumije se, jedino obavezuje – do drugačije odluke nadležnog suda), već im se mora dostaviti i pisano izdvojeno mišljenje sudije koji je prilikom glasanja ostao u manjini;

- najzad, u ovim situacijama zakonom, a ne podzakonskim propisom, treba biti propisano da ako je prilikom vijećanja i glasanja u manjini ostao onaj sudija koji bi trebao pisati sudsku odluku, u tom slučaju odluku piše jedan od sudija koji su glasali većinski, dok je sudija koji je ostao u manjini dužan da napiše argumentaciju za svoje izdvojeno mišljenje.

Drugom cjelinom u završnom razmatranju najprije ću podsjetiti na nešto što je Ustavni sud Republike Srpske rekao u svojoj Odluci broj U-101/14 od 27. aprila 2016. godine, o kojoj je bilo riječi na odgovarajućem mjestu u radu. Naime, u toj odluci Ustavni sud je rekao da “... sudovi mogu suditi samo na osnovu Ustava i Zakona (a ne i na osnovu pravnih shvatanja sudskih odjeljenja...)”. Ako je tako,

a jeste i samo tako i može biti u državi organizovanoj na vladavini prava, to znači da je neophodna što skorija intervencija Ustavnog suda Republike Srpske, kojom bi iz pravnog poretka bile otklonjene kao neustavne sve one odredbe Zakona o parničnom postupku na koje sam prethodno ukazao. To je potrebno zbog toga što se njima na neustavan način vrši precedentizacija domaćeg prava u građansko-procesnoj i građanskomaterijalnoj grani prava, te onemogućava ustavno pravo sudije na slobodno izražavanje misli i suđenje na osnovu Ustava i zakona.

MILAN BLAGOJEVIĆ, LL.D.,
Judge of District Court in Banja Luka,
Associate professor at University for Business
Engineering and Management Banja Luka

FREEDOM OF THOUGHT AND (IM)POSSIBILITIES FOR ITS REALISATION
IN ACCOMPLISHMENT OF JUDGE FUNCTION AT US

Summary

Subject of this paper is one question to which appropriate attention is not dedicated in legal literature, and it is the reason by which we can also explain the absence of corresponding provisions in domestic statutes regarding that. Through the examples from judicial practice it has been pointed out in the paper on (im)possibilities for realisation of freedom of thought in accomplishment of judge function at us. It is also pointed out on the unconstitutional efforts of domestic legislator to put the basis for precedentization of domestic law. In final chapter of the paper the author has given the proposals how to remove such unconstitutionality from legal order, and how to improve domestic statutes which are in force in order to enable full realisation of the judge's constitutional right to freely express his/her thoughts and reach decision based on the Constitution and statute.

NEVENA PETRUŠIĆ

POSTUPCI U PORODIČNIM STVARIMA U SAVREMENOM VANPARNIČNOM PROCESNOM PRAVU NEMAČKE

U V O D

U državama evropskog pravnog kruga porodično sudsko procesno pravo¹ je već dugi niz godina jedna je od najdinamičnijih oblasti građanskog procesnog prava. Na to utiču promene u porodičnim odnosima i roditeljstvu, podizanje standarda ljudskih prava i prava deteta, implementacija standarda pravičnog suđenja i brojni drugi faktori. Nemačka je primer zemlje koja je uspešno reformisala svoje porodično sudsko procesno pravo i prilagodila ga potrebama savremenog društva. Najvažniji reformski zakon u ovoj oblasti jeste *Zakon o postupku u porodičnim i vanparničnim stvarima* (FamFG) iz 2008.,² kojim je regulisano postupanje u bračnim i porodičnim stvarima u nadležnosti suda.

Dr Nevena Petrušić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu br. III 41018, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

¹ U doktrini građanskog procesnog prava izraz "porodično sudsko procesno pravo" definiše se kao skup normi kojima je regulisano postupanje sudova u porodičnim stvarima. Šire: Uzelac, A. Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka – glavni pravci reforme obiteljskih parničnih postupaka u trećem obiteljskom zakonu, u: Novo uređenje obiteljskih sudskih postupaka (Jakša Barbić, ur.), Zagreb, 2014, str. 22.

² *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* od 17. decembra 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), a u međuvremenu je pretrpeo nekoli-

Srbiji tek predstoji reforma vanparničnog procesnog prava jer je Zakon o vanparničnom postupku iz 1982,³ uprkos parcijalnom noveliranju, zastareo i u neskladu je sa savremenim pravozaštitnim postulatima. Imajući to u vidu, korisno je razmotriti rešenja za koja se u domenu porodičnog sudskog procesnog prava opredelio nemački zakonodavac. Da bi ova rešenja bila celovito sagledana, u prvom delu rada razmotreni su ključni pravci reforme nemačkog vanparničnog procesnog prava, dok su u drugom delu rada analizirana načela i razmotrene ključne karakteristike vanparničnih postupaka namenjenih rešavanju bračnih i porodičnih stvari.

RAZLOZI I CILJEVI REFORME NEMAČKOG VANPARNIČNOG PROCESNOG PRAVA

Nemačka je jedna od prvih zemalja koja su kodifikovale vanparnično procesno pravo.⁴ *Zakonom o stvarima dobrovoljne sudske nadležnosti* iz 1898. (FGG),⁵ koji je, uz brojne novele, važio punih 110 godina, bili su regulisani raznovrsni vanparnični postupci kontenciozne i nekontenciozne prirode koji su primenjivani u raznorodnim građanskopravnim stvarima. Postupci su bili regulisani tako što su propisana opšta vanparnična procesna pravila i određeni broj specifičnih vanparničnih procesnih pravila po kojima se postupalo u pojedinim vanparničnim stvarima. Broj opštih vanparničnih procesnih pravila⁶ sadržanih u par. 1-34

ko izmena i dopuna, od kojih je poslednja od 20. 11 2015. (BGBl. I S. 2018). Tekst je dostupan na internet adresi: <http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/> (pristup 4. 6. 2016).

³ "Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i 106/2015 - dr. zakon.

⁴ Pre FGG, usvojen je Zakon o vanparničnom postupku Austrije iz 1854. godine (*Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen*, RGBl 1854/208). Uporednopravna istraživanja pokazala su da je proces uobličavanja vanparnične procedure bio ne samo vrlo spor, već se je i odvijao veoma neujednačeno. Detaljno: Habscheid, J. W. *Procedures en matière gracieuse und Freinwillige Gerichtsbarkeit*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 3/78; *Non-contentious Proceedings and their Development*, komparativna analiza, VII svetski kongres za procesno pravo, Wurzburg, 1983. (u prevodu Vesne Rakić Vodinec).

⁵ *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, od 20.05.1898 (RGBl. I S. 771). <http://www.rechtsportal.de/Rechtsprechung/Gesetze/Gesetze/Verfahrensrecht/Gesetz-ueber-die-Angelegenheiten-der-freiwilligen-Gerichtsbarkeit/FGG-Gesetz-ueber-die-Angelegenheiten-der-freiwilligen-Gerichtsbarkeit2> (pristup 4. 6. 2016).

⁶ Poznato je da skup opšta vanparnična procesna pravila ne čine "opšti vanparnični postupak"; reč je o zamišljenoj proceduri koja postoji samo u ideji, o pravilima koja su stvorena induktivnom metodom iz pravila posebnih vanparničnih postupaka. Jedini cilj propisivanja opštih vanparničnih procesnih pravila jeste da se izbegne ponavljanje pravila koja su zajednička za sve vanparnične postupke. Šire: Videti: Juhart, S. *Civilno nepravdno pravo*, Splošni del, Ljubljana, 1970,

FGG, bio je veoma skroman. Njima su bila uređena samo neka pitanja koja se tiču nadležnosti, isključenja i izuzeća, upotrebe jezika, prevodjenja, računanja rokova, načina izviđanja i dokazivanja, odlučivanja, pravnih lekova, izricanja kazni i mera prinude, kao i prava na razgledanje spisa predmeta. Posebnim vanparničnim procesnim pravilima sadržanim u par. 35-184. FGG bili su regulisani raznovrsni vanparnični postupci u pravnim stvarima iz različitih sfera društvenih odnosa. Iako je FGG bio osnovni izvor nemačkog vanparničnog procesnog prava, njime nisu bili regulisani svi vanparnični postupci. Vremenom su pojedini vanparnični postupci regulisani materijalnopравnim zakonima, kakav je, na primer slučaj, sa postupkom usvojenja i postupcima u vezi sudskih i notarskih isprava, pa su mnoge odredbe FGG prestale da važe.⁷ Paralelno su nastali i potpuno novi vanparnični postupci, regulisani različitim materijalnopравnim zakonima na saveznom i državnom nivou.⁸

Nekoliko je osnovnih razloga zbog kojih se pristupilo reformi nemačkog vanparničnog procesnog prava. Pre svega, bilo je potrebno izvršiti potpunu kodifikaciju vanparničnih postupaka kako bi procesna pravila bila transparentna i lako dostupna pravnim profesionalcima i pravnim laicima, popuniti brojne zakonske praznine kako bi se obezbedila puna izvesnost u pogledu načina sprovođenja postupaka i olakšala primena zakona.

S druge strane, FGG, zbog svojih strukturnih deficita, bio je neusklađen sa načelima pravne države i standardima pravičnog suđenja, utvrđenim čl. 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda⁹ i Osnovnim zakonom (Ustavom) Nemačke, što je u obrazloženju FamFG izričito navedeno.¹⁰ Na to je najviše uticala činjenica da se FGG primenjivao za rešavanje nekontencioznih pravnih stvari u kojima se ostvaruje zaštita ličnosti i imovinskih interesa lica kojima je po-

str. 8; Belajec, V., Suradnja suda i organa starateljstva u posebnim građanskim sudskim postupcima o bračnim i porodičnim stvarima, Zagreb, 1985, str. 38; Salma M., O vanparničnom postupku Austrije, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 4-5/ 2008, str. 243; Petrušić, N., Primena Zakona o parničnom postupku i vanparničnom postupku, u: Pravni život, Tematski broj, Postojeće i buduće pravo, tom 4, br. 12/1996, str. 513.

⁷ Pre nego što je FGG u celini prestao da važi, od ukupno 200 paragrafa FGG, važilo je samo njih 127.

⁸ O istorijskom razvoju nemačkog vanparničnog procesnog prava, detaljno: Keidel, T. FamFG, Familienverfahren Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, C.H. Beck Verlag, Nördlingen, 2014, str. 2-5.

⁹ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1950. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (pristup 4. 6. 2016).

¹⁰ *Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)*, str. 161. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/063/1606308.pdf> (pristup 4. 6. 2016).

trebno naročito staranje zajednice, ali i kontencioznih pravnih stvari.¹¹ Primena istovetnih opštih vanparničnih procesnih pravila u raznorodnim vanparničnim stvarima zahtevala od sudova da postupak prilagode njihovoj različitoj prirodi, što je dovodilo do toga da se permanentno povećavao broj pravila koja formulišu sami sudovi.¹²

Sudovi su bili prinuđeni da sami kreiraju pravila i zato što su postojale brojne zakonske praznine koje je trebalo popuniti, ali i zato što je strankama trebalo omogućiti da u postupku ostvaruju svoja procesna ljudska prava garantovana međunarodnim ugovorima i Osnovnim zakonom (Ustavom) Nemačke, koja zastarelim FGG nisu bila priznata. Tako široka diskreciona ovlašćenja suda u domenu civilne procedure nespojiva su, međutim, sa načelima pravne države, koja u evropskim pravnim porecima isključuju mogućnost da sudska praksa bude izvor prava.¹³

Pored toga, zbog nedovoljne regulative, sudovi su u mnogim procesnim situacijama primenjivali često neogovarajuća pravila Zakona o građanskim sudskom postupku (*Zivilprozessordnung - ZPO*).¹⁴

Da bi se ovakvo stanje prevazišlo i vanparnična procedura uskladila sa osnovnim postulatima pravne države i pravičnog suđenja, bilo je neophodno da se procedura detaljno reguliše, da se operacionalizuje pravo stranaka na saslušanje, propišu adekvatna pravila o dokazivanju, uspostavi valjani sistem pravnih lekova i dr. Zato se pristupilo temeljnoj reformi vanparničnog procesnog prava, koja je rezultirala je usvajanjem FamFG.¹⁵

¹¹ Videti: Bauer, F. *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Tübingen, 1955, str. 57-62; Habscheid, J. W. *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, München, 1962, str. 28-38.

¹² Šire: Stalev, Ž., op. cit. str. 12.

¹³ Maganić, A. op. cit. 485.

¹⁴ *Zivilprozessordnung*, 1877, prečišćeni tekst od 5.12.2005 (BGBl. I S. 3202, 2006 S. 431, 2007 S. 1781) poslednje izmene od 5.07.2016 (BGBl. I S. 1578). <https://dejure.org/gesetze/ZPO> (pristup 4. 8. 2016).

¹⁵ Rad na reformi vanparničnog procesnog prava imao je nekoliko zamaha, a započeo je 1955. formiranjem Komisije za reformu građanskog pravosuđa, koja je 1961. podnela izveštaj (tzv. Belu knjigu) sa nizom preporuka u domenu vanparnične procedure. Iste godine, formirana je posebna Komisija za reformu vanparničnog procesnog prava, koja je 1977. predala sveobuhvatni nacrt vanparničnih pravila (FrGO). Nacrt je zasnovan na ideji da se postupanje u kontencioznim pravnim stvarima prenese u parnični postupak, a da se formulišu nova opšta vanparnična procesna pravila prilagođena heterogenijoj grupi nekontencioznih postupka (Šire: Stalev, Ž., op. cit. str. 10. Ovaj nacrt, nije, međutim, bio predmet razmatranja u parlamentu. U međuvremenu su mnoge relevantne oblasti prava temeljno reformisane, kao što su bračno i porodično pravo, pravo deteta, starateljsko pravo i dr. U takvim okolnostima intenziviran je rad na uobličavanju novog zakona o vanparničnom postupku, koji je okočan 2008. godine, usvajanjem FamFG.

PREDMET REGULISANJA, SISTEMATIKA
I KLJUČNA OBELEŽJA FamFG

Odredbama FamFG celovito je regulisan način postupanja u svim pravnim stvarima za koje je zakonodavac propisao da se imaju rešavati primenom vanparničnog postupka, čime je nemačko vanparnično procesno pravo dobilo jedinstven normativni izvor. Kao i raniji FGG, i FamFG reguliše postupanje u raznovrsnim i heterogenim pravnim stvarima, iz širokog dijapazona građanskopravnih odnosa.

U uobličavanju vanparnične procedure primenjen je, uz izvesne modifikacije, standardni normativni metod u domenu vanparnične procedure: u par. 1-110 FamFG propisana su opšta procesna pravila, kojih je neuporedivo više u odnosu na pravila sadržana u FGG. Njima je uspostavljen opšti normativni substrat postupanja u vanparničnim stvarima.¹⁶ Ovim pravilima regulisan je način postupanja prilikom rešavanja vanparničnih pravnih stvari, određivanja privremenih mera zaštite, kao i sprovođenja odluka vanparničnog suda.¹⁷ Pored toga, za pojednice specifične grupe postupaka, kakvi su postupci u porodičnim stvarima, zakonodavac je kreirao i niz zajedničkih pravila koja se primenjuju u svim tim postupcima, a svaki od posebnih postupaka normativno uobličio posebnim pravilima.¹⁸

¹⁶ Opšta vanparnična procesna pravila FAmFG, uprkos tome što je njihov broj znatno povećan u odnosu na FGG, ne čine opšti vanparnični postupak, već ona i dalje predstavljaju skup opštih, zajedničkih vanparničnih procesnih pravila. Prepreka za kreiranje opšteg vanparničnog postupka jeste heterogenost vanparničnih stvari koja onemogućava da se pronađe "tipična" vanparnična stvar po čijem bi modelu bilo moguće formulisanje opšteg vanparničnog postupka, kako je to npr. učinjeno u parničnom postupku. Detaljnije: Rakić-Vodinić, V. (Ne)potrebnost vanparničnog postupka – onakav kakav, možda, jeste, Vanparnični i izvršni sudski postupak, Knjiga o građansko sudskom postupku, drugi tom.; Udruženje pravnika, Beograd, 1989, str. 25; Belajec, V. Suradnja suda i organa starateljstva u posebnim građanskim sudskim postupcima o bračnim i porodičnim stvarima, Pravni fakultet, Zagreb, 1985, str. 38-40.

¹⁷ Opšta pravila o privremenim merama čine Odeljak 3, dok su ona koja se tiču sprovođenja i izvršenja sudskih odluka sadržana su u Odeljku 8. FamFG. Brojna su, međutim, i posebna pravila o privremenim merama i izvršenju koja se primenjuju u posebnim postupcima.

¹⁸ Propisi FamFG, sadržani su u 493 paragrafa, koji su grupisani u devet knjiga (Buch). Prva knjiga "Opšti deo" sadrži opšta vanparnična procesna pravila (par. 1-110), dok su u Drugoj knjizi "Postupak u porodičnim stvarima" posebna pravila o postupcima u bračnim i porodičnim stvarima (par. 111-270). U Trećoj knjizi "Postupci u stvarima starateljstva i zbrinjavanja" regulisani su postupci u vezi starateljstva, kao i postupci koji se tiču prinudnog zbrinjavanja i davanja saglasnosti za preduzimanje prinudnih medicinskih mera lica pod starateljstvom i lica sa mentalnim smetnjama (par. 271-341). Četvrta knjiga "Postupak u stvarima zaostavštine i deobe" obuhvata pravila o postupcima u ostavinskim stvarima i stvarima koje se tiču deobe zajednice dobara (342-373). Petu knjigu "Postupak u stvarima koje se tiču registra, Poslovno-pravni postupci" čine pravila o upisu i brisanju prava u Registru združenih društava, Registru partnerstava, Registru udruženja i Registru stvarnih prava,

Prema obrazloženju FamFG, ključne odlike novog vanparničnog procesnog prava Nemačke su veća fleksibilnost postupka, smanjena formalna strogost, orijentisanost na pomoć, naglašena zajednička odgovornost suda i stranaka za ishod, tok i brzinu u postupanju, kao i stvaranje širih mogućnosti za mirno rešavanje sporova.¹⁹ Bitne promene ogledaju se u definisanju pojma stranke, odnosno učesnika (*Beteiligte*),²⁰ boljoj operacionalizaciji načela saslušanja stranaka, detaljnom regulisanju privremenih mera i naloga, uspostavljanju adekvatnog sistema pravnih lekova, detaljnom regulisanju troškova postupka, kao i sprovođenja odluka vanparničnog suda.

POSTUPCI U PORODIČNIM STVARIMA

Propisi o postupanju u porodičnim stvarima

Zbog preobražaja partnerkih i porodičnih odnosa, promene u rodnim ulogama i konceptu detinjstva i roditeljstva i mnogih drugih socijalnih faktora, ne-

kao i pravila koja se primenjuju u raznovrsnim postupcima iz domena trgovinskih i drugih poslovnih odnosa. U *Šestoj knjizi "Postupak u ostalim vanparničnim stvarima"* sistematizovana su pravila o postupanju u slučajevima sudskog depozita, davanja raznih izjava pod zakletvom, prodaje predmeta zaloge i dr. Propisima sadržanim u *Sedmoj knjizi "Postupak u stvarima koje se tiču lišavanja slobode"* regulisani su postupci koji se odnose na lišavanje slobode na osnovu saveznog zakona, a koji nisu regulisani drugim propisima. U *Osmoj knjizi "Postupak u stvarima javnog poziva"* regulisano je postupanje u slučajevima upućivanja zvaničnog poziva licima da u određenom roku sudu prijave svoje zahteve i prava, kada je takav poziv neophodan po pravilima materijalnog prava. *Deveta knjiga "Završne odredbe"*, reguliše odnos FamFG prema drugim zakonima, uključujući i zakone država (*Landesgesetz*) i primenu propisa FamFG na radnje koje u postupcima preduzima notar. U ovom delu sadržana su i pravila o stupanju na snagu i primeni FamFG.

¹⁹ *Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)*, str. 163.

²⁰ U vanparničnom procesnom pravu uobičajen je tzv. mešoviti pojam stranke (učesnika), koji je izgrađen primenom procesnog, materijalnopravnog i procesnog kriterijuma. Pojmom "stranka" u vanparničnom postupku obuhvaćena su i titulati prava, odnosno subjekti materijalnopravnog odnosa povodom koga se postupak vodi, nezavisno od toga da li su u tom postupku efektivno učestvovali. (Šire: Stanković, G. Građansko procesno pravo, Druga sveska Vanparnično i izvršno procesno pravo, Niš, 2007, str. 16-18; Triva, S. Dika, M. Izvanparnično procesno pravo, Zagreb, 1982, str. 25). Da bi se onemogućilo da odluka vanparničnog suda proizvede dejstvo prema licu koje nije imalo mogućnost da efektivno učestvuje u postupku, FamFG da drugačiji način reguliše ko su učesnici. Naime, prema par. 7. FamFG, u postupcima koji se pokreću predlogom učesnik su predalagač i protivnik predlagača, ali položaj učesnika mogu steći lica čija su prava u postupku neposredno tangirana, kao i lica koja moraju ili mogu biti uključena na osnovu zakona, po službenoj dužnosti ili na predlog stranke, pod uslovom da su istakla zahtev za učešće i da je njihov zahtev sud usvojio. Sud je dužan da ova lica obavesti o pokretanju postupka, ukoliko mu je poznato da postoji potreba njihovog uključivanja, kao i da ih pouči o mogućnosti isticanja zahteva za uključivanje u postupak (par. 7. st. 4. FamFG). O ovom zahtevu sud odlučuje rešenjem, a u slučaju odbijanja ovog zahteva rešenje se može pobijati samostalnom žalbom (par. 7. st. 5. FamFG).

mačko porodično pravo doživelo je poslednjih godina potpunu transformaciju. Na to je uticala i potreba da se implementiraju međunarodni standardi ljudskih prava i prava deteta, da se u nacionalno zakonodavstvo transponuje pravo Evropske unije, kao i da se porodično pravo Nemačke uskladi sa savremenim evropskim trendovima u ovoj oblasti.

Uporedo s tim došlo je i do promena i u domenu procedure koje su rezultat nastojanja da se kreiraju procesni mehanizmi koji obezbeđuju adekvatno postupanje suda u pojedinim kriznim i konfliktnim situacijama, kada je potrebno zaštititi prava i interese članova porodice i (pre)urediti njihove odnose.

Osnovna intencija zakonodavca bila je da se unapredi način rešavanja kompleksnih i delikatnih porodičnih stvari, postupanje učini fleksibilnijim i neformalnijim i otvori širi prostor za sudsko prilagođavanje postupka okolnostima konkretne pravne stvari.²¹ S druge strane, evidentano je i nastojanje da se precizno reguliše i ojača procesni položaj deteta u postupku, detaljno uredi učešće državnih organa u postupku u cilju zaštite interesa dece, da se konkretizuje i operacionalizuje pravo stranaka na saslušanje, uključujući i pravo deteta da aktivno učestvuje u postupku, da se na adekvatan način reguliše zastupanje deteta i drugih subjekata i profilise postupak na način koji obezbeđuje pružanje brze i efikasne zaštite koja zadovoljava standarde pravičnog suđenja.

Da bi ovi ciljevi bili ostvareni, zakonodavac se opredelio za vanparnični postupak kao procesni metod, koji je u odnosu na parnični postupak fleksibilniji, brži, manje formalan i orijentisan na pomoć. Krajnji ishod takvog pristupa jesu mnogobrojni i raznovrsni vanparnični postupci koje su označeni zajedničkim nazivom „Postupci u porodičnim stvarima“ i predstavljaju poseban i specifičan tip vanparničnih postupaka.

Pravila o postupcima u porodičnim stvarima čine opšta procesna pravila, sadržana u *Prvoj knjizi FamFG* (par. 1-110), zajednička pravila koja važe za sve posebne postupke u porodičnim stvarima,²² kao i posebna pravila kojima je regulisan svaki pojedinačni poseban postupak. Iako su postupci u porodičnim stvarima celovito i detaljno regulisani, u određenim procesnim situacijama primenjuju se pravila ZPO, i to ona na čiju primenu zakonodavac konkretno upućuje,²³

²¹ *Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)*, str. 164.

²² Ova pravila su sadržana u par. 111-120 i čine Odeljak 1. *FamFG*.

²³ Primena ZPO u vanparničnom postupku nije regulisana na opšti način, putem klauzule o shodnoj primeni ZPO, već je zakonodavac, u cilju obezbeđivanja pune transparentnosti postupka, uputio na primenu odgovarajućih pravila ZPO u konkretnim vanparničnim postupcima i konkretnim procesnim situacijama. O problemima shodne primene pravila parničnog postupka u vanparničnom postupku, detaljno: Petrušić, N. Primena Zakona o parničnom postupku i vanparničnom postupku, *Pravni život*, Tematski broj, Postojeće i buduće pravo, God. 45, tom 4, br.1996/ 12, str. 513-524.

s tim što je primena mnogih pravila ZPO u pojedinim postupcima izričito isključena.^{24,25}

Zajedničkim pravilima određene su pravne stvari koje pripadaju grupi „porodičnih stvari“ i one koje imaju karakter „porodičnih sporova“. Pored toga, detaljno je regulisana primena ZPO, uređeno je zastupanje, upotreba sredstava napada i odbrane, odlučivanje i dejstva odluka, određivanje privremenih mera i privodjenje, kao i izvršenje sudskih odluka.

Posebnim pravilima dizajnirano je ukupno 13 posebnih postupaka, od kojih svaki ima svoju posebnu fizionomiju i veće ili manje specifičnosti. Zajednička i posebna pravila o postupcima u porodičnim stvarima čine skoro polovinu svih posebnih pravila sadržanih u FamFG,²⁶ što je i jedan od razloga zbog kojih i sam zakon nosi naziv “Zakon o postupcima u porodičnim i vanparničnim stvarima”.²⁷

Postupci u kontencioznim i nekontencioznim porodičnim stvarima

Da bi postupak u maksimalnoj meri prilagodio prirodi i sadržini porođnopravnih pravnih stvari, zakonodavac napravio distinkciju između kontencioznih i nekontencioznih porodičnih stvari i uredio poseban procesni režim za njihovo rešavanje.

Naime, u čl. 111. FamFG taksativno su određene pravne stvari koje spadaju u grupu „porodičnih stvari“ (*Familiensachen*),²⁸ dok su u članu 112 FamFG izdvojene kontenciozne pravne stvari. U čl. 112. FamFG izdvojena je kategorija kontencioznih porodičnih stvari, označena nazivom “Porodični sporovi” (*Familienstreitsachen*),²⁹ koju čine: stvari koje se tiču zakonske obaveze izdrža-

²⁴ Par. 113. st. 2 - 4. FamFG.

²⁵ Da bi se parnična procesna pravila na koja FamFG upućuje terminološki upodobila vanparničnom postupku, u par. 113. st. 5. FamFG dati su analogni nazivi za termine parnične procedure: “proces” ili “parnica” zamenjuje naziv “postupak”, termin “tužba” zamenjuje naziv “predlog”, termin “tužilac” zamenjuje naziv “predlagač”, a termin “stranka” naziv “učesnik”.

²⁶ Ova pravila su sadržana u 169 paragrafa, dok je svim ostalim posebnim postupcima posvećeno 216 paragrafa.

²⁷ Treba primetiti da sam naziv zakona nije sasvim adekvatan jer bi se moglo (pogrešno) zaključiti da porodične stvari nisu vanparnične stvari iako one to svakako jesu.

²⁸ U porodične stvari spadaju: 1) bračne stvari, 2) stvari koje se tiču odnosa deteta i roditelja, 3) stvari koje se tiču porekla, 4) stvari koje se tiču usvojenja, 5) stvari koje se tiču zajedničkog stana supružnika i domaćinstva, 6) stvari koje se tiču zaštite od nasilja, 7) stvari koje se tiču izjednačenja penzijskih prava supružnika, 8) stvari koje se tiču izdržavanja, 9) stvari koje se tiču imovinsko-pravnih odnosa supružnika, 10) ostale porodične stvari, i 11) stvari koje se tiču životnog partnerstva (par. 111. FamFG).

²⁹ O sadržini i prirodi ovih sporova, videti: Keidel, T. op. cit. str. 1201-1203.

vanja po osnovu srodstva, braka³⁰ i životnog partnerstva,³¹ stvari koje se zakonske obaveze izdržavanja zajedničkog maloletnog deteta životnih partnera,³² stvari koje se odnose na potraživanja u vezi sa imovinskim pravima supružnika³³ i životnih partnera³⁴ i pojedine druge pravne stvari koje se tiču porodičnih odnosa i životnog partnerstva, izričito navedene u čl. 112.³⁵

U nekontencioznim porodičnim stvarima u celini se primenjuju vanparnična procesna pravila – opšta, zajednička i posebna. U spornim stvarima primenjuje se, međutim, relativno mali broj opštih vanparničnih procesnih pravila jer je primena najvećeg broja opštih pravila izričito isključena i propisano je da se umesto njih primenjuju pravila opšte parnične procedure.³⁶ Time je zakonodavac za rešavanje spornih porodičnih stvari ustanovio jedan specifičan procesni režim. Postupci u ovim pravnim stvarima, iako su zadržali karakter vanparničnih postupaka, predstavljaju specifičnu podvrstu postupaka u porodičnim stvarima čija su pravila svojevrsna simbioza vanparničnih procesnih pravila i pravila opšte parnične procedure.

Karakteristike i načela i postupaka u porodičnim stvarima

Postupci u porodičnim stvarima regulisani FAMFG izraz su nastojanja zakonodavca da kreira adekvatne procesne mehanizme za rešavanje ovih kompleksnih i delikatnih pravnih stvari i profiliše postupke u skladu sa standardima pravičnog suđenja.³⁷

³⁰ Par. 112. u vezi sa čl. 231 st. 1. FamFG.

³¹ Par. 112. u vezi sa par. 269. st. 1. t. 9. FamFG

³² Par. 112. u vezi sa par. 269. st. 1. t. 8. FamFG. Ustanova životnog partnerstva regulisana je Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft iz 2001 (BGBl. I S. 266), poslednje izmene od 20. 11. 2015 (BGBl. I S. 2010). <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/lpartg/gesamt.pdf> (pristup 5. 6. 2016).

³³ Par. 112. u vezi sa par. 261 st. 1. FamFG.

³⁴ Par. 112 u vezi sa par. 269 st. 1. t. 10. FamFG.

³⁵ Par. 112. u vezi sa par. 269. st. 2. i par. 112. u vezi sa par. 266. st. 1. FamFG.

³⁶ Par. 113. st. 1. FamFG. Isključena je primena opštih pravila FamFG o nadležnosti, učesnicima, njihovoj stranačkoj i procesnoj sposobnosti, o rokovima, vraćanju u pređašnje stanje, sva pravila kojima je uređen prvostepni postupak, uključujući i pravila o medijaciji i poravnanju i osnovu odlučivanja, pravila koje se odnose na dejstva i ispravke i dopune rešenja, kao i pravila o formalnoj pravnosnažnosti, mogućnosti izmene odluke i ponavljanja postupka.

³⁷ Šire: *Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)*, str. 164.

Iako svaki od posebnih postupaka u porodičnim stvarima ima svoju fizionomiju i specifičnosti, svi oni su zasnovani na sličnim procesnim načelima, a ako se apstrahuju pojedinačne razlike, evidentno je da postoji i niz zajedničkih karakteristika po kojima se ovi postupci razlikuju od postupaka u drugim pravnim stvarima. Upravo tome je posvećen tekst koji sledi.

Karakteristike postupaka u porodičnim stvarima. – Postupci u porodičnim stvarima oblikovani su na način koji obezbeđuje poštovanje principa najboljeg interesa deteta.³⁸ Analiza pravila kojima su ovi postupci regulisani pokazuje da je zakonodavac operacionalizovao sve aspekte ovog principa: princip najboljeg interesa deteta utvrđen je kao kriterijum na osnovu koga sud procenjuje sadržinu sporazuma roditelja ili sam odlučuje, ovaj princip je i pravilo postupka jer je uređen način procene i utvrđivanja najboljeg interesa deteta.³⁹ Koliki je značaj najboljeg interesa deteta, ilustruje i podatak da se u odredbama FaMFG sam izraz „najbolji interes deteta“ pojavljuje na 12 mesta.⁴⁰

Jedna od bitnih karakteristika postupaka u porodičnim stvarima ogleda se u tome što su orijentisani ka mirnom, vansudskom rešavanju porodičnih konflikata. Učesnicima se nude različiti metodi za sporazumno rešavanje sukoba i sporova: sudsko poravnanje, medijacija i drugi socijalni, psiholoških i savetodavni mehanizmi. Sam sud je dužan da se zalaže za mirno rešavanje sukoba među učesnicima, osim u stvarima zaštite od nasilja, da stranke podstiče na sklapanje sudskog poravnjanja, uz mogućnost da uputi stranke na pokušaj prijateljskog dogovora kod za to određenog sudije-medijatora, koji može primeni sve metode mirnog rešavanja sporova uključujući medijaciju.⁴¹ Sud je, takođe, ovlašćen da učesnicima da predloži medijaciju ili drugi metod vansudskog rešavanja sporova, pri

³⁸ Princip najboljeg interesa deteta je jedan od četiri osnovna principa utvrđenih Konvencijom o pravima deteta. Detaljno: Vučković Šahović, N. Petrušić, N. Prava deteta, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2016, str. 86-88.

³⁹ Najbolji interes deteta je troslojni koncept jer se javlja kao suštinsko pravo deteta, kao interpretativni princip i kao pravilo postupka. O tome: Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (pristup 5. 6. 2016).

⁴⁰ Treba, međutim, primetiti da je Komitet za prava deteta, razmatrajući treći i četvrti periodični izveštaj Nemačke o primeni Konvencije o pravima deteta, sa zabrinutošću konstatovao da se princip najboljeg interesa deteta još uvek ne ostvaruje u potpunosti i da se često zanemaruje u slučajevima koji se tiču dece iz obrazovno i socio-ekonomski ugroženih porodica. Videti: Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Germany, U.N. Doc. CRC/C/DEU/CO/3-4 (2014). <http://hrlibrary.umn.edu/crc/germany2014.html> (pristup: 5. 6. 2016).

⁴¹ Par. 36. FamFG.

čemu u stvarima zaštite od nasilja mora viditi računa o zaštiti interesa osobe pogođene nasiljem.⁴²

Sporazumno rešavanje sukoba naročito je snažno promovisano u stvarima koje se tiču odnosa deteta i roditelja,⁴³ a odnose se na roditeljsko staranje, održavanje ličnih kontakata i predaju deteta. U ovim pravnim stvarima sud je dužan u svakoj fazi postupka podstiče učesnike na pronalaženje sporazumnog rešenja, pod uslovom da to nije suprotno najboljem interesu deteta.⁴⁴

Sud je, takođe, dužan da učesnike uputi na mogućnosti savetovanja i ukaže im na potrebu sporazumnog regulisanja vršenja roditeljskog prava, može supružnicima naložiti da pojedinačno ili zajedno učestvuju u besplatnom informativnom razgovoru o medijaciji ili o nekom drugom metodu vansudskog rešavanja sporova, a ako oceni da je potrebno, može im naložiti obavezno stručno savetovanje.⁴⁵ Orijeantisanost zakona na sporazumno rešenje sukoba potvrđuje i pravilo prema kome u postupcima koji se tiču ličnosti deteta sud može da naloži i samom veštaku da se tokom veštačenja zalaže za postizanje sporazuma među učesnicima.⁴⁶

Evidentan je napor zakonodavca da osigura primenu principa srazmernosti u pogledu ograničavanja prava na porodični život, pri čemu je primarni legitimni cilj blagovremena i delotvorna zaštita dece, u skladu sa njihovim najboljim interesom.

Jedna od bitnih karakteristika postupaka u porodičnim stvarima ogleda se u tome što je značno ojačan procesni položaj deteta i obezbeđena mogućnost njegovog aktivnog učešća u postupku. Zakonodavac propisao čitav niz pravila koja obezbeđuju da dete bude stvarni subjekt u ovom postupku, a ne „objekt“ postupanja. Nova pravila su bazirana na ideji da je dete titular prava i sloboda, koje ostvaruje u skladu sa svojim razvojnim sposobnostima.⁴⁷ Polazeći od principa autonomije deteta, detetu je obezbeđen pun procesni subjektivitet u postupcima koji ga se tiču, kao i nezavisno zastupanje, ali i odgovarajuća pomoć i podrška, u skladu sa konceptom pravosuđa po meri deteta (*Child-friendly justice*).⁴⁸

⁴² Par. 36a FamFG.

⁴³ Pravne stvari koje se tiču odnosa roditelja i dece pobrojane su u par. 151. FamFG.

⁴⁴ Sporazum roditelja u pogledu vršenja roditeljskog prava i održavanja kontakata sa detetom mora biti sudski odobren, kada stiče snagu sudskog poravnanja (par. 156. st. 2 FamFG).

⁴⁵ Par. 156. st. 1. FamFG.

⁴⁶ Par. 163. st. 2. FamFG.

⁴⁷ O tome, šire: Petrušić, N. Zastupanje deteta u parnici, Pravni život, Tematski broj, Pravo i humana budućnost. 10/2006. Tom 2. Beograd: Udruženje pravnika Srbije. str. 169-192.

⁴⁸ O konceptu pravosuđa prilagođenog deci, videti: *Child-friendly justice Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings*

Kada je reč o vanparničnoj sposobnosti deteta, ona je priznata svakom detetu starijem od 14 godina u onim vanparničnim postupcima u kojima se ostvaruje zahtev koji se tiče ličnosti deteta.⁴⁹ Propisano je, takođe, da je dete ovog uzrasta vanparnično sposobno u pravnim stvarima zbrinjavanja (*Beschluss über Zahlungen des Mündels*)⁵⁰ U svim stvarima koje se tiču ličnosti deteta dete starije od 14 godine može lično izjaviti žalbu,⁵¹ da da bi mu se omogućilo da pravo na žalbu ostvari, propisano je da svaka odluka protiv koje dete može izjaviti žalbu mora biti saopštena samom detetu.⁵²

Tadi efektivnog učešća deteta u postupku, uspostavljen je specifičan model pomoći i podrške detetu Naime, u čl. 158. FamFG, pod rubrumom „Osoba za podršku“ (*Verfahrensbeistand*), detaljno je regulisano pod kojim uslovima se detetu postavlja osoba sa podršku i kakva je uloga ove osobe. Osoba sa podršku imenuje se svakom detetu u postupcima koje se tiču odnosa deteta i roditelja, a odnose se na ličnost deteta, ukoliko sud oceni da je to neophodno radi zaštite njegovih interesa. Taksativno su pobrojane situacije u kojima je imenovanje osobe za podršku pravilo: ako je interes deteta u značajnoj suprotnosti sa interesom njegovog zakonskog zastupnika, ako se u postupku odlučuje o lišenju roditeljskog prava, o odvajanju deteta od roditelja, odnosno osobe koja se o detetu stara, o predaji deteta ili o određivanju boravišta deteta, kao i onda kada se odizima ili znatno ograničava pravo na održavanje ličnih kontakata sa detetom.⁵³ Ukoliko sud u navedenim situacijama ne odredi osobu za podršku, dužan je da u obrazloženju navede razloge zbog kojih to nije učinio.⁵⁴ Međutim, ako interese deteta na adekvatan način zastupa advokat ili neki drugi punomoćnik, neće biti imenovana posebna osoba za podršku,⁵⁵ već će njnu funkciju obavljati punomoćnik.

in 10 EU Member States, FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna, 2015; Rights, Remedies & Representation: Global report on access to justice for children, Child Rights International Network, 2016. https://www.crin.org/sites/default/files/crina2j_global_report_final_1.pdf (pristup 2. 6. 2016); Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b2cf3> (pristup 2. 6. 2016).

⁴⁹ Par. 6. st. 1. t. 3. FamFG.

⁵⁰ Par. 167. st. 3. FamFG.

⁵¹ Par. 60. FamFG.

⁵² Par. 164. FamFG.

⁵³ Par. 164. st. 2. FamFG.

⁵⁴ Par. 164. st. 3. FamFG.

⁵⁵ Par. 164. st. 5. FamFG.

Osnovno instruktivno pravilo je da osobu za podršku treba imenovati što je moguće pre. Imenovana osoba za podršku uključuje se u postupak kao učesnik i nema status zakonskog zastupnika deteta,⁵⁶ tako da roditelji mogu da zastupaju dete. Međutim, u postupcima za izdržavanje deteta u kojima se kao osoba za podršku javlja stručno lice službe za mlade (*Jugendamt*),⁵⁷ isključena je mogućnost da roditelji zastupaju dete.⁵⁸

Primarni zadatak osobe za podršku jeste da utvrdi šta je u konkretnom slučaju najbolji interes deteta i da ga u sudskom postupku istakne. Pored toga, osoba za podršku je dužna da na prigodan način informiše dete o predmetu, toku i mogućem ishodu postupka. Ako su oceni da je celishodno, sud može osobi za podršku preneti i dodatni zadatak – da vodi razgovore sa roditeljima i ostalim bliskim osobama u koje dete ima poverenja, kao i da podstiče učesnike na pronalaženje sporazumnog rešenja. Osoba za podršku ovlašćena je i da u interesu deteta uloži pravni lek. Sud je dužan da rešenjem odredi i obrazloži vrstu i obim zaduženja koji osoba za podršku u konkretnom slučaju ima (par. 164. st. 4. FamFG).⁵⁹

Konkretizujući pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja garantovano čl. 12. Konvencije o pravima deteta, zakonodavac je propisao niz pravila o ličnom saslušanju deteta. U svim postupcima u porodičnim stvarima koji se tiču deteta sud je dužan da dete starije od 14 godina lično sasluša,⁶⁰ ali je ovlašćen da lično sasluša i dete mlađeg uzrasta, s tim što i njega mora saslušati ako su sklonosti, vezanost za roditelje ili volja deteta značajni za odlučivanje ili je lično saslušanje indikovano iz drugih razloga.⁶¹ Pre nego što sud pristupi saslušanju deteta, detetu se moraju pružiti informacije o predmetu, toku i mogućem ishodu postupka, na način prilagođen uzrastu deteta, izuzev ako sud proceni da bi pružene informacije mogle negativno uticati na njegov razvoj, vaspitanje ili zdravlje. Sam način saslušanja deteta utvrđuje sud, ali ako je detetu postavljena osoba za podršku, ona

⁵⁶ Par. 164. st. 4. FamFG.

⁵⁷ Služba za mlade je osnovni nosilac društvene brige o deci i mladima i predstavlja posebnu organizacionu jedinicu u okviru opštinskih uprava. Pravni okvir njenog rada postavljen je Zakonom o socijalnoj zaštiti – Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) - Gesetzliche Krankenversicherung - (Artikel 1 des Gesetzes v. 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477). https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/sgb_5/gesamt.pdf (pristup 4. 6. 2016)

⁵⁸ Par. 234. FamFG.

⁵⁹ Visina nagrade za rad osobe za podršku, koja se isplaćuje iz državnog bužeta, zavisi od toga da li je osoba profesionalac ili nije, ali maksimalni iznos nagrade iznosi 550 evra (par. 164. st. 7. FamFG).

⁶⁰ Par. 159. FamFG.

⁶¹ Par. 159. st. 2. FamFG.

prisustvuje saslušanju.⁶² Dete se saslušava kao učesnik u postupku; Zakonski je isključena je mogućnost da dete bude saslušano kao svedok.⁶³

Prilikom regulisanja postupka u porodičnim stvarima sudu je otvorena široka mogućnost da koristi usluge službe za mlade i drugih specijalizovanih službi i savetovališta, kako bi sveobuhvatno sagledao sve okolnosti od značaja za donošenje odluke. U pojedinim postupcima sud ima obavezu da sasluša službu za mlade, dok je u nekim postupcima ovlašćen da sam procesni potrebu za saslušanjem. Tako je u postupcima za zaštitu od nasilja u porodici sud dužan da sasluša službu za mlade ako deca žive u domaćinstvu.⁶⁴

Služba za mlade ima specifičan položaj u postupku. U nekim postupcima ona je samo izvor informacija, u nekim postupcima daje stručno mišljenje, u onima koje sama pokreće⁶⁵ ima položaj učesnika, a takav položaj ima u onim postupcima u kojima koristi svoje ovlašćenje na izjavljivanje pravnog leka. Takođe, služba za mlade može imati ulogu pomoćnog organa suda, kada sudu pruža podršku i sadejstvuje u obavljanju sudske delatnosti, kakav je slučaj sa postupkom za pokušaj poravnjanja u pogledu održavanja kontakata deteta i roditelja⁶⁶ i sa izvršenjem odluka o predaji lica i održavanju ličnih kontakata.⁶⁷ U nekim postupcima, kao što su postupci u stvarima iz odnosa roditelja i dece, u stvarima koje se tiču ličnosti deteta, nasilja u porodici i usvojenja, korišćenja zajedničkog stana supružnika, usvojenja i dr., sud obavezno saslušava službu za mlade.⁶⁸ U ovim postupcima Službi za mlade dostavljaju se pozivi za sva ročišta i sve odluke suda, protiv kojih može da izjavi žalbu.⁶⁹ U pojedinim postupcima, međutim, od ocene same služba za mlade zavisi da li će se uključiti u postupak kao učesnik, kakav je slučaj sa postupcima za osporavanje očinstva.⁷⁰⁷¹

⁶² Par. 159. st. 4. FamFG.

⁶³ Par. 163. st. 3. FamFG.

⁶⁴ Par. 213. FamFG.

⁶⁵ Na primer, Služba za mlade aktivno je legitimisana u postupcima za utvrđivanje očinstva (par. 188. st. 2. FamFG), postupcima koji se tiču zajedničkog stana supružnika, ako deca žive u omaćinstvu supružnika (par. 204. st. 2. FamFG),

⁶⁶ Par. 156. FamFG.

⁶⁷ Par. 88. st. 2. FamFG.

⁶⁸ Videti par. 167, 167, 194, 205, 213. FamFG.

⁶⁹ Par. 162. st. 3. FamFG.

⁷⁰ Par. 172. u vezi sa par. 176. st. 1. FamFG.

⁷¹ To, međutim, ne isključuje mogućnost da i u ovim postupcima sud sasluša službu za mlade ako oceni da je potrebno, pri čemu je saslušanje obavezno ako je predlog podneo zakonski zastupnik deteta u ime deteta (par. 176. st. 1. Famfg).

Načela postupka u porodičnim stvarima. – Postupci u porodičnim stvarima su zasnovani na načelu dispozicije, s tim što pojedine adhezione postupke, kao što su postupci za izdavanje privremenih mera, sud može pokrenuti i sud po službenoj dužnosti.⁷² Načelo oficijelnosti posebno dolazi do izražaja u pogledu određivanja privremenih mera radi zaštite deteta.

U pogledu prikupljanja procesnog materijala važi istražno načelo,⁷³ pri čemu je posebno apostrofirana dužnost stranaka da aktivno učestvuju i saraduju,⁷⁴ što uključuje i dužnost istinitog i blagovremenog iznošenjenja svih relevantnih činjenica,⁷⁵ obavezu stranaka da na zahtev suda pruže iznesu procesni materijal, dopune svoje navode i izjasne o određenim pitanjima koja je potrebno razjasniti. U postupcima za poništenje i razvod braka i osporavanje očinstva istražno načelo je u izvesnoj meri ograničeno. Naime, i u ovim postupcima sud sam prikuplja činjenični i dokazni materijal, ali činjenice koje učesnici nisu naveli može uzeti u obzir samo ako su pogodne da služe očuvanju braka, odnosno daljem opstanku očinstva ili ako predlagač ne protivureći tome da se te činjenice uzimu u obzir.⁷⁶

U postupcima je dominantno načelo saslušanja stranaka, kojima je sud dužan da pruži mogućnost da se izjasne o svim bitnim činjenicama, što podrazumeva zakazivanje raspravnog ročišta.⁷⁷ Načelo saslušanja stranaka apostrofirano je i pravilom da odluka kojom se učesniku oduzima neko pravo može biti zasnovana samo na činjenicama i rezultatima dokazivanja o kojima je on mogao da se izjasni.⁷⁸ Sud može svakom učesniku naložiti da lično dodje na ročište radi saslušanja⁷⁹ ako oceni da je to celishodno za razjašnjenje činjeničnog stanja.⁸⁰ Prema izričitom zakonskom pravilu,⁸¹ ako na jednom ročištu treba lično da bude saslušano više učesnika, saslušanje jednog učesnika treba da se održi u odsustvu dru-

⁷² Ako je su ovlašćen da pokrene postupak po službenoj dužnosti, ovlašćen je i da određuje privremene mere zaštite, što je zakonom izričito propisano (par. 41. FamFG).

⁷³ Par. 26. FamFG.

⁷⁴ Par. 27. st. 1. FamFG. Obaveza stranaka da saraduju i snose odgovornost za efektivnost postupka postoji i u parničnom postupku i propisana je u par. 282. ZPO, kao jedno od načela ovog postupka.

⁷⁵ Par. 27. st. 2. FamFG.

⁷⁶ Par. 127. st. 2. i par. 177. st. 1. FamFG. Detaljno: Keidel, T. op. cit. str. 1287-1288.

⁷⁷ Par. 155. st. 2. FamFG.

⁷⁸ Par. 37. st. 2. FamFG.

⁷⁹ Vanparnično sposobni učesnik mora uvek lično da se pozove, a ako ima punomoćnika, ovaj mora biti obavешten o pozivu (par. 33. st. 2. FamFG).

⁸⁰ Par. 33. st. 1. FamFG.

⁸¹ Par. 33. st. 1. 2. rečenica FamFG.

gog učesnika ukoliko je to neophodno radi zaštite učesnika koga treba saslušati ili zbog drugih razloga. Postoji, takođe, i mogućnost da sud učesnika sasluša i putem audio i video prenosa,⁸² kada se shodno primenjuje par. 128a ZPO.

U postupcima u porodičnim stvarima, dominantno je načelo efikasnosti, koje je posebno izraženo u postupcima koji tangiraju prava i interese dece. Zakonom je izričito propisano da pravne stvari koje se tiču odnosa deteta i roditelja, a odnose se na boravište deteta, održavanje ličnih kontakata ili predaju deteta, kao i postupci zbog ugrožavanja dobrobiti deteta, moraju da se sprovedu prioritarno i ubrzano.⁸³ Ročište treba da se održi najkasnije u roku od mesec dana od nada pokretanja postupka, a zahtev za odlaganje ročišta može biti usvojen samo ako postoje opravdani i uverljivi razlozi.⁸⁴ Radi ostvarivanja efikasnosti u postupanju propisana je i mogućnost da u postupcima za razvod i ponišaj braka supružnik koji sprečen da prisustvuje ročitu ili boravi na velikoj udaljenosti od sedišta suda može biti saslušan pred zamoljenim sudom.⁸⁵ tako da od njega ne može da se zahteva prisustvo, onda saslušanje može da obavi zamoljeni sudija.

Načelo efikasnosti snažno podupire načelo koncentracije, koje je u porodičnim stvarima posebno potencirano i konkretizovano nizom pravila. Tako se, na primer, propisano da se neopravdani izostanak stranaka sa ročišta sankcioniše novčanim kažnjavanjem, koje se može ponoviti, a u slučaju ponovnog neopravdanog izostanka, može se narediti prinudno dovođenje učesnika.⁸⁶ Važi i pravilo da je u bračnim i porodičnim stvarima sud ovlašćen da obije neblagovremeno preduzete radnje napada i odbrane ako oceni da je propuštanje rokova rezultat grube nepažnje i dovodi do odugovlačenja postupka.⁸⁷ U funkciji ostvarivanja načela koncentracije su i pravila o odstupanju od pravila *perpetuatio fori*, tj. pravila kojima je naloženo ustupanje pravne stvari sudu pred kojim se vidi neki drugi postupak. Tako je, na primer, propisana dužnost suda pred kojim se vodi postupak za izdržavanje supružnika da pravnu stvar ustupi sudu pred kojim je u međuvremenu otpočeo postupak za razvod, odnosno ponišaj braka.⁸⁸ Vremenskoj i sadržinskoj koncentraciji doprinose i pravila o spajanju postupaka, koja omogućavaju da se u jednom postupku reši veći broj povezanih pravnih stvari. Osnovno je pravilo da o razvodu i stvarima koje su posledica razvoda, a ti su pravne stvari u vezi

⁸² Par. 32. st. 3. FamFG.

⁸³ Par. 155. st. 1. FamFG

⁸⁴ Par. 155. st. 32. FamFG.

⁸⁵ Par. 128. st. 3. FamFG.

⁸⁶ Par. 33. st. 3. FamFG.

⁸⁷ Par. 115. FamFG.

⁸⁸ Par. 233. FamFG.

izdržavanje i imovinskopravnih odnosa supružnika, kao i one koje se tiču vršenja roditeljskih prava i dužnosti nakon razvoda, treba raspravljati i odlučivati zajedno.⁸⁹ Ipak, od ovog pravila se može odstupiti ako sud oceni da bi spajanje postupka ugorizo dobrobit deteta.⁹⁰ Zakonom je, takođe, propisano da pravne strari koje se tiču porekla deteta, a koje se odnose na isto dete, mogu biti spojene, uključujući i mogućnost da se uz ove pravne stvari spoje i pravne stvari koja se tiče izdržavanja deteta.⁹¹

Postupci u porodičnim stvarima u celini su zasnovani na načelu tzv. otvorenog pravosuđenja, koje je, pored ostalog, kongretizovano i izričitim pravilom o dužnosi suda da strankama saopšti svoje pravno stanovište ako je ono različito od pravnih stavova učesnika, ukoliko na njemu želi da zasnuje svoju odluku.⁹² Jedno od najvažnijih načela postupaka u porodičnim stvarima jeste načelo zaštite lica kojima je potrebna naročita zaštita, a to su deca, lica pod starateljstvom i lica koja treba zbrinuti zbog specifičnih okolnosti u kojima se nalaze. Ovo načelo je razrađeno propisima o pružanju hitne provizorne zaštite putem privremenih mera, pravilima o obaveštavanju i saradnji suda sa odgovarajućim socijalnim službama i dr. Posebno je značajno pravilo kojim je sudu naloženo da u odgovarajućim vremenskim razmacima proverava efekte mera zaštite deteta koje su odlukom suda ili sudskim poravnanjem određene na duži vremenski period.⁹³

U postupcima u porodičnim stvarima važi načelo slobodne ocene dokaza, a samo dokazivanje je po pravilu neformalno. Međutim, u pojedinim postupcima zakonom je izričito propisano izvođenje formalnog dokazivanja, kakav je slučaj sa postupcima u stvarima porekla.⁹⁴ Postupci u porodičnim stvarima zasnovani su na načelima usmenosti i neposrednosti. U pogledu upravljanja postupkom, dominantna je uloga suda, koji se stara da se postupak celishodno i nesmetano razvija. Važi i načelo utvrđivanja istine jer je sud dužan da utvrdi pravo stanje stvari i, po pravilu, nije vezan predlozima učesnika.

Standardi pravičnog suđenja manifestovani su pravilima koja pružaju mogućnost da se stranci postavi advokat u pravnim stvarima u kojima je obavezno advokatsko zastupanje.⁹⁵ Tako, prema par. 138. FamFG, u postupcima koji se tiču

⁸⁹ Par. 137. FamFG.

⁹⁰ Par. 137. st. 3. FamFG.

⁹¹ Par. 179. st. 1. FamFG.

⁹² Par. 28. st. 1. FamFG.

⁹³ Par. 166. st. 2. FamFG.

⁹⁴ Par. 177. FamFG.

⁹⁵ Prema par. 114. FamFG, učesnike mora da zastupa advokat u pravnim stvarima koje se tiču braka i posledica prestanka braka koje se rešavaju pred porodičnim sudovima i višim sudovima država.

braka i posledica prestanka braka vezanih za decu, ako protivnika predlagača ne zastupa advokat, sud mu po službenoj dužnosti dodeljuje advokata radi zaštite njegovih prava ako oceni da je to neophodno. Takođe, u cilju olakšavanja pristupa pravdi, propisana je mogućnost oslobođenju od prethodnog snošenja troškova postupka, i to kako troškova u prvostepenom postupku,⁹⁶ tako i troškova podnošenja žalbe.

ZAKLJUČAK

Usvajanjem *Zakona o postupku u porodičnim i vanparničnim stvarima* (FamFG) iz 2008, Nemačka je uspešno reformisala svoje porodično sudsko procesno pravo i prilagodila ga potrebama savremenog društva i modernim pravozastitnim postulatima. Bračne i porodične stvari koje su u sudskoj nadležnosti rešavaju se primenom vanparničnog postupka – procesnog metoda koga odlikuju fleksibilnost, jednostavnost i usmerenost na sporazumno rešavanje konflikata.

Prilikom regulisanja vanparničnih postupaka u ovim pravnim stvarima zakonodavac je očigledno nastojao da kreira procesne mehanizme koji obezbeđuju adekvatnu intervenciju suda u pojedinim kriznim situacijama, kada je potrebno zaštititi prava i interese članova porodice i (pre)urediti njihove odnose. Analiza pravila kojima su regulisani postupci u porodičnim stvarima pokazuje da je zakonodavac uspeo da uspostavi neophodan balans među procesnim načelima i da sami postupci, onako kako su normativno projektovani, predstavljaju valjane procesne mehanizme koji omogućavaju pružanje brze, ekonomične i delotvorne pravne zaštite.

Pravila o postupcima u porodičnim stvarima pružaju zadovoljavajuće procesne garancije za ostvarivanje najboljeg interesa deteta, kao i prava učesnika na pravično suđenje u svim njegovim aspektima. Sadržina zakonskih rešenja koja se tiču učešća deteta u postupcima u porodičnim stvarima, posebno pravila o imenovanju osobe za podršku detetu (*Verfahrensbeistand*), pokazuju da je zakonodavac implementirao standarde prvosuđa po meri deteta (*Child-friendly justice*), nastojeći da deci obezbedi pristup sudu i efektivno učešće u postupku, uz uvažavanje specifičnih potreba i razvojnih sposobnosti deteta.

⁹⁶ Par. 76. FamFG. Zamiljivo je da pre odlučivanja i oslobođenju od prethodnog plaćanja troškova postupka sud treba da zatraži mišljenje ostalih učesnika, s tim što od toga može odustati u dvostranačkim postupcima, ako oceni da to nije celishodno (par. 77. FamFG).

NEVENA PETRUŠIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

PROCEEDINGS IN FAMILY MATTERS IN CONTEMPORARY
NON-CONTENTIOUS LAW OF GERMANY

Summary

By passing the Law on Proceedings in Family and Non-contentious Matters 2008 Germany fundamentally reformed its Family Judicial Process Law. The non-contentious proceeding is the method for solving all marital and family matters within the court competence. The proceedings in family matter represent a special type of non-contentious proceeding, which are characterized by flexibility and informality, with broad authorizations of the court to adapt the proceeding to the nature of a concrete case. The proceeding are oriented toward a peaceful solving of the conflict between the participants, especially in a child-parent relation matter, and a good legal framework was set for the cooperation between the court and social services. Adequate process guarantees were determined, for securing the child's best interests. In accordance with the concept *Child-friendly justice*, in order to effective participation of a child in the proceedings, a specific model of aid and support for the child was set, through naming an adviser, whose primary obligation is to recognize what is in the child's best interest and to offer to the child relevant information on the matter, course and outcome of the proceeding. The proceeding is based on the principles of disposition, inquiry, efficacy, concentration, as well as the principle of orality and directness. The duty of the parties to cooperate is emphasized, as well as their responsibility for the outcome, course and speed of the proceeding.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I DRUŠTVENI IMPERATIVI – III tom

LAW AND SOCIAL IMPERATIVES – Vol. III

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

2. Porezi

Taxes

Zoran Isailović

Obaveze poreskih dužnika

Obligations of the tax-debtors 5

Miloš Milošević

Oslobođenja bez prava na odbitak prethodnog poreza tuđin
u sistemu poreza na dodatu vrednost

Exemptions alien in the value added tax system 19

Srđa Božović

Specifični aspekti poreskih akata

Specific aspects of tax laws 35

687

<i>Snežana R. Stojanović</i>	
Globalizacija i oporezivanje digitalne privrede Globalization and taxation of a digital economy	49
<i>Marina Dimitrijević</i>	
Primena poreskih zakona i promenljive društvene okolnosti The implementation of tax laws and changing social circumstances	65
<i>Hasiba Hrustić</i>	
Fragmentacija visine poreza na imovinu The level fragmentation of the property tax	77
<i>Ljiljana Kovačević</i>	
Kolaborativna ekonomija i oporezivanje The Collaborative Economy and Taxation	89

3. Privredna društva

Commercial Companies

<i>Jasmina Labudović Stanković,</i> <i>Nada Todorović</i>	
Konkurencija između država u cilju privlačenja investicija Competition between states to attract investment	99
<i>Vladimir Čolović</i>	
Izmene u regulisanju sekundarnog stečajnog postupka u pravu EU Changes in regulation of secondary bankruptcy proceedings in EU law	115
<i>Slobodan Nenadović</i>	
Direktor u senci u pravu Engleske Shadow director in English law	129
<i>Đuro M. Đurić,</i> <i>Vladimir M. Jovanović</i>	
Akcionni plan za modernizaciju evropskog kompanijskog prava i korporativnog upravljanja The action plan for the modernization European company law and corporate governance	143

<i>Svetislav Janković</i>	
Neophodnost pravnog uređenja kombinovanog prevoza stvari u Građanskom zakoniku Necessity of regulating the multimodal transport in Serbian Civil Code	159
<i>Osiguranje</i> <i>Insurance</i>	
<i>Jovan Slavnić</i>	
Obaveza osiguranika da osiguravaču prijavi nastupanje osiguranog slučaja Insured's obligation to report insured event to insurer	173
<i>Zoran Radović</i>	
Načelo krajnje dobre vere u osiguranju u Građanskom zakoniku Srbije The principle of good faith as endorsed in general insurance law ..	191
<i>Slobodan Ilijić</i>	
Prilog potpunijem definisanju pojmova u Radnom tekstu Građanskog zakonika Srbije Contribution to a more complete definition of terms in the working Draft of the Civil Code of Serbia	201
<i>Jelena Janković</i>	
Osiguranje za slučaj nezaposlenosti kao instrument za pravednu eko-tranziciju Unemployment insurance system as an instrument for fair eco-transition	209
4. Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža <i>International Commercial Contracts, Arbitration</i>	
<i>Jelena Perović</i>	
Konstituisanje arbitražnog veća u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži Constitution of the arbitral tribunal in international commercial arbitration	223
	689

Dejan Jančićević

- Priznanje stranih arbitražnih odluka donesenih u višestranačkim postupcima
Recognition of foreign multiparty arbitral awards 235

Marija Krvavac

- Direktni/supstancijalni metod regulisanja ugovornih odnosa sa elementom inostranosti
Direct/substantial method in regulation of international contractual relations 251

Radosveta Vassileva

- Contract Law and the Social Contract: Rethinking Law Reform in the Field of Contract Law from the Perspective of Social Contract Theory 267

Jelena Vukadinović-Marković

- Arbitražna klauzula u opštim uslovima poslovanja
Arbitration clause in the general terms and conditions 287

Zoran Jordanoski

- Application of mandatory rules in international commercial arbitration 299

5. Radni odnosi

Labour Relations

Radoje Brković

- Štrajk kao metod rešavanja radnih sporova
The strike as a method of resolving labor disputes 315

Slobodanka Kovačević-Perić

- Postupak pre otkaza od strane poslodavca
Procedure prior to dismissal by the employer 327

Bojan Urdarević

- Pravo na kolektivno pregovaranje u novim privrednim uslovima
The right to collective bargaining in the new economic setting 339

Marijana Milošević

Pravni režim zapošljavanja stranaca u pozitivnom pravu Republike Srbije Legal regime of employment of foreigners under the law of Republic of Serbia	355
---	-----

Aleksandar Antić

Elektronska komunikacija i položaj zaposlenih Electronic communication and position of employees	365
---	-----

Vesna Bilbija

Suđenje u razumnom roku u parnicama iz radnih odnosa kroz praksu Evropskog suda pravde i praksu domaćih sudova Trial within reasonable time in labour-relation litigations in the practice of the European Court of Justice and the practice of domestic courts	377
---	-----

Vesna Stojanović

Socijalni karakter prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja Social character - the rights from pension and disability insurance	389
--	-----

Borisav Čolić

Impozantan spektar Ustavom zagarantovanog prava na rad i njegova zaštita Right to work as a constitutional guarantee and its protection	397
--	-----

6. Banke i bankarski poslovi

Banks and Banking Transactions

OKRUGLI STO

Bankarski krediti i promenjene okolnosti

Dragiša Slijepčević

Primena valutne klauzule i promenljive kamatne stope u ugovoru o kreditu Application of the currency clause and a variable interest rate in bank loan contracts	407
--	-----

Predrag Ćatić

- Valutna klauzula, raskid i posledice raskida ugovora o kreditu
sa valutnom klauzulom
Currency clause, termination and consequences of termination
of the loan agreement with a currency clause 423

Nebojša Pantelić

- Priroda zaduživanja banke u stranoj valuti
The nature of borrowing in foreign currency 443

Srđan Golubović

- Ciljevi i zadaci evropskog sistema centralnih banaka
Goals and tasks of the European system of central banks 459

Marko Dimitrijević

- Bankarska unija: pravni domašaj jedinstvenog nadzornog
mehanizma i jedinstvenog sanacijskog mehanizma
Banking union: legal scope of single supervisory mechanism
and single resolution mechanism 473

*Predrag Knežević,
Žarko Anđelković*

- Ustupanje prava i potraživanja iz bankarske garancije
na prvi poziv
Assignment of rights and claims of the bank guarantee 487

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

- Autor i autorsko delo
Author and author's work 501

Božin Vlašković

Sadržina i povreda patenta za drugu medicinsku indikaciju u nemačkom i evropskom pravu Content and infringement of patent for second medical use in German and European law	513
--	-----

Sanja Danković-Stepanović

Kolektivno ostvarivanje interpretatorskog prava Collective realization of the interpreter right	529
--	-----

Zdravko Petrović,

Uroš Čemalović,

Slobodan Stošić

Specifičnosti ugovora o licenci Characteristics of the license agreement	547
---	-----

Ksenija Vlašković

Ime i slika poznate osobe kao oznake zaštićene žigom u nemačkom pravu Name and image of famous person as a signs protected by a trademark in german right	561
--	-----

Peta katedra

Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU

RIGHT TO JUSTICE

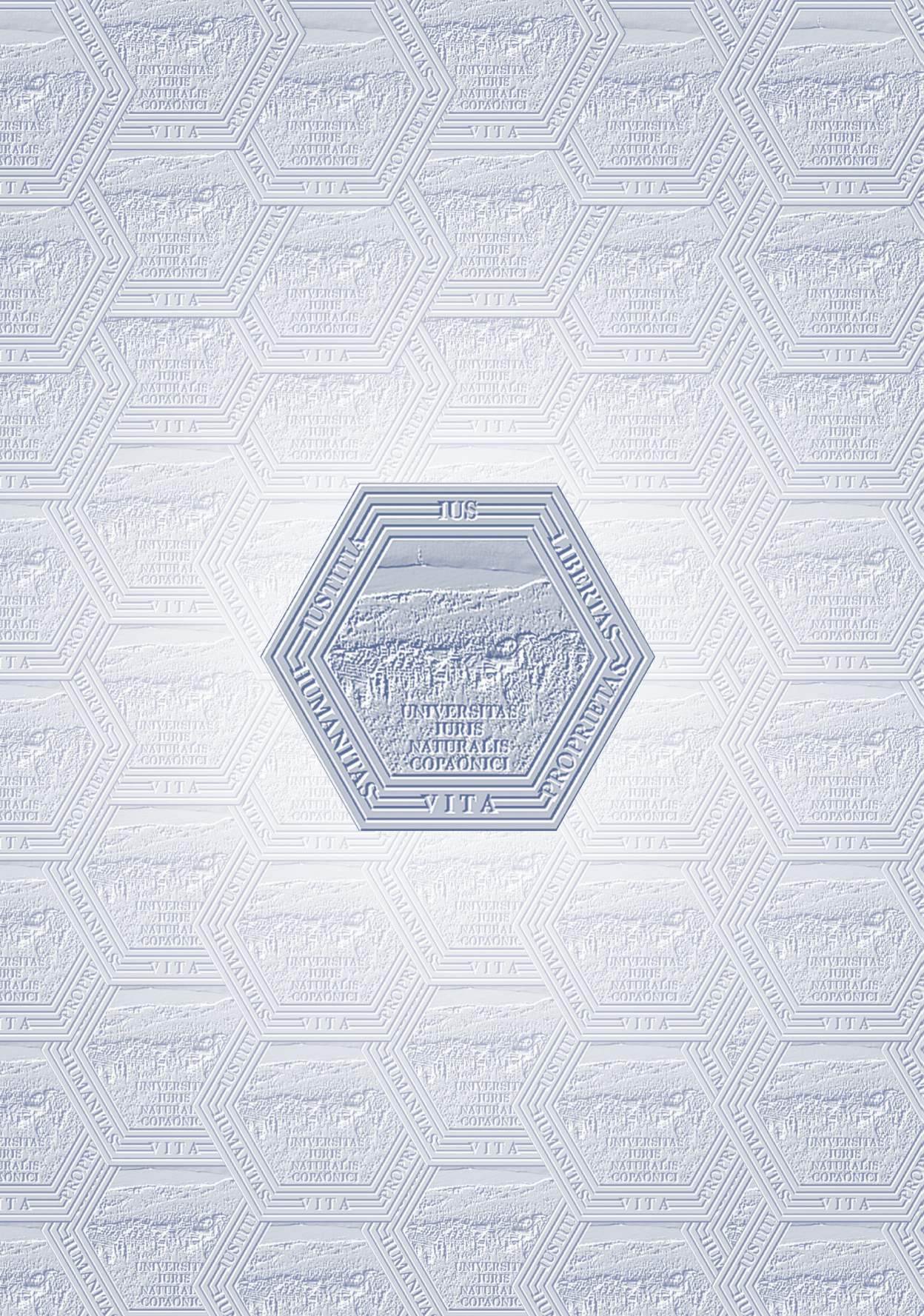
1. Sud u koneksitetu pravde

Court in Connexity of Justice

Gordana Stanković

Mehanizam kontrole izvršenja prema odredbama novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju The mechanism of control of enforcement according to the regulations of the new Law on enforcement and security ...	579
--	-----

<i>Arsen Janevski</i>	
Izuzeće javnog beležnika Exemption of notaries	593
<i>Nikola Bodiroga</i>	
Žalba u novom zakonu o izvršenju i obezbeđenju Right to appeal in new Law on enforcement and security	609
<i>Miodrag Mićović</i>	
Procesni mehanizmi ubrzanog rešavanja potrošačkih sporova Procedural mechanisms for quick resolution of consumer disputes	623
<i>Nebojša Šarkić, Zoran Vavan</i>	
Postupak izvršenja sudskih odluka na zaradi i drugim stalnim novčanim primanjima Judgment enforcement procedure regarding wages and other regular income	635
<i>Milan Blagojević</i>	
Sloboda izražavanja misli i (ne)mogućnosti njenog ostvarivanja u vršenju sudijske funkcije kod nas Freedom of thought and (im)possibilities for its realisation in accomplishment of judge function at us	653
<i>Nevena Petrušić</i>	
Postupci u porodičnim stvarima u savremenom vanparničnom procesnom pravu Nemačke Proceedings in family matters in contemporary non-contentious law of Germany	667



UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA



IUS

LIBERTAS
PROPRIETAS

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA