

ISSN 2683-443X

REVIJA

Universitas
Iuris
Naturalis
Copaonici

KOPAONIČKE ŠKOLE
PRIRODNOG PRAVA

No. 2/2021
BEOGRAD

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ



REVIJA

Universitas
Iuris
Naturalis
Copaonici

KOPAONIČKE ŠKOLE
PRIRODNOG PRAVA

No. 2/2021
BEOGRAD

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ



REVIJA KOPAONIČKE ŠKOLE PRIRODNOG PRAVA

Časopis za pravnu teoriju i praksu

ISSN 2683-443X UDK 34

Broj 2/2021, Godina III

Časopis izlazi dva puta godišnje

Izdavač

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović

Patrijarha Gavrila 12, 11111 Beograd

E-mail: office@kopaonickaskola.rs

kopaonikschool.org

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić

Zamenik glavnog i odgovornog urednika

Prof. dr Gordana Ilić-Popov

Sekretar

Andrea Nikolić

Redakcija

Prof. dr Gordana Vukadinović, Prof. dr Dragor Hiber, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Milan Škulić, Prof. dr Milena Petrović, Prof. dr Vladan Petrov, Prof. dr Nataša Delić, Prof. dr Maja Stanivuković, Prof. dr Saša Bovan, Prof. dr Nikola Mojović, Prof. dr Goran Koevski, Prof. dr Predrag Bjelić, Prof. dr Aleksandra Maganić, Prof. dr Zoran Lončar, Dr Milena Đorđević, Dr Nataša Hadžimanović, Dr Thomas Meyer, Ljubica Tomić, Marie-Christine Cimadevilla

Članovi Međunarodnog naučnog saveta

Xavier Blanc-Jouvan (Professor emeritus at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne, France), Don Wallace (Chairman of the International Law Institute, Washington, USA), Rajko Kuzmanović (President of Academy of Sciences and Arts of Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina), Franco Ferrari (New York University School of Law, Director, Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law), Jakša Barbić (Croatian Academy of Sciences and Arts), Larry A. DiMatteo (Florida University, USA), Tatjana Josipović (University of Zagreb, Croatia), Gian Antonio Benacchio (University of Trento, Italy), Davor Babić (University of Zagreb, Croatia), Burghard Piltz (Piltz Rechtsanwälte PartGmbH, Hamburg, University of Bielefeld, Germany), Francesca Fiorentini (University of Trieste, Italy), Damjan Možina (University of Ljubljana, Slovenia), Dr. Christa Jessel-Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Vitomir Popović (Academy of Sciences and Arts of Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina), Zoran Rašović (Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Montenegro), Dr. iur. Simon Gabriel (attorney-at-law, Zurich, Switzerland), Vlado Kambovski (Macedonian Academy of Sciences and Arts, North Macedonia), Mateja Đurović (King's College London, UK)

Kompjuterska obrada

Miodrag Panić

Dizajn korica

Uroš Živković

Tiraž: 150 primeraka

Štampa: FUTURA, Novi Sad

Radovi u ovom časopisu podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. Ocene iznesene u člancima lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju mišljenje uredništva ovog časopisa ni ustanova u kojima su autori zaposleni.

REVIJA KOPAONIČKE ŠKOLE PRIRODNOG PRAVA

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

Naučni časopis Kopaoničke škole prirodnog prava *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava* izlazi od 2019. godine. Časopis objavljuje naučne članke, teorijska istraživanja i studije iz srpskog i uporednog prava, analize izabраних sudskih i arbitražnih odluka, komentare zakonskih rešenja, prikaze knjiga i druge naučne priloge istaknutih domaćih i inostranih autora. Tematska sadržina priloga prilagođena je Heksagonu Kopaoničke škole prirodnog prava: *Pravo na život, Pravo na slobodu, Pravo na imovinu, Pravo na intelektualnu tvorevinu, Pravo na pravdu i Pravo na pravnu državu*, a objavljeni radovi raspoređuju se prema odgovarajućim katedrama Kopaoničke škole. Kao glasilo Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović, časopis prati naučni rad i aktivnosti Škole i o njima obaveštava čitaoce.



KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA
– SLOBODAN PEROVIĆ

Broj 2/2021 / Godina III / BEOGRAD

REČ UREDNIKA

Izlaskom ovog izdanja iz štampe *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava* zaokružuje dve godine života u svetu jurističke pisane reči. Tokom prethodnog perioda, *Revija* je postala poznata pravničkoj javnosti i stekla naklonost i poverenje domaćih i međunarodnih akademskih krugova. Danas, na nama je odgovornost da istrajemo na putu daljeg razvoja i stalnog usavršavanja našeg naučnog časopisa.

* * *

Ovo izdanje *Revije Kopaoničke škole prirodnog prava* okuplja deset naučnih radova raspoređenih u pet sekcija: Međunarodni privredni ugovori (I), Kompanijsko pravo (II), Pravo EU (III), Sudovi / Arbitraža (IV) i Ekonomija i finansije (V). Sa aspekta sistematike Heksagona prirodnog prava, radovi po svojoj tematskoj sadržini ulaze u oblast katedara *Pravo na imovinu* i *Pravo na pravdu* Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović.

U prvoj sekciji, *prof. dr Predrag N. Cvetković* u članku *Blokčejn kao metod rešavanja hold-up problema* razmatra pitanje uloge i značaja blokčejna kao metoda za rešavanje *hold-up* problema, nagašavajući njegovu usku povezanost sa stepenom primenljivosti blokčejn tehnologije u kontekstu kreiranja pametnih ugovora.

Za drugu sekciju, posvećenu kompanijskom pravu, *prof. dr Vuk Radović* napisao je rad *Cilj privrednog društva sa osvrtom na aktuelnu pandemiju* u kome, pre svega, analizira pitanja određenosti, jedinstvenosti i formulisanja cilja privrednog društva, kao i potrebu intervencije zakonodavca u ovoj oblasti. Ovo su samo neka od pitanja na koja autor u radu usmerava pažnju, imajući u vidu brojne teorijske rasprave, kao i uporedna i domaća zakonodavna rešenja.

U trećoj sekciji sadržani su radovi iz oblasti prava Evropske unije. *Dr Andrzej Jakubowski* u radu *The concept of national treasures under Polish and EU cultural heritage law* analizira pojam kulturnog blaga i njegov praktičan značaj iz perspektive prava Evropske unije i primene odgovarajućih propisa u poljskom pravu. *Prof. dr Milena Petrović* u radu *Odluka Suda EU u slučaju Coman: indirektno priznanje istopolnog braka*, bavi se slučajem *Coman*, u kome se Evropski sud pravde izjasnio u pogledu priznanja istopolnog braka.

Četvrta sekcija obuhvata radove koji se odnose na sudski postupak i arbitražu. U radu *O troškovima učinjenim tijekom i u povodu parničnog postupka u hrvatskom pravu* autora prof. dr Mihajla Dike analiziran je opšti pojam troškova parničnog postupka, sa posebnim osvrtom na troškove učinjene tokom parničnog postupka i troškove učinjene povodom tog postupka. Prof. dr Aleksandra Maganić autorka je rada *Građanski sporovi kao posljedica COVID-a 19* u kome su sporovi za naknadu štete prouzrokovane zarazom korona virusom razmatrani sa stanovišta hrvatskog i uporednog prava. Treći rad u ovoj sekciji, *Third party funding and access to justice* autora Milana Lazića i Milice Savić analizira uticaj finansiranja sporova od strane trećih lica na pravo na pristup sudu i arbitraži. Autori ocenjuju da je potrebno uvesti regulativu u ovoj oblasti, kako kroz nacionalna zakonodavstva tako i kroz arbitražna pravila arbitražnih institucija. Sekcija se zaključuje radom *Investment arbitration and the MFN conudurum - the long and winding road from Maffezini to Içkale* autora Uroša Živkovića koji se bavi pitanjem tumačenja klauzule najpovlašćenije nacije (MFN) u investicionoj arbitraži iz perspektive širokog pristupa zastupljenog u arbitražnoj odluci u slučaju Mafezini i novijeg, restriktivnog pristupa primenjenog u arbitražnoj odluci u slučaju Ičkale.

Peta sekcija obuhvata dva rada iz oblasti ekonomije i finansija. Rad *Makroekonomija i politička zloupotreba: interpretiranje ekonomske politike* autorke prof. dr Aleksandre Praščević posvećen je analizi uticaja političke zloupotrebe ekonomske politike na makroekonomske rezultate, kao i razvijenim makroekonomskim modelima koji ovaj uticaj istražuju. U radu je prikazan i razvoj savremene makroekonomije, uporedo sa ključnim promenama u načinu kreiranja ekonomske politike. Prof. dr Đorđe Đukić u radu *Reforma ključnih kamatnih stopa na tržištu novca i neke implikacije za tržišta kredita* bavi se pitanjem reforme ključnih kamatnih stopa na tržištu novca koja je u toku, zaključujući da poslednje analize pozicije davalaca kredita i korisnika kredita pokazuju da je EURIBOR reformisan na zadovoljavajući način.

* * *

Redakcija izražava nadu da će i ovo, peto po redu, izdanje *Revije Kopaoničke škole prirodnog prava* ispuniti očekivanja naših čitalaca i upućuje zahvalnost autorima koji su za nju pisali.

Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić
Glavni i odgovorni urednik

PRVA SEKCIJA

MEĐUNARODNI PRIVREDNI UGOVORI

PREDRAG N. CVETKOVIĆ

BLOKČEJN KAO METOD REŠAVANJA HOLD-UP PROBLEMA

Problem ograničenja izbora (hold-up problem) vid je oportunog ponašanja ugovornih partnera. Nastaje kada se optimalni obim i struktura transakcija ne mogu sa sigurnošću definisati ex ante. Posledica hold up problema je da, nakon što je zasnovan ugovorni odnos, jedna od ugovornih strana traži modifikaciju distribucije koristi na način da ima viši nivo dobiti od ugovora nego što je to opravdano ulaganjima koja je učinila. U radu se ispituje potencijal blokčejn koncepta da, primenjen kao okvir „pametnih“ ugovora, doprinese eliminaciji ili smanjenju mogućnosti za nastanak hold-up situacije. Blokčejn koncept svojim karakteristikama (transparentnost, zaštita integriteta podataka, deljivost) realizuje navedeni potencijal na tri načina: zasvedočavanjem transakcije putem blokčejna; osiguravanjem izvršenja (blokčejnom zasvedočene) transakcije; verifikacijom transakcija kroz decentralizovani sistem kojim se substituiše verifikacija od strane trećih subjekata (sudova ili arbitraža). Time se institut poverenja u klasičnom („analognom“) pravnom odnosu supstituiše korišćenjem blokčejn koncepta za skladištenje i upravljanje informacijama.

Ključne reči: hold-up problem, blokčejn, pametni ugovori, nekompletni sporazumi

POJAM HOLD UP PROBLEMA/PROBLEMA OGRANIČENJA IZBORA

U trajanju ugovora postoji interval kada je jedna strana u „milosti“ druge: na primer, ugovorna strana A je naručila mašine od ugovorne strane B koje ugovorna

Prof. dr Predrag N. Cvetković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: pepi@prafak.ni.ac.rs. Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema ugovoru evidencioni broj 451-03-68/2021-14/200120.

strana A hoće da stavi u pogon u tačno određeni dan kako bi ispunila obaveze prema svojim klijentima (pri čemu neispunjenje navedene obaveze aktivira odgovornost ugovorne strane A). Kako se dan isporuke približava, ugovorna strana B (budući u znanju privatne informacije o ugovoru ugovarača A sa klijentima, te vrednosti koju ima za njega) ima motiv da zahteva višu cenu od ugovorene. Ugovorna strana A može da odbije pregovore i da se pouzda u uspeh (u ishodu često nepredvidivog i potencijalno skupog) sudskog ili arbitražnog procesa koji pokreće radi zaštite svojih ugovorom definisanih prava. Ugovorna strana A je u poziciji da ima ograničen izbor postupanja: na raspolaganju joj je pravni postupak koji je potencijalno neefikasan s aspekta zaštite njenih interesa. Stoga joj ostaje samo mogućnost da pristane na nove „uslove“ koje joj nameće ugovorna strana B. Strana A je u situaciji koja se naziva *hold-up* (dalje: problem ograničenja izbora).

Problem ograničenja izbora/*hold-up* problem vid je oportunog ponašanja ugovornih partnera. On nastaje kada se optimalni obim i struktura transakcija ne mogu definisati sa sigurnošću *ex ante*.¹ Problem ograničenja izbora je situacija u kojoj, nakon što su strane zasnovale ugovorni odnos, jedan od ugovarača traži modifikaciju distribucije koristi na način da ima viši nivo dobiti od ugovora nego što je to opravdano ulaganjima koja je učinio.

Problem ograničenja izbora ima značajne posledice za ugovorni odnos.

Prvo, *hold up* dovodi do rasta troškova ugovaranja: ugovarači u cilju izbegavanja problema ograničenja izbora preduzimaju radnje usmerene ka otklanjanju rizika oportunog ponašanja druge strane. Ove radnje imaju svoje troškove: ovi troškovi nisu zasnovani na tržišnim kriterijumima čime se narušava optimalna tržišna alokacija resursa.²

Potom, *hold-up* narušava načelo pravne sigurnosti: strana koja je uzrokovala *hold-up* situaciju u poziciji je da bude fleksibilna prema svojim interesima na račun nefleksibilnosti položaja drugog ugovarača koji nije u poziciji da bira alternativnog ugovarača (u položaju je ograničenja izbora) bilo zbog previsokih

¹ Paradigma *hold up* problema je slučaj iz 20-tih godina prošlog veka. Kompanija za proizvodnju auto delova (*Fisher Body*) jedina je isporučivala auto-delove prema specifikacijama *General Motors*-a. Nakon izvesnog vremena došlo je do značajnog porasta potražnje komponenti. Proizvođač auto-delova je koristio nepredviđenu situaciju da poveća cenu za dodatne količine delova. Ovo je vodilo tome da *General Motors* preuzme *Fisher Body* 1926. godine. Više, William P. Rogerson, „Contractual Solutions to the Hold-Up Problem“, *The Review of Economic Studies*, Vol. 59, No. 4, 1992, 777-793.

² V. Ian Ayres, Robert Gertner, „Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules“, *Yale Law Journal*, Vol. 101, 1992, 734.

troškova tog izbora, bilo zbog nemogućnosti da se potencijalni novi partner efektivno supstituiše u poziciju prethodnog.³

U konačnom, problem ograničenja izbora vodi do redukcije delovanja tržišnih zakonitosti u pribavljanju najpovoljnijeg partnera sa posledicom da se transakcije realizuju uz niži stepen efikasnosti.

POJAM I KARAKTERISTIKE BLOKČEJN KONCEPTA

Blokčejn (eng. *Blockchain*) složenica je reči *Block* (blok) i *Chain* (lanac). Radi se o konceptu zasnovanom na korišćenju kriptografski zaštićenog lanca transakcijskih blokova. Informacije o transakcijama se unose u format digitalnih blokova, a blokovi se vezuju u lanac. Blokovi se vezuju kriptografski, kroz Heš (eng. *Hash*) funkciju: sadržaj bloka ne može da se promeni a da se ne izmeni sadržaj svih drugih blokova koji mu prethode. Dakle, blokčejn je datoteka koja informacije skladišti u blokove. Svaki je blok vezan za sledeći blok korišćenjem kriptografske signature. Ovo omogućava da blokčejnovi budu korišćeni kao delovodna knjiga koja može da se deli (eng. *share*) i potvrđuje od strane svakog sa odgovarajućom dozvolom da to čini. Koncept verifikacije digitalnih podataka praćenjem kroz blokove identičan je delovnoj knjizi: blokovi funkcionišu kao knjigovodstveni ulošci digitalnog

³ Ovo je čest slučaj kod ugovora o projektno-specifičnim investicijama kod kojih je ugovarač koji je aktivirao *hold-up* situaciju u posedu znanja koja je teško ili nemoguće pribaviti na tržištu a važna su za drugog ugovarača. Na primer, kod ugovora o JPP-u izgrađeni objekti nemaju alternativnu upotrebnu vrednost; uz to, jedan od ugovarača može da ima znanje o postojećoj infrastrukturi, dinamici ponude i potražnje usluge od javnog interesa i slično. Ove okolnosti su vidljive, ali nisu verifikabilne u smislu da ih može ustanoviti treća strana (najčešće sud ili arbitraža (više, *infra* u delu „Blokčejn kao verifikator informacija sadržanih u ugovoru“). *Hold-up* situacija teoretski se može javiti kod svih ugovora. Češća je kod tzv. nekompletnih sporazuma. Izvesno je da određeni stepen nekompletnosti postoji kod svih ugovora: tako da se sa pravom može zaključiti je da su svi ugovori nekompletni. Razlika između nekompletnih ugovora i ostalih sporazuma je u intenzitetu te nekompletnosti. Kod nekompletnih sporazuma praznine u ugovoru tiču se važnih, čak i ključnih elemenata (pri čemu strane pristaju na opisane praznine i ulaze u ugovorni odnos zbog očekivane vrednosti koju dobijaju izvršenjem tog ugovora – na primer, ugovori o izgradnji infrastrukturnih objekata); u drugim ugovornim odnosima stepen nekompletnosti je niži i tiče se marginalnih ugovornih elemenata koji se mogu popuniti pretpostavljenim pravilima ili mehanizmima interpretacije (npr. cena ili mesto isporuke kod ugovora o prodaji). Strane ovih ugovora kod kojih je stepen nekompletnosti niži u poziciji su da *ex ante* definišu uslove transakcije. Karakteristike transakcije i obaveze svake strane elaborirane su do mere da su posledice izvršenja ili neizvršenja ugovornih obaveza predvidljive u momentu zaključenja ugovora: stoga je moguća *ex post* verifikacija stepena (ne)ispunjenja tih obaveza. Više, Predrag N. Cvetković, *Pravo javno-privatnih partnerstava*, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, Niš, 2015, 183.

delovodnika. Blokčejn omogućava skladištenje i deljenje informacija kroz blokove u *peer-to-peer* mreži (mreži kroz koju učesnici komuniciraju bez posrednika). Identične kopije blokova (koji su funkcionalno knjigovodstveni ulošci) zajednički verifikuju članovi mreže. Verifikovana informacija je sadržana u blokovima koji su dodati u hronološkom lancu postojećih i odobrenih blokova korišćenjem kriptografske signature. Svaki novi blok ima vremenski pečat koji korespondira unosu novih informacija (podataka): takav novi blok sadrži informacije o prethodnom bloku tako da svaki pokušaj izmene jednog bloka zahteva izmenu svakog ranije evidentiranog bloka (koji i sam sadrži podatke o blokovima koji su mu prethodili). Suštinski, svaki blok ima učitane podatke o svim prethodnim blokovima (transakcijama) unutar jednog blokčejna.

Blok se sastoji od naslova i podataka o transakciji.

Naslov sadrži: reference na prethodni blok u lancu (Heš), to jest kratku kombinaciju slova vezanih za određeni skup podataka; vremenski pečat koji indicira vreme unošenja bloka u „lanac“ blokova i „Merkleovo stablo“ koje postavlja sve transakcije koje su uključene u blok.⁴

Značaj tehnologije blokčejna je što osigurava autentičnost digitalnih podataka: poverenje u klasičnom pravnom odnosu zamenjeno je verifikacijom kroz podatke u blokovima na gore navedeni način.⁵

⁴ U kriptografiji Merkleovo stablo označava mrežnu strukturu u kojoj je svaki eksterni korisnik (koji se naziva „node“ ili čvorište, a koji sam nije „grana“ i ne potiče iz nekog drugog čvorišta) obeležen hešom, dok je svako drugo čvorište koji se dalje grana označeno hešom koji označava sve grane koje proističu iz tog drugog čvorišta. Heš grane omogućavaju efikasnu i sigurnu verifikaciju sadržine širih datoteka. Koncept Hešovog stabla nazvan je prema Ralfu Merkleu koji ga je patentirao 1979. godine. Više, Predrag Cvetkovic, „Liability in the context of blockchain-smart contract nexus: Introductory considerations“, *Collection Papers Faculty of Law Niš*, No. 89, Niš, 2020, 85.

⁵ Blokčejn koncept potpada pod širi pojam „Distribuirane javne knjige“ (eng. *Distributed Ledger Technology – DLT*). Ovaj termin prvi je put upotrebljen u Izveštaju koji je izradila ekspertska grupa za potrebe Vlade Ujedinjenog Kraljevstva („Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser“, 2016, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf, 15. 01. 2020). DLT se definiše kao baza podataka koja se prostire na više različitih lokacija, zemalja ili institucija, i tipično je javna. Podaci se skladište jedan nakon drugog u kontinuiranim delovodnicima: novi podatak se dodaje onda kada učesnici postignu saglasnost o tome. DLT tehnologija povezana je sa savremenim značenjima termina „dokument“. Pri tome se polazi od sledećeg: metod i sigurnost verifikacije informacije značajniji su od formalnih karakteristika dokumenta koji informaciju sadrži. Pristup informaciji i sprečavanje njene promene (zaštita „integriteta“ informacije) važniji su nego sam dokument. Suština dokumenta je da je: sadržina informacije koju sadrži stalna i stabilna; moguće kopirati ili

Blokčejn koncept je transparentan i omogućava efikasnu (brzu i jeftinu) transmisiju informacija u informatičkim mrežama.⁶

Primena blokčejna: primer „pametnih“ ugovora

Blokčejn i pametni ugovori su dve različite tehnologije koje su uzajamno blisko povezane. Pametni ugovori (eng. *Smart Contracts*) konstituišu sledeću fazu razvoja primene blokčejna: ova je faza bazirana na kriptografskom procesu koji omogućava izvršenje ugovora nakon što su zadovoljene pretpostavke sadržane u programskom kodu.

Pametni ugovori su kompjuterski programi zasnovani na blokčejnu koji autentifikuju i implementiraju norme ugovora transformisanog u programski kod.

Pametni ugovor automatski realizuje obligaciju, u skladu sa onim što su strane definisale sporazumom. Jednom kada se programski kod pametnog ugovora unese u blokčejn, jedini način na koji se može odvijati izvršenje programa (koji je „prevod“ ugovora u tradicionalnom smislu) je prema tako učitanom kodu.

Glavni cilj primene blokčejna u kontekstu pametnih ugovora je da se ugovorni odnos učini efikasnijim i ekonomski isplativijim, sa manje mogućnosti za greške, odlaganja ili sporove.

Autor kanonske definicije pametnog ugovora je Nik Sabo. On opredeljuje pametni ugovor kao kompjuterski protokol (program) za realizaciju transakcije u skladu sa uslovima ugovora. Osnovni cilj pametnih ugovora je da se: obezbedi izvršenje odredbi ugovora (kao što su uslovi plaćanja, obezbeđenja, poverljivost, izvršenje); minimalizuje potreba za „časnim“ – nepristrasnim posrednicima. Ostali ekonomski ciljevi koji se imaju ostvariti pametnim ugovorom uključuju smanjenje gubitaka zbog prevare, troškove rešavanja sporova i izvršenja, kao i druge transakcione troškove.⁷

transferisati informaciju na drugi medijum (ili računar u mreži u kontekstu blokčejn tehnologije) tako da ostane nepromenjena. Kod DLT tehnologije verifikacija informacije nastupa automatski kroz informacioni sistem baziran na kriptografiji i zaštiti podataka. Ta informacija je odobrena nakon verifikacije od strane participanata u mreži (čvorova, odnosno učesnika koji stoje iza računara koji čine mrežu) ovlašćenih za tu verifikaciju.

⁶ Blokčejn će za transakcije biti ono što je internet za komunikaciju: ono što je započelo kao sredstvo podele informacija ima potencijal da transformiše čitave industrije. Više o blokčejnu i pravnim pitanjima njegovog funkcionisanja i razvoja, Predrag Cvetković, „Blokčejn kao pravni fenomen: uvodna razmatranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 87, Niš, 2020, 127-144;

⁷ Nick Szabo, „Building Blocks for Digital Markets“, 1996 http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_

Bazična ideja pametnog ugovora je da mnoge ugovorne klauzule (kao što su obezbeđenja, avans, specifikacija ovlašćenja itd.) mogu da se učitaju u formi koda na način koji obezbeđuje da cena kršenja ugovora za prekršioca bude visoka do mere da to kršenje čini malo verovatnim.

Aparati za samoposluživanje (eng. *vending machines*) su ilustracija funkcionisanja pametnog ugovora: oni su kompjuterizovani čime izbegavaju interakciju i učešće treće strane (posrednika); programirani su da kada se ispune određeni uslovi (kada je novac ubačen u mašinu) proizvod bude isporučen bez potrebe za ljudskom intervencijom.

Doktrina je, svakako, prepoznala značaj pametnih ugovora: prisutni su pokušaji apstrahovanja njegovih ključnih elemenata.

Prvo, pametni ugovori nastaju programiranjem uz korišćenje otvorenog izvornog koda.⁸ Njihova standardizacija i izvršenje su gotovo bez izdataka čime se smanjuju transakcioni troškovi ugovaranja.

Drugo, sužava se prostor za dvosmislene ili nejasne interpretacije, čime se uvećava efikasnost izvršenja ugovora. Kada se ugovarači slože o sadržini klauzula, programski kod pametnog ugovora izvršava te klauzule bez mogućnosti kršenja ugovora.

Treće, pametni ugovori su dizajnirani da funkcionišu bez posrednika (u decentralizovanom formatu).

Doktrina prepoznaje još jednu osobinu pametnih ugovora: samoizvršivost. Pametan ugovor je svaki samoizvršivi program distributivnog delovodnika, a posebno u blokčejn tehnologiji, koji ima za cilj da osigura da strane implementiraju i izvršavaju automatizovane transakcije. Izvršenje može da bude zasnovano podacima iz programa ili da bude rezultat podataka prikupljenih iz okruženja u kome se transakcija realizuje.⁹

Pametni ugovori, kao samoimplementirajući i samoizvršivi kompjuterski programi zasnovani na programskom algoritmu razlikuju se od tradicionalnih

contracts_2.html, 01.04.2020. U već navedenom u Izveštaju koji je izradila ekspertska grupa za potrebe Vlade Ujedinjenog Kraljevstva, primenjuje se pristup koji zastupa Sabo. Pametni ugovori su definisani kao ugovori čije su odredbe skladištene u kompjuterskom jeziku umesto u pravnom formatu. Pametni ugovori automatski se izvršavaju kroz računarsku mrežu uz korišćenje distribuiranog delovodnika u formi blokčejna. Potencijalna korist od pametnih ugovora uključuje male troškove ugovaranja, sprovođenja i kontrole izvršenja.

⁸ Otvoreni izvorni kod je slobodno dostupan korisnicima: bilo ko može da preuzme izvorni kod, da ga modifikuje i da distribuiira njegovu modifikovanu verziju u neograničenom broju kopija. Ne postoje novčane nadoknade za licencu ili bilo koja druga ograničenja. Detaljnija i tehnološki razrađena definicija data je na web stranici Open Source Initiative, <https://opensource.org/osd>, 14. 05. 2020.

⁹ Guido Governatori, *et al.*, „On legal contracts, imperative and declarative smart contracts, and blockchain systems“, *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 26, No. 4, 2018, 377-409.

(„analognih“) ugovora (pri čemu se ovi drugi ustanovljavaju kroz pregovore, pisane dokumente i konkludentne radnje).¹⁰ Opisani koncept pametnog ugovora integrisan sa blokčejn tehnologijom donosi jasnoću, predvidljivost, mogućnost kontrole/revizije/ i olakšava izvršenje ugovornih obaveza uz smanjenje rizika koji su povezani sa ljudskim učešćem.¹¹

Mada postoje tek od nedavno, i, kao što literatura sugeriše, u preliminarnoj su fazi razvoja, nacionalni pravni sistemi prepoznaju značaj pametnih ugovora primenjenih u sprezi sa blokčejn tehnologijom.¹² Ključno pitanje za uspeh blokčejn tehnologije u ovom kontekstu je da li je moguće ostvariti održivi balans između pravnog i tehnološkog pogleda na transakciju. Analiza pametnih ugovora indicira da u pravnom smislu, oni nisu u toj meri revolucionarni kao što bi to neki želeli da vide. Odgovarajuća interpretacija ostavlja ih unutar postojećeg doktrinarnog okvira ugovornog prava: u ovom trenutku se ne zahteva uvođenje novih revolucionarnih koncepcija poput autonomnog sajberspejs prava ili koncepcija sa karakterom *lex electronica*. Pravni efekat pametnih ugovora ne može da se ospori niti da se njihova validnost *a priori* negira samo zbog toga što imaju „pametne instrukcije“ ili što je saglasnost strana izražena na način koji nije tradicionalan u smislu ugovornog prava. Stoga definicija pametnih ugovora ne funkcioniše samo u teoretskim ili doktrinarnim razmatranjima o njihovoj suštini.

ULOGA BLOKČEJNA U SPREČAVANJU NASTANKA HOLD-UP SITUACIJE

Pametnan ugovor realizuje se kroz izvršavanje algoritma u okviru blokčejn koncepta i uz obezbeđenje decentralizovanog konsenzusa. Uzimajući u obzir napred

¹⁰ Kristian Lauslahti, Juri Mattila, Timo Seppälä, „Smart Contracts – How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?“, *ETLA Reports*, No. 68, 2017, <https://pub.etla.fi/ETLA-Raportit-Reports-68.pdf>, 13. April 2019.

¹¹ Više o konkretnim primerima primene pametnih ugovora, Predrag Cvetković, „Pravni aspekti primene blokčejna: primer pametnih ugovora“, *Pravna riječ*, Banja Luka, 2020, 83-88.

¹² Relativno skorašnja evropska regulativa uključuje definicije pametnih ugovora, kao što su dva propisa Republike Malte o regulisanju blokčejna: *Malta Digital Innovation Authority Act C901* i *Virtual Financial Asset Act C778*. Oba uključuju identičnu definiciju pametnih ugovora: ovi ugovori su forma inovativne tehnologije koji se sastoje od: a) kompjuterskog protokola i b) sporazuma koji je zaključen u celini ili delom u elektronskoj formi koji je automatizovan i izvršiv putem izvršenja programskog koda, mada neki od delova mogu da zahtevaju ljudski doprinos (eng. *Input*) i kontrolu i mogu da budu izvršivi klasičnim pravnim metodom ili korišćenjem obe metode. Gore navedena definicija zakonodavstva Republike Malte adekvatno reflektuje suštinu pametnog ugovora i može da se smatra modelom. Više, P. Cvetković (2020.), op. cit., 142-143.

navedeno, jasno je da su ovi ugovori mogući ukoliko su svi ključni elementi poznati stranama u vreme njihovog pisanja. Samoizvršivost ugovora pretpostavljala bi da su ugovaračima sve okolnosti od značaja za ugovorni odnos bile poznate *ex ante*, te da su ih kao takve unele kako u ugovor, tako i u programski kod kojim se obezbeđuje izvršenje tog ugovora. Ovo najčešće neće biti moguće. Već je rečeno: ugovori su inherentno nekompletni. Razlika leži isključivo u intenzitetu te nekompletnosti. Ugovori koji su jednostavniji (i time potpuniji), pogodni su za translato vanje iz teksta u programski kod.

Uloga blokčejn tehnologije je da komplementira ugovornu informaciju time što ustanovljava mehanizam rešavanja pitanja koje nekompletnost sporazuma generiše. Time umanjuje i verovatnoću nastupanja situacije ograničenja izbora (*hold-up* situacije). Tri su osnovna modaliteta delovanja blokčejn koncepta u gore navedenom smislu: zasvedočavanje transakcije putem blokčejna; za obezbeđenje izvršenja (blokčejnom zasvedočene) transakcije; za verifikaciju transakcija kroz decentralizovani sistem kojim se substituiše verifikacija od strane trećih subjekata (sudovi ili arbitraže).

Zasvedočavanje

Ključna funkcija blokčejna je da se izjave ugovarača o preuzimanju obaveza zasvedoče na pouzdan i jasan način. Blokčejn funkcioniše slično kao i svedok. Ova tvrdnja ilustruje se sledećim primerom.

Ugovorna strana A i ugovorna strana B saglase se da ugovarač A izda apartman ugovaraču B za 100 € mesečno. Ovaj se ugovor može razložiti na dve izjave: izjavu A da će dati B pristup apartmanu i izjavu ugovarača B da će platiti A određenju mesečnu sumu zakupa. Preovlađujuća („analogna“) paradigma ugovornog prava je da pisani ugovor služi kao dokaz trećoj strani da su strane dale izjave koje su zasvedočene. Alternativa pisanom dokumentu je svedočenje neutralne treće strane: ona kredibilno svedoči trećim licima da ugovarač B ima apartman koji izdaje, a da ugovarač A pristaje da plati (što vodi pretpostavci i da raspoláže) 100 €. U slučaju spora, treći subjekt (sud ili arbitraža) rešava spor koristeći izjavu svedoka kao dokaz. U kontekstu blokčejn tehnologije, analogna paradigma dobija svoj digitalni izraz: algoritam, uzimajući izjave ugovarača A i B kao reference, definiše Heš koji na obe izjave upućuje kao na prethodne blokove u lancu.¹³ Ovaj Heš je novi blok informacije koji „svedoči“ da su izjave A i B zaista date. Ulazna vrednost

¹³ O Heš-u i načinu kako se do njega dolazi v. izlaganje *supra* u delu „Pojam i karakteristike blokčejn koncepta“.

za algoritam koji izračunava Heš funkciju jesu izjave („transakcije“); izlazna vrednost je Heš koji validira ove izjave i dokaz je da su tačne.¹⁴ Novi Heš dodaje se na prethodno zasvedočene transakcije i nastavlja blokčejn.

Obezbeđenje izvršenja blokčejnom zasvedočene transakcije

Pametni ugovor u formi blokčejna eliminiše rizik neizvršenja. Ova tvrdnja ilustruje se korišćenjem metodološkog okvira datog u prethodnom izlaganju.

Ukoliko ugovarač B mora da plati zakup od 100 € mesečno kroz automatski transfer sredstava sa računa B na račun A kao zakupodavca, postoji rizik da B u vreme dospelosti obaveze plaćanja zakupa nema na računov dovoljno novca. Pametan ugovor može da rezerviše sredstva na računov B. Uz to, pametan ugovor može da smanji rizik neizvršenja tako što će algoritam da obradi činjenice od kojih to izvršenje zavisi: pouzdanost prihoda, dinamika priliva na račun B i slično. U opisanom primeru, ugovarač B može da bude na odmoru ili otpušten u kom slučaju nema sredstava koja bi mogla da se rezervišu. Pametni ugovor ovo pitanje može da reši time što će u lancu informacija sadržanih u blokčejnu zasvedočiti informaciju o ugovoru o radu ugovarača B i njegovog poslodavca. Time unosi pouzdanje u prihod koji ima B (a samim tim i pouzdanje u plaćanje zakupa koji B duguje A). Ekonomska posledica ove činjenice je da bi ugovarač A mogao da se oslobodi plaćanja premije za osiguranje od neispunjenja ugovora od strane B, čime bi uticao na smanjenje zakupa (bio bi manji od 100 €), što bi preostala sredstva oslobodilo za plasiranje u druge tokove; moguće je da to smanjenje ide na korist poslodavcu tako što bi zasvedočavanje svoje transakcije „naplatio“ smanjenjem prihoda B za sumu za koju je smanjen iznos zakupa.

Ukoliko ugovor poslodavca i B prestane da važi i B ostane bez prihoda, pametni ugovor bi mogao da algoritmom obezbedi da u tom slučaju prestaje ugovor o zakupu koji su zaključili B kao zakupac i A kao zakupodavac. Ugovarač A može da se obezbedi da iznos zakupa za određeni period bude obezbeđenje koje se u ovoj situaciji aktivira (što takođe može da bude predmet uređivanja putem pametnog ugovora). Dodatna korist od pametnog ugovora u formi blokčejna jeste što eliminiše štetne posledice različitih pregovaračkih strategija: kontrola protoka novca i izvršenja obaveza bazirana je na vidljivim, merljivim i verifikabilnim parametrima što pregovaranje čini suvišnim ili ga pojednostavljuje.

¹⁴ O načinu obezbeđenja integriteta informacije sadržane u blokčejnu v. *supra* u napomeni 5.

Blokčejn kao verifikator informacija sadržanih u ugovoru

Jedan od načina na koji blokčejn koncept kao okvir pametnih ugovora rešava je što se osigurava autentičnost digitalnih podataka: poverenje u klasičnom („analognom“) pravnom odnosu zamenjeno je verifikacijom kroz podatke u blokčejnu.

Kod svakog ugovora uslovi transakcije, prava, obaveze i odgovornost ugovornih strana elaborirani su do mere predvidljivosti posledica izvršenja ili neizvršenja ugovornih obaveza u momentu zaključenja ugovora: ugovorne odredbe omogućavaju *ex post* verifikaciju stepena (ne)ispunjenja obaveza u tim odredbama sadržanih. Verifikaciju vrše sudovi ili arbitraže kao nezavisni treći subjekti. *Hold-up*, s druge strane, zasnovan je na okolnostima koje nisu podložne verifikaciji.¹⁵ Pametni ugovor, koristeći prednosti blokčejn koncepta, ima potencijal da algoritmom obezbedi da okolnosti na kojima se zasniva ugovor budu verifikovane. Pametan ugovor trebalo bi da obezbedi da informacije koje su vidljive ugovaračima budu i verifikovane. Pametni (kao i tradicionalni) ugovor trebalo bi da obezbedi algoritam koji izvršenje ugovora dozvoljava samo ukoliko su strane dale određene privatne informacije. Na taj način pametni ugovor u formi blokčejna funkcionise kao okvir za obezbeđenje separatnog ekvilibrijuma u kontekstu sagledavanja pametnog ugovora u kontekstu teorije igara.¹⁶

¹⁵ U ekonomskim teorijama ugovora (npr. teorija relacionih ugovora) ovaj proces definisanja činjenica na način koji ih čini verifikabilnim od strane suda naziva se prezentijacija. Prezentijacija (eng. *presentation*, proces uvođenja u sadašnjost; stavljanje budućih događaja u sadašnje okvire) je proces planiranja budućih događaja i ponašanja ugovarača iz perspektive trenutka zaključenja ugovora. Ideja prezentijacije jeste da ugovorni sporazum mora da bude kompletan na način koji rešava otvorena pitanja sadržine i realizacije ugovora koja se u budućnosti mogu javiti. Prezentijacija podrazumeva da je razmena prestacija koja se ugovorom definiše u potpunosti usaglašena i planirana. Prezentijacija izostaje ne samo zbog nemogućnosti da se unapred definišu sve okolnosti ugovora: nekada je to moguće, ali je ekonomski i logistički zahtevno na način koji prezentijaciju čini malo verovatnom, čak i besmislenom. Na primer, ugovor o javno-privatnom partnerstvu koji za predmet ima eksploataciju prirodnih bogatstava može proces prezentijacije primeniti i na pitanje ekonomske isplativosti takve eksploatacije. Prezentijacija budućeg pitanja ekonomske opravdanosti manifestovala bi se kroz ugovaranje osiguranja za slučaj da eksploatacija nije ekonomski održiva. Premija takvog osiguranja bila bi finansijski zahtevna (pod uslovom da se nađe osiguravač koji želi da osigura takvu investiciju) na način koji dovodi u sumnju isplativost samog projekta. Više, P. N. Cvetković (2015), op. cit., 143.

¹⁶ Separirajući ekvilibrijum (eng. *Separatng equilibrium*) je pojam teorije igara. On označava situaciju u kojoj „igrači“ usvajaju različite strategije i time dopuštaju neinformisanom igraču da na osnovu tako usvojenih strategija izvodi zaključke o karakteru „igrača“ koji su prihvatili određenu strategiju. U kontekstu ugovornog prava, separatni ekvilibrijum se manifestuje kroz ugovorne odredbe kojim se od druge strane traži određeno ponašanje. Takvo ponašanje u kontekstu teorije igara ima funkciju „signala“ o karakteristikama i preferencama te strane. Ukoliko su obaveze strana koje omogućavaju delovanje separatnog ekvilibrijuma podobne za translatovanje u programski kod,

Pametnan ugovor kao mehanizam verifikacije ima potencijal kod delatnosti koje funkcionišu u standardizovanim procedurama i uz korišćenje merljivih parametara (delatnosti u finansijskom sektoru ili u oblasti osiguranja). Kada se radi o ugovorima koji fleksibilnost ostvaruju u pravnim standardima (standard razumnog lica, postupanje u skladu sa načelom „najboljih napora“) u ovom trenutku njihovo transponovanje u kod nije moguće: razlog tome je što algoritam blokčejna sadrži preciznu i *ex ante* definisanu logiku izvršenja. Navedena metodologija, na sadašnjem nivou razvoja veštačke inteligencije, nije primenljiva na pravne standarde.

Pametni ugovori adekvatno uređeni primenom blokčejn koncepta imaju jasnu ekonomsku vrednost. Vrednost zasvedočenih transakcija raste sa njihovim brojem: nova transakcija koja postaje deo blokčejna uvećava vrednost prethodnih koje su zasvedočene u istom lancu. Vrednost zasvedočavanja dve transakcije ima veću vrednost nego što je to zasvedočavanje jedne transakcije. Generisanje ove vrednosti ilustruje se korišćenjem postavki iz prethodno analiziranog primera.

Ugovarač A izdaje ugovaraču B apartman za 100 €. Dinamika odnosa može da bude da subjekt C želi da zakupi apartman od B. Ukoliko subjekat C ima sigurnost u činjenici da je subjekat A izdao apartman subjektu B, subjekat C ima više puzdanja da B ima pravo na apartman koji C traži. Ova korist koju C ima od opserviranja i puzdanja u transakciju A i B znači da zasvedočavanje te transakcije ima ekonomsku vrednost: zasvedočavanjem se transakcija A i B validira kao informacija i koristi se u daljem prometu. Moguće je zamisliti da subjekat D želi da iznajmi apartman od subjekta C. U tom slučaju subjekat D ima korist od obe zasvedočene transakcije: prve (između A i B) i druge (između B i C).

Blokčejn omogućava da C ima korist od zasvedočavanja transakcije A i B u smislu puzdanja, pri čemu nema nikakvih dodatnih troškova. Koncept blokčejna omogućava da se zasvedočavanje (validiranje) prethodnih transakcija učini javnim, a niz prenosa prava korišćenja učini transparentnim. Blokčejn kao distributivna knjiga sadrži podatke o svim povezanim transakcijama i validira ih koristeći algoritam.¹⁷

pametni ugovor može da ih definiše kao deo blokčejn lanca. Očiglednu pogodnost za prezentaciju formi blokčejna imaju računovodstvene informacije koje odražavaju ekonomsko stanje ugovarača (ove informacije imaju karakter „signala“ o strategiji igrača na koga se informacije odnose). Algoritam može da poveže računovodstvene sisteme sa pametnim ugovorima čime ti podaci postaju deo lanca informacija koji je deljiv sa drugim učesnicima u blokčejn lancu (drugi ugovarači, kreditori i slično). Više o teoriji igara i o primerima separatnog ekvilibrijuma u kontekstu ugovornog prava, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, Randal C. Picker, *Game theory and the law*, Harvard University Press, 1998, 138, 141, 146-47.

¹⁷ O mehanizmu funkcionisanja blokčejna v. *supra* u delu rada „Pojam i karakteristike blokčejn koncepta“.

ZAKLJUČAK

Pitanje uloge i značaja blokčejna kao metoda za rešavanje *hold-up* problema nedeljivo je od stepena primenljivosti blokčejn tehnologije u kontekstu kreiranja pametnih ugovora. Potonji u ovom trenutku ne mogu da rešavaju komercijalno kompleksne scenarije. U ovom trenutku struktura primene navedenih tehnologija polazi od sledećeg: cilj algoritmiranog ugovora je da obezbedi da se programiranjem automatizuje izvršenje ugovorom predviđenih obaveza. Pametni ugovor ne služi kao materijal za analizu i/ili interpretaciju ugovornih odredbi: njime se automatizuje izvršenje određenih zadataka sadržanih u ugovornim obavezama (plaćanje, isporuka, slanje obaveštenja o prijemu i td.). Instrukcije programerima moraju da budu precizne i nedvosmislene. Automatizacija izvršenja praćena je garancijom da će izvršenje u pitanju biti učinjeno upravo kako je ugovorom usaglašeno. Perfektno izvršenje eliminiše mogućnost kršenja ugovora i stoga se u obavezu izvršavanja programskog koda stapa i pitanje ispunjenja ugovora: samim postankom koda ono što bi trebalo da bude ispunjene ugovora već je izvršeno s obzirom na nepromenljivost programskog koda i njegovu zatvorenost za intervenciju posrednika.

U kontekstu rešavanja *hold-up* problema, značaj tehnologije blokčejna je što osigurava autentičnost digitalnih podataka na kojima se zasniva pametni ugovor: poverenje u klasičnom pravnom odnosu zamenjeno je verifikacijom kroz podatke u blokovima informacija. Primena blokčejn tehnologije *de lege lata* potencijalno je moguća kod turističkih ugovora, ugovora u gejming i muzičkoj industriji, ugovora o distribuciji robe i slično. Da bi supstitucija poverenja verifikacijom podataka korišćenjem programskih algoritama bila moguća i kod složenih ugovora, potrebna su dva paralelna razvoja: tehnološki i institucionalni.

U tehnološkom kontekstu, neophodno je postojanje pouzdane tehnologije koja omogućava da programski kod bude funkcionalna zamena za poverenje: zamena koja bi oportunitizam ugovarača (zasnovan na: korišćenju pravnih praznina u ugovoru; upotrebi pravnih standarda; kreiranju svesno dvosmislenih formulacija u cilju obezbeđenja fleksibilnosti funkcionisanja ugovornih odredbi u inherentno promenljivom okruženju) prevela u sekvence obaveza ugovarača na određeno postupanje (sekvence podobne za algoritmiranje i transfer u programski kod). Takva tehnologija je npr. „mašinsko učenje“: radi se o primeni veštačke inteligencije koja deli podatke na sekvence, „uči“ iz njih i na osnovu tog „učenja“ donosi određene odluke.

U institucionalnom kontekstu, pravo mora da uvaži činjenicu da digitalizacija više nije samo fragment društvene stvarnosti koji ima interakciju sa pravnim normama: digitalizacija je postala opšti društveni okvir (veštačka inteligencija se smatra tehnologijom opšte primene-e. *General Purpose Technology*). Kao takva, „digitalizovan“ pristup mora da postane deo institucionalne memorije pravnog diskursa

(zakonodavca, sudova, javne uprave, akademije). Kada se radi o ugovornom regulisanju, posledica funkcionisanja prava u digitalizovanom okviru je sledeća: ugovor (kao potencijalno prva stepenica u procesu ujednačavanja norme i programskog koda) morao bi da uvažava realnost upliva tehnologije u nastanak, funkcionisanje i kontrolu ugovornih odredbi. Posmatrano kroz vizuru prakse, pravnici bi trebalo da, već u fazi definisanja sadržine ugovornih odredbi, imaju kao polaznu pretpostavku visoku verovatnoću digitalizacije, algoritmiranja i kodiranja pravila sadržanih u ugovoru u nekoj od faza trajanja ugovornog odnosa (zaključenje, izvršenje, kontrola).

PREDRAG N. CVETKOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Niš

BLOCKCHAIN AS A METHOD OF RESOLVING HOLD-UP PROBLEM

Summary

The hold-up problem is a form of opportunistic behavior of contractual partners. It occurs when the optimal volume and structure of transactions cannot be defined with *ex ante* certainty. The consequence of the hold-up problem is that, once a contractual relationship has been established, one of the parties seeks to modify the distribution of benefits in such a way that it has a higher level of profit from the contract than is justified by the contractual investments it has made. The paper examines the potential of the Blockchain concept to, applied as a framework of „smart“ contracts, contribute to the elimination or reduce opportunities for the emergence of a hold-up situation. The Blockchain concept with its characteristics (transparency, protection of data integrity, shareability) deploys the foregoing potential in three ways: by witnessing the transaction via the Blockchain; ensuring the execution of a (by Blockchain certified) transaction; by verifying transactions through a decentralized system that replaces verification by third parties (courts or arbitration). Consequently, the Blockchain concept for storing and managing information substitutes the role played by the institute of trust in the classical („analog“) legal relationship.

Key words: hold-up problem, blockchain, smart contracts, incomplete agreements

Literatura

- Ayres I., Gertner R., „Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules“, *Yale Law Journal*, Vol. 101, 1992.
- Baird D. G., Gertner R. H., Picker R. C., *Game theory and the law*, Harvard University Press, 1998.
- Cvetković P., „Blokčejn kao pravni fenomen: uvodna razmatranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 87, Niš, 2020.

- Cvetković P., „Liability in the context of blockchain-smart contract nexus: Introductory considerations“, *Collection Papers Faculty of Law Niš*, No. 89, Niš, 2020.
- Cvetković P., „Pravni aspekti primene blokčejna: primer pametnih ugovora“, *Pravna riječ*, Banja Luka, 2020.
- Cvetković P., *Pravo javno-privatnih partnerstava*, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, Niš, 2015.
- Governatori G., *et al.*, „On legal contracts, imperative and declarative smart contracts, and blockchain systems“, *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 26, No. 4, 2018.
- Lauslahti K., Mattila J., Seppälä T., „Smart Contracts – How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?“ *ETLA Reports*, No. 68, 2017, <https://pub.etla.fi/ETLA-Raportit-Reports-68.pdf>.
- Rogerson W. P., „Contractual Solutions to the Hold-Up Problem“, *The Review of Economic Studies*, Vol. 59, No. 4, 1992.
- Szabo N., Building Blocks for Digital Markets, 1996 http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 03.10.2021.

Prihvaćen: 23.10.2021.

PREGLEDNI RAD

DRUGA SEKCIJA

KOMPANIJSKO PRAVO

VUK RADOVIĆ

CILJ PRIVREDNOG DRUŠTVA SA OSVRATOM NA AKTUELNU PANDEMIJU

Imaju li privredna društva jasno određen cilj? Da li je taj cilj jedinstven za sva privredna društva? Može li privredno društvo da formuliše svoj cilj i da postupa u skladu sa njim? Da li je ovo oblast u kojoj zakonodavac treba da interveniše, do koje mere i na koji način? Kakvu ulogu treba i može da ima samo privredno društvo prilikom određivanja sopstvenog cilja? Ovo su samo neka od pitanja na koja autor u ovom radu pokušava da dà odgovor, imajući u vidu brojne teorijske rasprave, kao i uporedna i domaća zakonodavna rešenja. Dilema između primene akcionarske teorije i multiinteresne (stejkholderske) teorije predstavlja jednu od najvećih kontroverzi savremenog kompanijskog prava. Aktuelna pandemija je samo dodatno apostrofirala osnovne probleme ovih teorija. Imajući u vidu da se konačni odgovori u ovoj oblasti ne mogu dati, autor sagledava domaća rešenja, kako bi dao preporuke za njihovo tumačenje.

Ključne reči: akcionar, stejkholder, akcionarsko društvo, COVID-19, Berle-Dodd debata, Fridmanova doktrina

POSTAVLJANJE PROBLEMA

Koji je cilj privrednog društva? Imaju li sva privredna društva isti cilj ili vrsta privrednog društva determiniše i neki drugačiji cilj? Ako se pođe od teze da privredna društva imaju neki cilj, onda se opravdano postavlja sledeće pitanje:

Prof. dr Vuk Radović, LL.M. (University of Pittsburgh), redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: vuk@ius.bg.ac.rs. Rad se objavljuje u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom „Epidemija. Pravo. Društvo“ za 2021. godinu.

da li taj cilj treba da bude definisan od strane zakonodavca ili treba dopustiti samim društvima da odrede sopstveni cilj? Postoji li mogućnost da društva odrede svoj cilj na drugačiji način od cilja koji je predviđen zakonom? Može li društvo da ima više ciljeva? Prilikom određivanja cilja privrednog društva, da li se treba primarno rukovoditi interesima akcionara, odnosno članova, ili treba uzimati u obzir i interese drugih nosilaca rizika poslovanja privrednog društva? Ako se prihvati potreba za uvažavanjem drugih nosilaca interesa poslovanja, onda se postavlja pitanje na koji način to učiniti. Da li interese drugih nosilaca treba samo uvažiti, uz primarno vođenje računa o interesima akcionara, odnosno članova, ili sve pomenute interese treba smatrati ravnopravnim?

Pretpostavimo da je generalnom direktoru velikog akcionarskog društva stiglo nekoliko molbi za pružanje finansijske pomoći. Jedna se odnosi na lokalni fudbalski klub, koji je na ivici stečaja, druga, na pokrivanje troškova lečenja deteta lica koje je zaposleno u društvu, treća, na pomoć u otklanjanju ekoloških problema do kojih je došlo usled izlivanja otrovnih supstanci u jezero nedaleko od sedišta društva, četvrta, na pokrivanje troškova stipendije školovanja u inostranstvo i peta, na pomoć udruženju srpskih ratnih veterana. Ima li direktor pravo da udovolji svim ovim molbama? Kojim kriterijumima on treba da se rukovodi prilikom odlučivanja o pojedinačnim zahtevima? Ako se pođe od tradicionalne teze da direktori zastupaju interese akcionara, odnosno članova i da moraju primarno da vode računa o njihovim interesima, postaje jasno da bi ovakva trošenja sredstava umanjivala profit privrednog društva, što se posledično negativno odražava na bogatstvo akcionara, odnosno članova. Međutim, da li privredno društvo može da se posmatra samo kao sredstvo za ostvarivanje interesa akcionara, odnosno članova, ili je ono nešto više od toga? U modernoj teoriji i praksi sve su zastupljenija shvatanja o višedimenzionalnim ciljevima privrednog društva. Interes članova je samo jedan interes kojim društvo treba da se rukovodi. Pored njega, postoje i drugi interesi koje društvo ne može i ne sme da zanemaruje, poput interesa zaposlenih, dobavljača, klijenata, potrošača, zaštite životne sredine, ali i javnih, opštedruštvenih interesa. Posmatrano iz ove perspektive, društvo bi moglo da udovolji većini gorepomenutih finansijskih zahteva.

U kompanijskom pravu se uvek polazi od teze da privredno društvo nije socijalna ustanova. U pravu postoje drugi subjekti koji se osnivaju radi ostvarivanja raznorodnih vanekonomskih ciljeva. Privredno društvo mora da ostane subjekt u pravu kojim se u osnovi postižu ekonomski ciljevi i interesi. U suprotnom, niko ne bi želeo da ulaže svoj kapital u poslovne poduhvate, tj. u kupovinu akcija i udela. Međutim, između privrednog društva kao isključivo ekonomske kategorije i privrednog društva koje ostvaruje dominantno socijalne ciljeve postoji širok dijapazon mogućnosti, koje

ne negiraju ekonomsku suštinu privrednih društava, ali pri tom omogućavaju na neki način uvažavanje i nekih drugih interesa, van interesa akcionara, odnosno članova.

BERLE-DODD DEBATA

Početne rasprave o cilju privrednog društva se najčešće vezuju za dva eminentna američka profesora, Adolfa Berlea (*Adolf A. Berle, Jr.*) i Merika Doda (*E. Merrick Dodd, Jr.*), koji su 30-ih godina prošlog veka svoje radove objavili u prestižnom pravnom časopisu *Harvard Law Journal*. U tim radovima, oni su oponirali jedan drugom, braneći potpuno suprotna stanovišta, a njihova intelektualna rasprava je u teoriji kompanijskog prava poznata kao *Berle-Dodd* debata (dijalog).¹

Adolf Berl se s pravom smatra jednim od najuticajnijih autora korporativnog prava. Njegova knjiga, *Moderna korporacija i privatna svojina*, koju je 1932. godine napisao zajedno sa ekonomistom Gardinerom Minsom (*Gardiner Means*), i danas se smatra nezaobilaznim štivom koje je postavilo osnove za brojne naknadne rasprave iz raznih oblasti kompanijskog prava.² Ističući značaj Adolfa Berlea, profesorka Dženifer Hil figurativno navodi da ako je nekada bila tačna konstatacija da su svi putevi vodili u Rim, tako je danas podjednako tačno da u materiji korporativnog prava svi pravci razmišljanja radijalno deriviraju od prof. Berlea.³ U ovoj knjizi, za koju se kaže da predstavlja poslednje veliko originalno naučno delo u korporativnom pravu, u smislu svoje snage da kanališe javni diskurs,⁴ Berl i Mins razvijaju tezu o razdvojenosti vlasništva od upravljanja društvom („vlasnici ne upravljaju, direktori ne poseduju“). Naime, akcionari su postali pasivni vlasnici u potpunosti izolovani od upravljanja društvom. Na taj način je vlasništvo depersonalizovano, što je u krajnjoj liniji rad skupštine akcionara svelo na ceremonijalni ritual, bez mnogo uticaja na direktore. Zbog toga se knjiga, pored analize i objašnjenja postojećeg stanja, bavi načinima prevazilaženja problema sve manjeg značaja akcionara.

Na liniji prethodno pomenutih razmišljanja, prof. Berl objavljuje članak u kome pokušava da premosti jaz koji postoji između velike snage i uticaja direktora i izrazito slabih i disperzovanih akcionara.⁵ Prva rečenica članka, ujedno i najcitiranija

¹ Više, Joseph L. Weiner, „The Berle-Dodd Dialogue on the Concept of the Corporation“, *Columbia Law Review*, br. 64, 1964, 1458-1477.

² Adolf A. Berle, Jr., Gardiner Means, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932.

³ Jennifer G. Hill, „Then and Now: Professor Berle and the Unpredictable Shareholder“, *Seattle University Law Review*, br. 33(4), 2010, 1005.

⁴ Roberta Romano, „Metapolitics and Corporate Law Reform“, *Stanford Law Review*, br. 36, 1984, 923.

⁵ Adolf A. Berle, Jr., „Corporate Powers as Powers in Trust“, *Harvard Law Journal*, br. 44, 1931, 1049-1073.

u literaturi, u celosti otkriva stav prof. Berla, a on glasi: „sva ovlašćenja data akcionarskom društvu ili upravi akcionarskog društva, ili bilo kojoj drugoj grupi unutar akcionarskog društva, bez obzira da li se izvode iz zakona ili internih akata ili oboje, nužno je da budu u svako doba vršena samo u srazmernu korist svih akcionara“. Prema tome, problem „jake uprave i slabih akcionara“ prof. Berl rešava tako što nalaže upravi da radnje preduzima u interesu akcionara. Otuda, jedini cilj privrednog društva je da stvara profit za svoje akcionare, odnosno članove. Ovim člankom je inaugurisana tzv. akcionarska teorija, koja među svim nosiocima rizika poslovanja akcionarskog društva, apsolutni primat daje akcionarima i zaštititi njihovih interesa.

Premda se akcionarska teorija vezuje za prof. Berla, treba reći da je ona nastala i razvijala se decenijama pre pomenutog članka. Uostalom, u čuvenom slučaju *Dodge v. Ford Motor Co.* iz 1919. godine,⁶ Vrhovni sud Mičigena je zauzeo sledeći stav: „poslovna korporacija je organizovana i poslove obavlja u korist akcionara. Ovlašćenja direktora treba da se koriste u te svrhe. Prilikom izbora sredstava za ostvarivanje te svrhe direktori imaju diskreciono pravo, ali ne i u pogledu promene svrhe same po sebi, u smislu smanjenja profita ili neraspodele profita među akcionarima kako bi se on iskoristio za druge svrhe“. Ovaj pristup se može nazvati tradicionalnim, te prof. Berl nije ništa novo, a ponajmanje epohalno napisao u pomenutom članku. Jedino što je on želeo je da tu ideju iznova aktualizuje i brani, jer je shvatio da drugo stanovište dobija sve veću podršku, kako od strane zakonodavaca, tako i samih akcionarskih društava.

Profesor Merik Dod se suprotstavio idejama akcionarske teorije. On polazi od teze prema kojoj je privredno društvo ekonomska institucija, koja pored funkcije sticanja profita ima i socijalnu ulogu.⁷ Pitanje koje on sebi postavlja nije da li direktori mogu na dobrovoljnoj osnovi da prihvate koncept društvene odgovornosti i da ga sprovedu u delo, već da li se ovakvi eksperimenti protiv osnovnim principima kompanijskog prava. Prof. Dod ukazuje na to da su akcionarska društva izvorno ostvarivala značajne socijalne funkcije, koje su naknadno nestale, i transformisale se u princip maksimizacije akcionarskog bogatstva. On je 30-ih godina prošlog veka uočio da se situacija u privredi ponovo menja, i to u korist širenja kruga lica u čiju korist akcionarsko društvo treba da obavlja svoje delatnosti. Sve su bili češći primeri da su direktori koristili sredstva društva radi ostvarivanja socijalno odgovornih ciljeva, nemajući pritom kao jedini cilj ostvarivanje profita. Konačno, prof. Dod smatra da se akcionarsko društvo ne može i ne sme svesti na akcionare,

⁶ *Dodge v. Ford Motor Co.*, Supreme Court of Michigan, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (1919).

⁷ E. Merrick Dodd, Jr., „For Whom are Corporate Managers Trustees?“, *Harvard Law Review*, br. 45, 1932, 1148.

već se mora prihvatiti realnost, da postoje i drugi nosioci interesa poslovanja društva, poput potrošača, zaposlenih, poverilaca i društvene zajednice u celini. Prema tome, cilj akcionarskog društva nije da se ostvaruju interesi samo akcionara, već i drugih nosilaca rizika poslovanja.

Objavljena dva članka nisu predstavljala kraj dijaloga ova dva profesora. Naime, naknadno je prof. Berl priznao da je shvatanje prof. Doda odnelo prevagu.⁸ Ovim prof. Berl nije rekao da je Dod bio u pravu, već samo da je praksa krenula tum putem, pri čemu on nije smatrao da je to pravi put.⁹

Berle-Dodd debata je apostrofirala dva potpuno suprotstavljena stanovišta u pogledu cilja privrednog (akcionarskog) društva. Prof. Berl je zagovornik tzv. minimalističke verzije, jer direktori treba da vrše dužnosti samo u interesu akcionara. Na ovaj način su njihova ovlašćenja ograničena. Prof. Dod je zagovornik davanja veće diskrecije direktorima, kako bi oni mogli da uzmu u obzir i druge nosioce rizika poslovanja društva. Premda su se u svojim radovima Berl i Dod bavili pitanjem dužnosti direktora, na širem planu njihova rasprava se odnosi na suštinu akcionarskog društva, tj. na određenje njegove prirode. Tako su nastale i dve opozitne teorije: akcionarska teorija, zasnovana na postavkama prof. Berla, i multiinteresna teorija, razvijena na fundamentalnim postavkama koje je zagovarao prof. Dod.

MODERNE TEORIJE

Na osnovu ideja prof. Berla i Doda narednih decenija je veliki broj autora pokušavao da razvije teorije, koje bi ili pojačavale argumentaciju za akcionarsku, odnosno multiinteresnu teoriju ili bi razvijale neke nove teorije koje se suštinski nalaze između postojeće dve (tzv. teorije trećeg puta). U nastavku će biti prikazane samo dve uticajne teorije, od kojih je prva predstavljala oslonac svim kasnijim pristalicama akcionarske teorije (Fridmanova doktrina), dok druga predstavlja jednu uspešnu i originalnu varijantu promovisanja multiinteresnog pristupa (Majerova teorija prosperiteta i korporativne svrhe).

Fridmanova doktrina

U prvoj polovini 20. veka je postalo očigledno da multiinteresna teorija dobija sve više na značaju. Nobelovac Holmstrom i prof. Kaplan su to objasnili na sledeći način: „...struktura korporativnog upravljanja koja je postojala pre 80-ih

⁸ Adolf A. Berle, Jr., *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, 1954, 167.

⁹ J. L. Weiner, op. cit., 1464-1465.

je davala menadžerima velikih javnih američkih akcionarskih društava malo razloga da se primarno fokusiraju na interese akcionara. Pre 1980. godine, uprava društva je smatrala sebe ne zastupnikom akcionara, već „akcionarskog društva“. Na ovaj način, cilj firme nije bio maksimiziranje akcionarskog bogatstva, već da se obezbedi rast (ili barem stabilnost) preduzeća „balansiranjem“ zahteva svih značajnih korporativnih „stejkholdera“ – zaposlenih, dobavljača i lokalne zajednice, kao i akcionara.¹⁰ U teoriji je ovaj period poznat pod nazivom „menadžerski kapitalizam“. Za razliku od prethodnog perioda (kraj XIX i početak XX veka), direktori i menadžeri nisu bili fokusirani samo na sticanje dobiti, već na rast društva, pri čemu su posebno uvažavani i interesi zaposlenih, potrošača i zajednice u celini.¹¹ Jedan od autora koji se najčešće „krivi“ za promenu ovakve prakse je Nobelovac Milton Fridman, slavni predstavnik čuvene Čikaške ekonomske škole i jedan od dvojice najznačajnijih i najuticajnijih ekonomista 20. veka.

Prof. Fridman je 1870. godine objavio svoj čuveni članak u časopisu *New York Times Magazine*, pod naslovom „Socijalna odgovornost poslovanja je da povećava sopstveni profit“. ¹² *New York Times* je ovaj članak nazvao „Fridmanova doktrina“, i taj termin se i danas koristi za ideje koje su u njemu prezentovane.

U ovom radu, prof. Fridman polazi od toga da se u pravnom sistemu zasnovanom na privatnoj svojini direktori tretiraju zaposlenima vlasnika privrednog društva. Otuda, oni imaju direktnu odgovornost prema svojim poslodavcima, tj. akcionarima i članovima. Društvom mora da se upravlja u skladu sa željama i interesima vlasnika, što u najvećem broju slučajeva znači da se zaradi što više novca, poštujući pri tom zakone i etičke običaje. Prof. Fridman ne isključuje mogućnost da vlasnici imaju i neke druge ciljeve (na primer, humanitarne) u kom slučaju će direktori svoje aktivnosti vršiti u pravcu ostvarivanja tih ciljeva. Prema tome, direktori su agenti vlasnika, te je njihova primarna odgovornost uperena prema njima.

Po prirodi stvari, direktor ima prava i obaveze kao fizičko lice, koja nemaju veze sa njegovim svojstvom direktora. U tom domenu, on ima svojstvo principala, a ne agenta, jer raspolaže svojim pravima, vremenom ili energijom. Međutim, kada radi u svojstvu direktora, on je dužan da postupa u interesu akcionara. Prof. Fridman polemizuje sa, u tom trenutku često korišćenim, terminom „socijalne

¹⁰ Bengt Holmstrom, Steven N. Kaplan, „The State of U.S. Corporate Governance: What's Right and What's Wrong?“, Finance Working Paper No. 23/2003, dostupno na: *ssrn.com*, 14. 9.2021, 5.

¹¹ Više o menadžerskom kapitalizmu, Brian R. Cheffins, *The Public Company Transformed*, Oxford University Press, New York, 2019, 39-100.

¹² Milton Friedman, „The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“, *The New York Times Sunday Magazine*, 13.9.1970, 32.

odgovornosti“, te postavlja sebi pitanje da li direktori u tom svojstvu imaju „socijalnu odgovornost“. Ako imaju, to mora da znači da oni mogu da postupaju na način koji nužno ne mora biti u interesu akcionara. Tako, primera radi, direktor može da odustane od povećanja cene proizvoda ili usluga koje društvo proizvodi, odnosno pruža, kako bi sprečio inflaciju. Ili, direktor bi mogao da uloži veća sredstva u zaštitu životne sredine od onih koje su po zakonu nužne, a što bi bilo u skladu sa socijalnim ciljem očuvanja životne sredine. U navednim slučajevima, direktori troše tuđi novac kako bi zadovoljili neke šire opštedruštvene interese. Tako oni postaju javni službenici. Prema prof. Fridmanu, ovakav zaključak je neprihvatljiv, jer direktore biraju primenom kompanijskopavnih pravila članovi, odnosno akcionari. Ako direktori imaju pravnu poziciju javnih službenika, onda bi oni morali da se biraju na neki drugi način.

U trenutku kada je prof. Fridman napisao ovaj rad, u povelju je bila ideja društvene odgovornosti kompanija. On je ovu ideju smatrao „fundamentalno subverzivnom doktrinom“, te se i danas tretira jednim od najuticajnijih kritičara te doktrine. Svoju analizu je zaključio sledećim rečima: „postoji jedna i samo jedna socijalna odgovornost biznisa – da koristi svoje resurse i obavlja delatnosti u cilju povećanja profita sve dok se poštuju pravila igre...“

Prikazani „spektakularno uticajan“ članak prof. Fridmana se smatra prekretnicom u korporativnoj pravnoj teoriji. Po mnogima, ovim radom je postavljena „intelektualna osnova za revoluciju ‘akcionarske vrednosti‘“, koja je prihvaćena i danas od strane brojnih ekonomista i pravnika.¹³ Od tog trenutka je Amerika krenula putem tzv. nesputanog kapitalizma. Mnogi autori krive Fridmana za sunovrat američkog korporativnog sektora, koji se desio nekoliko decenija kasnije. Kritičari su ovaj članak nazvali „najglupljom svetskom idejom“, „jednim od ekonomski najdestruktivnijih članaka u istoriji“, i sl. Međutim, činjenica je da u trenutku kada je prof. Fridman pisao svoj rad, ideje koje su njemu prezentovane nisu bili niti nove, niti neuobičajene.¹⁴ Štaviše, veliki broj radova pisan u to vreme govori o tome da je logično očekivanje da akcionarsko društvo delatnosti obavlja u cilju sticanja dobiti. Fridmanovo shvatanje nije bilo ni na koji način radikalno, a ponajmanje revolucionarno. Uostalom, gotovo identične ideje on je prezentovao osam godina ranije u svojoj poznatoj knjizi *Kapitalizam i sloboda*.¹⁵ Prof. Šefins smatra da je Fridmanov članak malo toga promenio kada je reč o prioritetima menadžera, a akcionarska

¹³ Oliver Hart, Luigi Zingales, „Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value“, *Journal of Law, Finance, and Accounting*, br. 2, 2017, 248.

¹⁴ David S. Ruder, „Public Obligations of Private Corporations“, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 114, 1965, 214.

¹⁵ Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, 40. ed, 2002 (1962), 133-136.

teorija je odnela evidentnu prevagu sredinom osamdesetih godina nakon talasa neprijateljskih preuzimanja.¹⁶

Majerova teorija prosperiteta i korporativne svrhe

Britanski profesor Kolin Majer (*Colin Mayer*) je skrenuo pažnju naučne i stručne javnosti knjigom *Prosperitet: bolje poslovanje stvara veće dobro*.¹⁷ Ovaj oksfordski profesor ekonomije i menadžmenta polazi od kritike tradicionalne teorije korporacija, koja akcenat stavlja na stvaranje vrednosti za akcionare. Ne slaže se sa uobičajenim argumentom da su drugi nosioci rizika poslovanja društva u dovoljnoj meri zaštićeni ugovorom. Naprotiv, on ih posmatra kao ranjive kategorije, koje kompanijsko pravo ne može i ne sme u potpunosti da zanemari. Prof. Majer smatra da ne treba u toj meri apostrofirati prava i ovlašćenja akcionara. Međutim, rešenje problema on ne nalazi ni u prenošenju ovlašćenja na druge nosioce rizika poslovanja akcionarskog društva. Naprotiv, uprava prilikom donošenja odluka treba da balansira interese svih nosilaca rizika, imajući pritom u vidu dugoročni prosperitet kompanije. Oštro se suprotstavljajući Fridmanovoj doktorini, prof. Majer podriva osnovu moderne korporacije, na kojoj su zasnovane zapadne liberalne demokratije.

Majer je predložio alternativnu, a u određenoj meri i radikalnu teoriju svrhe poslovanja korporacije. Naime, za razliku od Fridmana, prema kome je svrha poslovanja kompanije sticanje profita za akcionare, prof. Majer polazi od teze da stvaranje profita nije samo sebi cilj. Čuvena krilatica ovog profesora glasi: „cilj kompanija je da pronadu rešenja za probleme ljudi i planete, i da radeći to stvaraju profit, ali profit nije *per se* svrha kompanija“.¹⁸ Na ovaj način je eksplicitno izražena težnja ka jačanju javnopravnih funkcija privrednih društava. Prof. Majer ovo ne smatra nekim novim konceptom. Naprotiv, on nas vraća u doba rimskog prava, kada su preteče današnjih privrednih društava osnivane radi obavljanja delatnosti od opšteg interesa. Sličan koncept je bio zastupljen na početku razvoja kompanijskog prava i u mnogim drugim modernim pravnim sistemima.¹⁹

¹⁶ Brian R. Cheffins, „Stop Blaming Milton Friedman!“, March 11, 2020, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 523/2020, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3552950>, 16.9.2021.

¹⁷ Colin Mayer, *Prosperity: Better Business Makes the Greater Good*, Oxford, 2018.

¹⁸ C. Mayer, op. cit., 109.

¹⁹ Za Nemačku i SAD više, Holger Fleischer, „Corporate Purpose: A Management Concept and Its Implications for Company Law“, *European Company and Financial Law Review*, br. 2, 2021, 167-169.

Za razliku od klasične ekonomske teorije koja kompaniju posmatra kao „skup ugovora“ (engl. „*nexus of contracts*“), prof. Majer polazi od kompanije kao „skupa odnosa“ (engl. „*nexus of relations*“) zasnovanih na poverenju, a ono zavisi od posvećenosti određenoj korporativnoj svrsi. On kompaniju upravo i definiše kao instrument posvećenosti određenoj svrsi. Iz te posvećenosti se razvijaju odnosi poverenja sa svim drugim licima. Ključne karakteristike svakog društva su: svrha, vlasništvo i upravljanje. Prof. Majer uvodi pojam „prosvetlene korporacije“ (engl. „*enlightened corporation*“), pod kojim podrazumeva ono društvo koje ima jasno definisanu svrhu, stabilnu vlasničku strukturu i odgovornu upravu.

Iz navedenog je jasno da prof. Majer ključnu ulogu pridaje korporativnoj svrsi. Svrha kompanije nije sticanje dobiti, već je profit posledica ostvarivanja utvrđenog cilja. Svako akcionarsko društvo treba da odredi svoju svrhu, i to u konstitutivnom aktu. Svrha mora da bude precizirana i mora imati širu opštedruštvenu dimenziju. Inspiracija za ovakvo rešenje je pronađena u posebnoj korporativnoj formi prihvaćenoj od strane nekih američkih država, poznatoj pod nazivom „*benefit corporation*“. Članovi uprave svoje dužnosti treba da izvršavaju u skladu sa svrhom definisanom internim aktima, iz čega se prema autoru stvara poverenje drugih nosilaca rizika poslovanja društva. Prikazano rešenje je zasnovano na privatnom pravu i autonomiji volje. O svrsi treba da odlučuju sama društva, a ne zakonodavac imperativnim pravilima. Zbog toga prof. Majer kompanijsko pravo ne posmatra kao skup pravila o tome šta društva smeju, a šta ne smeju da rade, već skup pravila koja treba da omoguće svim licima da se posvete svrsi koju društvo promovise i ostvaruje. Ova knjiga se može posmatrati kao početak i danas aktuelne diskusije o meri u kojoj akcionarska društva treba uređivati dominantno kognitivnim normama, tj. o prirodi i svrsi normi prava akcionarskih društava.

Prof. Majer korporativno upravljanje posmatra kao „upravljanje svrhom“ (engl. „*governance of purpose*“), pri čemu svrhu definiše kao razlog postojanja kompanije.²⁰ Za razliku od tradicionalnih shvatanja, ostvarivanje svrhe je primarni cilj kompanije, dok je stvaranje vrednosti za akcionare u drugom planu. Korporativno upravljanje se ne sme svesti na stvaranje akcionarske vrednosti. Interesi akcionara su subordinirani u odnosu na realizaciju korporativne svrhe. Otuda se može desiti da društvo ostvarujući svoju svrhu ne maksimizira vrednost za akcionare. Prof. Majer se protivi rešavanju problema novom regulativom. Naprotiv, on se oslanja na privatno pravo, zasnivajući svoju ideju na posvećenosti društva korporativnoj svrsi.

²⁰ Colin Mayer, „The Governance of Corporate Purpose“ (May 12, 2021), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 609/2021, <https://ssrn.com/abstract=3928613>, 2.9.2021.

UPOREDNA REGULATIVA

Američki koncept zaštite akcionarske vrednosti

SAD se uobičajeno svrstavaju u države koje neguju koncept akcionarske vrednosti, naglašavajući tako samo jedan interes u privrednom društvu – interes vlasnika. Međutim, ovakav zaključak bi bio prekomerno pojednostavljen, jer su u ovoj državi, kako u ravni teorije, tako i prakse, sve prisutnija drugačija stanovišta.

Nakon članka Milтона Fridmana, ali i drugih velikih autora, u SAD je nastupila potpuna dominacija akcionarske teorije. Američki pravni institut je 1994. godine usvojio Principe korporativnog upravljanja, u kojima je nedvosmisleno rečeno da korporacija ima za cilj da obavljanjem svojih delatnosti „uvećava korporativni profit i akcionarsku dobit“.²¹ Na prelazu između dva milenijuma je postalo jasno da se velika debata oko cilja korporacije kreće u pravcu akcionarske teorije. Profesori Hansman i Krakman su u svom čuvenom članku iz 2000. godine zakučili da postoji rastući konsenzus oko toga da menadžeri treba da upravljaju akcionarskim društvom u interesu svojih akcionara, dok ostali stejkholderi treba da zaštite svoje interese ugovornim i regulatornim sredstvima, a ne učešćem u korporativnim upravljanju. Ovaj model oni su nazvali „standardni akcionarski orijentisan model“ ili kraće „standardni model“.²²

Ono što je interesantno primetiti je da američko zakonodavstvo ne favorizuje akcionarsku teoriju. Štaviše, kompanijski propisi američkih država se uobičajeno dele u dve kategorije: tradicionalne i stejkholderske. Tradicionalne jurisdikcije, poput Delavera, zakonima ne dotiču ovu tematiku, tj. zakoni se ne određuju prema tome u čijem interesu članovi uprave treba da preduzimaju svoje aktivnosti. Očigledno je da je ova tema prepuštena sudskoj i korporativnoj praksi.

Drugu grupu zakonodavstava čine one države koje su 70-ih i 80-ih godina odlučile da u eri agresivnih neprijateljskih preuzimanja zaštite akcionare. Ta zaštita je ostvarena davanjem velike diskrecije upravi ciljnog društva da se suprotstavi neprijateljskoj ponudi za preuzimanje. Osnovna karakteristika ovih zakona se sastoji u proširivanju faktora koje članovi uprave mogu ili moraju da uzimaju u obzir prilikom suprotstavljanja neprijateljskom preuzimanju.²³ Akcionari nisu jedini nosioci

²¹ American Law Institute, *Principles of corporate governance*, 1994, sec. 2.01(a).

²² Henry Hansmann, Reinier H. Kraakman, „The End of History for Corporate Law“ (January 2000), dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=204528>, 5.10.2021, 2-3.

²³ Prema prof. Bejnbridžu, reč je o jednoj od najznačajnijih („potencijalno revolucionarnih“) promena u američkom pravu akcionarskih društava, koja ima enorman potencijal da utiče na ovu granu prava. Stephen M. Bainbridge, „Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes“, *Pepperdine Law Review*, br. 19(3), 1992, 973-974.

rizika poslovanja u društvu čije interese treba štiti. Ovim zakonima je jasno rečeno da članovi uprave mogu, ali ne moraju uzimati u obzir i druge interese.²⁴ Zakoni ove generacije se uobičajeno nazivaju zakoni drugih nosilaca rizika (engl. *other constituency statutes, stakeholder statutes, non-shareholder statutes*), a u različitim oblicima prihvatilo ih je više od 40 američkih država. Najveći broj zakona sadrži listu nosilaca rizika, ne računajući akcionare, čiji su interesi relevantni za donošenje odluka. Među njima se najčešće pominju zaposleni, bivši zaposleni, dobavljači, potrošači, susedi, zajednica u kojoj je društvo locirano, poverioci društva, pa čak i stanje državne ili nacionalne ekonomije.²⁵ Uprava je ovakvim rešenjima dobila slobodu da prilikom donošenja odluka uzima u obzir sve relevantne interese, a u slučaju da se ovi interesi nađu u sukobu, ne postoji obaveza da se dà prioritet interesima akcionara.²⁶ Praksa je pokazala da su, pored deklarativne zaštite investitora, ovi zakoni primarno štitali upravu ciljnog društva, na taj način što su otežavali ili onemogućavali sprovođenje postupka preuzimanja. Zbog izraženo negativnog stava prema preuzimanju, zakoni tih država članica se u literaturi uobičajeno nazivaju protivpreuzimalački zakoni (*anti-takeover zakoni*).²⁷ Posmatrano iz ugla cilja privrednog društva, jasno je da ovi zakoni predstavljaju očigledan pomak u pravcu prihvatanja stejkholderske teorije. Premda doneseni kao odgovor na agresivne taktike neprijateljskih ponudilaca, zakonske odredbe imaju opšti domen primene, tj. nisu ni na koji način ograničene na neprijateljska preuzimanja.

Kada je reč o sudskoj praksi, iznenađujuće je da u SAD ima mali broj odluka koje eksplicitno govore o obavezi uprave da radi u interesu akcionara. Do danas je ostao nacistiraniji slučaj *Dodge v. Ford Motor Co.*, o kome je već bilo reči. Međutim, mnogi autori odbacuju veliku relevantnost ovog slučaja iz najmanje tri razloga: prvo, reč je slučaju starom preko 100 godina; drugo, ovaj slučaj se odnosio na

²⁴ Thomas Lee Hazen, *The Law of Securities Regulation*, WEST Group, St. Paul, Minn., 2002, 544.

²⁵ Charles Hansen, „Other Constituency Statutes: A Search for Perspective“, *The Business Lawyer*, br. 46(4), 1991, 1355; Christin M. Forsinger, *Takeover Law in the EU and the USA – A Comparative Analysis*, Kluwer Law International, Hag, 2002, 94.

²⁶ Edward B. Rock, „For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose“ (May 1, 2020), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 515/2020, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 20-16, NYU Law and Economics Research Paper, dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=3589951>, 6.10.2021, 9.

²⁷ Više o pet generacija protivpreuzimalačkih zakona o preuzimanju država članica SAD vidi: Arthur Fleischer, Jr., Alexander R. Sussman, *Takeover Defense*, Aspen Law & Business, 2000, 4.1-4.69; Samuel C. Thompson, Jr., *Business Planning for Mergers and Acquisitions*, Carolina Academic Press, Durham, 2001, 949-975; Roberta Romano, „The Political Economy of Takeover Statutes“, *Virginia Law Review*, br. 73, 1987, 111-190; C. M. Forsinger, op. cit., 87-96; Thomas Lee Hazen, David L. Ratner, *Securities Regulation – Cases and Materials*, Thomson West, St. Paul, Minn., 2003, 870-885.

nejavno akcionarsko društvo; i treće, njegov predmet su bile dužnosti kontrolnog člana prema manjinskim članovima.²⁸

Slučaj koji se danas tretira kao odraz prihvatanja akcionarske teorije od strane sudske prakse je *Revlon v. MacAndrews and Forbes Holding, Inc.*²⁹ Vrhovni sud Delavera je ovim slučajem ustanovio test (tzv. *Revlon test*), koji se primenjuje samo u slučaju kada je ciljno društvo stavljeno na prodaju, tj. kada preuzimanje kontrole postane neizbežno. Članovi uprave su od „branilaca korporativnog bastiljona postali aukcionari čiji je osnovni zadatak da prodajom kompanije dobiju za akcionare najbolju cenu“.³⁰ Radnje direktora moraju da budu rukovođene načinima ostvarivanja najpovoljnije cene. Kada „traje aukcija između više aktivnih preuzimalaca, cilj nije da se zaštiti ili očuva privredno društvo, već da se proda najboljem ponudocu“,³¹ a time i ostvari najveća korist za akcionare. Nesporno je da u ovom slučaju najviši sud Delavera prihvata akcionarsku teoriju. No, treba primetiti da je domen primene ovog slučaja veoma skučen, jer se prikazani standard primenjuje samo onda kada se kompanija prodaje za novac, a svi akcionari se isplaćuju, što znači da oni nemaju dugoročnih interesa u vezi sa kompanijom.³²

Konačno, u novije vreme se kao primer proakcionarskog stava Delavera citira slučaj *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark* iz 2010. godine.³³ Sud je u ovom slučaju pošao od činjenice da su dva člana (*Jim* i *Craig*) osnovala akcionarsko društvo čiji je cilj sticanje dobiti. Naknadno je društvu kao član pristupio *eBay*, unoseći višemilionski ulog. Problem je nastupio onda kada je društvo usvojilo plan (tzv. *Rights Plan*), koji nema za cilj maksimiziranje vrednosti akcionarskog društva u korist njegovih članova. Sudija je pošao od toga da korporativna forma nije odgovarajuće pravno sredstvo za ostvarivanje samo filantropskih ciljeva, i to naročito u situaciji kada postoje članovi društva koji su zainteresovani za dobijanje prihoda od svoje investicije. Izborom profitabilne korporativne forme, članovi društva su vezani fiducijarnim dužnostima i standardima karakterističnim za tu formu. Ti standardi obuhvataju „postupanje u cilju promovisanja vrednosti akcionarskog društva u korist njegovih akcionara. „Inc.“ na kraju poslovnog imena mora da znači barem to.“

²⁸ Lynn Stout, *The Shareholder Value Myth – How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*, Berrett-Koehler Publishers, Inc., San Francisco, 2012, 27-29.

²⁹ *Revlon v. MacAndrews and Forbes Holding, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1986).

³⁰ Slučaj *Revlon*, 182.

³¹ Slučaj *Revlon*, 184-185.

³² E. B. Rock, op. cit., 9.

³³ *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1 (Del. Ch. 2010).

Poslednjih nekoliko godina u SAD su prisutne brojne aktivnosti u pravcu popularizacije stajkholderske teorije. Počev od Nove paradigme čuvenog njujorškog advokata Martina Liptona,³⁴ preko javnih saopštenja generalnih direktora velikih akcionarskih društava,³⁵ pa sve do radikalnih predloga nekih novih propisa (na primer, senatorke Elizabet Voren³⁶ ili senatora Berni Sandersa³⁷). Veliku pažnju naučne i stručne javnosti je privukla „Izjava o svrsi korporacije“, koju su u okviru organizacije *Business Roundtable*, koja inače okuplja generalne direktore vodećih američkih kompanija, potpisao 181 generalni direktor.³⁸ Ovom izjavom direktori se obavezuju da prenesu vrednost potrošačima, investiraju u zaposlene, pravično i etički postupaju u odnosu na dobavljače, pružaju podršku zajednici u kojoj rade i da stvaraju dugoročnu vrednost za akcionare. Zaključeno je da je svaki nosilac rizika poslovanja društva bitan. Izjava iste organizacije iz 1997. godine je bila potpuno drugačija, jer je osnovni cilj akcionarskog društva bio da stvara vrednost za akcionare. Mnogi autori su zaključili da je na ovaj način *Business Roundtable* potpuno odstupio od koncepta dominacije akcionarske vrednosti.

Konačno, za celovitu analizu američkog prava treba pomenuti i jednu osobenu vrstu akcionarskih društava, poznatu pod nazivom *benefit corporation* (B Corp.). Uvedena je 2010. godine u državi Merilend, nakon čega je prihvaćena od strane velikog broja američkih država, uključujući i Delaver, ali i jednog broja

³⁴ Martin Lipton zagovara prihvatanje koncepta korporativnog upravljanja, kao saradnje između akcionarskog društva, akcionara i drugih nosilaca rizika poslovanja, koji zajednički treba da teže stvaranju dugoročne vrednosti. Martin Lipton, *Corporate Governance: The New Paradigm*, 2017, dostupno na: <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/01/11/corporate-governance-the-new-paradigm/>, 7.10.2021.

³⁵ U literaturi se često citira izjava Lari Finka (*Larry Fink*), generalnog direktora društva *BlackRock*, prema kojoj: „Društvo zahteva od kompanija, i javnih i privatnih, da ostvaruju socijalnu svrhu. Kako bi vremenom prosperirala, svaka kompanija mora ne samo da ostvaruje finansijske rezultate, već i da pokaže kako pozitivno doprinosi društvu. Kompanija mora da koristi svim svojim stajkholderima, uključujući akcionare, zaposlene, potrošače i društvenu zajednicu u kojoj radi.“ Nav. prema: E. B. Rock, op. cit., 2.

³⁶ Senatorka Elizabet Voren (*Elizabeth Warren*) je predložila usvajanje zakona (*Accountable Capitalism Act*) po kome bi uprava morala da vodi računa o interesima svih nosilaca rizika poslovanja društva, a ne samo akcionara. Takođe, ovim zakonom se predlaže i radnička participacija, prema kojoj zaposleni biraju najmanje 40% članova odbora direktora. Nav. prema: E. B. Rock, op. cit., 3.

³⁷ Senator Berni Sanders (*Bernie Sanders*) zagovara usvajanje još radikalnijeg predloga, prema kome su velike kompanije u obavezi da prenesu najmanje 2% svojih akcija, sve dok 20% akcija ne budu u vlasništvu zaposlenih. Takođe, 45% direktora treba da bude izabrano od strane zaposlenih. Nav. prema: E. B. Rock, op. cit., 3-4.

³⁸ Business Roundtable, Statement on the Purpose of a Corporation, 2019.

država van SAD.³⁹ Ova vrsta akcionarskih društava ima dualnu prirodu, jer pored ekonomskih ciljeva ostvaruje i opštu javnu svrhu, koja se manifestuje u pozitivnom efektu na društvo i životnu sredinu. Pored opšte javne svrhe, ova društva mogu da ostvaruju i tzv. specifičnu javnu svrhu, poput promovisanja umetnosti ili nauke, zaštite životne sredine, i sl.⁴⁰ Smisao postojanja ove forme je u tome da joj se omogućí ostvarivanje opštedruštvenih ciljeva. Zapravo, ova hibridna forma je zamišljena tako da popuni prostor između klasičnih akcionarskih društava i neprofitnih institucija. Akcionarsko društvo, a u nekim sistemima i neke druge korporativne forme, postaju *benefit corporation* tako što promene svoj osnivački akt i optiraju za primenu posebnih pravila. Nesporno je da ova akcionarska društva nisu u obavezi da maksimiziraju akcionarsku vrednost.

Engleski koncept „prosvećene akcionarske vrednosti“

Engleska je posebnu pažnju skrenula na sebe kada je 2006. godine usvojila Kompanijski zakon, kojim je, između ostalog, uvela i dužnost promovisanja uspeha kompanije (engl. *duty to promote success of the company*). Relevantna zakonska odredba glasi:⁴¹

„Direktor kompanije mora da postupa u dobroj veri, na način za koji smatra da bi najverovatnije promovisao uspeh kompanije u korist njegovih članova u celini, i čineći to uzima u obzir (između ostalog) –

- a) verovatne posledice bilo koje odluke na dugi rok,
- b) interese zaposlenih u kompaniji,
- c) potrebu da se unaprede poslovni odnosi kompanije sa dobavljačima, potrošačima i drugima,
- d) uticaj aktivnosti društva na društvenu zajednicu i okolinu,
- e) poželjnost da kompanija zadrži reputaciju poštovanja visokih standarda poslovnog postupanja i
- f) potrebu da pravično postupa u odnosima između članova kompanije.“

Na prvi pogled, prikazana norma pokušava da pomiri akcionarski i stejkholderski pristup. Zbog toga su se mnogi autori pitali da li ova odredba predstavlja tzv.

³⁹ Guido Ferrarini, Shanshan Zhu, „Is There a Role for Benefit Corporations in the New Sustainable Governance Framework?“ (May 30, 2021), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 588/2021, <https://ssrn.com/abstract=3869696>, 7.10.2021, 2.

⁴⁰ Model Benefit Corporation Legislation, 2017, § 102.

⁴¹ Companies Act 2006, sec. 172(1).

„treći put“.⁴² Međutim, detaljnija analiza pokazuje da ovaj zakonodavni pristup ne predstavlja radikalno odstupanje od dotadašnje prakse. Štaviše, pitanje je u kojoj meri je ova norma uopšte dovela do značajnije promene u engleskom pravu.

U *common law* praksi se tradicionalno primenjivao standard rada u najboljem interesu društva. Međutim, vremenom se shvatilo da je koncept „najboljeg interesa društva“ neprecizan, te da na osnovu tog standarda direktori nemaju nikakav pouzdan orijentir. Štaviše, pokazalo se da je interes društva pojam koji takoreći nema značenja.⁴³ Naime, kako je kompanija pravno lice, njen interes se pripisuje nekim licima unutar društva. „Interes društva“ ne daje nikakve pouzdane smernice direktorima prilikom vršenja svojih aktivnosti, već im daje široka diskreciona ovlašćenja.

Osnovni cilj zakonske promene je bio da se ukine standard „najboljeg interesa društva“. Umesto njega, uvedeno je pravilo, prema kome su akcionari osnovni objekt zaštite. Prema tome, od svih nosilaca rizika poslovanja društva, izdvojen je interes akcionara i dat mu je privilegovan tretman. Na ovaj način je dominantan stav u praksi dobio i zakonsko uobličjenje.⁴⁴ Napori koje direktori ulažu u uspeh kompanije treba prevashodno da koriste članovima društva. Interesi drugih nosilaca rizika poslovanja su očigledno subordinirani.⁴⁵ Engleski pristup je u teoriji poznat kao koncept „prosvetlene akcionarske vrednosti“ (engl. *enlightened shareholder value*, skr. *ESV*).

Očigledno je da prihvaćeno rešenje odbacuje tzv. pluralistički pristup.⁴⁶ Naime, interesi drugih nosilaca rizika se ne uzimaju u obzir u meri i na način na koji se uvažavaju interesi akcionara. Zakon sadrži spisak od šest interesa o kojima uprava, između ostalog, treba da vodi računa prilikom donošenja odluka. Taj spisak nije konačan, te uprava može da uzima u obzir i druge interese, koji nisu izričito pomenuti.⁴⁷ U svakom slučaju, neakcionarski interesi nemaju samostalnu vrednost, kakvu bi imali u klasičnom *stakeholderskom* sistemu, jer se oni uzimaju u obzir samo u meri u kojoj se promoviše interes kompanije u korist njenih članova.⁴⁸ Prikazani član engleskog zakona ne treba razumeti tako da on sugeriše balansiranje

⁴² Andrew R. Keay, „Moving Towards Stakeholderism? Constituency Statutes, Enlightened Shareholder Value and All That: Much Ado About Little?“ (January 4, 2010), <https://ssrn.com/abstract=1530990>, 2.10.2021, 20.

⁴³ Paul L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8. ed., Sweet & Maxwell, London, 2008, 507.

⁴⁴ Više, P. L. Davies, op. cit., 507.

⁴⁵ P. L. Davies, op. cit., 508.

⁴⁶ P. L. Davies, op. cit., 508.

⁴⁷ A. R. Keay (2010), op. cit., 29-30.

⁴⁸ Companies Act 2006, sec. 172(2); P. L. Davies, op. cit., 509.

interesa akcionara sa interesima drugih nosilaca rizika poslovanja, već, naprotiv, tako da predviđa dominaciju akcionarskih interesa, dok ostali interesi igraju ulogu onoliko koliko je to u funkciji unapređenja interesa akcionara. Ako određena odluka ima negativne posledice na jednog ili više neakcionarskih nosilaca rizika, to neće biti od značaja pod uslovom da odluka promoviše interes kompanije u korist članova kao celine.⁴⁹ Međutim, ovo ne znači da englesko pravo zanemaruje neakcionarske interese. Zakonska odredba obavezuje direktore da moraju da uzimaju u obzir i te druge interese, što ukazuje na značajan potencijal da ti drugi interesi budu zaštićeni i uvažavani u većoj meri nego ranije.⁵⁰

Kodeks korporativnog upravljanja iz 2018. godine propisuje da je „upravni odbor dužan da utvrdi svrhu, vrednosti i strategiju kompanije“.⁵¹ Svrha kompanije nije definisana. Prema zvaničnom tumačenju, svrha kompanije je razlog njenog postojanja.⁵² Odmah se uočava da je Kodeks zašao u zakonsku materiju, te se postavilo opravdano pitanje odnosa ovog pojma i člana 172 Kompanijskog zakona. Zaključeno je da korporativna svrha u smislu Kodeksa više predstavlja misiju kompanije, koja se izražava određenom idejom u jednoj rečenici.⁵³ Prema tome, svrha kompanije prema Kodeksu nema dalekosežno značenje.

Nemački multiinteresni pristup

Za razliku od anglosaksonskih država, u Nemačkoj nikada nije bilo sporno da uprava može prilikom donošenja odluka da uvažava interese i drugih nosilaca rizika poslovanja društva. Ovakva praksa datira još od tzv. klauzule o opštem dobru (nem. *Gemeinwohlklausel*) sadržane u Zakonu o akcijama iz 1937. godine. Prema relevantnoj odredbi tog zakona, „upravni odbor mora pod sopstvenom odgovornošću da vodi društvo onako kako to zahtevaju dobrobit preduzeća i njegovih nosilaca rizika, kao i opšte dobro naroda i Rajha.“⁵⁴ Ova norma starog nemačkog

⁴⁹ Amita Chohan, „Is Section 172 of the Companies Act 2006 Capable of Delivering for All Stakeholders?“ (August 31, 2012), dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2139528>, 1.10.2021, 4.

⁵⁰ A. Chohan, op. cit., 5. Upor.: A. R. Keay (2010), op. cit., 24.

⁵¹ Financial Reporting Council, *The UK Corporate Governance Code*, July 2018, Sec. 1, Principle B.

⁵² Financial Reporting Council, *Guidance on Board Effectiveness*, 2018, 12.

⁵³ Za detaljnu analizu, David Kershaw, Edmund-Philipp Schuster, „The Purposive Transformation of Company Law“ (March 31, 2019), LSE Legal Studies Working Paper No. 4/2019, <https://ssrn.com/abstract=3363267>, 2.11.2021.

⁵⁴ Nav. prema: Holger Fleischer, „Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselfiguren aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, br. 5, 2018, 708.

prava je upečatljiva iz dva razloga: prvo, ne samo što uprava ne mora poslove da vodi u interesu akcionara, već se akcionari ni ne pominju u ovoj odredbi, i drugo, akcenat se stavlja na zaštitu opštedruštvenih interesa, kao i preduzeća u celini.

U naknadnom razvoju nemačkog kompanijskog prava nije došlo do značajnijeg zaokreta u odnosu na prikazano rešenje. Naime, u postupku pisanja Zakona o akcijama iz 1965. godine, koji je sa određenim izmenama i danas na snazi, ova odredba je uzrokovala brojne diskusije. Na kraju je usvojeno rešenje, prema kome „upravni odbor pod sopstvenom odgovornošću vodi privredno društvo“.⁵⁵ Na ovaj način je prihvaćen samo prvi deo ranije važeće odredbe, koji nikada nije ni bio osporavan. Drugi deo odredbe, koji se odnosio na cilj privrednog društva, je izbrisan. Ovakav legislativni razvoj je prouzrokovao teorijske debate. Prema jednim, skraćivanjem zakonske odredbe nije se desila nikakva značajna promena, jer direktori i dalje treba da vode računa o interesima raznovrsnih nosilaca rizika poslovanja društva (tzv. „pluralistička vizija korporativnog upravljanja“⁵⁶). Drugi autori su zauzeli suprotno stanovište, smatrajući da izostavljanje klauzule o opštem dobru označava preorijentaciju ka zaštiti privatnih (akcionarskih) interesa. U svakom slučaju, danas u nemačkoj teoriji i praksi nije sporno da upravni odbor može prilikom donošenja svojih odluka da uzme u obzir i opšte interese. Uostalom, vremenom je razvijen koncept „interesa preduzeća“ (nem. *Unternehmensinteresse*), koji u sebi sublimira i javne interese.⁵⁷

Nemački kodeksi korporativnog upravljanja su prihvatili različite koncepte svrhe akcionarskog društva. Kodeks iz 2002. godine je naglašavao da se odluke donose u najboljem interesu preduzeća i u cilju uvećanja održive vrednosti preduzeća.⁵⁸ Sličan koncept je sadržao i Kodeks iz 2017. godine, s tom razlikom što on izričito govori o potrebi uvažavanja interesa akcionara, zaposlenih i drugih nosilaca rizika poslovanja.⁵⁹ Ovim kodeksom je u nemačko pravo uveden i koncept „časnog trgovca“ (nem. *Leitbild des ehrbaren Kaufmanns*), prema kome uprava nije dužna

⁵⁵ Aktiengesetz, § 76(1).

⁵⁶ Guido Ferrarini, „Corporate Purpose and Sustainability“, December 7, 2020, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper N° 559/2020, <https://ssrn.com/abstract=3753594>, 29.9.2021, 28.

⁵⁷ Više, H. Fleischer (2021), op. cit., 179.

⁵⁸ Upravni odbor je odgovoran za nezavisno upravljanje preduzećem. Radeći to, u obavezi je da postupa u najboljem interesu preduzeća i preduzima radnje ka uvećanju održive vrednosti preduzeća. Deutscher Corporate Governance Kodex (The Cromme Code), 2002, tač. 4.1.1.

⁵⁹ Upravni odbor preuzima potpunu odgovornost za upravljanje kompanijom u najboljem interesu kompanije, a to znači da se uvažavaju potrebe akcionara, zaposlenih i drugih stekholdera, u cilju stvaranja održive vrednosti. Deutscher Corporate Governance Kodex, 2017, tač. 4.1.1.

da postupa samo u skladu sa zakonom, već i u skladu sa etičkim principima. Isti koncept je zadržao i važeći Kodeks iz 2019. godine,⁶⁰ s tom razlikom što je on pojačao socijalnu i opštredruštvenu ulogu kompanija, tako što je naglasio da upravljački organi moraju biti svesni uloge i odgovornosti koju imaju prema društvu u celini.⁶¹ U teoriji se smatra da je ovakav razvoj pravila korporativnog upravljanja u skladu sa dominantnim (stejkholderskim) tumačenjem člana 76(1) Zakona o akcijama.⁶²

Francuska

Francuska je tradicionalno prihvatila akcionarsku teoriju. Građanski zakonik iz 1804. godine polazi od koncepta prema kome je privredno društvo ugovor, a ne institucija sa sopstvenim interesima. Ugovorna teorija privrednog društva je imala za logičnu posledicu i pravilo prema kome „sva privredna društva moraju imati zakonit cilj i osnivaju se u zajedničkom interesu svih članova“.⁶³ Ovakvo rešenje pokazuje restriktivan stav francuskog zakonodavca, koji interese društva izjednačava sa interesima njegovih članova.⁶⁴

Posle Drugog svetskog rata situacija se značajno menja, prvo kroz sudsku praksu, a kasnije i u zakonodavstvu.⁶⁵ Konačno, 2019. godine se usvaja zakon poznat po nazivu *Loi PACTE*.⁶⁶ Ovim zakonom je, između ostalog, na velika vrata uključen koncept socijalnog interesa privrednih društava u francusko pravo. Ubačen je drugi stav člana 1833 Građanskog zakonika, prema kome se „kompanijom upravlja u socijalnom interesu i uzimajući u obzir socijalna pitanja i pitanja životne

⁶⁰ Kodeks naglašava obavezu upravnog i nadzornog odbora, u skladu sa principima socijalne tržišne ekonomije, da uzimaju u obzir interese akcionara, zaposlenih i drugih grupa povezanih sa preduzećem (stejkholderi) kako bi se obezbedila kontinuirana egzistencija preduzeća i stvaranje njegove održive vrednosti (najbolji interes preduzeća). Ovi principi ne zahtevaju samo poštovanje zakona, već i moralno ispravno i odgovorno ponašanje. Deutscher Corporate Governance Kodex, 2019, preambula.

⁶¹ Deutscher Corporate Governance Kodex, 2019, preambula.

⁶² H. Fleischer (2021), op. cit., 180.

⁶³ *Code civil*, čl. 1833.

⁶⁴ Pierre-Henri Conac, „The reform of articles 1833 on social interest and 1835 on the purpose of the company of the French Civil Code: recognition or revolution?“, *Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag*, Band I, C.H.Beck, 2019, 213.

⁶⁵ Više, P.-H. Conac, op. cit., 214-216.

⁶⁶ *Loi n° 2019-486 du 22 Mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*. Prema prof. Konjaku, ovaj zakon ne treba posmatrati kao revolucionaran, već više kao zakon koji je prepoznao i pretočio u odgovarajuće norme postojeću pravnu situaciju u Francuskoj. P.-H. Conac, op. cit., 218.

sredine vezana za njihove aktivnosti“. Ova odredba se primenjuje na sva privredna društva. Profesor Konjak ukazuje na nekoliko specifičnosti novog rešenja: prvo, zakon ne govori o radu u „interesu društva“ već o „socijalnom interesu“, što je u skladu sa stavovima aktuelne sudske prakse, i drugo, vođenje računa o socijalnim pitanjima i pitanjima zaštite životne sredine je inspirisano britanskim konceptom „prosvetlene akcionarske vrednosti“, koji obavezuje upravu da uvek vodi računa o uticaju odluka koje donose na društvenu zajednicu u celini i zaštitu životne sredine, kako francuskog, tako i stranog prava.⁶⁷ Slične odredbe su uključene i u Trgovački zakonik, a primenjuju se na članove uprave javnih akcionarskih društava, tj. na njihove dužnosti da poštuju zakonom utvrđenu svrhu privrednog društva.⁶⁸ Konačno, Kodeksi korporativnog upravljanja iz 2018. i 2020. godine integrišu isti pristup.⁶⁹

Loi PACTE je u francusko kompanijsko pravo uveo tzv. „smisao postojanja“ (franc. *raison d'être*) društva.⁷⁰ Naime, osnivački akt može da predvidi smisao postojanja kome je kompanija dužna da teži prilikom obavljanja svojih delatnosti. Prema tome, smisao postojanja uvode članovi društva na dobrovoljnoj osnovi. Ako društvo ima smisao postojanja onda se moraju i obezbediti sredstva za njegovo ostvarivanje. Trgovačkim zakonikom je dodatno precizirano da članovi uprave moraju da vode računa o smislu postojanja koji je naveden u osnivačkom aktu društva.⁷¹

„Smisao postojanja“ privrednog društva nije zakonom definisan. Prema nekim autorima, reč je o uopštenom cilju, onome što pokreće poslovanje, duh privrednog društva (*animus*), njegov moto.⁷² Danas postoji saglasnost oko toga da uvođenje „smisla postojanja“ predstavlja vid borbe protiv postupanja u kratkoročnom interesu.⁷³ Optiranje članova za uključivanje „smisla postojanja“ u interne akte društva ima pravne posledice.⁷⁴ Sa jedne strane, društvo treba da obezbedi dovoljno sredstava za ostvarivanje tog cilja, dok sa druge strane, članovi uprave imaju

⁶⁷ Više, P.-H. Conac, op. cit., 216-217.

⁶⁸ *Code de commerce*, L.225-35 i L.225-62.

⁶⁹ Odbor direktora izvršava zakonom ustanovljene dužnosti i uvek postupa u interesu društva. On treba da nastoji da promovise dugoročno stvaranje vrednosti od strane kompanije uzimajući u obzir socijalne aspekte i aspekte životne sredine njihovih delatnosti. AFEP/MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2018, 1.1.; AFEP/MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2018, 1.1.

⁷⁰ *Code civil*, čl. 1835.

⁷¹ *Code de commerce*, L.225-35 i L.225-62.

⁷² P.-H. Conac, op. cit., 217.

⁷³ H. Fleischer (2021), op. cit., 172.

⁷⁴ Više, H. Fleischer (2021), op. cit., 173.

obavezu postupanja u skladu sa „smislom postojanja“, te nepostupanje može biti osnov za razrešenje i/ili imovinsku odgovornost. U svakom slučaju, dosta toga će zavisiti od načina na koji je društvo formulisalo svoj „smisao postojanja“, tj. u kojoj meri je on konkretizovan i precizan. Što je on precizniji to je veća verovatnoća da će društvo i njegovi članovi uprave imati veću odgovornost.⁷⁵ Praksa pokazuje da većina javnih akcionarskih društava ima „smisao postojanja“, i on je uglavnom uopšteno formulisan, te se u praktičnim konsekvencama više može smatrati motom društva i marketinškom aktivnošću, nego pravno obavezujućom normom. Međutim, manje od 10% tih društava je „smisao postojanja“ uključilo u svoj osnivački akt.⁷⁶ Generalni direktor društva LVMH je na godišnjoj skupštini izjavio da oni neće uneti „smisao postojanja“ u osnivački akt, jer je upravljanje društvom ionako postalo prekomerno birokratizovano.⁷⁷

ARGUMENTI ZA I PROTIV

Akcionarske teorije

Akcionarske teorije obuhvataju skup raznovrsnih teorija kojima je zajednička karakteristika da akcenat stavljaju na interes akcionara, odnosno prioritet akcionara (engl. *shareholder primacy*), maksimizaciju bogatstva akcionara (engl. *shareholder value maximization*) ili stvaranje vrednosti za akcionare (engl. *shareholder value*).⁷⁸ Ovde je zapravo reč o teoriji jednog interesa – interesa akcionara. Prema tome, od svih nosilaca rizika poslovanja privrednog društva ove teorije izdvajaju jedan interes (interes akcionara) i daju mu apsolutan ili relativan prioritet. Radikalnije varijante ove teorije naglašavaju obavezu postupanja privrednog društva isključivo u interesu akcionara. Akcionarska društva se posmatraju kao sredstvo za ostvarivanje ekonomskih interesa akcionara, što znači da se interes društva poistovećuje sa interesima akcionara. Blaže varijante naglašavaju interes akcionara, ali ne zanemaruju ni druge nosioce rizika poslovanja privrednog društva.

Akcionarske teorije ne zagovaraju tezu da drugi nosioci rizika poslovanja društva treba da budu nezaštićeni. Naprotiv, oni samo smatraju da njihove interese

⁷⁵ Nav. prema: G. Ferrarini (2020), op. cit., 30.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Nav. prema: P.-H. Conac, op. cit., 217.

⁷⁸ Borko Mihajlović, „Cilj poslovanja privrednog društva – samo sticanje dobiti ili još nešto?“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2017, 143.

ne treba štiti pravilima kompanijskog prava, već da se zaštita ovih lica mora potražiti u pravilima radnog i socijalnog prava (za zaposlene), prava potrošača, prava konkurencije (za potrošače), prava zaštite životne sredine (za društvo u celini), itd. Izuzetak predstavljaju jedino poverioci, jer se neki aspekti zaštite poverilaca tradicionalno uređuju i kompanijskim pravom (na primer, probijanje pravne ličnosti, pravila o minimalnom kapitalu, ograničenja plaćanja, posebna zaštita kod statusnih promena, itd).⁷⁹ No, i pored toga, najvećim delom se pravni odnos između privrednog društva i poverilaca uređuje pravilima obligacionog i trgovinskog prava.

Intelektualnu osnovu za akcionarsku teoriju su postavili Jensen i Meckling u svom čuvenom članku iz 1976. godine o teoriji firme.⁸⁰ Oni prihvataju i razvijaju tzv. agencijski model akcionarskog društva. Akcionari se nalaze u ulozi principala, dok su članovi uprave njihovi agenti. Iz ovakve ekonomske postavke bilo je logično izvesti zaključak prema kome agenti (direktori) treba da postupaju u najboljem interesu njihovih principala (akcionara).

U najpoznatijoj knjizi koja se bavi ekonomskom analizom korporativnog prava Isterbruk i Fišel su prihvatili i dalje razradili agencijsku teoriju.⁸¹ Naime, oni smatraju da je rad u najboljem interesu akcionara ekonomski najlogičnije rešenje, i to iz najmanje dva razloga. Prvo, ako bi se reklo članovima uprave da treba da postupaju u interesu različitih nosilaca rizika poslovanja privrednog društva, to bi figurativno značilo da oni imaju više „gospodara“. U praktičnim konsekvencama to podrazumeva sledeće: postupanje u interesu većeg broja lica znači da direktori odgovaraju svima, a suštinski ne odgovaraju nikome.⁸² Oni svaku svoju odluku mogu da obrazlože potrebom postupanja u interesu jednog ili nekolicine nosilaca rizika poslovanja. Veći broj stejkholdera znači i veći stepen diskrecije direktora. Upravo bi velika diskrecija omogućila direktorima da ostvaruju svoje ciljeve, što znači da neće biti uvećana vrednost ni akcionara, zaposlenih, potrošača, niti društva u celini, već jedino članova uprave.⁸³ Ovakav multiinteresni pristup bi stvorio pravnu nesigurnost, jer bi odluke uprave bile nepredvidive. Takođe, sudska kontrola rada uprave bi bila iluzorna i potpuno nedelotvorna.

⁷⁹ H. Hansmann, R. H. Kraakman, op. cit., 10.

⁸⁰ Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, br. 3, 1976, 305-360.

⁸¹ Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996, 35-39.

⁸² Niko ne može dva gospodara služiti: jer ili će jednoga mrzeti, a drugoga ljubiti; ili će se jednoga držati, a drugoga prezirati. Ne možete služiti Bogu i mamonu (Jevanđelje po Mateju, 6, 24).

⁸³ Mark J. Roe, „The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization“, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 149, 2001, 2065.

Drugi razlog za dominaciju akcionarskih interesa je sledeći: stvaranje dobiti za akcionare automatski znači i bolji položaj ostalih nosilaca rizika poslovanja. Interesi različitih stejkholdera nisu uzajamno suprotstavljeni, već su velikim delom i komplementarni.⁸⁴ Uspešna kompanija, tj. kompanija koja posluje sa dobiti, neće biti dobra samo svojim akcionarima. Naprotiv, koristi će imati i njeni zaposleni, potrošači, poverioci, lokalna zajednica, a u krajnjoj liniji i društvo u celini. Iz navedenog se ne može izvesti zaključak da su ekonomski uspešne kompanije ujedno i socijalno odgovorne. Mnoga društva će želeći da deo troškova prebace na treća lica, naravno, u meri u kojoj im zakonodavstvo to dozvoljava. U tim situacijama se javlja potreba za zakonodavnom intervencijom, koja će korigovati eventualno negativne posledice fokusa na maksimiziranje akcionarske vrednosti.

U literaturi se često ističe argument da akcionarska teorija odgovara samo onim pravnim sistemima, poput SAD i Velike Britanije, u kojima dominira disperzovano akcionarstvo. Koncentrisano akcionarstvo, prema mišljenjima tih autora, podrazumeva primenu neke varijante stejkholderske teorije. Ovakva stanovišta nisu opravdana. Naime, akcionarska teorija je podjednako primenljiva na sva privredna društva, bez obzira da li su otvorena ili zatvorena, društva sa kontrolnim ili bez kontrolnog člana, i sl. Model akcionarske dominacije ne privileguje nikakvu posebnu strukturu vlasništva.⁸⁵ Naprotiv, ova teorija može biti podjednako efikasna i ako se primeni na društva koja karakteriše koncentrovano vlasništvo.

Kao što je već rečeno, akcionarska teorija zagovara dominaciju interesa akcionara. Rad u interesu akcionara ne daje odgovor na sledeće pitanje: koji akcionari se imaju u vidu, tj. koji akcionari personifikuju interes društva? Pristalice akcionarske teorije naglašavaju rad u interesu svih akcionara, a to uključuje i manjinske (nekontrolne) akcionare.⁸⁶ Na ovaj način se vidi da teorije koje daju prioritet akcionarima mogu služiti za umanjivanje ili razrešenje kako prvog, tako i drugog agencijskog problema. U sistemima koncentrisanog akcionarstva, u kojima dominira drugi agencijski problem, agencijska teorija nudi širok dijapazon vidova zaštite manjinskih članova.⁸⁷

U ekonomskoj literaturi se u korist akcionarske teorije posebno ističe argument akcionara kao rezidualnih vlasnika privrednog društva. Drugi nosioci rizika

⁸⁴ F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, op. cit., 38.

⁸⁵ H. Hansmann, R. H. Kraakman, op. cit., 11.

⁸⁶ H. Hansmann, R. H. Kraakman, op. cit., 10.

⁸⁷ Više, Vuk Radović, „Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje“, *Korporativno upravljanje – zbornik radova* (ur. Mirko Vasiljević, Vuk Radović), Beograd, 2008, 241-251; Mirko Vasiljević, „Korporativno upravljanje i agencijski problemi (I deo)“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2009, 16-23.

poslovanja privrednog društva zaključuju ugovore sa društvom, kojima štite svoje interese (na primer, fiksnim iznosima na koje imaju pravo)⁸⁸ ili su zaštićeni javno-pravnim propisima.⁸⁹ Suprotno njima, akcionari su pravno nezaštićeni, jer njima pripada onaj deo imovine društva koji preostane nakon što se namire svi poverio-ci. Rezidualni karakter imovinskih prava akcionara opravdava ciljnu orijentisanost privrednog društva u pravcu zaštite njihovih interesa.⁹⁰

Akcionarske teorije imaju jednu značajnu komparativnu prednost – jednostavnost primene. Ako se kaže da direktori treba da postupaju u cilju uvećanja vrednosti za akcionare, postoje jasni i pouzdani kriterijumi kojima se utvrđuje ispunjenost ovog cilja (pre svega, dobit društva i tržišna cena akcija). Suprotne teorije se nalaze pred nepromostivim problemom kako da mere učinak rada u interesu različitih nosilaca rizika poslovanja društva.

Multiinteresne (stejkholderske) teorije

Stejkholderske teorije obuhvataju raznovrsne teorije koje naglašavaju da su akcionarska društva mnogo više od pukog sredstva za ostvarivanje interesa akcionara. Akcionari su samo jedan nosilac interesa poslovanja društva. Uspeh privrednog društva podjednako zavisi i od brojnih drugih grupa lica, čije interese akcionarske teorije u potpunosti zanemaruju. Zbog toga multiinteresne teorije društvo vide kao skup brojnih interesa, što znači da interes društva predstavljaju svi ti interesi u svojoj celovitosti.

Stejkholderske teorije su postale naročito popularne u poslednjih nekoliko decenija. Ne može se reći da postoji neka osnovna stejkholderska teorija, već taj pojam obuhvata brojne teorije koje naglašavaju da su akcionari samo jedna od involviranih grupa koje imaju interes u poslovanju društva. Umesto da društvo teži stvaranju vrednosti samo za akcionare, ove teorije akcionarsko društvo vide kao sredstvo za kreaciju vrednosti za sve nosioce rizika poslovanja.⁹¹ Prilikom donošenja odluka, direktori treba da balansiraju interese svih ili makar samo osnovnih nosilaca rizika poslovanja društva.⁹²

Pristalice multiinteresnih teorija ne prihvataju agencijski model akcionarskog društva. Naime, smatra se da je pogrešna pretpostavka prema kojoj su

⁸⁸ F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, op. cit., 36.

⁸⁹ B. Mihajlović, op.cit., 147.

⁹⁰ V. Goran Koevski, *Komparativno korporativno upravljanje*, Skopje, 2005, 45.

⁹¹ A. R. Keay (2010), op. cit., 6.

⁹² A. R. Keay (2010), op. cit., 7.

akcionari principali, a direktori njihovi agenti.⁹³ Činjenica je da skupština akcionarskog društva, koju čine akcionari, bira i razrešava članove odbora direktora u jednodomnom, odnosno članove nadzornog odbora u dvodomnom sistemu. Međutim, pravno posmatrano, članovi uprave nisu zastupnici lica koja su ih imenovala, već su zastupnici privrednog društva. Kada skupština imenuje članove uprave, ona istupa kao organ društva, te je odluka o imenovanju – odluka društva. Prema tome, niti se akcionari mogu posmatrati kao principali, niti se članovi uprave mogu tretirati njihovim agentima. Društvo, preko skupštine, imenuje svoje zastupnike, iz čega se izvlači zaključak prema kome direktori treba da postupaju u interesu društva, kao svog principala. Kako se interes društva ne može izjednačiti sa interesom akcionara, jasno je da ova teorija omogućava uzimanje u obzir brojnih drugih interesa.

Na argument da su akcionari rezidualni vlasnici privrednog društva, pristalice multiinteresnih teorija takođe imaju spreman odgovor.⁹⁴ Naime, svoditi prava akcionara samo na pravo na likvidacioni, odnosno stečajni višak ne bi bilo ispravno. Akcionari imaju čitav niz prava, od kojih se posebno izdvajaju pravo na imenovanje i razrešenje članova uprave, pravo da odlučuju o raspodeli dobiti koju društvo ostvari i pravo da menjaju postojeći i usvajaju novi statut akcionarskog društva.⁹⁵ Prema tome, teza o nezaštićenosti akcionara, spram drugih nosilaca rizika poslovanja društva, pravno posmatrano nije ispravna.

CILJ PRIVREDNOG DRUŠTVA U SRPSKOM PRAVU

Tri poslednja srpska kompanijska propisa su privredna društva definisala na manje-više istovetan način. U tim definicija se naglašava da je privredno društvo pravno lice koje obavlja jednu ili više delatnosti u cilju sticanja dobiti.⁹⁶ Zbog naglašavanja lukrativnog karaktera privrednih društava, na prvi pogled se zaključuje da srpski propisi favorizuju interes članova, odnosno akcionara. Dobit je najznačajniji ekonomski pokazatelj stvaranja vrednosti za članove privrednog društva. Ako je smisao privrednog društva u tome da stiče dobit, a zna se da dobit pripada članovima,

⁹³ Više, L. Stout (2012), op. cit., 42-46.

⁹⁴ Više, Lynn A. Stout, „Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy“, *Southern California Law Review*, br. 75, 2002, 1192-1195; L. Stout (2012), op. cit., 38-41.

⁹⁵ Više, Paul Davies, *Introduction to Company Law*, 2nd edition, Oxford, 2010, 14-19.

⁹⁶ Zakon o preduzećima, *Službeni list SRJ*, br. 29/96, 33/96 – ispr., 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 – odluka SUS i 36/2002, čl. 1, st. 1; Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004, čl. 2, st. 1; Zakon o privrednim društvima – ZOPD 2011, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018 i 91/2019, čl. 2.

jer oni odlučuju o njenoj raspodeli, nije nelogično poći od teze da srpsko pravo prihvata akcionarsku teoriju. Da li je ovakav rezon ispravan?

Privredna društva se svrstavaju u tzv. dobitna pravna lica. Smisao lukrativnog karaktera privrednog društva je u sledećem: ako društvo tokom poslovne godine ostvari višak prihoda nad rashodima, taj višak predstavlja dobit društva. O raspodeli dobiti odlučuju članovi društva. Oni imaju slobodu da odluče da dobit dele ili da je ne dele. Ako se članovi odluče za raspodelu ostvarene dobiti, postoji značajan stepen slobode oko modaliteta raspodele. Veća kompanijskoppravna ograničenja postoje samo u vezi sa načinom raspodele dobiti među akcionarima akcionarskog društva. Naime, prilikom raspodele dobiti uvek se mora poštovati imperativno načelo jednakog tretmana akcionara, kao i posebna prava imalaca privilegovanih akcija, pod uslovom da je društvo emitovalo ovu vrstu akcija i dalo ova posebna imovinska prava njihovim imaočima. Dobit nije imanentna karakteristika privrednog društva, jer društvo ne gubi to svojstvo ako posluje sa gubicima. Pravno posmatrano su privredno društvo koje ostvaruje dobit i društvo gubitaš podjednako privredna društva.

Praktično posmatrano, određenje cilja privrednog društva je značajno iz ugla dužnosti članova uprave i drugih lica koja terete kompanijske dužnosti.⁹⁷ Prema osnovnoj normi koja uređuje dužnost pažnje, članovi uprave, zastupnici, prokuristi i likvidacioni upravnici su dužni da izvršavaju svoje poslove savesno, sa pažnjom dobrog privrednika i u razumnom uverenju da deluju u najboljem interesu društva.⁹⁸ Štaviše, „interes društva“ kao pravni standard zakon koristi i na drugim mestima.⁹⁹ Otuda se kao osnovno postavlja pitanje značenja i obuhvata pojma „interes društva“. Srpska teorija interes privrednog društva ne izjednačava sa interesima akcionara. Štaviše, smatra se da interes društva ne predstavlja ni prost zbir pojedinačnih interesa nosilaca rizika njegovog poslovanja, već da je reč o odvojenom, zasebnom, *sui generis* interesu.¹⁰⁰

„Interes društva“ jasno ukazuje na to da privredna društva imaju pravni subjektivitet, odvojen od članova i drugih nosilaca rizika poslovanja. Iz pravne zasebnosti

⁹⁷ B. Mihajlović, op. cit., 141.

⁹⁸ ZOPD, čl. 63, st. 1.

⁹⁹ V. ZOPD, čl. 73, st. 1, tač. 2, čl. 243, st. 1, tač. 1, čl. 342, st. 5, čl. 469, st. 1, tač. 2. Treba pomenuti da na jednom mestu zakon govori o interesu akcionara (vid. ZOPD, čl. 469, st. 1, tač. 1). Ova odredba nije usaglašena sa ostatkom zakona. Za njenu kritiku više v.: Vuk Radović, „Nevoljni prestanak privrednog društva zbog blokade i ugnjetavanja manjine“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1, Beograd, 2020, 110-111.

¹⁰⁰ Mirko S. Vasiljević, *Korporativno upravljanje – Izabrane teme*, Udruženje pravnik u privredi Srbije, Beograd, 2013, 59. V. i Mirko Vasiljević, „Kompanijsko pravo dvadeset i prvog veka“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1, Beograd, 2021, 65.

i samostalnosti proizlazi i odvojenost interesa privrednog društva. Premda ovakva interpretacija zvuči teorijski prihvatljiva, opravdano je zapitati se da li smo konceptom „interesa društva“ nešto dobili. Nesporno je da „interes društva“ daje veliku diskreciju članovima uprave, jer je nedovoljno jasno šta taj interes obuhvata, koje su mu granice i može li se u određenim situacijama poistovetiti sa interesima nekih drugih stejkholdera.¹⁰¹ Ono što sa sigurnošću možemo da kažemo je da interes društva omogućava primenu multiinteresnog pristupa u srpskom pravu, što je u skladu sa modernim uporednim tendencijama u ovoj oblasti.¹⁰² „Tamna strana“ ovakvog koncepta se manifestuje u otežanim uslovima za ustanovljavanje odgovornosti članova uprave, zbog većeg manevarskog prostora koji imaju prilikom donošenja odluka. Uprava može svaku svoju odluku da obrazloži zaštitom interesa nekog ili nekolicine nosilaca interesa, tako što će te interese da predstavi kao interese društva. Interesi društva tako mogu postati paravan za ostvarivanje ličnih interesa članova uprave.

Da bi se sprečila ovakva praksa i moguća pravna nesigurnost, potrebno je precizirati obuhvat pojma „interes društva“. Kodeks korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije iz 2012. godine (dalje: Kodeks) određuje da korporativno upravljanje ima za cilj da „obezbedi dugoročni i održivi razvoj, uzimajući u obzir i interese vlasnika i interese drugih strana koje imaju legitimne interese u poslovanju društva“.¹⁰³ Odbor direktora, odnosno nadzorni odbor je kolektivno odgovoran za dugoročni uspeh društva i „treba da nastoji da društvo posluje ostvarujući dobit, poštujući pri tom interese članova, ulagača, zaposlenih, poverilaca, potrošača, drugih imalaca interesa za poslovanje društva i javne interese“.¹⁰⁴ Očigledno je da Kodeks unapređuje zakonsko rešenje, jer naglašava rad u dugoročnom interesu društva, uz izričito apostrofiranje održivog razvoja društva. Pokušavajući da usaglasi zakonska rešenja, Kodeks povezuje poslovanje u cilju sticanja dobiti i rad u interesu različitih stejkholdera.

¹⁰¹ Osnovni problem „posebnog interesa kompanije“ sastoji se u tome što nije dovoljno određen, s obzirom na to da predstavlja sintezu interesa različitih konstituenata... što upravi daje mogućnost za arbitrarnost i „neprijateljne koalicije“ sa određenim interesima koji su u nekom trenutku „lobistički“ najjači. Ovim se, smatra se, otvara prostor i za arbitrarnost i nepredvidivost sudske prakse i prakse dobrog upravljanja društvom. M. S. Vasiljević (2013), op. cit., 59.

¹⁰² O potrebi direktora da balansiraju interese unutar društva sa interesima van društva v. Jelena Lepetić, *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – Dužnost lojalnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 124.

¹⁰³ Kodeks korporativnog upravljanja, *Službeni glasnik RS*, br. 99/2012 (dalje: Kodeks PKS), Uvod – Svrha Kodeksa.

¹⁰⁴ Kodeks PKS, Princip 5 i Preporuka 5) u okviru Principa 5.

Kako sve navedene norme povezati u jednu celinu, ali tako da ta celina ima smisla i da se može praktično primeniti? Sumirajući zakonska pravila i rešenja Kodeksa, može se reći da je uprava dužna da postupa u dugoročnom interesu društva u cilju sticanja dobiti. Ako se sticanje dobiti shvati kao drugi naziv za interes članova, odnosno akcionara, može se reći da srpsko pravo promoviše princip rada u drugoročnom interesu društva i njegovih članova, odnosno akcionara. Rad u interesu društva i njegovih članova je poznata matrica koja se često koristi i u praksi i u teoriji. Šta ona označava i kako je razumeti? U svakom slučaju, članovi uprave uvek treba da imaju u vidu dugoročne interese društva kao cilj kome teže. Drugim rečima, odluke ne treba da budu motivisane samo ostvarivanjem kratkoročnih efekata. Ovo je veoma značajno, jer je praksa pokazala da su najnepovoljnije odluke za društvo, bile uprave one odluke čiji je motiv bio pokazivanje što boljeg finansijskog rezultata u bilansima za tekuću poslovnu godinu. Jedino je bilo važno da se po svaku cenu iskaže dobit društva, bez obzira na to što će te iste odluke narednih godina da postanu uzročnici finansijske propasti društva.

Prilikom donošenja odluka koje su u dugoročnom interesu društva, potrebno je uzimati u obzir interese svih nosilaca rizika poslovanja privrednog društva. Nosioци interesa su sva fizička ili pravna lica, grupe lica ili organizacije, koje utiču ili mogu uticati na aktivnosti društva ili koje mogu biti pogođene aktivnostima društva (na primer, članovi, banke i drugi finansijeri, dobavljači i drugi poslovni partneri, potrošači, tj. klijenti, poverioci, zaposleni, savetnici, lokalna zajednica, država, itd).¹⁰⁵ Među svim tim interesima ne može da se posebno ne istakne interes članova, odnosno akcionara. Reč je o licima koja su unošenjem uloga u društvo omogućili nastanak privrednog društva, kao i ostvarivanje njegovih ciljeva. Ta ista lica mogu odlučiti i da društvo prestane. Ne treba izgubiti iz vida činjenicu da članovi, odnosno akcionara biraju, ali i razrešavaju članove uprave. Kompanijsko pravo ističe da bez obzira na imenovanje i razrešenje, organi uprave su odvojeni i potpuno samostalni organi privrednog društva, hijerarhijski nepotčinjeni skupštini. Ovakav pristup je ispravan. Ali, kada se sa teorijske, pređe na praktičnu ravan, situacija postaje malo složenija. Naime, ne može se očekivati od članova uprave da dominantno ne vode računa o interesima lica koja su ih imenovala na tu poziciju. Reći suprotno, ne bi odgovaralo stvarnosti. U srpskom pravu je ova konstatacija pojačana činjenicom da se prihvata koncept razrešenja članova uprave bez potrebe dokazivanja opravdanog razloga.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Kodeks PKS, rečnik pojmova.

¹⁰⁶ Više, Vuk Radović u, Nebojša Jovanović, Vuk Radović, Mirjana Radović, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih subjekata*, 2. izdanje, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2021, 573-575.

Stavljanje interesa članova, odnosno akcionara u istu ravan sa drugim interesima ne bi u praktičnim efektima dalo zadovoljavajuće rezultate. Već je rečeno da bi ovakav pristup vodio pravnoj nesigurnosti, potencijalnoj neodgovornosti članova uprave i davao široke mogućnosti upravi da odluke donosi u svom interesu. Zbog toga bi bilo najlogičnije da se prilikom utvrđivanja šta je interes društva pođe od interesa članova, odnosno akcionara. U najvećem broju slučajeva će se ovi interesi poklapati, jer veća dobit i skok tržišne vrednosti akcija, odnosno udela predstavljaju jasne finansijske pokazatelje da društvo dobro posluje.

Veliki korporativni skandali poslednjih nekoliko decenija su pokazali i drugu stranu medalje akcentovanja samo interesa članova, odnosno akcionara. Slepno rukovođenje akcionarskim interesima je dovelo mnoge velike korporacije do finansijske propasti. To je za posledicu imalo preispitivanje osnovnih ciljeva jednog privrednog društva. Počela je sve više da se javlja potreba za većim ili manjim korekcijama isključivo akcionarske orijentacije. Danas dominira shvatanje, prema kome se prilikom donošenja odluka moraju uvažavati interesi drugih nosilaca rizika poslovanja privrednog društva. Stepenu uvažavanja tih interesa je još uvek enigmatičan. Ako se pođe od članskih (akcionarskih) interesa kao osnovnih, izraženih u lukrativnoj funkciji privrednog društva, onda se interesi drugih nosilaca rizika moraju shvatiti kao korektivni. Prilikom donošenja svake odluke i utvrđivanja šta je interes društva, mora se voditi računa o svim tim drugim interesima. U slučaju sukoba interesa različitih stejkholdera, prioritet moraju imati interesi akcionara. Međutim, ako je konkretna odluka u interesu akcionara, a nije u interesu nekog drugog stejkholdera, onda treba postupiti na sledeći način: prvo treba utvrditi da li odluka nije u interesu samo jednog, nekolicine ili svih drugih (neakcionarskih) nosilaca rizika, a nakon toga ustanoviti šta je interes društva. Interesi drugih nosilaca mogu da preovladaju samo onda kada bi se poklopili sa dugoročnim interesima društva. Po pravilu će biti potrebno da nekoliko nosilaca rizika ima interes koji ne korespondira interesu članova, da bi se on mogao tretirati interesom društva. Prema tome, polazi se od pretpostavke da su interesi akcionara ujedno i interesi društva, a u slučaju da to nije tako, postoji dužnost da se uzmu u obzir i interesi drugih nosilaca rizika, kako bi se utvrdili dugoročni interesi društva.

Retko kada se polemiše o cilju zatvorenih društava, poput društava lica ili društva sa ograničenom odgovornošću. Pretpostavka je da se kod tih društava primenjuje teorija dominacije interesa članova. Sva uporedna literatura koja se bavi određenjem cilja privrednog društva, i koja je citirana u ovom radu, fokusira se isključivo na javna akcionarska društva. Razlog je veoma jednostavan: kod zatvorenih društava ne dolazi do razdvajanja upravljanja i poslovođenja, već ista lica

obavljaju sve te funkcije. Uostalom, država je posebno zainteresovana za rad javnih akcionarskih društava. To su društva čiji se finansijski krah može negativno odraziti na ekonomiju jedne države. Zbog toga postoji interes države u celini da ova društva nemaju za cilj isključivo ostvarivanje dobiti po svaku cenu, već da je potrebno ova društva na neki način primorati da vode računa i o interesima drugih nosilaca rizika poslovanja.

Može li privredno društvo da ima i neki drugi cilj, različit od cilja koji je predviđen zakonom? Raniji srpski propisi su izričito dozvoljavali ovakvu mogućnost, jer je postizanje svrhe privrednog društva bio jedan od razloga za pokretanje postupka likvidacije. Međutim, vremenom su ove norme iščezle iz našeg pravnog sistema. Da li to znači da srpsko pravo više ne dozvoljava privrednim društvima da internim aktima odrede svoj cilj? Nesporno ograničenje predstavljaju imperativne zakonske norme, koje obavezuju članove uprave da postupaju u najboljem interesu društva, kao i da je cilj društva sticanje dobiti. Čini se da nema opravdanih razloga da se privrednim društvima zabrani da određuju svoje osobene ciljeve. Nekada ti ciljevi neće imati veliki praktičan značaj, jer će biti formulisani tako da više ukazuju na misiju (viziju) društva, a ne na konkretizovanu svrhu kojoj društvo treba da teži. Tako je, primera radi, moto društva Gugl: „organizovati informacije za ceo svet i učiniti ih dostupnih i korisnim“, Amazona: „mi težimo da postanemo kompanija koja je najviše orijentisana ka kupcu“, Koka Kole: „da osvežimo svet i naravimo razliku“, i sl.¹⁰⁷ Međutim, u brojnim drugim situacijama, cilj određen internim aktima može imati rukovodeći ulogu. Posmatrano iz ugla interesa akcionara, odnosno članova, statutarni ciljevi mogu ili naglašavati ili umanjivati značaj interesa akcionara. Suštinski, privredno društvo na taj način precizira značenje pojma „interes društva“. Ako je već zakonodavac promovisao kao princip rad u interesu društva, nema razloga ne dozvoliti društvima da definišu sopstvene interese. Na taj način se upravi daju jasniji i precizniji putokazi prilikom donošenja odluka. Društvo može da interes društva izjednači sa interesima akcionara, odnosno članova, ali isto tako ono može i da promoviše neke druge neakcionarske interese (na primer, zaštitu životne sredine, razvoj kulture, unapređenje položaja zaposlenih, zaštitu potrošača, itd).

REŠENJE SUKOBA I AKTUELNA PANDEMIJA

Očigledno je da se poslednjih 20 godina stakeholderske teorije nalaze u zaletu. Pored zemalja kontinentalne Evrope i istočne Azije (posebno, Nemačke i Japana), koje tradicionalno nagnju multiinteresnom pristupu, u novije vreme se

¹⁰⁷ H. Fleischer (2021), op. cit., 178.

dešavaju i značajne promene u teoriji i praksi država koje su do sada bile najveći zagovornici akcionarske teorije. Tu se, pre svega, misli na zemlje anglosaksonske pravne tradicije, poput SAD, Velike Britanije, ali i Kanade, Australije i Novog Zelanda.

Posebno će biti interesantno da se utvrdi u kojoj meri aktuelna pandemija virusa COVID-19 utiče ili može uticati na promenu cilja privrednog društva. Drugim rečima, da li će po okončanju pandemije sve da se vrati na stanje koje je postojalo pre njenog početka ili će ona uzrokovati trajne promene u upravljanju privrednim društvima?¹⁰⁸ Na samom početku pandemije uočljivo je bilo da su privredna društva pokazala značajan stepen društvene odgovornosti. Akcenat je u praksi počeo sve više da se stavlja na neke socijalne probleme, poput nejednakosti, siromaštva i različitosti.¹⁰⁹ Privredna društva su u prvom periodu od proglašenja pandemije pokazala spremnost da u značajnoj meri uvažavaju interese drugih nosilaca rizika poslovanja, i to tako što nisu otpuštali zaposlene, ustupali su svoje prostorije za potrebe proizvodnje medicinske opreme i lekova ili lečenje obolelih, nudili su svoju robu i usluge potrošačima po povoljnijim uslovima, vršili su druge opštekorisne aktivnosti, i sl. Očigledno je multiinteresni pristup postao dominantniji nego što je bio pre pandemije.

Ubrzo je kao posledica pandemije nastupila ekonomska kriza. Kako je vreme prolazilo, postalo je jasno da privredna društva ne mogu da nastave sa obavljanjem svih tih socijalno korisnih aktivnosti *ad infinitum*. Mnoga privredna društva su se našla na ivici opstanka. Zbog toga su ona morala da potpuno promene fokus svog delovanja. Umesto da i dalje vode računa o interesima različitih nosilaca rizika, počeo je da se stavlja akcenat na stvaranje dobiti, kao osnovni cilj privrednog društva. Tako su društva sve više zanemarivala multiinteresni pristup, naglašavajući akcionarske (članske) interese. Tako je nastavak pandemije naterao članove uprave da odluke donose u kratkoročnom interesu. Privredna društva su počela da zatvaraju neprofitabilne pogone, otpuštaju viškove zaposlenih, brzo su rešavali pitanja sopstvene nelikvidnosti i smanjenih prihoda, a u određenim slučajevima pokretali postupke stečaja i likvidacije.¹¹⁰ Prema tome, društva su delimično i bila primorana da svoje aktivnosti ograniče na sopstveno preživljavanje, što je dovelo do nemogućnosti alociranja sredstava u socijalne i druge opštekorisne svrhe.¹¹¹

¹⁰⁸ Debbie McCormack, Robert Lamm, *Governing Through the Pandemic*, <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/06/24/governing-through-the-pandemic/>, 2.9.2021.

¹⁰⁹ G. Ferrarini (2020), op. cit., 14.

¹¹⁰ G. Ferrarini (2020), op. cit., 14.

¹¹¹ D. McCormack, R. Lamm, op. cit.

U ovom trenutku je teško prognozirati kakav će biti krajnji uticaj pandemije na ciljeve privrednog društva, tj. da li će pandemija uopšte imati uticaja na promenu svrhe privrednih društava. U srpskoj praksi je uočeno da su se društva u prvom talasu pandemije socijalno odgovorno ponašala. Primera radi, nije bilo neuobičajeno da društva izvrše izjednačavanje zarada svojim zaposlenima, kako bi omogućili onima koji su lošije plaćeni da lakše prebrode krizu. Međutim, kako je vreme prolazilo, poslovanje mnogih društava se vratilo u normalu, i ako su društva i dalje poslovala po „pandemijskim pravilima“, jer su im ona više odgovarala. Zapravo, mnoga privredna društva pokušavaju da iskoriste pandemiju kako bi članovi za sebe izvukli veću korist. Nadamo se da će ovakva i slična praksa ubrzo nestati, a da će članovi uprave u izboru između „lepo bi bilo“ i „ovo se mora“,¹¹² češće optirati za prvu soluciju. I pored regulative koja sve snažnije i jasnije ukazuje na potrebu uzimanja u obzir interesa svih nosilaca rizika poslovanja društva, praksa privrednih društava u Srbiji već godinama unazad pokazuje dominaciju članskih, odnosno akcionarskih interesa. Zbog toga, u godinama pred nama treba sve više raditi na promociji multiinteresnog pristupa, i to ne sa idejom zanemarivanja interesa članova, već sa željom da se prihvati realnost da društvo čine i drugi nosioci rizika, čiji se interesi moraju u određenoj meri uvažavati.

Prof. Dr. Vuk Radović
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

CORPORATE PURPOSE WITH A LOOK ON COVID-19 PANDEMIC

Summary

What is the purpose of companies? Is that purpose unique for all companies? Is a company allowed to formulate its own purpose and to make decisions in accordance with that purpose? Is this the area where the lawmaker should intervene, to what extent and in which manner? What role should or could a company have in determining its own purpose? These are some of the questions to which the author is trying to find the answers, taking into consideration a number of theoretical discussions, as well as comparative and domestic legislative movements. Dilemma between the shareholder theory and the stakeholders' theory represents one of the most controversial topics in modern company law. The COVID pandemic has additionally emphasized the basic problems of these theories. Bearing in mind that definite solutions in this area cannot be given, the author analyses relevant Serbian statutory provisions, in order to make certain suggestions for their adequate interpretation.

Key words: shareholder, stakeholder, corporation, COVID-19, Berle-Dodd debate, Friedman doctrine

¹¹² *Ibidem.*

Literatura

- Bainbridge S. M., „Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes“, *Pepperdine Law Review*, br. 19(3), 1992.
- Berle A. A., Jr., „Corporate Powers as Powers in Trust“, *Harvard Law Journal*, br. 44, 1931.
- Berle A. A., Jr., Means G., *The Modern Corporation and Private Property*, 1932.
- Berle A. A., Jr., *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, 1954.
- Cheffins B. R., *The Public Company Transformed*, Oxford University Press, New York, 2019.
- Cheffins B. R., „Stop Blaming Milton Friedman!“, March 11, 2020, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 523/2020, <https://ssrn.com/abstract=3552950>.
- Chohan A., „Is Section 172 of the Companies Act 2006 Capable of Delivering for All Stakeholders?“ (August 31, 2012), <https://ssrn.com/abstract=2139528>.
- Conac P.-H., „The reform of articles 1833 on social interest and 1835 on the purpose of the company of the French Civil Code: recognition or revolution?“, *Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag*, Band I, C.H.Beck, 2019.
- Davies P. L., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8. ed., Sweet & Maxwell, London, 2008.
- Davies P., *Introduction to Company Law*, 2nd edition, Oxford, 2010.
- Dodd E. M., Jr., „For Whom are Corporate Managers Trustees?“, *Harvard Law Review*, br. 45, 1932.
- Easterbrook F. H., Fischel D. R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996.
- Fleischer A. Jr., Sussman A. R., *Takeover Defense*, Aspen Law & Business, 2000.
- Fleischer H., „Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselfiguren aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, br. 5, 2018.
- Fleischer H., „Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law“, *European Company and Financial Law Review*, br. 2, 2021.
- Forsinger C. M., *Takeover Law in the EU and the USA – A Comparative Analysis*, Kluwer Law International, Hag, 2002.
- Ferrarini G., „Corporate Purpose and Sustainability“, December 7, 2020, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper N° 559/2020, <https://ssrn.com/abstract=3753594>.
- Ferrarini G., Zhu S., „Is There a Role for Benefit Corporations in the New Sustainable Governance Framework?“ (May 30, 2021), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 588/2021, <https://ssrn.com/abstract=3869696>.
- Friedman M., *Capitalism and Freedom*, 40. ed, 2002 (1962).

- Friedman M., „The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“, *The New York Times Sunday Magazine*, 13.9.1970.
- Hansen C., „Other Constituency Statutes: A Search for Perspective“, *The Business Lawyer*, br. 46(4), 1991.
- Hansmann H., Kraakman R. H., „The End of History for Corporate Law“ (January 2000), dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=204528>.
- Hart O., Zingales L., „Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value“, *Journal of Law, Finance, and Accounting*, br. 2, 2017.
- Hazen T. L., *The Law of Securities Regulation*, WEST Group, St. Paul, Minn., 2002.
- Hazen T. L., Ratner D. L., *Securities Regulation – Cases and Materials*, Thomson West, St. Paul, Minn., 2003.
- Hill J. G., „Then and Now: Professor Berle and the Unpredictable Shareholder“, *Seattle University Law Review*, br. 33(4), 2010.
- Holmstrom B., Kaplan S. N., „The State of U.S. Corporate Governance: What’s Right and What’s Wrong?“, Finance Working Paper No. 23/2003, *ssrn.com*.
- Jensen M. C., Meckling W. H., „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, br. 3, 1976.
- Jovanović N., Radović V., Radović M., *Kompanijsko pravo – pravo privrednih subjekata*, 2. izdanje, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2021.
- Keay A. R., „Moving Towards Stakeholderism? Constituency Statutes, Enlightened Shareholder Value and All That: Much Ado About Little?“ (January 4, 2010), dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=1530990>.
- Kershaw D., Schuster E.-P., „The Purposive Transformation of Company Law“ (March 31, 2019), LSE Legal Studies Working Paper No. 4/2019, <https://ssrn.com/abstract=3363267>.
- Koevski G., *Komparativno korporativno upravljanje*, Skopje, 2005.
- Lepetić J., *Kompanijskopравни režim sukoba interesa – Dužnost lojalnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Lipton M., *Corporate Governance: The New Paradigm*, 2017, <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/01/11/corporate-governance-the-new-paradigm/>.
- Mayer C., *Prosperity: Better Business Makes the Greater Good*, Oxford 2018.
- Mayer C., „The Governance of Corporate Purpose“ (May 12, 2021), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 609/2021, <https://ssrn.com/abstract=3928613>.
- Mihajlović B., „Cilj poslovanja privrednog društva – samo sticanje dobiti ili još nešto?“, *Pravo i privreda*, br. 4-6, Beograd, 2017.
- Radović V., „Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje“, *Korporativno upravljanje – zbornik radova* (ur. Mirko Vasiljević, Vuk Radović), Beograd, 2008.

- Radović V., „Nevoljni prestanak privrednog društva zbog blokade i ugnjetavanja manjine“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1, Beograd, 2020.
- Rock E. B., „For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose“ (May 1, 2020), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 515/2020, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 20-16, NYU Law and Economics Research Paper, <https://ssrn.com/abstract=3589951>.
- Roe M. J., „The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization“, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 149, 2001.
- Romano R., „Metapolitics and Corporate Law Reform“, *Stanford Law Review*, br. 36, 1984.
- Romano R., „The Political Economy of Takeover Statutes“, *Virginia Law Review*, br. 73, 1987.
- Ruder D. S., „Public Obligations of Private Corporations“, *University of Pennsylvania Law Review*, br. 114, 1965.
- Stout L. A., „Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy“, *Southern California Law Review*, br. 75, 2002.
- Stout L., *The Shareholder Value Myth – How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*, Berrett-Koehler Publishers, Inc., San Francisco, 2012.
- Thompson S. C. Jr., *Business Planning for Mergers and Acquisitions*, Carolina Academic Press, Durham, 2001.
- Vasiljević M., „Korporativno upravljanje i agencijski problemi (I deo)“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2009.
- Vasiljević M. S., *Korporativno upravljanje – Izabrane teme*, Udruženje pravnika u privredi Srbije, Beograd, 2013.
- Vasiljević M., „Kompanijsko pravo dvadeset i prvog veka“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1, Beograd, 2021.
- Weiner J. L., „The Berle-Dodd Dialogue on the Concept of the Corporation“, *Columbia Law Review*, br. 64, 1964.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 10.10.2021.

Prihvaćen: 25.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

TREĆA SEKCIJA

PRAVO EU

ANDRZEJ JAKUBOWSKI

THE CONCEPT OF NATIONAL TREASURES UNDER POLISH AND EU CULTURAL HERITAGE LAW

“National treasure” is one of the key notions of cultural heritage law. It is of particular relevance for the European Union in the context of the free movement of goods in the Single Market and the permitted exceptions to this freedom. In principle, it refers to those objects “possessing artistic, historic or archaeological value” whose preservation is in the vital cultural interest of the Member State concerned. Hence national law constraints on their import and export do not violate treaty obligations in force so long as such constraints are not arbitrary or do not constitute disguised restrictions on trade between Member States. The question arises, however, as to the practical meaning of this notion, i.e. whether Member States can freely determine what constitutes a “national treasure”. This article seeks to answer that question by analysing how the notion of national treasures was transposed into the Polish legal system in 2017, and what the consequences of this recent regulatory intervention might be.

Key words: *art trade, cultural exception, cultural heritage, European Union, Poland*

Dr. Andrzej Jakubowski is affiliated with the UNESCO Chair in Cultural Property Law at the University of Opole, Poland, where he leads the project “Legal forms of cultural heritage governance in Europe - a comparative law perspective”, No. UMO-2019/35/B/HS5/02084, funded by Poland’s National Science Centre, e-mail: andrzej.jakubowski@uni.opole.pl. The author wishes to acknowledge that the research for the present article has been undertaken within the framework of this project.

INTRODUCTION

The intersection between international commerce and cultural heritage protection is often framed in terms of an exception in international trade law for measures imposed to protect national treasures of artistic, historic or archaeological value.¹ Most international free trade treaties provide exceptions to ensure the protection of such treasures.² These exceptions can be found both in the law of the World Trade Organization (WTO) – under Article XX(f) of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1994)³ – and in other international economic agreements, in particular under Article 36 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU; ex Article 30 of the Treaty establishing the European Community).⁴ Pursuant to these exceptions, constraints on the import and export of national treasures are permitted and legitimate as long these are not arbitrary or do not constitute disguised restrictions on trade between European Union (EU) or WTO members.⁵ Hence the definition of what is protected is thus crucial for determining which goods can be freely (and lawfully) traded.

However, the actual definition of what such national cultural treasures are is no easy task. This is all the more so because both the legal literature and legislation often refer to different categories of cultural goods.⁶ Importantly, neither the WTO nor EU rules provide a definition of national cultural treasures, and under domestic law this category can comprise both movable and immovable objects, and sometimes intangible goods of exceptional importance for the cultural heritage of a state.

The problem is particularly relevant for the EU legal system, because the competence of Member States to choose their internal measures for protecting cultural heritage on the Single Market is supported by the mechanism regarding the return of those cultural objects which were unlawfully removed – that is exported in contravention

¹ See Tania Voon, “National Treasures at the Intersection between Cultural Heritage and International Trade Law”, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Eds. Francesco Francioni, Ana Filipa Vrdoljak), Oxford, 2020, 507 ff.; Jia Min Cheng, “The Problem of National Treasure in International Law”, *Oregon Review of International Law*, Vol. 12, No. 1, Salem, 2010, 141 ff.

² For a detailed overview, see Jingxia Shi, *Free Trade and Cultural Diversity in International Law*, Oxford-Portland, 2013.

³ General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1867 U.N.T.S. 187.

⁴ Consolidated version, OJ C 202, 7.06.2016, 47.

⁵ See Gabriele Gagliani, “Interpreting and Applying Article XX(f) of the GATT 1994: ‘National Treasures’ in International Trade Law”, *Santander Art and Culture Law Review*, Vol. 5, No. 2, Opole, 2019, 48-49.

⁶ See T. Voon, op. cit., 508.

of domestic protective measures – from the territory of a Member State. In such a context, the question arises as to the practical meaning of this notion, i.e. whether Member States can freely determine what constitutes a “national treasure”.

This article seeks to answer that question by analysing how the notion of national treasures was transposed into the Polish legal system in 2017. First, it outlines the nature and scope of EU legal engagement in relation to the protection of national cultural treasures. Secondly, it explains how this notion has evolved since the Treaty of Maastricht until the present day, addressing the relevant provisions of the export regulation (Regulation No. 116/2009⁷) and the two directives on the return of cultural objects (Directive 93/7/EEC;⁸ and Directive 2014/60/EU⁹). Thirdly, it analyses the relevant provisions of the Polish Act of 25 May 2017 on the Restitution of National Cultural Property (ARNCP).¹⁰ Finally, it provides an overview of the practical consequences of this recent regulatory intervention for legal certainty in the EU legal space.

THE NOTION OF NATIONAL TREASURES UNDER EU LAW

The beginnings of European integration within the three original Communities were aimed mainly at economic integration and closer political and economic cooperation between Member States. Cultural cooperation, and in particular the protection of Europe’s cultural heritage, was long treated only as a side issue. As integration developed however, the scope of the common action broadened.¹¹ Today, culture and the protection and enjoyment of cultural heritage constitute an important segment of EU action, touching upon its axiological and constitutional

⁷ Council Regulation (EC) No. 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods, OJ L 39, 10.2.2009, 1. It replaced the earlier and several times amended Council Regulation (EEC) No. 3911/92 of 9 December 1992 on the export of cultural goods, OJ L 395, 31.12.1992, 1.

⁸ Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, OJ L 74, 27.3.1993, 74–79.

⁹ Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast), OJ L 159, 28.5.2014, 1–10.

¹⁰ Consolidated version, Polish Journal of Laws 2019, issue 1591.

¹¹ For instance, see Rachael Craufurd Smith, “Europe”, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Eds. Francesco Francioni, Ana Filipa Vrdoljak), Oxford, 2020, 921–22; Cynthia Scott, “Conceptions of a Shared, Common, or European Heritage in the Emerging Heritage Diplomacy of the European Union, 1973–92”, *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy* (Eds. Andrzej Jakubowski, Kristin Hausler, and Francesca Fiorentini), Boston-Leiden, 2019, 13ff.; Evangelia Psychogiopoulou, *The Integration of Cultural Considerations in EU Law and Policies*, Boston-Leiden, 2008, 1–24.

foundations.¹² Yet at the same time EU competences are limited in this regard. Under Article 3(3) of the Treaty on the European Union (TEU), the Union shall respect the “rich cultural and linguistic diversity” of Europe and “ensure that Europe’s cultural heritage is safeguarded and enhanced.”¹³ In relation to this, Article 6 TFEU defines the EU competences in the field of culture as supporting, coordinating or supplementing the actions of Member States, without thereby suspending their competence in this area, and without entailing the harmonization of Member States’ cultural heritage law. Moreover, as determined by Article 167 TFEU, the Union “shall contribute to the flowering of the cultures of the Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore”. The EU has also consistently articulated, throughout the development of the European project, the significance of and need for protection of the national treasures of Member States.¹⁴

National treasures and Article 36 TFEU

Since the Treaty of Rome (1957), the protection of Member States’ national heritage can serve as a rationale for restricting the freedoms of the internal market. It should be stressed that contrary to the expectations of some Member States, cultural goods are not excluded from intra-EU trade in goods. According to the Court of Justice of the European Union (CJEU), the fact that certain objects have historical or artistic value does not deprive them of the characteristics of goods.¹⁵ In other words, under EU law the circulation of cultural goods is unlimited, except as provided for in Article 36 TFEU. Hence a Member State may, in accordance with the principle of proportionality and without resorting to arbitrary discrimination, restrict the export of cultural goods from its territory.¹⁶

¹² Andrzej Jakubowski, “Common Cultural Heritage, the European Union, and International Law”, *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy* (Eds. Andrzej Jakubowski, Kristin Hausler, and Francesca Fiorentini), Leiden-Boston, 2019, 52-56.

¹³ Consolidated version, OJ C 202, 7.06.2016, 13.

¹⁴ See Michele Graziadei, Barbara Pasa, “The Single European Market and Cultural Heritage: The Protection of National Treasures in Europe”, *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy* (Eds. Andrzej Jakubowski, Kristin Hausler, and Francesca Fiorentini), Boston-Leiden, 2019, 79ff.; Sabrina Ferrazzi, “EU National Treasures and the Quest for a Definition”, *Santander Art and Culture Law Review*, No. 2, Vol. 5, Opole, 2019, 57ff.; Tania Kyriakou, “The Protection of National Treasures in the EU Single Market”, *Cultural Governance and the European Union* (Ed. Evangelia Psychogiopoulou), London, 2015, 63ff.; Irini A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Cheltenham-Northampton, 2011, 112-32.

¹⁵ *Commission of the European Communities v Italian Republic*, Case 7-68 (Judgment of 10 December 1968) ECR 1968, 423.

¹⁶ See S. Ferrazzi, *op. cit.*, 69.

It is not however clear what exactly this means in practice, as both primary and secondary EU law offers no legal definition of such goods. The CJEU has not yet provided a definition either. It therefore seems very difficult, if not impossible, to develop a common definition of cultural objects for all Member States.¹⁷ Moreover, the actual wording of Article 36 TFEU in its various linguistic versions differs substantially. For instance, while the English or French versions use the term “national treasures” (*trésors nationaux*), the German and Polish versions use the term “national cultural property” (*Kulturgut* and *narodowe dobro kultury*, respectively), while the Italian and Spanish ones use the term “national heritage” (*patrimonio nazionale*, *patrimonio nacional*, respectively).¹⁸

The aforementioned terminological and linguistic differences demonstrate one of the key challenges of EU constitutional law in relation to the free movement of cultural goods. While the area of the free movement of goods falls within the EU’s exclusive competence, the protection of national heritage and its integrity (including measures designed to protect cultural objects against illicit trade and removal from a state territory) lies within the competences of Member States. In other words, it is up to the Member States to define the content of the term “cultural objects of artistic, historical or archaeological value” within the framework of their internal legal systems.¹⁹ Yet, “this competence is neither exclusive nor unlimited”, as it needs to be proportionate and serve the aim of the exceptions under Article 36 TFEU.²⁰ So the question arises: Are there any more clear indications on how to interpret the meaning of “national treasures”?

Export of cultural goods under EU law

In response to the above question, certain guidelines can be found under EU law instruments adopted to meet the challenges of the Single Market.²¹ The first one regards the uniform regime for the export of cultural goods outside

¹⁷ *Ibidem*, 68-72.

¹⁸ See Manlio Frigo, “Cultural property v. cultural heritage: A ‘battle of concepts’ in international law?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 854, Cambridge, 2004, 371-72.

¹⁹ For instance, see Anna Frankiewicz-Bodynek, Piotr Stec, “Defining ‘National Treasures’ in the European Union. Is the Sky Really the Limit?”, *Santander Art and Culture Law Review*, Vol. 5, No. 2, Opole, 2019, 135ff.

²⁰ See I.A. Stamatoudi, *op. cit.*, 121-22; also see A. Frankiewicz-Bodynek, P. Stec, *op. cit.*, 80-84.

²¹ See S. Ferrazzi, *op. cit.*, 65-67; Andrea Biondi, “The Merchant, the Thief & the Citizen: The Circulation of Works of Art Within the European Union”, *Common Market Law Review*, Vol. 34, No. 5, Leiden, 1997, 1173ff.

the customs territory of the EU, set out in Regulation No. 116/2009. This instrument is designed to ensure that uniform controls are carried out on these exports at the EU's external borders, and thus it serves to assist Member States in their efforts to protect their national cultural heritage. In other words, it offers a general framework for protecting the integrity of the national heritages of EU Member States. The categories of cultural items to which the regulation applies are listed in its Annex I to Regulation No. 116/2009. These are based on the specific categories of objects and financial thresholds applicable to each category.

It is frequently posited that the content of Annex I can be seen as defining the notion of “national treasures” under EU law. However, while this particular definition for export purposes is useful for protective purposes as well,²² it cannot serve as a tool for interpretation of the meaning of “national treasures” under Article 36 TFEU.²³ Indeed, Regulation No. 116/2009, under Considerandum no. 7, specifically states that Annex I is only “aimed at making clear the categories of cultural goods which should be given particular protection in trade with third countries, but is not intended to prejudice the definition, by Member States, of national treasures within the meaning of Article 30 [Article 36] of the Treaty”. It also needs to be underlined that under Article 1 of Regulation No. 116/2009 the term “cultural goods” refers to the items listed in Annex I, “[w]ithout prejudice to Member States’ powers under Article 30 [Article 36] of the Treaty.”

Directive 93/7/EEC

Clearly, the meaning and practical operationalization of the notion of “national treasures” is of key importance for the intra-EU trade in cultural goods. In this regard, Article 1(1) of the former return directive, Directive 93/7/EEC, defined the term “cultural object”, for the purposes of this instrument as an object “classified, before or after its unlawful removal from the territory of a Member State, among the ‘national treasures possessing artistic, historic or archaeological value’ under national legislation or administrative procedures within the meaning of Article 36 of the Treaty”. However, it also required that such an object met one of two alternative prerequisites.

The first prerequisite regards objects belonging to the categories listed in the Annex to this directive (reflecting those enumerated in Annex I to Regulation No. 116/2009). Accordingly, “national treasures” within the meaning of Article 36

²² See I.A. Stamatoudi, *op. cit.*, 120.

²³ *Ibidem*, 135; S. Ferrazzi, *op. cit.*, 67.

TFEU must belong to one of these categories in order to qualify for return under Directive 93/7/EEC. The Annex also provided for financial thresholds applicable to certain categories of objects. The second, alternative prerequisite, concerns those objects forming “an integral part of public collections listed in the inventories of museums, archives or libraries’ conservation collection”. According to this provision, the category of “public collections” not only covered property defined as “public” under the legislation of a Member State, but also objects in “the inventories of ecclesiastical institutions”.

In light of the above, it might seem that Directive 93/7/EEC offered a kind of interpretation of the notion of “national treasures” under EU law. However, the Preamble to this Directive explicitly stated that the Annex is not “intended to define objects which rank as ‘national treasures’ within the meaning” of Article 36 TFEU. Instead, it merely lists “categories of object which may be classified as such and may accordingly be covered by the return procedure introduced by this Directive”.

Directive 2014/60/EU

The reform of the EU system for protecting the national treasures of Member States resulted in a new directive – Directive 2014/60/EU. This instrument adopted a solution that allows Member States to exercise competence over measures for protecting their national heritage, while recognizing the diversity of national arrangements, with no reference to additional categories of assets. Therefore, Directive 2014/60/EU does not feature a detailed annex that would require cultural objects to belong to specific categories or comply with thresholds related to their age and/or financial value in order to qualify for return. Pursuant to the Preamble to this instrument (9th Recital), its scope “should be extended to any cultural object classified or defined by a Member State under national legislation or administrative procedures as a national treasure possessing artistic, historic or archaeological value within the meaning of Article 36 TFEU.” Hence this EU law instrument is intended “to cover objects of historical, paleontological, ethnographic, numismatic interest or scientific value, whether or not they form part of public or other collections or are single items, and whether they originate from regular or clandestine excavations, provided that they are classified or defined as national treasures”.

In this regard, under Article 2(1) of Directive 2014/60/EU the term “cultural object” concerns “an object which is classified or defined by a Member State, before or after its unlawful removal from the territory of that Member State, as being among the ‘national treasures possessing artistic, historic or archaeological

value' under national legislation or administrative procedures within the meaning of Article 36 TFEU". As was the case with the former directive, the new Directive 2014/60/EU defines "unlawful removal from the territory of a Member State" as that undertaken in breach of a Member State' rules on the protection of national treasures or in breach of Regulation No. 116/2009, or in contravention to the rules on lawful temporary removal (Article 2(2)).

It should also be emphasised that Directive 2014/60/EU also calls for co-operation in the creation of a legitimate art market and in the fight against illicit trafficking.²⁴ In this context, it recalls the 2011 *Council conclusions on preventing and combating crime against cultural goods*.²⁵ In that document the Council recommended that the Member States consider the ratification of the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property,²⁶ and the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects.²⁷ It can thus be summarized that Directive 2014/60/EU creates the conditions in which Member States should work together to promote mutual respect for each other's cultural sensitivities and the diversity of their domestic systems for the protection of cultural heritage, as well as international law obligations in this regard. However, this common goal and trust should not be abused within the framework of the Single Market and the increasing cultural cooperation between Member States.

THE POLISH ACT OF 25 MAY 2017 ON THE RESTITUTION OF NATIONAL CULTURAL PROPERTY (ARNCP)

The implementation process of Directive 2014/60/EU has demonstrated that Member States indeed have adopted various strategies and various definitions of national treasures, ranging from very broad to more restrictive or "elitist" ones concerning only the most precious or important elements of tangible cultural heritage.²⁸ The Polish case is perhaps one of the most interesting examples of a national implementation because of its approach to the meaning and scope of the term "national treasures."

²⁴ Preamble, 16th and 17th Recitals.

²⁵ Adopted on 13 and 14 December 2011, https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/126866.pdf, 03.10.2021.

²⁶ Adopted on 14 November 1970, entered into force 24 April 1972, 823 UNTS 231.

²⁷ Adopted on 24 June 1995, entered into force on 1 July 1998, 2421 UNTS 457.

²⁸ See Marie Cornu, "Recasting Restitution: Interactions between EU and International Law", *Uniform Law Review*, Vol. 20, No. 4, Rome, 2015, 643; M. Graziadei, B. Pasa, op. cit., 97-98.

The notion and scope of “national cultural property”

As already mentioned, the term “national cultural property” (*narodowe dobra kultury*) is used in Article 36 of the Polish version of the TFEU. However, in Poland’s domestic law, it long remained undefined. In the period 2003-2017 the national cultural heritage legislation did not even define the term “cultural property”, although various legal provisions, including those of the Polish Constitution and those regarding Poland’s international obligations in the field of cultural heritage protection, used the term in various contexts. Under the 2003 Polish Act on the Protection and Guardianship of Monuments (APGM)²⁹ – the key legislative instrument in the heritage domain – the legally-protected category was a “monument”, that is “immovable or movable property, parts or assemblages thereof, being the work of man or connected with his activity and representing a past epoch or event, the preservation of which is in the public interest because of its historical, artistic or scientific value” (Article 3(1)).

This did not change following Poland’s accession to the EU and its associated obligation to transpose the provisions of Directive 93/7/EEC into national law. For the purpose of this directive the content of the Annex was transferred to Article 64 APGM and extended to monuments listed in the register of monuments (i.e. covered by the key form of legal protection); forming part of public collections that are the property of the Treasury, local authorities and other organisational units that are part of the public finance sector; contained in the inventories of museums or national library collections; or contained in church inventories. In this context, it is worth noting that the APGM included, since 2015, a special category of movable monuments inscribed on the Heritage Treasures List (*Lista Skarbów Dziedzictwa*). This category was considered to contain objects of utmost importance for the Polish cultural heritage,³⁰ and was also included in the catalogue under Article 64 APGM.

In light of the above, it is important to underline that the notions of “cultural property” and “national cultural property” were defined only in the ARNCP, which transposed the provisions of Directive 2014/60/EU to the Polish legal system and repealed the APGM in this regard. According to Article 2(1) ARNCP “cultural property” means “monument” as defined under the APGM, and “a movable thing

²⁹ Polish Journal of Laws 2003, No. 162, issue 1568; consolidated version: Polish Journal of Laws 2021, issue 710 as amended.

³⁰ See Piotr Stec, “The Lady or the Tiger? Legal Pitfalls of Implementing the Return of Cultural Goods Directive”, *Santander Art and Culture Law Review*, Vol. 2, No. 2, Bydgoszcz, 2016, 142-45; also see M. Graziadei, B. Pasa, op. cit., 96-97. However, it should be noted that this form of protection of movable monuments has not been used in administrative practice. So far no proceedings for inscribing a monument on the List of Treasures of Heritage have been carried out, and the current legislative work provides for the abolition of this form of protection.

that is not a monument, as well as their components or ensembles, the preservation of which is in the public interest because of their artistic, historical or scientific value, or because of their significance for heritage and cultural development.”

In connection with the transposition of the provisions of Directive 2014/60/EU, the ARNCP separately defines “national cultural property of the Republic of Poland” as well as “foreign national cultural property” within the meaning of Article 36 TFEU. As regards the first category, Article 2(4) of the ARNCP provides that this category includes: historical monuments whose permanent export abroad is subject to authorization; historical monuments whose permanent export is prohibited; archival materials forming part of the collections of national archives; library materials which are not historical monuments included in the collections of the national libraries; as well as objects which are not historical monuments provided that they are included in the inventory of museum objects of the state or local authorities. As regards the second category (“foreign national cultural property”), it refers to property classified or defined by a Member State of the EU other than Poland, on the basis of its legislation or administrative procedures, as a national cultural good of artistic, historical or archaeological value within the meaning of Article 36 TFEU. While the latter definition repeats the relevant provision of Directive 2014/60/EU (Article 2(1)), the former one extends to all cultural property that is not only prohibited from being permanently exported abroad, but also cultural property whose permanent export abroad is subject to authorization. In this way it covers a very wide spectrum of cultural property, encompassing *de facto* all objects possessing any significant artistic, historic or archaeological value.³¹

*The notion of “unlawful removal from the from the territory of Poland”
and legal (un)certainty*

Article 1 ARNCP provides that the scope of this piece of legislation is not confined to a mere implementation of Directive 2014/60/EU. Accordingly, it establishes the authorities and proceedings for the restitution of cultural property by Poland both on its territory and abroad, as well as the authorities competent for restitution performed with respect to the cultural property of foreign countries and foreigners located in the territory of Poland. Hence the ARNCP also applies to other return or restitution regimes (e.g. the 1970 UNESCO Convention). Arguably, this extended broad scope creates a number of uncertainties.

In addition, Article 2(3) of the ARNCP defines “cultural property unlawfully removed from the territory of Poland”, and in doing so it significantly goes beyond

³¹ P. Stec, *op. cit.*, 139.

a rather restrictive meaning of “unlawful removal from the territory of a Member State” under Directive 2014/60/EU. As already explained, Directive 2014/60/EU clearly states, in Article 2(2), that only objects removed from the territory of a Member State in breach of its rules on the protection of national treasures or in breach of Regulation No. 116/2009, or not returned at the end of a period of lawful temporary removal or any breach of another condition governing such temporary removal, are to be considered as “unlawfully removed”; while the catalogue contained in Article 2(3) ARNCP comprises a very long list of instances of unlawful removal.

According to this provision, the term “cultural property unlawfully removed from the territory of Poland” encompasses the following categories of cultural property: (a) “moved outside the territory of the Republic of Poland as a result of or in connection with the Second World War”; (b) “the export of which took place in breach of the regulations in force in the Republic of Poland regulating the export abroad of objects which are, within the meaning of those regulations, antiques, excavations or finds, artworks or objects of artistic, historical or cultural value, cultural goods, archival materials, museum collections or library materials, regardless of the time when the export took place”; (c) exported as a result of theft or misappropriation; (d) exported in breach of Regulation No. 116/2009; and (e) exported in contravention to the rules on lawful temporary removal. The ARNCP does not specify whether all these various categories are to be understood in light of the regime of return proceedings under Directive 2014/60/EU, or whether some of them may concern other instances of unlawful removal or subject to other restitution and return international law frameworks. It thus appears that the definition of “unlawful removal from the from the territory of Poland” under the ARNCP is also intended to address and concretize the breach of Poland’s rules on the protection of national treasures within the meaning of Directive 2014/60/EU.

The most uncertain and troublesome category in this context is the first one, i.e. cultural property moved outside the territory of the Republic of Poland as a result of or in connection with the Second World War.³² It seems to suggest that any cultural property removed during this period is considered unlawfully exported. Such an assumption is not correct as it seems to cover removals lawfully carried out by persons or entities entitled to do so. It was observed that “[a]t the legal level this provision is equal to an irrebuttable legal presumption of bad faith on the part of anyone acquiring an object removed (even lawfully at the time of export) from Polish territory as a consequence, or in connection with, WWII. Any protection of the goods’ owner, as a good faith purchaser, would be excluded.”³³ Moreover, the wording of Article 2(3)

³² *Ibidem*, 139-40.

³³ *Ibidem*, 140.

ARNCP is not clear whether the reference is made to the state territory within its 1939 or 1945 borders. Since Poland's boundaries differed significantly in these two periods, such an imprecise formulation could be the source of serious doubts and legal uncertainties. In particular, it may affect proceedings before a competent organ of another EU Member State considering a request submitted to the Polish authorities for the return of a cultural object under Directive 2014/60/EU.

These shortcomings in the Polish legislation, undoubtedly motivated by Poland's historical policy and its goals relating to the restitution of cultural war losses, can lead to negative and undesirable consequences. In other words, all this could mean that cultural goods saved and removed outside the conflict zone by Holocaust victims could fall into this category, thus negatively affecting the implementation of the 1998 *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*³⁴ and the 2009 *Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues*.³⁵ This category could also include cultural property transported by Polish refugees from territories that were incorporated into the Soviet Union, or those goods that had been evacuated by German authorities and citizens from territories that were incorporated into Poland only after the end of the Second World War.

“National cultural property” belonging to “public collections”

Another problem in terms of legal certainty arising from the ARNCP's regime refers to the definition of public collections for purposes of restitution proceedings. As explained, Directive 93/7/EEC defined “public collections” as not only property defined as “public” under the legislation of a Member State, but also objects in “the inventories of ecclesiastical institutions”. This solution, originally adopted upon the request of Greece, was subsequently modified during the works on Directive 2014/60/EU. According to Article 8(2), such collections mean “collections, defined as public in accordance with the legislation of a Member State, which are the property of that Member State, of a local or regional authority within that Member State or of an institution situated in the territory of that Member State, such institution being the property of, or significantly financed by, that Member State or local or regional authority.” Although “objects belonging to inventories of ecclesiastical or other religious institutions” may not fall within this category, return proceedings that regard such objects shall be subject to the time-limits

³⁴ Adopted 3 December 1998, <https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art>, 30.09.2021.

³⁵ Adopted 30 June 2009, <https://www.state.gov/prague-holocaust-era-assets-conference-terezin-declaration>, 30.09.2021.

applicable to proceedings concerning public collections, provided that they are subject to special protection arrangements under national law (Article 8(2)).

The Polish regulatory solution under the ARNCP goes well beyond the protective scope of Directive 2014/60/EU. Under the general regime of the APGM, “public collections” are defined as monuments owned by the state, local government units, or other organizational units belonging to the public finance sector.³⁶ In accordance with the ARNCP, these monuments may not be permanently exported abroad, except in connection with the performance of a legal obligation to return a foreign national cultural property to another Member State. However, Article 2(6) of the ARNCP greatly expands the category of “public collections”, which covers cultural property owned by the state; units of the public finance sector; and other entities using or disposing of public funds, or disposing of monuments or other cultural goods, maintained, directly or indirectly, with public funds. It also comprises cultural property of non-governmental organizations and entities conducting public benefit activities, performing public tasks in the field of culture, art, or the protection of cultural goods and national heritage, even if these are not maintained, directly or indirectly, using public funds.

Under Chapter 5 of the ARNCP the ownership of such national cultural property may not be acquired from a person not entitled to dispose of it, nor by prescription. An action for restitution of a national cultural property of the Republic of Poland belonging to public collections shall not be subject to prescription, whereas an action by a purchaser who in good faith purchased a national cultural asset of the Republic of Poland belonging to public collections from a person not entitled to dispose of it, to which the purchaser is entitled against that person and persons jointly and severally liable with him, shall be subject to prescription after ten years from the date of restitution of the national cultural property of the Republic of Poland to its owner. It is important to note that the provisions of Chapter 5 apply *mutatis mutandis* to national cultural property of the Republic of Poland belonging to churches and other religious groups, as well as to entities established by them.

Clearly, these solutions with respect to non-governmental organizations and other private (ecclesiastical or other religious) institutions may give rise serious doubts as to their compatibility with the provisions concerning the protection of property rights under EU law, the First Protocol to the European Convention on Human Rights,³⁷ and Polish constitutional law.³⁸

³⁶ See Article 51(4)(3) and Article 56a(2).

³⁷ Signed on 20 March 1952, entered into force on 18 May 1954, ETS No. 009.

³⁸ See P. Stec, op. cit., 140-42; A. Frankiewicz-Bodynek, P. Stec, op. cit., 79-91.

CONCLUDING REMARKS

There is no doubt that cultural heritage today constitutes a truly important element of the joint activities of the EU and its Member States. The emergence of the Single Market in 1993 was coupled with the adoption of solutions that would allow for the protection of national treasures and the protection of Member States' competences in the field of cultural heritage. In this sense, the protection of the integrity of their heritages and the mutual respect for the diversity of legal protection models are also important for the promotion of diversity within the EU. It is therefore not only about the diversity of cultures, traditions, languages, forms of cultural expression and practices in the EU, but also refers to mutual respect for constitutional traditions, which are also part of the common European cultural heritage.

Taking into account these goals and considerations, Member States should shape their national legal solutions transposing Directive 2014/60/EU in such a way as to ensure the effective implementation of these goals, including the certainty of trade in cultural goods. Moreover, the protection of the integrity of cultural heritage in the name of collective national interests must not conflict with the protection of fundamental rights. As the analysis conducted in this article has shown, the 2017 Polish Act on the Restitution of National Cultural Property (ARNCP) is burdened with a number of challenges related to the ambiguity of its regulations, their restrictive nature, and the predominance of the public interest over the rights and interests of other market participants. This may have negative consequences in terms of the certainty and ethics of the art market and the effectiveness of inter-state and inter-institutional cooperation within the EU.

Dr ANDRZEJ JAKUBOWSKI

Rukovodilac projekta, Univerzitet Opole, Poljska

KONCEPT KULTURNIH BLAGA PREMA PRAVU EU I POLJSKOM PRAVU KULTURNOG NASLEĐA

Rezime

„Nacionalno blago“ jedan je od ključnih pojmova prava kulturnog nasleđa. Ono je od posebnog značaja za Evropsku uniju u kontekstu slobodnog kretanja robe na jedinstvenom tržištu i dozvoljenih izuzetaka ove slobode. Izuzeci se, u principu, odnose na one objekte „koji poseduju umetničku, istorijsku ili arheološku vrednost“, čije je očuvanje od vitalnog kulturnog interesa konkretne države članice. Stoga, nacionalna zakonska ograničenja pri uvozu i izvozu takvih objekata ne predstavljaju

povredu ugovornih obaveza na snazi, sve dok takva ograničenja nisu proizvoljna ili ne pretpostavljaju prikrivena ograničenja u trgovini između država članica. Postavlja se, međutim, pitanje o praktičnom značenju ovog pojma, odnosno da li države članice imaju pravo da slobodno odrede šta predstavlja „nacionalno blago“. Ovaj članak nastoji da odgovori na postavljeno pitanje analizirajući kako je pojam nacionalnog blaga transponovan u poljski pravni sistem 2017. godine i koje su posledice ove regulatorne aktivnosti.

Ključne reči: trgovina umetničkim delima, izuzeci za umetnička dela, kulturno nasleđe, Evropska unija, Poljska

Bibliography

- Biondi A., “The Merchant, the Thief & the Citizen: The Circulation of Works of Art within the European Union”, *Common Market Law Review*, Vol. 34, No. 5, Leiden, 1997.
- Cheng J.M., “The Problem of National Treasure in International Law”, *Oregon Review of International Law*, Vol. 12, No. 1, Salem, 2010.
- Cornu M., “Recasting Restitution: Interactions between the EU and International Law”, *Uniform Law Review*, Vol. 20, No. 4, Rome, 2015.
- Craufurd Smith, R., “Europe”, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Eds. Francesco Francioni, Ana Filipa Vrdoljak), Oxford, 2020.
- Ferrazzi S., “EU National Treasures and the Quest for a Definition”, *Santander Art and Culture Law Review*, Vol. 5, No. 2, Opole, 2019.
- Frankiewicz-Bodynek A., Stec P., “Defining ‘National Treasures’ in the European Union. Is the Sky Really the Limit?”, *Santander Art and Culture Law Review*, Vol. 5, No. 2, Opole, 2019.
- Frigo M., “Cultural Property v. Cultural Heritage: A ‘Battle of Concepts’ in International Law?”, *International Review of the Red Cross*, No. 854, Vol. 86, Cambridge, 2004.
- Gagliani G., “Interpreting and Applying Article XX(f) of the Gatt 1994: ‘National Treasures’ in International Trade Law”, *Santander Art and Culture Law Review*, Vol. 5, No. 2, Opole, 2019.
- Graziadei M., Pasa B., “The Single European Market and Cultural Heritage: The Protection of National Treasures in Europe”, *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy* (Eds. Andrzej Jakubowski, Kristin Hausler, Francesca Fiorentini, Boston-Leiden, 2019).
- Jakubowski A., “Common Cultural Heritage, the European Union, and International Law”, *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy* (Eds. Andrzej Jakubowski, Kristin Hausler, Francesca Fiorentini, Boston-Leiden, 2019).
- Kyriakou T., “The Protection of National Treasures in the EU Single Market”, *Cultural Governance and the European Union* (Ed. Evangelia Psychogiopoulou), London, 2015.
- Psychogiopoulou E., *The Integration of Cultural Considerations in Eu Law and Policies*, Boston-Leiden, 2008.

- Scott C., “Conceptions of a Shared, Common, or European Heritage in the Emerging Heritage Diplomacy of the European Union, 1973–92”, *Cultural Heritage in the European Union. A Critical Inquiry into Law and Policy* (Eds. Andrzej Jakubowski, Kristin Hauser and Francesca Fiorentini), Boston-Leiden, 2019.
- Shi J., *Free Trade and Cultural Diversity in International Law*, Oxford-Portland, 2013.
- Stamatoudi, I.A., *Cultural Property Law and Restitution: A Commentary to International Conventions and European Union Law*, Cheltenham-Northampton, 2011.
- Stec P., “The Lady or the Tiger? Legal Pitfalls of Implementing the Return of Cultural Goods Directive”, *Santander Art and Culture Law Review*, Vol. 2, No. 2, Bydgoszcz, 2016.
- Voon T., “National Treasures at the Intersection between Cultural Heritage and International Trade Law”, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Eds. Francesco Francioni, Ana Filipa Vrdoljak), Oxford, 2020.

Article history

Received: 07.10.2021.

Accepted: 24.10.2021.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

MILENA PETROVIĆ

ODLUKA SUDA EU U SLUČAJU COMAN: INDIREKTNO PRIZNANJE ISTOPOLNOG BRAKA?

U slučaju Coman, Evropskom sudu pravde je postavljeno pitanje da li pojam „bračni drug“, u okolnostima koje ulaze u područje primene prava EU, uključuje istopolnog bračnog partnera građanina EU koji se seli iz jedne u drugu državu članicu. Sud je na ovo pitanje odgovorio afirmativno sa obrazloženjem da bi odbijanje priznanja istopolnog braka i sledstveno tome, odbijanje priznanja na spajanje porodice, predstavljalo neopravdano ograničenje prava na slobodno kretanje koje građani Unije uživaju prema pravu EU. Ova odluka je pozdravljena i proglašena prvim korakom u, mada indirektnom priznanju braka. U isto vreme, u vezi sa ovim slučajem su se otvorila brojna, značajna pitanja na koje će odgovore dati pravo i praksa u godinama koje slede.

Ključne reči: Coman, sloboda kretanja u EU, istopolni brak, spajanje porodice, LGBT prava

U V O D

Homoseksualnost, koja se u najširem smislu može definisati kao seksualna orijentacija koju karakteriše estetska privlačnost i seksualna želja isključivo prema osobama istog pola, ima dugu istoriju, staru verovatno koliko i ljudsko društvo. Sve to vreme ona je trpela oštru osudu društva, pa su diskriminacija i stigmatizacija bili njeni verni pratioci. To potvrđuje činjenica da je religija

Prof. dr Milena Petrović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, u penziji, e-mail: spetrovickg@sbb.rs.

homoseksualnost smatrala smrtnim grehom, medicina bolešću, a pravo zločinom. Tek sedamdesetih godina prošlog veka pitanje javnog tretmana i ispoljavanja homoseksualizma postaje tema o kojoj se sve više govori i koja se na neki način planski promovira. Širenje ovog fenomena počinje da se sprovodi preko različitih mehanizama (međunarodne mreže fondacija i nevladinih organizacija, lobiranje zainteresovanih kompanija, itd.), ali se čini da je posebno značajnu ulogu u tom procesu odigrala popularna kultura. Preko filma, tv serija, muzike, magazina itd., popularna kultura je doprinela propagiranju homoseksualizma kao ideologije i drugačijeg društvenog i vrednosnog modela i pomogla da se homoseksualne vrednosti i stilovi života inkorporiraju u društveni mejnstrim.¹ Rezultat svih tih procesa je njegova dekriminalizacija u mnogim zemljama,² uklanjanje sa spiska mentalnih poremećaja,³ promena porodičnog zakonodavstva u jednom broju zemalja, pa i promena načina na koji čak i obični građani doživljavaju ovaj fenomen. Naravno, i dalje u svetu postoje zemlje koje su ostale verne klasičnim, tradicionalnim vrednostima i žele da ih zaštite. Neke od njih homoseksualnost i dalje smatraju zločinom koji se zakonski kažnjava,⁴ dok druge jednostavno ne prihvataju seksualne odnose među osobama istog pola, niti priznaju bilo kakav oblik istopolnih zajednica.

Odnos država članica EU prema homoseksualizmu je isti kao i u ostatku sveta – dakle, podeljen je. U zapadnim zemljama uglavnom vlada izuzetno liberalan stav prema homoseksualnoj populaciji, dok su neke istočnoevropske zemlje i dalje konzervativne u tom pogledu. Tako su zapadne zemlje ne samo tolerantne prema zajednicama života istopolnih partnera, već su i zakonski omogućile i uredile sklapanje braka i drugih oblika zajednica života ovih lica.⁵ S druge strane,

¹ Miša Đurković, „Homoseksualizam i popularna kultura“, *Politička revija (Political Review)*, vol. 37, br.3, 2013, 165-168.

² Za dekriminalizaciju u istočnoj Evropi v. Suzana Kraljić, „Same-sex partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or no regulation?“, *Same-sex relationships and Beyond- Gender Matters in the EU* (eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 3rd edition, Intersentia, 2017, 56 i dalje.

³ Američka psihijatrijska asocijacija je 1973. godine uklonila homoseksualnost sa spiska mentalnih poremećaja, a Svetska zdravstvena organizacija je to učinila 1990. godine.

⁴ Prema podacima Međunarodne lezbejske, biseksualne, trans i interseks asocijacije (ILGA) u Iranu, Saudijskoj Arabiji, Jemenu, Sudanu, Mauritaniji, delovima Nigerije, Somaliji, istopolni odnosi se kažnjavaju smrću, dok se u nekim delovima Nigerije kažnjavaju kamenovanjem do smrti, mada je teško utvrditi da li ove zemlje zaista sprovode ove kazne. Dostupno na www.bbc.com/serbian/lat/svet-47807740, 15.09.2021.

⁵ Zemlje koje dozvoljavaju zaključenje istopolnog braka: Austrija, Belgija, Danska, Finska, Francuska, Nemačka, Irska, Luksemburg, Malta, Holandija, Portugal, Španija, Švedska. Zemlje koje

istočne zemlje se i dalje trude da sačuvaju i zaštite tradicionalni heteroseksualni brak, pa u tom smislu ne dopuštaju sklapanje bilo kakvog oblika istopolne zajednice života na svojoj teritoriji, niti priznaju istopolni brak zaključen u nekoj od država članica.⁶ Ovakvo stanje ukazuje na to da među državama članicama postoji izraziti diverzitet, kako u pogledu mogućnosti zakonitog sklapanja istopolne zajednice, tako i u pogledu mogućeg oblika takve zajednice (istopolni brak, registrovano partnerstvo).⁷ Imajući u vidu da je uređenje porodičnih odnosa, u koje svakako spadaju i zaključenja braka ili nekog drugog oblika istopolne zajednice, u isključivoj nadležnosti država članica, može se reći da je Evropa u ovom pitanju više razjedinjena, nego ujedinjena. Problem koji ovakva situacija neizbežno nameće je u tome što brak istopolnih partnera koji je zakonito zaključen u jednoj državi članici, u nekoj drugoj državi članici neće biti priznat što znači da bračni drugovi iz takve zajednice neće moći da uživaju prava koja proizilaze iz braka.

Predmet ovog rada je odluka Suda pravde EU u slučaju *Coman* (u daljem tekstu Sud EU). Odluka je od velikog značaja budući da se Sud EU po prvi put, mada indirektno, bavio priznanjem istopolnih brakova u EU. Kao što će se iz analize slučaja videti, posle ove odluke će i države članice EU koje čvrsto stoje na poziciji očuvanja tradicionalnog, heteroseksualnog braka, morati priznati istopolni brak, bar kad je pravo na spajanje porodice u pitanju. Što se tiče ostalih prava koja proizilaze iz braka, kao što je pravo na izdržavanje, pravo na penziju, pravo na nasleđivanje itd., ona sasvim izvesno i dalje ostaju otvorena i to za one države članice koje ne priznaju bilo kakav oblik istopolnih zajednica.

Na izbor teme ovog rada uticala je aktuelnost problema istopolnih zajednica i u samoj Srbiji. Naime, budući da je homoseksualnost u Srbiji dekriminalizovana 1994. godine, a 2008. godine skinuta sa liste psihijatrijskih oboljenja i da su istopolne zajednice deo stvarnosti koja se ne može ignorisati, u Srbiji je otpočeo rad na donošenju Zakona o istopolnim zajednicama.⁸ Predlog nacrta ovog Zakona

dozvoljavaju druge forme istopolnih zajednica života kao što je registrovano partnerstvo na primer, su: Kipar, Hrvatska, Češka, Estonija, Grčka, Mađarska, Italija, Slovenija.

⁶ Zemlje u kojima nije moguće zaključiti istopolni brak su: Bugarska, Rumunija, Letonija, Litvanija, Poljska i Slovačka.

⁷ Istopolni brak predstavlja najčvršći oblik institucionalizacije istopolne zajednice života, dok termin „registrovano partnerstvo“, iako ima isto značenje (smatra se paralelnim braku i ima dejstva koja su slična, ali ne i potpuno identična dejstvima braka), ne nosi isti naziv u svim zemljama. Tako se sreću termini „partnerska veza“ (Slovenija), „životno partnerstvo“ (Nemačka), „pakt solidarnosti“ (Francuska), „građanska unija“ (Italija).

⁸ V. obrazloženje Predloga nacrta Zakona o istopolnim zajednicama. Nacrt Zakona je dostupan na: www.paragraf.rs, 15.09.2021.

predstavljen je tokom 2021. godine, organizovana je javna rasprava i činilo se da je Srbija blizu donošenja ovog zakona, ali, on nije usvojen. Iako se Nacrtom predlaže samo registrovano partnerstvo, a ne istopolni brak, srpska javnost je toliko podeljena da Zakon nije ni ušao u skupštinsku proceduru.

Rad prati uobičajenu hronologiju postupka Suda EU za odlučivanje o prethodnom pitanju. Tako će najpre biti reči o činjeničnom stanju slučaja *Coman*, zatim pravnom okviru na koji se odluka oslanja, mišljenju opšteg pravobranioca, kao i samoj odluci Suda. Nadalje sledi analiza odluke u kojoj će biti reči o njenom značaju, ali i o njenim eventualnim nedostacima.

ČINJENIČNO STANJE

R.A. Coman, rumunski i američki državljanin i R.C. Hamilton, američki državljanin, upoznali su se u Njujorku (SAD) 2002. godine i tu su zajedno živeli od 2005. do 2009. godine. Coman se zatim preselio u Brisel (Belgija) kako bi radio za Evropski parlament, dok je Hamilton ostao da živi u Njujorku. Venčali su se u Briselu 2010. godine. U martu 2012. godine Coman je prestao da radi za Parlament i nastavio je da živi u Briselu gde je ostvario pravo na naknadu za nezaposlena lica.

U decembru 2012. godine Coman i Hamilton su zatražili od rumunskog Generalnog Inspektorata za imigraciju da ih obavesti o postupku i uslovima pod kojima bi Hamilton, kao bračni drug Comana, mogao da ostvari pravo na zakonit boravak u Rumuniji u razdoblju dužem od tri meseca, pošto je Coman želeo da se vrati u Rumuniju, zemlju svog porekla, i da tu nastavi zajednički život sa Hamiltonom.

U januaru 2013. godine, Inspektorat ih je obavestio da Hamilton nema pravo na boravak u Rumuniji duže od tri meseca jer, prema rumunskom pravu, on nije prepoznat kao bračni drug Comana. Naime, Građanskim zakonikom brak se definiše kao zajednica muškarca i žene,⁹ istopolni brak je zabranjen,¹⁰ a istopolni brak koji su u inostranstvu zaključili rumunski državljani ili stranci, ne priznaje se u Rumuniji.¹¹ Osim toga, produženje njegovog prava na privremeni boravak u Rumuniji se ne može odobriti po osnovu spajanje porodice.

Oktoobra 2013. godine, Coman i Hamilton su uz podršku rumunske LGBT organizacije podneli tužbu sudu u Bukureštu protiv Inspektorata radi utvrđivanja

⁹ Građanski zakonik Rumunije, čl. 259.(1), www.imliasi.ro/noul-cod-civi.pdf, 13.09.2021.

¹⁰ Građanski zakonik Rumunije, čl. 277. (1).

¹¹ Građanski zakonik Rumunije, čl. 277. (2).

postojanja diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije u pogledu ostvarivanja prava na slobodno kretanje u Uniji. U toku postupka Coman i dr. su istakli da se nepriznavanjem istopolnih brakova sklopljenih u inostranstvu u svrhu ostvarivanja prava na boravak, povređuju odredbe rumunskog ustava kojima se štiti pravo na lični, porodični i privatni život, kao i odredbe koje se odnose na načelo jednakosti.

Godine 2015., prvostepeni sud u Bukureštu je pokrenuo postupak pred Ustavnim sudom radi odlučivanja o navedenom prigovoru. U nedoumici o načinu na koji valja tumačiti više pojmova iz relevantnih odredaba Direktive 2004/38/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 29. aprila 2004. o pravu građana Unije i članova njihovih porodica na slobodno kretanje i boravak na području država članica (u daljem tekstu Direktiva 2004/38),¹² Ustavni sud je odlučio da prekine postupak i da Sudu EU uputi sledeća prethodna pitanja: 1) da li se pojam „bračni drug“ u smislu čl.3.(2)(a) Direktive 2004/38, primenjuje na državljanina države koja nije država članica Unije, koji je istog pola kao građanin Unije sa kojim je zakonito sklopio brak u skladu sa zakonom države članice koja nije država domaćin; 2) u slučaju potvrdnog odgovora, nalaže li se čl.3.(1) i čl.7.(2) Direktive, da država članica domaćin odobri pravo na boravak na vlastitom području u razdoblju dužem od tri meseca; 3) ako je odgovor negativan, da li se takvo lice može ubrojati u „ostale članove porodice“ u smislu čl.3.(2)(a) Direktive ili se može smatrati partnerom sa kojim je građanin Unije u trajnoj vezi u smislu čl.3.(2)(b) Direktive; 4) ako je odgovor na treće pitanje pozitivan, da li država članica domaćin ima obavezu da takvom licu odobri pravo na boravak u razdoblju dužem od tri meseca.

Zahtev rumunskog Ustavnog suda za prethodnu odluku je očigledno bio vrlo konkretan jer se odnosio na tumačenje čl.2. (2)(a), čl.3(1), čl.3.(2)(a) i (b) i čl.7.(2) Direktive 2004/38. Praktično, ovo je bila prilika da Sud EU po prvi put odluči o pojmu „bračni drug“ u smislu Direktive 2004/38 i to u okviru braka sklopljenog između dva muškarca. Pitanje je očito bilo osetljivo jer će definicija „bračnog druga“ koju Sud EU bude dao, nužno uticati na identitet i dostojanstvo ne samo dotičnih muškaraca, već i svih onih koji budu želeli da zaključe istopolni brak, kao i na društveni koncept braka uopšte.

Sumirajući činjenično stanje ovog slučaja lako je zaključiti da su Coman i Hamilton, oslanjajući se na pravo EU, zapravo želeli da ostvare pravo na spajanje porodice i pravo na stalni boravak, kao izvedena prava koja proizilaze iz njihovog braka. Problem za rumunske vlasti je bio u tome što po rumunskom pravu istopolni brak nije dozvoljen, niti se po tom istom pravu takav brak, zaključen u inostranstvu, može priznati u Rumuniji.

¹² Direktiva 2004/38/EZ Evropskog Parlamenta i Saveta od 29.04.2004. o pravu građana Unije i članova njihovih porodica da se slobodno kreću i borave na teritoriji države članice (L 158/77).

PRAVNI OKVIR

Rumunski sud je u zahtevu za odlučivanje o prethodnom pitanju formalno ograničio svoja pitanja samo na tumačenje relevantnih odredaba Direktive 2004/38. Međutim, za opšteg pravobranioca M. Wathelet, ta okolnost nije bila prepreka da Sud EU, kao što je to već više puta činio, pruži sve elemente tumačenja prava Unije koji mogu biti korisni za donošenje odluke u predmetu koji se pred njim vodi. Tako su pravni okvir za odgovore na postavljena pitanja, pored rumunskog Građanskog zakonika i relevantnih odredaba Direktive 2004/38,¹³ činila i dva posebno značajna evropska dokumenta: Povelja EU o osnovnim pravima (u daljem tekstu Povelja)¹⁴ i Ugovor o funkcionisanju EU (u daljem tekstu UFEU).¹⁵

Pravo Unije

Povelja EU

1. Čl. 7. – „Svako ima pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i komunikacije“;

2. Čl. 9. – „Pravo na stupanje u brak i pravo na osnivanje porodice garantuju se u skladu sa nacionalnim zakonima koji uređuju ostvarivanje tih prava“;

3. Čl. 21. – „Zabranjena je svaka diskriminacija po bilo kom osnovu kao što je pol, rasa, boja kože, etničko ili socijalno poreklo, religija ili uverenje, političko ili bilo kakvo drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje, starosna dob ili seksualna orijentacija“.

Ugovor o funkcionisanju EU (UFEU)

Čl. 21. – „Svaki građanin Unije ima pravo da se slobodno kreće i boravi na teritoriji država članica“.

Direktiva 2004/38

U uvodnim izjavama Direktive 2004/38 se navodi da sloboda kretanja građana Unije predstavlja jednu od osnovnih sloboda unutrašnjeg tržišta,¹⁶ da se ona

¹³ Direktiva 2004/38/EZ Evropskog Parlamenta i Saveta od 29.04.2004. o pravu građana Unije i članova njihovih porodica da se slobodno kreću i borave na teritoriji države članice (L 158/77).

¹⁴ Povelja EU o osnovnim pravima (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) 2012/C 326/02, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>, 19.07.2021.

¹⁵ Ugovor o funkcionisanju EU (*Treaty on the Functioning of the European Union*) OJ C326, 26/10/2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT>, 19.07.2021.

¹⁶ Rec. 2. Direktive 2004/38.

treba dodeliti i članovima porodica ovih lica, bez obzira na njihovo državljanstvo, pri čemu je, za potrebe Direktive 2004/38, u definiciju „člana porodice“ potrebno uključiti i registrovanog partnera, ako zakonodavstvo države članice domaćina izjednačava registrovanu zajednicu sa brakom.¹⁷ Takođe, kako bi se sačuvalo jedinstvo porodice u najširem smislu, ne dovodeći u pitanje zabranu diskriminacije na temelju državljanstva, država članica domaćin trebalo bi na temelju svog nacionalnog zakonodavstva da ispita položaj lica koja nisu obuhvaćena definicijom članova porodice prema ovoj direktivi i koja zbog toga ne uživaju automatsko pravo na ulazak u državu članicu domaćina i boravak u njoj, kako bi odlučila može li odobriti ulazak i boravak tim licima, uzimajući pritom u obzir njihovu vezu sa građaninom Unije i sve ostale okolnosti, kao što su njihova finansijska ili fizička zavisnost od građanina Unije.¹⁸ Konačno, budući da je Direktiva 2004/38 u skladu sa osnovnim pravima i slobodama, te načelima koja su priznata Poveljom, države članice bi ovu Direktivu trebalo da primenjuju bez diskriminacije među nosiocima prava iz Direktive po osnovu pola, rase... starosne dobi ili seksualne orijentacije.¹⁹

Za potrebe ove Direktive:

Čl. 2. (2) član porodice znači:

a) „bračni drug“;

b) partner sa kojim je građanin Unije sklopio registrovano partnerstvo na osnovu zakona države članice, ako je zakonodavstvom države članice domaćina registrovano partnerstvo izjednačeno sa brakom, i u skladu sa uslovima utvrđenim u relevantnom zakonodavstvu države članice domaćina.

Čl. 3. („nosioci prava“) određuje:

1. Ova se Direktiva primenjuje na sve građane Unije koji se useljavaju ili borave u državi članici različitoj od one čiji su državljani i na članove njihovih porodica, u smislu čl.2.(2) ove Direktive, koji ih prate ili im se pridružuju.

Čl. 7. (pravo na boravak duži od tri meseca)

1. Svi građani Unije imaju pravo na boravak na teritoriji druge države članice u razdoblju dužem od tri meseca ako:

...

d) ako su članovi porodice u pratnji građanina Unije ili se pridružuju građaninu Unije koji ispunjava uslove iz tačke a), b) ili c).

¹⁷ Rec. 5. Direktive 2004/38.

¹⁸ Rec. 6. Direktive 2004/38.

¹⁹ Rec. 31. Direktive 2004/38.

Rumunsko pravo

Građanski zakonik (*Codula Civil*)

Čl. 259.

1. Brak je dobrovoljna zajednica muškarca i žene koja se sklapa pod uslovima predviđenim zakonom.

2. Muškarac i žena imaju pravo sklopiti brak kako bi zasnovali porodicu.

Čl. 277.

1. Zabranjuje se istopolni brak.

2. Istopolni brak koji su u inostranstvu zaključili rumunski državljani ili stranci, ne priznaje se u Rumuniji.

MIŠLJENJE OPŠTEG PRAVOBRANIOCA

Opšti pravobranilac Wathelet (u daljem tekstu OP) je povodom ovog slučaja dao svoje mišljenje u januaru 2018. godine.²⁰ Kako je istakao, Hamilton se u okviru glavnog postupka ne može pozvati na Direktivu 2004/38 s obzirom da je Sud EU već jasno presudio da iz jezičkog, sistematskog i teleološkog tumačenja odredbi Direktive proizilazi da one ne dopuštaju zasnivanje izvedenog prava boravka u korist državljanina trećih država koji su članovi porodice građanina Unije u državi članici čiji je taj građanin državljanin.²¹ Međutim, on dalje navodi da je Sud EU priznao da se izvedeno pravo na boravak u određenim okolnostima ipak može priznati i to na temelju čl.21. UFEU, te da je u tom okviru, po analogiji, trebalo primeniti Direktivu.²² OP ovu tvrdnju objašnjava činjenicom da dejstvo čl.21. UFEU zahteva da se porodični život građanina EU, koji je zasnovan i koji se ustalio u jednoj državi članici, može nastaviti nakon njegovog povratka u državu članicu čiji je državljanin, tako što će se članu njegove porodice, koji je državljanin treće države, odobriti izvedeno pravo na boravak. Kada ne bi postojalo takvo izvedeno pravo na boravak, kako navodi OP, građanin Unije bi mogao biti obeshrabren ako želi da napusti državu čiji je državljanin, zbog neizvesnosti da će u drugoj državi članici moći da nastavi svoj porodični život.²³

²⁰ ECLI:EU:C:2018:2.

²¹ T. 23. Mišljenja OP. (V. presudu iz 2014. godine O. i B. C-456/12, EU:C:2014:135, t. 37; presudu iz 2017. godine Chavez-Vilchez i dr., C-133/15, EU:C:2017:354, t. 53; presudu iz 2017. godine Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, t. 33.

²² T. 24. V. u tom smislu navedene presude O.i B. C-456/12, EU:C:2014:135, t.5 0. i 61.; presudu Chavez-Vilchez i dr., C-133/15, EU:C:2017:354, t.5 4. i 55. iz 2017. godine Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, t. 46. i 61.

²³ T. 25. i 26. Mišljenja OP.

Prava koja se odredbom čl.21. UFEU priznaju državljanima država članica, uključuju i pravo na vođenje normalnog porodičnog života u državi članici domaćinu, ali i u državi članici njihovog državljanstva ukoliko se u tu državu članicu vrate.²⁴ U vezi sa tim, ključno pitanje za ovaj slučaj je da li se u „članove porodice“ ubraja državljanin treće države koji je istog pola kao i građanin Unije, sa kojim je sklopio brak u državi članici shodno njenom pravu. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li se Hamilton, koji je zakonito sklopio brak sa Coman-om može smatrati članom njegove porodice budući da su istog pola. U odgovoru na ovo pitanje OP podseća da se u čl.2.(2)(a) Direktive, koja je analogijom primenljiva na slučaj *Coman*, izričito navodi da je „bračni drug“, „član porodice“. Međutim, kako u Direktivi nije definisan pojam „bračnog druga“, i kako iz njenog teksta ne proizilazi eksplicitno da on obuhvata i istopolnog bračnog druga, razmišljanja OP o ovom pitanju su se bazirala na dva različita pristupa ovom problemu. Naime, prema mišljenju stranaka u glavnom postupku, holandske vlade i Komisije, čl.2.(2)(a) Direktive treba tumačiti autonomno i ujednačeno. U skladu sa tim, pojam „bračni drug“ odnosi se i na državljanina treće zemlje koji je istog pola kao i građanin Unije sa kojim je zakonito sklopio brak u državi članici. Suprotno tome, rumunska, letonska, mađarska i poljska vlada smatraju da taj pojam nije obuhvaćen pravom Unije i da ga s toga, treba definisati u skladu i smislu prava države članice domaćina.²⁵

Na prigovor letonske vlade da koncept braka, kao osetljivo pitanje, spada u nacionalni identitet države članice, OP odgovara da se obaveza poštovanja tog identiteta, ustanovljena čl.4.(2) UEU, ne može tumačiti nezavisno od obaveze lojalne saradnje iz st.3. te odredbe.²⁶ S druge strane, OP je razmatrao istoriju Direktive i na temelju samih pripremnih akata zaključio da su odabrane reči namerno neutralne. Naime, iako je Komisija u svom prvobitnom predlogu već upotrebila pojam

²⁴ T. 26. Mišljenja OP.

²⁵ T. 31. Mišljenja OP.

²⁶ T. 40. Mišljenja OP. Preciznije, u vezi sa tumačenjem nacionalnog identiteta OP je istakao dve napomene. U prvoj, on navodi da se u stvarima koje se odnose na bračno stanje ne odstupa od pravila ustanovljenog u sudskoj praksi, prema kome države članice treba da izvršavaju svoju nadležnost u skladu sa pravom Unije, uzimajući u obzir da je sud izričito presudio da odredbe koje se odnose na načelo nediskriminacije treba poštovati u izvršavanju te nadležnosti (v. presude *Maruko* iz 2008.g. (C-267/06, EU:C:2008:179, t.59.) i *Parris* iz 2016.g. (C-443/15, EU:C:2016:897, t.58.). U drugoj napomeni OP ističe da se pravni problem o kome se radi u glavnom postupku ne odnosi na legalizaciju istopolnog braka, nego na slobodu kretanja građanina Unije. U tom smislu on napominje da, iako su države članice slobodne da u svom unutrašnjem pravu propišu ili ne propišu istopolni brak, Sud je presudio da situacija koja je uređena propisima koji su *a priori* u nadležnosti država članica, može imati „neodvojivu vezu sa slobodom kretanja građana Unije, pa bi svako odbijanje priznanja državljanima treće države prava ulaska i boravka u državi članici u kojoj boravi taj građanin, bilo u suprotnosti sa tom slobodom“ (t. 38. mišljenja OP).

„bračni drug“ bez druge naznake, Parlament je hteo da se navede neutralnost pola lica dodavanjem pojmova „bez obzira na njihov pol, u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom koje se primenjuje na području“. Međutim, Savet EU je oklevao da da definiciju pojma „bračni drug“ kojim bi se izričito obuhvatili istopolni bračni drugovi jer su u to vreme samo dve države članice donele zakone kojima se dopušta istopolni brak. Uzimajući u obzir zabrinutost Saveta, Komisija je odlučila „ograničiti svoj predlog na pojam bračnog druga koji u načelu podrazumeva bračnog druga različitog pola, *osim u slučaju buduće promene*“.²⁷ Po mišljenju OP, Komisija je ovim izričito naglasila mogućnost promene po tom pitanju, što znači da se pojam „bračni drug“ ne može tumačiti nezavisno od promena u društvu. Tako, na bazi konteksta i cilja koji se Direktivom želi postići, OP zaključuje da je pojam „bračni drug“ u smislu Direktive 2004/38 rodno neutralan i da ga treba tumačiti nezavisno od pola dotičnih osoba i mesta sklapanja braka.²⁸ Nadalje, pozivajući se na već izražena mišljenja,²⁹ OP potvrđuje da se pravo Unije mora tumačiti „s obzirom na današnje okolnosti“, odnosno u skladu sa „savremenom stvarnošću“ Unije.³⁰ On dalje navodi da pravo ne može biti izolovano od društvene stvarnosti, niti može biti izuzeto od što je moguće bržeg prilagođavanja toj stvarnosti. U suprotnom, postojala bi opasnost od nametanja zastarelih gledišta, a time i preuzimanja statične uloge.³¹ Uzimajući u obzir da sad na svim kontinentima postoji ova vrsta braka, OP ističe da ta činjenica nije povezana sa nekom kulturom ili određenim istorijskim razdobljem, već naprotiv, da odgovara univerzalnom priznavanju različitih oblika porodice.³² Konačno, definicija „bračni drug“ koja bi se odnosila samo na heteroseksualni brak, prema mišljenju OP bi neizbežno dovela do diskriminacije na temelju seksualne orijentacije.³³ U tom smislu OP zaključuje da široko tumačenje pojma „bračni drug“ pruža optimalno poštovanje porodičnog života garantovanog članom 7. Povelje, ostavljajući pritom državama članicama slobodu da dopuste ili ne dopuste istopolni brak.³⁴

²⁷ T. 51.

²⁸ T. 49. i t. 53.

²⁹ V. mišljenje OP N. Wahla u predmetu Haralambidis (C-270/13, EU:C:2014:1358, t.52) i mišljenje OP M. Szpunara u predmetu McCarty i dr. (C-202/13, EU:C:2014:345, t. 63).

³⁰ Statistički podaci pokazuju da je broj zemalja Unije koje dozvoljavaju zaključenje istopolnog braka, od vremena donošenja Direktive do momenta kada se o ovom predmetu raspravljalo, izuzetno porastao.

³¹ T. 56.

³² T. 58.

³³ T. 75.

³⁴ T. 67.

PRESUDA SUDA PRAVDE

Sud EU se složio sa mišljenjem OP Wathelet, kao i sa većinom mišljenja zastupljenih u literaturi. U uvodnim napomenama u kojima se bavio prethodnim pitanjima, Sud EU je naglasio da je Direktiva 2004/38 doneta sa ciljem da olakša ostvarivanje osnovnog i individualnog prava slobodnog kretanja i boravka na teritoriji država članica koje je direktno dodeljeno građanima Unije članom 21. UFEU. Nadalje, istakao je da se Direktiva 2004/38 primenjuje na sve građane Unije koji se useljavaju ili borave u državi članici koja nije država njihovog državljanstva, kao i na članove njihovih porodica koji ih prate ili im se pridružuju.³⁵ Sud EU međutim, naglašava da Direktiva 2004/38 propisuje samo uslove za ulazak i boravak građanina Unije u državama članicama i da ona ne dopušta zasnivanje izvedenog prava na boravak u korist člana porodice koji je državljanin treće države, prilikom njihovog povratka u državu porekla dotičnog građanina Unije.³⁶ Iz ovoga sledi da se izvedeno pravo Hamiltona na boravak ne može temeljiti na Direktivi 2004/38 čije je tumačenje tražio rumunski Ustavni sud.³⁷ Međutim, na osnovu sveobuhvatnog tumačenja prava Unije i na osnovu već donetih presuda, Sud EU je zaključio da se takvo izvedeno pravo ipak može priznati i to na temelju čl.21.(1) UFEU.³⁸ U tom smislu, Sud EU je istakao da kada je građanin Unije na temelju Direktive 2004/38 i u skladu sa uslovima koje ona propisuje, stvarno boravio u državi članici koja nije zemlja njegovog porekla, te je tom prilikom u toj državi članici zasnovao ili ustalio porodični život, on na osnovu čl.21.UFEU, ima pravo da svoj porodični život nastavi nakon povratka u državu svog porekla, pa članu njegove porodice, koji je državljanin treće države treba odobriti izvedeno pravo na boravak.³⁹ U suprotnom, zbog pravne nesigurnosti, građani Unije bi bili obeshrabreni da napuštaju državu svog porekla.

U svetlu ovih razmatranja Sud EU je odgovorio i na konkretna pitanja rumunskog suda koji je uputio zahtev.

U vezi sa pitanjem da li se u „članove porodice“ ubraja državljanin treće države koji je istog pola kao i građanin Unije sa kojim je zakonito sklopio brak u državi članici, Sud EU podseća da se u čl.2.(2)(a) Direktive 2004/38, koja je analogijom primenljiva na slučaj iz glavnog postupka, izričito navodi da je

³⁵ T. 18. i 19. Odluke Suda.

³⁶ T. 20. Odluke Suda.

³⁷ T. 21. Odluke Suda.

³⁸ T. 23. Odluke Suda. V. presudu Lounes, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, t. 46.

³⁹ T. 24. Odluke Suda.

„bračni drug“ „član porodice“,⁴⁰ da je ovaj pojam u smislu Direktive 2004/38 rodno neutralan i da može obuhvatiti istopolnog bračnog druga,⁴¹ te da se država članica ne može pozivati na svoje nacionalno pravo kako bi se samo u pogledu odobravanja izvedenog prava na boravak usprotivila da na svojoj teritoriji prizna brak koji je on sklopio sa građaninom Unije.⁴² Posledica takvog odbijanja, po oceni Suda EU, jeste da građanin Unije može biti lišen mogućnosti da se u pratnji svog bračnog druga vrati u državu članicu svog državljanstva. Osim toga, Sud EU je u više navrata utvrdio da pojam „javni poredak“, kao opravdanje za odstupanje od osnovne slobode treba tumačiti usko i da se na njega može pozivati samo u slučaju stvarne i dovoljno ozbiljne opasnosti koja utiče na temeljni interes društva.⁴³ S tim u vezi, Sud EU navodi da se obaveza države članice da prizna istopolni brak odnosi samo na izvedeno pravo na boravak državljaninu treće države i da ta obaveza ne podrazumeva da navedena država članica u svom nacionalnom pravu mora da propiše instituciju istopolnog braka. Prema oceni Suda EU, obaveza priznanja na koju se ukazuje ne povređuje nacionalni identitet niti predstavlja pretnju javnom poretku te države.⁴⁴

U odgovoru na drugo pitanje Sud EU ističe da građanin Unije, u skladu sa čl.21. UFEU, ima pravo da porodični život koji je vodio u jednoj državi članici nastavi nakon povratka u državu čiji je državljanin. U okolnostima koje su poput onih o kojima je reč u glavnom postupku, državljanin treće države, koji je istopolni bračni drug građanina Unije, prema oceni Suda EU, ima pravo na boravak duži od tri meseca u državi čiji je državljanin građanin Unije.⁴⁵

Na treće i četvrto pitanje Sud EU nije smatrao da treba odgovoriti uzimajući u obzir odgovore na prvo i drugo pitanje, pa je na osnovu svega navedenog izrekao presudu:

1. U situaciji u kojoj se građanin Unije koristio svojom slobodom kretanja, nastanjujući se i stvarno boraveći, u skladu sa uslovima iz čl.7. Direktive 2004/38 u državi članici različitoj od one čiji je državljanin, te koji je tom prilikom zasnovao ili ustalio porodični život sa državljaninom treće države istog pola sa kojim se sjedinio zakonitim brakom u državi članici domaćinu, odbijanje nadležnih tela države članice čiji je državljanin građanin Unije da odobre pravo na boravak navedenom

⁴⁰ T. 33. Odluke Suda.

⁴¹ T. 35. Odluke Suda.

⁴² T. 36. Odluke Suda.

⁴³ T. 44. Odluke Suda.

⁴⁴ T. 45. i 46. Odluke Suda.

⁴⁵ T. 52-56.

državljaninu treće države, zbog toga što pravo navedene države ne predviđa istopolni brak, protivno je čl.21.st.1 UFEU.

2. Član 21. st.1. UFEU treba tumačiti na način da, u okolnostima poput onih o kojima je reč u glavnom postupku, državljanin treće države koji je istog pola kao i građanin Unije s kojim je u državi članici sklopio brak u skladu sa pravom te države članice, ima pravo na boravak duži od tri meseca na teritoriji države članice čiji je državljanin građanin Unije. To izvedeno pravo na boravak ne može se podvrgnuti strožim uslovima nego što su oni propisani u čl.7. Direktive 2004/38.

Posle ove odluke Suda EU, sve države EU koje ne priznaju istopolni brak moraju poštovati pravo na nastanjivanje istopolnih bračnih supružnika koji na njihovoj teritoriji žele da žive zajedno.

ANALIZA SLUČAJA

Na *Coman* odluku se u stručnoj i opštoj javnosti dugo čekalo. Otuda je nje-no donošenje izazvalo veliku pažnju medija, pravnih blogova i publikacija, a bilo je svakako i prijatno iznenađenje za LGBT organizacije, advokate, naučne krugove zainteresovane za LGBT prava, a naročito za istopolne bračne partnere.⁴⁶ Ova odluka bi morala da osigura visok stepen pravne sigurnosti i transparentnosti budući da će istopolni bračni parovi od kojih je jedan građanin Unije sada znati da će biti priznati u svakoj državi članici u koju se usele barem kada je u pitanju spajanje porodice.⁴⁷

Značaj odluke *Coman* je nesumnjiv i višestruk. Najpre, posle gotovo 15 godina primene Direktive 2004/38, otklonjene su nejasnoće vezane za pojam „bračni drug“. Dileme više nema – „bračni drug“ obuhvata i istopolnog bračnog partnera. Drugo, Sud EU je jasno stavio do znanja da pravo EU zahteva da uživanje prava na slobodno kretanje i nastanjivanje u drugoj državi članici, ni pod kojim okolnostima ne može dovesti do gubitka bračnog statusa građanina Unije koje je zakonito stekao u državi članici iz koje se seli, bar kada je u pitanju pravo na spajanje porodice. Drugim rečima, iako su porodični odnosi u nadležnosti država članica, one se posle ove odluke, u okolnostima koje ulaze u područje primene prava EU, ne mogu pozivati na nacionalni identitet i javni poredak kako bi zaštitile i sačuvale tradicionalnu porodicu, jer u slučaju sukoba između prava EU i nacionalnog prava država članica,

⁴⁶ V. Alina Tryfonidou, *An Analysis of the ECJ Ruling in Case C-673/16 Coman – The Right of Same-Sex Spouses under EU Law to Move Freely Between EU Member States*, Research report for Nelfa, January 2019. 11. www.nelfa.org. 2019/01 pdf, 15.09.2021.

⁴⁷ *Ibidem*.

prednost u primeni ima pravo EU i to na temelju principa superiornosti⁴⁸ i principa proporcionalnosti.⁴⁹ Dakle, ovom, kao i ranijim svojim odlukama, Sud EU je jasno stavio do znanja da javni poredak, kao opravdanje za nepoštovanje osnovnih sloboda mora biti tumačen usko, tako da se njegov obim ne može određivati unilateralno od svake države članice bez kontrole EU institucija. U tom smislu, države članice treba pažljivo da procene osnove za moguće odbijanje priznanja ličnog statusa kako se ne bi sprečila delotvornost EU prava, odnosno, njegova eventualna povreda. Zato nadležnost nacionalnih organa mora uvek biti u skladu sa EU pravom što opravdava intervenciju Suda pravde EU. Treće, ovom odlukom Sud EU nije nametnuo obavezu svim državama članicama da uvedu instituciju istopolnog braka ili partnerstva, jer bi to bilo ne samo sporno zbog ograničene nadležnosti EU u ovoj oblasti, već bi bilo i izlišno sa aspekta prakse Evropskog suda za ljudska prava budući da je ona već ustanovila obavezu državama članicama da stvore pravni okvir koji bi omogućio priznanje i zaštitu istopolnih zajednica.⁵⁰ Drugim rečima, od država članica se ne zahteva da modifikuju „prirodu institucije“ heteroseksualnog braka, već da moraju priznati status koji proizilazi iz istopolnog braka, bar kada je u pitanju pravo na spajanje porodice. Na ovaj način se obezbeđuje kontinuitet ličnog statusa ne samo u vremenu, već i u prostoru. Konačno, priznanjem prava koje je izvedeno iz istopolnog braka praktično se indirektno priznaje i sam istopolni brak. Tačno je da se to ne čini u punom kapacitetu, ali je za sada od značaja da se to čini bar u svrhu uživanja jednog prava izvedenog iz braka.

Iako je pozdravljena, odluka Suda EU u slučaju *Coman* je naišla i na kritičke komentare, kako zbog svog ograničenog dejstva, tako i zbog nekih pitanja koja su još uvek ostala nejasna i otvorena. Tako se navodi da iako je OP u svom mišljenju istakao da je pojam „bračni drug“ „nezavistan od mesta gde je brak zaključen“, Sud EU u odluci govori o braku koji je „zaključen u državi članici, u skladu sa pravom te države“.⁵¹ Potpuno razumljivo usledilo je pitanje da li to znači da istopolni brak koji je zakonito zaključen na primer, u SAD ili Kanadi ne bi imao nikakve koristi

⁴⁸ Radovan Vukadinović, *Pravo EU*, Kragujevac, 2006, 156.

⁴⁹ Princip proporcionalnosti zahteva da mere koje donosi EU svojim oblikom i sadržajem ostanu unutar onoga što je neophodno za ostvarenje cilja koji slede. Vredi za sve vrste nadležnosti EU, a ispituje se na osnovu kriterijuma prikladnosti, neophodnosti i primerenosti. V. Zlatan Meškić, Darko Samardžić, *Pravo Evropske Unije I*, Sarajevo, 2012, 228.

⁵⁰ Dimitry Vladimirovich Kochenov, Uladzislaw Belavusau, „After the Celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 27, No. 5, 2020, 557-558. V. odluku *Oliari and others v. Italy*, t. 2.

⁵¹ Tačke 33, 35, 36, 39, 40, 42, 45, 51, 52, 56. Odluke Suda.

od odluke *Coman*, odnosno, da li bi u slučaju da su Hamilton i Coman zaključili brak u Njujorku umesto u Briselu, Sud EU odlučio da Rumunija nema obavezu da prizna taj brak.⁵² Kako iz same odluke ne proizilazi odgovor, ističe se predlog ili da uslov da je brak zaključen u državi članici treba da važi za svaki brak (i heteroseksualni i istopolni) ili da za istopolni brak nije bitno gde je zaključen, što bi bilo u skladu sa principom nediskriminacije, istaknutom u recitalu 31. Direktive 2004/38 i čl. 21. Ugovora o funkcionisanju EU.⁵³

Dalji kritički osvrti na ovu odluku upućuju na jednonamensko (*single-purpose*) priznanje istopolnog braka i to u oblasti migracijskog prava, što se smatra velikim nedostatkom. Naime, sva druga prava koja proizilaze iz braka, kao što su pravo na izdržavanje, zakup stana, penziju, bolničke posete, podizanje dece itd. ostaju nedostupna bračnim partnerima iz istopolnog braka, ukoliko se presele u homofobičnu državu članicu.⁵⁴ Kritike se odnose i na upotrebu termina „stvarnog prebivališta ili nastanjenja“ (*genuine residence*) koji se u drugim odnosima i među drugim licima ne pojavljuje u ostalim izvorima EU, te nesumnjivo predstavlja zahtev više od uobičajenog poimanja prebivališta. To je, prema kritičarima, vrlo problematično jer bi moglo da dovede do zloupotrebe prava i dalje diskriminacije gej populacije od strane država članica koje ne priznaju istopolne zajednice.⁵⁵

Interesantna je i opaska da pojam „bračni drug“, dat u odluci *Coman* može imati implikacije i na druge sekundarne izvore EU prava, posebno na Direktivu o pravu na spajanje porodice (*Family Reunification Directive*).⁵⁶ Naime, primenjujući različite direktive, države članice mogu istopolne zajednice tretirati različito, a takva praksa bi nesumnjivo narušila jednoobraznu primenu prava EU. Zato se naglašava da semantičko jedinstvo ključnih pojmova, kao i nediskriminacija porodičnog i privatnog života garantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima nije samo pitanje građanstva, već da to jednako obavezuje države i njihove porodične zakone.⁵⁷

Prema navedenim primedbama se čini da su očekivanja od odluke *Coman* ipak bila prevelika, s obzirom da su neke od njih opravdane, dok se za druge to ne može reći. Tako, na primer, opravdanom primedbom se može smatrati zahtev da je

⁵² A. Tryfonidou, op.cit., 14.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ V. D. Vladimirovich Kochenov, U. Belavusau, op.cit., 562-563.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, L251/12.

⁵⁷ D. Vladimirovich Kochenov, U. Belavusau, op.cit., 565.

istopolni brak zaključen u državi članici. Zar nije dovoljno da je jedan od istopolnih bračnih partnera građanin EU jer se iz tog njegovog statusa i prava na slobodno kretanje unutar EU može izvesti pravo na spajanje porodice. Takođe, opravdana je bojazan da će se i u drugim izvorima EU pod „bračnim drugom“ razumeti i istopolni bračni drug. Međutim, ne može se smatrati opravdanom kritika da je odluka usko ograničena. Tačno je da ona to jeste, ali drugačija nije ni mogla biti s obzirom na mandat koji je Sud EU imao. On je bio ograničen na određena, jasna i precizna pitanja, sva usmerena na priznanje jednog jedinog prava, prava na spajanje porodice. Van toga Sud EU nije mogao odlučivati.

Naravno, ima još značajnih pitanja koja su i dalje ostala nejasna posle ove odluke Suda EU. Naime, istopolne porodice nisu samo faktička, već i pravna realnost u kojoj se razvodi, izdržavanje, nasleđivanje itd. dešavaju i dešavaće se. Kako uglavnom nema eksplicitnih normi koje bi uredile pitanje nadležnosti, merodavnog prava i priznanja i izvršenja sudskih odluka u oblasti istopolnih zajednica života, zakonodavci su praktično teret odgovornosti prebacili na sudove i druge organe relevantne za navedena pitanja. Zato se odgovori na sva nerazjašnjena pitanja mogu očekivati jedino od strane sudske prakse i to u godinama koje slede.

UMESTO ZAKLJUČKA

U danu kada je Sud EU doneo odluku, srećan i nadahnut, Coman je za *Guardian* izjavio: „Sada možemo pogledati u oči bilo kojoj javnoj službi u Rumuniji, kao i u celoj EU, sigurni da je naš odnos jednako vredan i jednako značajan u domenu slobode kretanja unutar EU. Zahvalni smo Sudu EU i brojnim ljudima i institucijama koji su nas podržali, a kroz nas i sve druge istopolne partnere koji se nalaze u istoj situaciji. Ljudsko dostojanstvo je danas pobedilo.“⁵⁸

Danas, tri godine kasnije, Hamilton još uvek nije dobio dozvolu stalnog boravka u Rumuniji. To je bio razlog da Hamilton i Coman, uz pomoć i podršku rumunske LGBT organizacije ACCEPT, podnesu tužbu Sudu za ljudska prava protiv Rumunije, a zbog neimplementacije odluke Suda pravde EU.⁵⁹

Nesporno je da su rumunske vlasti bile dužne da ispoštuju odluku Suda EU i da postupe u skladu sa njom ali, očigledno je da one to nisu učinile. Za takvo postupanje rumunskih vlasti ostajemo bez komentara jer bi svako od njih moglo biti tema za novo istraživanje i novu, posebnu analizu, a to prevazilazi svrhu ovog rada.

⁵⁸ Dostupno na: www.the-guardian.com Tue 5 Jun 2018., 01.10.2021.

⁵⁹ Informacija dostupna na: ilga-europe.org/resources/news/latest-news/europen-court-will-consider-lack-implementation-eu-law-anable-freedom, 25.09.2021.

Prof. Dr. MILENA PETROVIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Kragujevac

THE ECJ'S COMAN JUDGMENT: RECOGNITION OF SAME-SEX MARRIAGE INDIRECTLY?

Summary

In the Coman case, the European Court of Justice was asked whether the term „spouse“ – for the purpose of EU law – includes the same-sex spouse of an EU citizen who has moved between EU Member States. The ECJ answered this question affirmatively, holding that a refusal to recognise a same-sex marriage and the resultant refusal to grant family reunification rights to a Union citizen who moves to another Member State, would constitute an unjustified restriction on the right to free movement that Union citizens enjoy under EU law. This case comment analyses the judgment, arguing that the Court's pronouncement is a very welcome first step towards marriage equality at a cross-border level in the EU. At the same time, the case poses a number of important questions, which will only be answered in case law and practice in the years to come.

Key words: Coman, EU free movement law, same-sex marriage, family reunification rights, LGBT rights

Literatura

- Đurković M., „Homoseksualizam i popularna kultura“, *Politička revija (Political Review)*, vol. 37, br. 3, 2013.
- Kraljić S., „Same-sex partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or no regulation?“, *Same-sex relationships and Beyond- Gender Matters in the EU* (eds. Katharina Boele-Woelki, Angelika Fuchs), 3rd edition, Intersentia, 2017.
- Meškić Z., Samardžić D., *Pravo Evropske Unije I*, Sarajevo, 2012.
- Tryfonidou A., *An Analysis of the ECJ Ruling in Case C-673/16 Coman – The Right of Same-Sex Spouses under EU Law to Move Freely Between EU Member States*, Research report for Nelfa, January 2019, www.nelfa.org. 2019/01 pdf.
- Vladimirovich Kochenov D., Belavusau U., „After the Celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 27, no. 5, 2020.
- Vukadinović R., *Pravo EU*, Kragujevac, 2006.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 05.10.2021.
Prihvaćen: 21.10.2021.

PREGLIEDNI RAD

ČETVRTA SEKCIJA

SUDOVI / ARBITRAŽA

MIHAJLO DIKA

O TROŠKOVIMA UČINJENIM TIJEKOM I U POVODU PARNIČNOG POSTUPKA U HRVATSKOM PRAVU

U radu se s aspekta hrvatskog prava, ali, s obzirom na bitnu podudarnost njegove normativne osnove s onom u srpskom Zakonu o parničnom postupku, zapravo i s aspekta tog prava, nastoji – polazeći od općeg određenja toga pojma kao troškova učinjenih tijekom i u povodu parničnog postupka – odrediti opći pojam troškova parničnog postupka, te sastavnica toga pojma – troškova učinjenih tijekom parničnog postupka i troškova učinjenih u povodu toga postupka. Posebno se dodatno analizira status pret(mimo)parničnih troškova čija se naknada ostvaruje u parničnom postupku kao naknada troškova toga postupka i status takvih troškova koji se u parničnom postupku ostvaruju kao glavni ili sporedni zahtjev.

Ključne riječi: *parnični postupak, parnični troškovi*

U V O D

U hrvatskom pravu, jednako kao i u srpskom, osnove materije parničnog troškovnog materijalnog i postupovnog prava uređene su zakonima o parničnom postupku, i to odredbama glave dvanaeste tih zakona („Troškovi postupka“; 151.-176. hr. ZPP.a,¹ čl. 150.-173. srb. ZPP-a²).

Prof. dr. sc. Mihajlo Dika, emeritus Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

¹ Hr. ZPP: hrvatski Zakon o parničnom postupku (SL SFRJ 4/1977, 36/1977, 6/1980, 36/1980, 43/1982, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991; NN 26/1991, 53/1991, 91/1992, 112/1999, 112/1999, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 79/2019). Kraticom ZPP 77 označavat će se ZPP SFRJ iz 1977. Za označavanje odluka sudova koristit će se standardne kratice za označavanje sudova koji su ih donijeli, npr. kratica VSRH za označavanje Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Za označavanje časopisa u kojima su objavljeni radovi na koje se poziva u ogledu koristit će se njihove standardne kratice, npr. kratica NZ za označavanje časopisa „Naša zakonitost“, kratica PSP za označavanje časopisa „Pregled sudske prakse“, itd.

² Srb. ZPP: srpski Zakon o parničnom postupku (SG RS 72/2001. 49/2013, 74/2001, 55/2014, 87/2018, 18/2020).

Polazna opća zakonska definicija pojma parničnih troškova postavljena je odredbom čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a (150/1. srb. ZPP-a), prema kojoj parnične troškove „čine izdaci učinjeni u tijeku ili u povodu postupka“.³ Za određenje pojma parničnih troškova relevantne su, međutim, i daljnje odredbe glave dvanaeste hr. ZPP-a (152.-163.; 151.-162. srb. ZPP-a) kojima su postavljene osnove za određenje posebnih pojmova troškova koji se tiču specifičnih postupovnih situacija na koje se odnose, ali i za preciznije određenje navedenog općeg pojma parničnih troškova (v. *infra ad* II. – IV.). Za određenje pojma parničnih troškova relevantne su svakako i neke druge odredbe zakona o parničnom postupku te odredbe niza drugih zakona pa čak i podzakonskih propisa.

Parnični troškovi obuhvaćaju i nagradu za rad odvjetnika (advokata) i drugih osoba kojima zakon posebno priznaje pravo na nagradu (čl. 151. st. 2. hr. ZPP-a, čl. 150. st. 2. srb. ZPP-a).

Navedenim zakonskim određenjem pojmova troškova parničnog postupka kao troškova učinjenih tijekom i u povodu toga postupka ti su pojmovi određeni *in abstracto* – neovisno o tome je li riječ o takvim troškovima čija se naknada može tražiti *in abstracto* odnosno *in concreto*. To znači da su tim pojmovima obuhvaćeni troškovi parničnog postupka neovisno o tome hoće li ih definitivno snositi procesni subjekt kojemu su nastali ili će imati pravo tražiti njihovu naknadu – *in abstracto* odnosno *in concreto* od drugih procesnih subjekata.

U ovom ogledu, s obzirom na njegov zadani opseg,⁴ određenje pojmova troškova učinjenih tijekom i u povodu parničnog postupka nastojat će se općenito obraditi, što znači da neće biti posebno obrađena problematika troškova pret(mimo)parničnih postupaka, posebno takvih postupaka za mirno rješenje spora kao troškova učinjenih u povodu parničnog postupka.⁵

POJAM PARNIČNIH TROŠKOVA

Neka terminološka pitanja

U zakonu se neujednačeno koriste termini kojima se označavaju izdaci koji mogu biti učinjeni u različitim postupovnim situacijama. U nekim se odredbama

³ Prema odredbi čl. 150. st. 1. srb. ZPP-a., parnični troškovi su izdaci učinjeni u toku i povodom postupka.

⁴ Tim je opsegom determinirana i mjera produbljenosti i iscrpnosti obrade njegovog predmeta.

⁵ Riječ je, uz ostalo, o troškovima posebnih postupaka za mirno rješenje spora iniciranih tijekom parničnog postupka, postupaka radi postizavanja izvansudskog sporazuma o naknadi štete s osiguravateljem, pretparničnih postupaka za ostvarivanje prava iz radnih odnosa, pretparničnih postupaka za mirno rješenje spora u kojima kao stranka sudjeluje Republika Hrvatska itd.

koristi izraz „parnični troškovi“ (čl. 151., 157. hr. ZPP-a; čl. 150., 156., 157., 158. srb. ZPP-a), u drugima „troškovi“ (čl. 129., 152., 153., 154., 155., 156., 159., 160., 161., 162., 163., 164., 165., 167. hr. ZPP-a; čl. 151., 152., 153., 154., 155., 158., 159., 160., 161., 162., 164., 164., 166. srb. ZPP-a), „troškovi izazvani vođenjem postupka“ (čl. 154. hr. ZPP-a;), „troškovi postupka“ (naslov glave dvanaeste ZPP-a; čl. 154.a, 155., 158., 324. hr. ZPP-a), „troškovi nastali u postupku u povodu pravnog lijeka“ (čl. 166. hr. ZPP-a; čl. 165. srb. ZPP-a), „troškovi cijelog postupka“ (čl. 166/2. hr. ZPP-a; čl. 165/1. srb. ZPP-a), „troškovi postupka u povodu pravnog lijeka“ (čl. 158., 166. hr. ZPP-a; čl. 157., 165. srb. ZPP-a), „troškovi postupka za osiguranje dokaza“ (čl. 168. hr. ZPP-a; čl. 167. srb. ZPP-a). Ipak, svi se ti izrazi odnose na izdatke koji mogu biti obuhvaćeni općom definicijom pojma parničnih troškova, dakle pojmom izdataka učinjenih tijekom ili u povodu (parničnog) postupka (čl. 151. hr. ZPP-a; čl. 150. srb. ZPP-a).

Neka određenja pojma u jugoslavenskoj i postjugoslavenskoj doktrini

U bivšoj jugoslavenskoj, postjugoslavenskoj i hrvatskoj doktrini pojam parničnih troškova definirao se i definira ili citiranjem čl. 151. ZPP 77 i hr. ZPP-a, odnosno čl. 150. srb. ZPP-a, te pokušajem odvojenog specificiranja troškova koji bi nastali tijekom postupka i onih koji bi nastali u povodu njega,⁶ ili citiranjem te odredbe radi njegovog općenitog određenja, dopunjenog nesistematiziranim navođenjem troškova koji bi bili obuhvaćeni tim pojmom,⁷ odnosno citiranjem te

⁶ Tako Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Zagreb, 2004, 463, definiraju pojam parničnih troškova navodeći zakonsku odredbu koja ih sasvim uopćeno definira (čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a), pozivajući se na to da je taj pojam zakon tako odredio u nemogućnosti da se iscrpno i taksativno nabroje parnični troškovi. Pritom ovi autori, ipak, odvojeno navode izdatke koji su učinjeni tijekom postupka i one učinjene u povodu njega. Izdaci *tijekom* postupka bili bi, npr.: izdaci za pristojbe, za izvođenje i osiguranje dokaza, za održavanje ročišta izvan sudske zgrade, za oglase, osobni troškovi stranaka i zastupnika u vezi s njihovim dolaskom u sud, nagrade za rad odvjetnika i drugih osoba koje imaju pravo na nagradu. Izdaci u *povodu* postupka bili bi, npr., troškovi obvezatnog prethodnog postupka, izvansudske opomene, nagodbe koja nije uspjela, instrukcije punomoćniku, troškovi poštarine i ostali izdaci radi pripremanja za sudjelovanje u parnici, izdaci za osiguranje dokaza i za mjere osiguranja, troškovi prouzrokovani zaključivanjem ugovora o prorogaciji ili o arbitraži. Ovi autori smatraju i da bi u parnične troškove trebalo unijeti i izdatke koje je tužitelj kao ovrhovoditelj imao u prethodnom ovršnom postupku na temelju vjerodostojne isprave, u kojemu je tuženik kao ovršenik podnio prigovor protiv rješenja o ovrši i time doveo, s jedne strane, do prerastanja tog postupka u parnični postupak, a, s druge strane, do obustave ovršnog postupka.

⁷ U tom smislu Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinić, *Građansko procesno pravo*, 17. izdanje, Beograd, 2015, 520, pojam parničnih troškova određuju koristeći zakonsku odredbu čl. 150. st. 1. srb. ZPP-a i (primjerice) navodeći izdatke koji bi, prema njima, bili obuhvaćeni tim pojmom: troškovi za sudske takse, za izvođenje dokaza, za nagradu punomoćniku i za naknadu njegovih troškova,

odredbe, odvojenim specificiranjem troškova koji bi se smatrali troškovima nastalim tijekom postupka i onih nastalim u povodu njega te dopunskom klasifikacijom tih troškova na one koji bi bili troškovi stranaka i onih koji bi bili troškovi suda.⁸

za dnevnicu i putne troškove sudaca i drugih sudskih službenika u slučaju poduzimanja parničnih radnji izvan zgrade suda, za prevođenje i ovjeravanje isprava, za objavljivanje sudskih oglasa, za neuspjeli pokušaj nagodbe prije parnice itd. Slično i Ivo Grbin, „Troškovi parničnog postupka“, *Naša zakonitost*, br. 9-10, Zagreb, 1989, 1066.

⁸ Usp. Jože Juhart, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961, 235 (polazeći od sadržajno u bitnome podudarne odredbe čl. 140. saveznog ZPP-a iz 1956.), prema kome su parnični troškovi izdaci koji nastaju u postupku ili u povodu njega i oni su ili stranački ili sudski troškovi. Stranački troškovi bili bi troškovi koji neposredno opterećuju stranku. Njih mora snositi (trpjeti) stranka koja obavlja procesne radnje ili prigodom pripremanja tih radnji. Stranka snosi troškove za putovanje u sud, poštarine za svoje podneske, sudske takse, odvjetničke i druge troškove. Parnični troškovi stranke su i oni troškovi koje je ona imala prije parnice koji su nastali radi parnice. To su pretparnični troškovi u koje pripadaju troškovi opominjanja protivnika, iako opomena nije bila nužno potrebna, dalje troškovi sudske nagodbe koja nije uspjela, troškovi postupka za osiguranje dokaza, privremenih mjera, izdavanja punomoći, ugovora o arbitraži, o prorogaciji i drugi troškovi. I ti se pretparnični troškovi ubrajaju u parnične troškove jer su nastali radi parnice. Parnični troškovi su i odvjetnički troškovi. To su izdaci koje ima odvjetnik u vezi sa zastupanjem stranke te nagrada koju ima pravo zahtijevati za svoj rad.

Nina Betetto, *Pravdni postopek, Zakon s komentarjem*, 2. knjiga, Ljubljana, 2006, 24, 25, također polazeći od zakonskog uopćeno određenog pojma parničnih troškova (riječ je o čl. 151. slo. ZPP-a iz 1999.), iscrpno i primjerice odvojeno navodi troškove koji bi bili troškovi učinjeni tijekom postupka i troškove koji bi bili učinjeni u povodu («zaradi») njega. Troškovi koji bi nastali tijekom postupka bili bi: izdaci za izvođenje dokaza, za sudske takse, za procesne radnje unutar sudskih zgrada, za putne troškove i troškove zbog izgubljene zarade u vezi sa samim tijekom postupka stranaka i njihovih zakonskih zastupnika, troškovi u vezi s dostavom putem pravne ili fizičke osobe koja obavlja dostavu kao registriranu djelatnost. Troškovi koji bi nastali u povodu postupka bili su razni materijalni troškovi (npr. za fotokopiranje i poštarinu), troškovi osiguranja dokaza prije parnice koji se uvažavaju u parnici, troškovi obvezatnog prethodnog postupka, troškovi izvansudske opomene, troškovi pokušane sudske nagodbe, troškovi pokušaja mirnog rješenja spora jednim od alternativnih oblika rješavanja sporova, ako se parnične stranke nisu drukčije dogovorile, troškovi sporazuma o prorogaciji, troškovi vještaka koje je za njega stranka imala prije parnice, troškovi oštećenika – osiguranika koji se prije podnošenja tužbe obratio osiguravatelju radi naknade štete, troškovi možebitne detektivske usluge, drugi troškovi u okviru pripremanja za sudjelovanje u parničnom postupku ako su nastali u vezi s konkretnim sporom. *Ibidem*, 26, po uzoru na J. Juhart, op.cit., provodi s obzirom na subjekte i distinkciju između stranačkih i sudskih troškova. Troškovi koji terete stranku bili bi njezini putni troškovi, izgubljena plaća ili zarada, izdaci u vezi s poštarinom, sudskim pristojbama te nagrađivanjem odvjetnika i drugih osoba kojima zakon priznaje pravo na nagradu. Stranački troškovi bili bi i troškovi koje je ona imala prije parnice u okviru pripremanja za nju kao i troškovi koji su nastali u povodu postupka. Sudski troškovi bi se dijelili na one koji su povezani s konkretnim sudskim postupkom i izdatke koji su neovisni o individualnom sporu. Među prve bi se ubrajali troškovi za izvođenje pojedinih dokaza (svjedočenje, vještačenje, nagrada za tumače) te putne troškove i dnevnicu kada se službene radnje obavljaju izvan sudske zgrade. Iako bi ti izdaci bili izvorna obveza države, njih zakon, ističe Betetto, s time da strankama nalaze plaćanje predujma, prevaljuje na stranke. Država samo iznimno mora, barem prethodno, pokriti

Pokušaj vlastitog određenja pojma

Zakonsku definiciju pojma parničnih troškova kao izdataka učinjenih „u tijeku ili u povodu postupka“ (čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a) nužno je zbog njene uopćenosti i nedovoljne određenosti višestruko precizirati. Prvo, ona zahtijeva određenje značenja riječi „izdataka“ koja je u njoj upotrijebljena. Drugo, ona nameće potrebu određenja kriterija za razlikovanje između izdataka učinjenih tijekom i onih učinjenih u povodu postupka, što zapravo pretpostavlja određenje pojmova „tijekom postupka“ i „u povodu postupka“. Treće, ona otvara problem kriterija na temelju kojih će se pojedinim od izdataka koji bi mogli biti učinjeni tijekom i u povodu postupka pridati značenje parničnih troškova – općenito ili samo s obzirom na to jesu li učinjeni tijekom ili u povodu postupka, odnosno samo s obzirom na neke specifične situacije koje se mogu javiti tijekom ili u povodu postupka. Četvrto, ona zahtijeva i da se odredi krug procesnih subjekata čiji se izdaci koji su im nastali tijekom i u povodu parničnog postupka mogu smatrati parničnim troškovima – općenito ili s obzirom na to jesu li učinjeni u tijeku ili u povodu postupka, odnosno ovisno o specifičnostima pojedinih postupovnih ili drugih pravnih situacija u kojima mogu biti učinjeni.

Premda pojam izdataka doslovno, u užem smislu, obuhvaća ono što je plaćeno ili što treba platiti u vezi s nečim,⁹ tim pojmom treba obuhvatiti i financijske gubitke koje stranke i drugi procesni subjekti mogu pretrpjeti u povodu parničnog postupka, npr. gubitak zarade, plaće ili nekog drugog prihoda, ali i u obliku nekog drugog oblika štete.

Izdacima učinjenim tijekom postupka treba smatrati one koji su izravno vezani uz pokretanje i vođenje određenog parničnog postupka – redovito uz poduzimanje pojedinih radnji u tom postupku, ali i one koji mogu nastati u povodu određenih troškovnogenektivnih okolnosti, nastupjelih tijekom postupka, koje nemaju značenje parničnih radnji, poput, npr., smrti stranke. Pojmom troškova učinjenih tijekom postupka treba u širem smislu obuhvatiti i troškove tom postupku prethodećeg postupka određivanja ovrhe na temelju vjerodostojne isprave, koji se nakon podnošenja prigovora nastavlja kao parnični postupak (čl. 58. OZ),¹⁰ analogno kao što su sastavni dio troškova parničnog postupka nastavljenog nakon podnošenja prigovora protiv platnog naloga i troškovi tom postupku prethodećeg postupka za izdavanje platnog naloga (450., 456. hr. ZPP-a).

sudske troškove. Druga skupina sudskih troškova su troškovi za rad sudova kao državnih organa. Njih djelomično pokrivaju parnične stranke plaćanjem sudskih pristojbi. Parnični troškovi obuhvaćaju i nagradu odvjetnika i drugih osoba kojima zakon priznaje pravo na nagradu.

⁹ Prema *Rječniku hrvatskog jezika*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža i Školska knjiga, Zagreb, 2000, 386, izdatak je novac koji se potroši za zadovoljenje različitih potreba, trošak.

¹⁰ OZ: Ovršni zakon, NN 112/2012, 25/2013, 93/2014, 55/2016, 73/2017, 131/2020.).

Troškovi koji su učinjeni u povodu parničnog postupka su troškovi koji su nastali u vezi s radnjama koje su stranke i eventualno drugi sudionici u postupku poduzeli prije pokretanja određenog parničnog postupka, i to radi pripreme njegova vođenja odnosno radi otklanjanja potrebe njegova vođenja, ili za vrijeme vođenja toga postupka, ali izvan njega, također u funkciji pripreme njegova vođenja odnosno radi otklanjanja potrebe njegova vođenja. To, svakako, mogu biti i troškovi u vezi s radnjama koje su poduzete radi pripremanja radnji kojima će se inicirati postupci u povodu izvanrednih pravnih lijekova. Značenje troškova učinjenih u povodu parničnog postupka treba pridati i troškovima koji nastanu u vezi s drugim troškovnogenativnim okolnostima koje nastupe u povodu toga postupka.¹¹

Opća definicija pojma parničnih troškova (čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a) omogućava da se pojmom izdataka učinjenih tijekom parničnog postupka obuhvate izdaci koji mogu nastati svim procesnim subjektima tijekom toga postupka – strankama, umješćima, sudu, svjedocima, vještacima, tumačima i drugim sudionicima u postupku koji u njemu mogu nastupiti u raznim svojstvima i funkcijama. Određenje kruga subjekata čijim se izdacima može priznati svojstvo parničnih troškova učinjenih u povodu postupka ovisi, međutim, o određenju pojma „u povodu postupka“, ali i o subjektima kojima oni mogu nastati u vezi s pravnim situacijama koje mogu biti obuhvaćene tim pojmom. To će svakako biti izdaci stranaka i umješćaa, a hoće li to biti i izdaci drugih mogućih sudionika u naznačenim situacijama, to će ovisiti o vrsti samih izdataka i o specifičnostima pojedinih situacija u kojima mogu biti učinjeni.

Prigodom određenja pojma parničnih troškova potrebno je razlikovati opći pojam tih troškova, kao izdataka učinjenih tijekom i u povodu parničnog postupka (čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a),¹² od pojma parničnih troškova koje su pojedini procesni subjekti dužni prethodno snositi (čl. 152., 153. hr. ZPP-a), pojma parničnih troškova čiju naknadu pojedini procesni subjekti mogu *in abstracto* tražiti od drugih sudionika u postupku, redovito od protivne stranke, odnosno definitivno sami snositi (čl. 154., 156., 157., 158., 159., 160., 161. hr. ZPP-a), te pojma parničnih troškova naknadu kojih pojedini procesni subjekti, redovito stranke, mogu *in concreto* zahtijevati od drugih sudionika u postupku, redovito od protivne stranke, odnosno definitivno sami snositi (čl. 155. hr. ZPP-a).¹³

¹¹ Značenje drugih troškovnogenativnih okolnosti mogu imati, npr., smrt ili bolest koje od stranaka, prestanak radu u sudu zbog nekih izvanrednih okolnosti itd.

¹² Zapravo je definicijom iz čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a naznačen samo orijentacijski krug izdataka kojima bi se moglo priznati svojstvo parničnih troškova.

¹³ Budući da se svim troškovima kojima se *in abstracto* priznaje svojstvo parničnih troškova ne priznaje svojstvo troškova čija se naknada može *in abstracto* tražiti, odnosno s obzirom na to

Troškovi koje stranke snose – prethodno ili definitivno, odnosno separatno – tijekom i u povodu određenog parničnog postupka spadaju, svakako, u načelu, u troškove toga postupka. To isto treba vrijediti i za sud kad iz svojih proračunskih sredstava, *ex officio* ili na zahtjev nekog od sudionika, predujmljuje sredstva za poduzimanja nekih postupovnih radnji (čl. 153. st. 5. hr. ZPP-a) pa čak i definitivno snosi neke od tih izdataka (čl. 154. st. 6. hr. ZPP-a). Konačno, budući da i drugi sudionici u postupku (umješači; imenovani prethodnici i treći obaviješteni o parnici; zastupnici; svjedoci; vještaci; tumači, itd.) mogu tijekom ili u povodu parničnog postupka imati troškove u vezi s obavljanjem određenih radnji tijekom postupka, a neki od njih i tražiti da im se predujme sredstva za njihovo pokriće, odnosno tražiti njihovu naknadu, ali biti i osuđeni da ih naknade drugima, nužno je pojmom parničnih troškova obuhvatiti i te izdatke.

Određenje izdataka kojima se priznaje svojstvo parničnih troškova – neovisno o tome jesu li učinjeni tijekom ili u povodu postupka – provodi se primjenom dviju metoda.

Nekim je izdacima zakonskim i/ili podzakonskim propisima, ali, iznimno, i drugim općim aktima, izriječno ili posredno, priznato svojstvo parničnih troškova. Tako je odredbom čl. 151. st. 2. hr. ZPP-a propisano da parnični troškovi obuhvaćaju i nagradu za rad odvjetnika i drugih osoba kojima zakon priznaje pravo na nagradu.¹⁴ Ta je odredba dopunjena odredbom čl. 155. st. 2. hr. ZPP-a, prema kojoj, ako je za nagradu odvjetnika ili za druge troškove propisana tarifa, takvi se troškovi odmjeravaju prema toj tarifi. Pritom pod pojmom tarife u kontekstu te odredbe treba razumjeti i neki drugi opći pravni akt koji sadrži (izravno ili posredno) pravila o tome kojim se izdacima može priznati svojstvo troškova parničnog postupka te mjerila za utvrđivanje njihove visine, npr. zakon¹⁵ ili pravilnik nadležnog državnog tijela ili opći akt nedržavnog pravnog subjekta.¹⁶

da se svim troškovima čija se naknada može *in abstracto* tražiti neće priznati i značenje troškova čija će se naknada moći tražiti u pojedinim slučajevima, zato što će to ovisiti o ocjeni suda jesu li oni u tim slučajevima biti potrebni za svrhovito vođenje parnice (*arg. ex* čl. 154. st. 2. i čl. 155. hr. ZPP-a), valja razlikovati i između pojma troškova kojima se *in abstracto* priznaje svojstvo parničnih troškova, pojma parničnih troškova čija se naknada može *in abstracto* tražiti i pojma takvih troškova čija se naknada može *in concreto* tražiti.

¹⁴ Odvjetnička tarifa je mjerodavna i za uvrđivanje prava stranke koju zastupa državno odvjetništvo da traži naknadu troškova i nagradu u povodu takva zastupanja (*arg. ex* čl. 163. hr. ZPP-a).

¹⁵ Npr. hrvatski Zakon o sudskim pristojbama (NN 74/95, 57/96, 137/02, (26/03), 125/11, 112/12, 157/13, 110/15.), koji sadrži i tarifu po kojoj se te pristojbe obračunavaju.

¹⁶ Npr. odluke o naknadi troškova postupka mirenja pred pojedinim centrima za mirenje.

Za izdatke koji se kao parnični troškovi ne mogu identificirati primjenom prve navedene metode, sudskoj je praksi prepušteno da tumačenjem pravnog standarda parnični troškovi zauzme stav o tome može li im se priznati to svojstvo. To se u prvom redu tiče „osobnih“ izdataka stranaka i umješaa. U tom će smislu određenje izdataka kojima se priznaje svojstvo parničnih troškova biti dijelom i sudsko-pravna kreacija. Sudskoj je praksi, svakako, prepušteno da pobliže odredi značenje i domašaj općih normi kojima je nekim od izdataka priznato svojstvo parničnih troškova – općenito ili s obzirom na specifične procesne situacije.

Uzimajući u obzir ono što je *supra* rečeno, opći pojam troškova parničnog postupka bilo bi moguće odrediti u smislu da su to izravni ili posredni financijski izdaci, uključujući i gubitke, koje tijekom takvog postupka ili u povodu njega mogu imati stranke, sud i drugi procesni subjekti, neovisno o tome tko ih je prethodno snosio, odnosno tko će ih biti dužan konačno ili separatno naknaditi ili snositi (*arg. ex čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a*), izdaci kojima je to svojstvo izrijekom priznato zakonom ili kojim drugim općim pravnim aktom, odnosno pravnokreativnom djelatnošću sudske prakse.

OPĆENITO O TROŠKOVIMA UČINJENIM TIJEKOM PARNIČNOG POSTUPKA

Općenito

Troškovi nastali tijekom parničnog postupka su troškovi stranaka, umješaa, svjedoka, vještaka i drugih sudionika u postupku te stanoviti troškovi suda – koje su ti procesni subjekti imali u određenom postupku u vezi s radnjama koje su u njemu poduzeli ili koji su im u tom postupku nastali u vezi s drugim troškovnogenrativnim okolnostima koje su se dogodile tijekom toga postupka. U te troškove spadaju i troškovi za sudske pristojbe koje su neki od sudionika u postupku platili ili su dužni platiti u vezi s radnjama koje su u njemu poduzeli.

Troškovi stranaka i umešaa

U troškove koji strankama nastanu tijekom parničnog postupka svakako spadaju:

(1) izdaci nastali u vezi s njihovim osobnim dolaskom na sud, odnosno u vezi s radnjama koje su izravno poduzele u postupku u tom svojstvu ili u vezi s njihovim očitovanjima ili saslušanjem u svrhu dokazivanja (putni troškovi, troškovi smještaja, dnevnice i izgubljena zarada u povodu dolaska na ročišta);

(2) njihovi izdaci za sudske pristojbe. Sudske pristojbe, naime, nisu sudski troškovi, već troškovi stranaka i drugih sudionika u postupku koji se tiču naknada koje oni moraju platiti državi u vezi s obavljanjem određenih radnji u postupku;

(3) sredstava koja su stranke predujmile (predujmili) radi pokrića troškova izvođenja određenih dokaza, npr. radi provedbe uviđaja, pribavljanja isprava, saslušanja svjedoka, obavljanja vještačenja, saslušanja stranaka, ali i naknadni izdaci za pokriće tih troškova. Ovi troškovi obuhvaćaju i troškove osiguranja dokaza tijekom parničnog postupka;

(4) izdaci vezani uz korištenje usluga tumača;

(5) izdaci vezani uz postupovne radnje koje sud poduzima izvan zgrade suda sredstva za poduzimanje kojih je stranka predujmila ili naknadno podmirila;

(6) troškovi zastupanja (naknada troškova zakonskim zastupnicima i zastupnicima po zakonu, naknada troškova punomoćnicima općenito i nagrada određenim kvalificiranim punomoćnicima, posebno odvjetnika;

(7) troškovi privremenog zastupnika postavljenog tuženiku te troškovi u vezi s postavljanjem takva zastupnika tužitelju;

(8) troškovi objavljivanja oglasa u vezi s postavljanjem privremenog zastupnika te troškovi objavljivanja drugih oglasa tijekom postupka;

(9) troškovi posebnih oblika dostave, npr. preko javnog bilježnika;

(10) troškovi incidentalnog postupka priznanja nekih stranih sudskih i arbitražnih odluka provedenih u okviru parničnog postupka u vezi s rješavanjem prethodnih – materijalnopravno i procesnopravno relevantnih – pitanja itd. Troškovi takvih postupaka koji bi se proveli kao posebni postupci izvan parničnog postupka radi primjene njihovih rezultata u tom postupku bili bi troškovi nastali u povodu parničnog postupka;

(11) troškovi incidentalnog postupka za određivanje privremenih mjera unutar parničnog postupka.

Za troškove umješača koji bi imali značenje troškova učinjenih tijekom parničnog postupka vrijedilo bi u načelu ono što je rečeno za takve troškove stranaka.

Troškovi svjedoka, vještaka, tumača i drugih sudionika u postupku

Troškovi svjedoka, vještaka, tumača i trećih osoba koje mogu sudjelovati u dokazivanju kao troškovi nastali tijekom parničnog postupka su primarno troškovi tih osoba, ali ti troškovi – zato što sredstva za njihovo podmirenje u pravilu predujmaju ili naknadno naknađuju stranke ili, iznimno, umješači, odnosno sud – mogu biti i troškovi stranaka, umješača odnosno suda.

Troškovi suda

Kad je riječ o troškovima suda, potrebno je razlikovati troškove koje su sudu radi poduzimanja određenih radnji dužne predumjeti stranke odnosno umješači, od troškova koje sud pokriva iz svojih proračunskih sredstava.

Sudske pristojbe

Budući da su sudske pristojbe dužne plaćati stranke, umješači i neki drugi sudionici u postupku, izdaci tih subjekata učinjeni s time u vezi su i njihovi parnični troškovi.

OPĆENITO O TROŠKOVIMA UČINJENIM U POVODU PARNIČNOG POSTUPKA

Pojam troškova učinjenih u povodu parničnog postupka, koji nije zakonski definiran, bilo bi moguće odrediti u širem i užem smislu.

U užem smislu to bi bili troškovi nastali u vezi s radnjama poduzetim izvan konkretnog parničnog postupka u funkciji njegova vođenja.¹⁷ To bi, najprije, bili troškovi u vezi s radnjama poduzetim u nekim drugim sudskim i izvansudskim postupcima provedenim prije pokretanja parničnog postupka ili paralelno s njime te troškovi radnji poduzetih izvan tih postupaka,¹⁸ također prije ili uporedo s parničnim postupkom – redovito radi njegova pripremanja, npr. radi prikupljanja procesnog materijala (u pravilu dokaza) koji će se u njemu upotrijebiti. Stav da bi navedene troškove bilo moguće u načelu obuhvatiti pojmom troškova učinjenih u povodu parničnog postupka svoje bi uporište, između ostaloga, mogao naći u odredbi prema kojoj troškove (izvanparničnog) postupka osiguranja dokaza stranaka može naknadno ostvarivati kao dio parničnih troškova prema uspjehu u parnici (čl. 168. st. 2. hr. ZPP-a). Ta bi odredba, naime, *arg. a cohaerentia, a competudine*,

¹⁷ Ivo Grbin, „Vrijednost predmeta spora te troškovi parničnog postupka“, *Godišnjak 14, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, Zagreb, 2007, 456, među parnične troškove svrstava, ne samo parnične troškove koji su neposredno uzrokovani sudjelovanjem stranke i drugih procesnih subjekata u postupku, odnosno koji su nastali obavljanjem procesnih radnji u postupku, nego i izdatke koji nisu u izravnoj vezi s poduzimanjem radnji u postupku, ali služe njegovu vođenju. Značenje troškova u povodu postupka (čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a) imala bi upravo ova druga kategorija troškova – izdataka koji nisu u izravnoj vezi s poduzimanjem radnji u postupku, ali služe njegovom vođenju.

¹⁸ Ti troškovi ne moraju biti rezultat radnji poduzetih pred sudom – usp. GRBIN, Vrijednost predmeta spora, 456.

per analogiam, omogućavala zastupanje stajališta da bi se i troškovima raznih pret(mimo)parničnih postupaka koji bi bili provedeni radi prikupljanja (svojevrsnog osiguranja) procesnog materijala (u pravilu dokaza) koji bi se koristio u eventualnom budućem parničnom postupku moglo pridati značenje troškova koji bi se mogli ostvarivati kao dio parničnih troškova – već prema kriterijima koji bi *in concreto* bili mjerodavni za konačno snošenje tih troškova. Analogno bi trebalo vrijediti i za troškove u vezi s poduzimanjem radnji koje bi u istu svrhu bile poduzete izvan parničnog postupka, npr. za troškove pripremanja priloga uz podneske koji će biti upotrijebljeni u parničnom postupku, poput troškova pribavljanja određenih isprava, troškova njihova fotokopiranja, troškova pribavljanja nekih predmeta uviđaja koji će biti priloženi uz tužbu ili druge podneske, odnosno doneseni u sud.

Troškovima nastalim u povodu parničnog postupka u naznačenom užem smislu trebalo bi smatrati i materijalne izdatke stranaka i drugih sudionika u postupku u vezi s pripremanjem i podnošenjem podnesaka, osim troškova njihova sastavljanja, npr. troškove vezane uz prikupljanje potrebnih podataka, troškove za poštarinu¹⁹ i sl.

U širem smislu pojam troškova učinjenih u povodu parničnog postupka obuhvaćao bi, pored pojma takvih troškova u navedenom užem smislu, i troškove radnji poduzetih u drugim sudskim ili izvansudskim postupcima provedenim zato da bi se otklonila potreba vođenja parničnog postupka, postupcima čiji bi pravozaštitni cilj bio mimoparnično, redovito sporazumno, rješenje spora – neovisno o tome je li njihova pret(mimo)parnična provedba propisana kao obvezatna ili nije. Pored ovih troškova pojam troškova učinjenih u povodu parničnog postupka u širem smislu obuhvaćao bi i troškove raznih drugih radnji koje bi bile poduzete izvan navedenih mimoparničnih postupaka s istim pravozaštitnim ciljem, npr. troškove u vezi sa sastavljanjem i slanjem raznih opomena, poziva, prijedloga itd. koje bi potencijalni tužitelji upućivali potencijalnim tuženicama radi otklanjanja razloga koji bi mogli biti povod za pokretanje parničnog postupka, a ne radi izazivanja određenih materijalnopравnih učinaka.

Postupci čiji je pravozaštini cilj pripremanje vođenja parničnog postupka, redovito prikupljanjem procesnog materijala, mogu biti sudski i izvansudski. Značenje takvog sudskog postupka ima svakako postupak za sudsko osiguranje dokaza (čl. 272. – 276., čl. 168. st. 2. hr. ZPP-a), dok značenje takvog nesudskog postupka ima, npr., postupak javnobilježničkog «osiguranja dokaza» (čl. 90. ZJB).²⁰ Značenje sudskih postupaka mogu imati i različiti izvanparnični postupci koji se provode radi pribavljanja određenih isprava iz sudskih evidencija. Značenje nesudskih

¹⁹ Usp. I. Grbin (1989), op. cit., 1066.

²⁰ ZJB: hrvatski Zakon o javnom bilježništvu, NN NN 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16.

postupaka za prikupljanje procesnog materijala mogu imati i upravni postupci, koji se redovito provode radi pribavljanja isprava iz javnih izvansudskih evidencija. Značenje izvansudskog postupka radi prikuplja procesnog materijala mogu imati i tzv. tehničke arbitraže.

U jednom specifičnom smislu značenje postupaka koji imaju za cilj prikupljanje procesnog materijala koji će se koristiti u budućem parničnom postupku ili u parničnom postupku koji je već pokrenut mogu imati i posebni postupci u kojima se rješavaju prejudicijelna pitanja (čl. 12. hr. ZPP-a; čl. 12. srb. ZPP-a) kao specifična činjenična pitanja.²¹ Ipak, budući da se o troškovima takvih postupaka definitivno odlučuje u tim postupcima, oni neće imati značenje troškova učinjenih u povodu parničnog postupka.

I postupci radi sporazumnog rješenja spora mogu biti sudski i nesudski.

Sudski je postupak postupak radi sklapanja izvanparnične nagodbe (čl. 159. st. 2. hr. ZPP-a, čl. 158. srb. ZPP-a). Sudski je i postupak mirenja na koji parnični sud uputi stranke ili provedbu kojega im je predložio, a koji se provodi pred sudom (čl. 186.d hr. ZPP-a).

Nesudski postupci koji trebaju dovesti do sporazumnog rješenja spora mogu biti dvojaki po svojoj prirodi. Provedba nekih od njih je – izravno ili posredno – propisana kao obvezatna i oni se redovito provode kao pretparnični nesudski postupci. Među takve postupke treba svrstati i nesudske postupke na koje je parnični sud uputio stranke radi pokušaja sporazumnog rješenja spora (čl. 186.d hr. ZPP-a). Značenje obvezatnog pretparničnog postupka radi mirnog rješenja spora ima i takav postupak čija je obvezatna provedba utanačena sporazumom stranaka (*arg. ex* 18. ZMI).²² Obvezatnost tog postupka proizlazi iz okolnosti da njegova prethodna provedba ima značenje pozitivne procesne pretpostavke. Drugi takvi postupci su fakultativni. Njih mogu pokrenuti sudionici u spornom odnosu, iznimno i treći. Oni se mogu provesti kao pretparnični ili kao posebni nesudski postupci uporedo s već pokrenutim parničnim postupkom prije njegova okončanja.²³

²¹ O značenju prejudicijelnih pitanja kao svojevrsnih činjeničnih pitanja usp. Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Utvrđivanje činjenica*, VII. knjiga, Zagreb, 2018., §§ 20/5., 22.-30.

²² ZMI: hrvatski Zakon o mirenju, NN 18/2011. Prema čl. 18. ZMI, ako su se stranke sporazumjele o provođenju mirenja i izrijekom se obvezale da tijekom točno određenog vremenskog razdoblja ili do nastupanja točno određenog uvjeta neće pokretati ili nastavljati sudske, arbitražne ili druge postupke, takav sporazum ima obvezujući učinak. U tom slučaju, sud, arbitri ili druga tijela kod kojih se pokrene postupak o istom predmetu spora, odbacit će na zahtjev druge stranke akt kojim se postupak pokreće ili nastavlja.

²³ Mimoparnični postupak radi sporazumnog rješenja spora mogao bi se svakako provesti i nakon okončanja parničnog postupka. Stranke bi, naime, i u tom postupku mogle naknadno drukčije urediti svoje odnose nego u odluci kojom je okončan parnični postupak.

U vezi sa svim navedenim kategorijama pret(mimo)parničnih postupaka postavlja se zapravo pitanje može li se naknada svih ili nekih od troškova nastalih „u tijeku i u povodu njihove provedbe“²⁴ ostvarivati samo u postupku u «u tijeku i u povodu» kojega su nastali, ili u naknadno pokrenutom ili paralelno vođenom parničnom postupku koji je s njime sadržajno i funkcionalno povezan, odnosno u posebnom parničnom postupku u kojemu bi se o pravu na naknadu tih troškova odlučivalo kao o glavnom pitanju. Trebalo bi uzeti da bi troškovi koji bi nastali tijekom i u povodu svih navedenih postupaka u načelu mogli imati značenje parničnih troškova ako bi to opravdavao njihov pravozaštitni cilj, osim ako se o njima definitivno ne bi odlučivalo u tim postupcima.

Isto značenje kao i troškovi koji mogu nastati „tijekom i u povodu“ pret(mimo)parničnih postupaka imali bi i troškovi učinjeni prigodom poduzimanja ili u povodu poduzimnja pojedinih troškovnogenerativnih radnji ili općenito nastupanja takvih okolnosti.

PRET(MIMO)PARNIČNI TROŠKOVI KOJI SE U PARNIČNOM
POSTUPKU NAKNAĐUJU KAO PARNIČNI TROŠKOVI I TAKVI
TROŠKOVI KOJI SE U PARNIČNOM POSTUPKU OSTVARUJU
KAO GLAVNI ILI SPOREDNI ZAHTJEV

Općenito

Odgovor na pitanje o putu pravne zaštite kojim će se ostvarivati pojedini pretparnični troškovi ovisio bi o tome je li pojedini takav trošak nastao u povodu radnje čije je poduzimanje propisano kao pretpostavka za nastanak neke materijalnopravne posljedice (ovlaštenja, obveze itd.) ili kao pretpostavka dopuštenosti pokretanja parničnog postupka, odnosno u funkciji njegova pripremanja ili otklanjanja potrebe njegova vođenja.

Troškove pretparničnih radnji koje su poduzete ili troškovi pretparničnih postupaka koji su provedeni radi prikupljanja procesnog materijala koji treba upotrijebiti u eventualnom budućem parničnom postupku, dakle troškovi radnji poduzetih odnosno postupaka provedenih u funkciji pripremanja toga postupka, u načelu treba moći ostvarivati kao dio troškova naknadno pokrenutog parničnog postupka. Tome u prilog, *arg. a cohaerentia, a completudine, per analogiam*, ide i odredba, prema kojoj troškove postupka izvanparničnog osiguranja dokaza

²⁴ Troškovima tih postupaka trebalo bi, analogno kao i kad je riječ o troškovima parničnog postupka, smatrati troškove koji su učinjeni tijekom i u povodu tih postupaka (*arg. ex čl. 151. st. 1. hr. ZPP-a*).

stranka može naknadno ostvarivati kao dio parničnih troškova prema uspjehu u parnici (čl. 168. st. 2. hr. ZPP-a).

Ako o provedbi određenog pretparničnog postupka, npr. postupka radi pokušaja mirnog rješenja spora, ovisi dopuštenost pokretanja parničnog postupka, tada se troškovi tog pretparničnog postupka u pravilu trebaju moći ostvarivati kao troškovi naknadno pokrenutog parničnog postupka. U prilog takvog rješenja govori, *per analogiam*, odredba čl. 159. st. 2. hr. ZPP, prema kojoj troškovi nagodbe koja je pokušana (čl. 324. hr. ZPP-a) ali nije uspjela, ulaze u parnične troškove.

Jedino ako bi nakon poduzimanja određenih pretparničnih radnji odnosno provedbe nekih pretparničnih postupaka zbog naknadnog razvitka odnosa među strankama, npr. zato što je dužnik ispunio svoju glavnu obvezu prije pokretanja parničnog postupka, otpala potreba za pokretanjem parničnog postupka radi ostvarivanja materijalnopravnih ovlaštenja radi ostvarenja kojih su poduzete određene pretprocesne radnje odnosno provedeni određeni pretprocesni postupci, naknada troškova tih radnji ili postupaka mogla bi se ostvarivati kao glavni zahtjev u posebnom parničnom postupku.

Ako je zakonom izrijekom rečeno da će se određeni pretparnični troškovi namirivati kao troškovi parničnog postupka, odnosno kao dio glavnog zahtjeva ili kao jedini glavni zahtjev, tada je put ostvarivanja tih troškova utvrđen takvim propisom.

*Troškovi pretparničnog postupka koji se u parničnom postupku
naknađuju kao parnični troškovi*

Prilikom odlučivanja o troškovima postupka sud stranci određuje naknadu samo onih troškova koji su bili potrebni za (svrhovito) vođenje postupka (čl. 154. st. 2., čl. 155. st. 1. reč. 1. hr. ZPP-a).

Troškove obvezatnih pretparničnih postupaka radi pokušaja sporazumnog rješenja spora u načelu treba smatrati troškovima koji su potrebni za ostvarivanje prava stranaka koje su u njemu sudjelovale i naknada tih troškova treba se moći tražiti u parničnom postupku kao naknadu troškova toga postupka. Naime, ako je provedba tih postupaka uvjet za dopuštenost ostvarivanja prava u parničnom postupku, tada je njihova provedba u tom smislu nužna pa stoga i troškove koje su stranke imale u njima u načelu treba smatrati potrebnima, dakle troškovima čija se naknada u načelu treba moći ostvariti u parničnom postupku (čl. 155. st. 1. reč. 1. hr. ZPP-a). Međutim, iako treba uzeti da su troškovi obvezatnih pretparničnih postupaka u gore naznačenom smislu u načelu potrebni za ostvarivanje prava u parničnom postupku, naknadu pojedinih od tih troškova koje su stranke imale

u tim postupcima moguće je tražiti u parničnom postupku samo ako su *in concreto* bili potrebni za (svrhovito) ostvarivanje pravozaštitne svrhe tih postupaka. Naime, ako se troškovi pretparničnih postupaka o kojima je riječ mogu u načelu smatrati troškovima koji se mogu ostvarivati kao troškovi parničnog postupka, tada se u parničnom postupku može tražiti naknada samo onih od tih troškova za koje se može ocijeniti da su bili potrebni za ostvarivanje pravozaštitne svrhe tih postupaka (*arg. ex* čl. 155. st. 1. hr. ZPP-a). U tom je smislu suđeno da oštećenik ima pravo tražiti naknadu odvjetničkih troškova za sastavljanje prijedloga koji je podnio odgovornom osiguravatelju jer je podnošenje takva prijedloga bilo potrebno da se postupak za mirno rješenje spora pokrene, ali i da nema pravo tražiti naknadu takvih troškova za sastavljanje odgovora na dopis osiguravatelja kojim je on taj prijedlog odbio,²⁵ valja uzeti stoga što taj odgovor nije bio u funkciji ostvarivanja pravozaštitne funkcije tog pretparničnog postupka.

Pravo na naknadu «potrebnih» troškova nastalih „u povodu postupka“ može se ostvarivati u parničnom postupku prema istim kriterijima po kojima se naknadu i ostali troškovi parničnog postupka – u pravilu prema načelu predmnijevanog davanja povoda za parnicu, dakle ovisno o uspjehu u parnici, ali i prema drugim mjerodavnim kriterijima kad ima mjesta njihovoj primjeni u pojedinim slučajevima.

*Troškovi pret(mimo)parničnog postupka koji se
u parničnom postupku ostvaruju kao glavni zahtjev*

Troškovi pret(mimo)parničnog postupka, koji može biti i izvansudski, odnosno pretparničnih radnji u parničnom se postupku ostvaruju kao glavni zahtjev odnosno kao njegov (sporedni) dio ako se postupku u kome su nastali ne mogu ostvariti kao troškovi toga postupka. Oni se, najprije, u tom postupku tako ostvaruju ako imaju značenje troškova uzrokovanih radnjama čije poduzimanje ima značenje pretpostavaka za nastupanje određenih materijalnopравnih posljedica. Oni se zatim u tom postupku tako ostvaruju i ako se ne mogu u parničnom postupku ostvarivati kao troškovi toga postupka zato što su otpali razlozi za njegovo vođenje radi ostvarivanja prava radi ostvarenja kojega je bio pokrenut pret(mimo)parnični postupak odnosno poduzeta pret(mimo)parnična radnja. Do toga, npr., može doći u slučaju u kojemu su stranke u pret(mimo)parničnom postupku nagodbom riješile svoj spor, određivši pritom da će o troškovima toga postupka odlučiti sud, ako se one o tome naknadno ne dogovore, eventualno prema određenim kriterijima;

²⁵ VSRH: Rev-147/2010-2 – Izbor odluka VSRH br. 1/2012-223.

do toga, zatim, može doći i ako stranke u tom postupku ne sklope nagodbu, ali protivna stranka samoinicijativno ispuni svoju obvezu i time otkloni potrebu vođenja parničnog postupka radi ostvarenja prava radi ostvarenja kojega je pret(mimo)parnični postupak bio pokrenut; do toga može doći i u slučaju u kojemu je u posebnom pret(mimo)parničnom postupku bilo zatraženo sudsko osiguranje dokaza ili je on inače bio pokrenut radi pripremanja parničnog postupka, pokretanje ili nastavak kojega je naknadno postalo opsoletno.

Ako stranke u pret(mimo)parničnom postupku sklope nagodbu propustivši pritom riješiti i pitanje troškova toga postupka, treba, u načelu, uzeti da su one time riješile i pitanje naknade tih troškova u smislu da svaka od njih snosi svoje troškove toga postupka. Zato ne bi bilo ni materijalnopravne osnove za pokretanje posebnog parničnog postupka radi ostvarivanja njihove naknade. Na prihvaćanje takvog stajališta upućuje, *per analogiam*, odredba prema kojoj svaka stranka snosi svoje troškove ako je parnica završena sudskom nagodbom, a u nagodbi nije drugačije ugovoreno (čl. 159. st. 1. hr. ZPP-a). Stranka koja tvrdi da je volja stranaka prigodom sklapanja nagodbe o kojoj je riječ kojom nije riješeno i pitanje troškova postupka u kojemu je sklopljena bila drukčija, mora to dokazati u parničnom postupku koji pokrene radi njihove naplate.

Ako u pret(mimo)parničnom postupku stranke nisu sklopile nagodbu, ali je neovisno o tome protivna stranka ispunila svoju obvezu zbog čega je otpala potreba vođenja parničnog postupka radi ostvarenja te obveze, stranci prema kojoj je ta obveza tako ispunjena treba priznati pravo da u posebnom parničnom postupku ostvaruje svoju tražbinu na naknadu troškova pret(mimo)parničnog postupka – ako bi i u mjeri u kojoj bi po pravilima općeg obveznog prava na to bila ovlaštena s obzirom na sadržaj njihova odnosa u vezi s kojim je takva nagodba pokušana. Na takav zaključak, *per analogiam*, upućuje i odredba prema kojoj troškovi izvanparnične sudske nagodbe koja je pokušana (čl. 324. hr. ZPP-a), ali nije uspjela ulaze u parnične troškove (čl. 159. st. 2. hr. ZPP-a).

Naime, time što je otvorila mogućnost ostvarivanja naknade troškova jednog neuspjelog specifičnog izvanparničnog (sudskog) nagodbenog postupka prevladavanja spora kao troškova parničnog postupka u kojemu će se o njemu odlučivati, ta odredba indicira postojanje stava zakonodavca da troškove izvanparničnog (sudskog) nagodbenog postupka treba tretirati kao troškove nastavnog parničnog postupka i time im pridati značenje troškova pretpostupka koji je funkcionalno vezan s parničnim postupkom. Ona, međutim, indicira i postojanje jednog šireg načelnog pravopolitičkog stava da treba poticati sporazumno neparnično rješavanje sporova, stava koji je svoju potvrdu dobio i u nizu intervencija u hr. ZPP-u do kojih je došlo tijekom proteklih dvadesetak godina (čl. 186.a, 186.d – 186.g, 288.a, itd.),

stava koji treba naći svoj izraz i u mogućnosti ostvarivanja troškova vezanih uz razne oblike takvog rješavanja sporova kao troškova parničnog postupka, a ako to ne bi bilo moguće, onda u parničnom postupku u kojemu bi zahtjev za njihovu naknadu bio glavni zahtjev ili jedan od takvih zahtjeva.

Ako bi bio proveden postupak izvanparničnog osiguranja dokaza (čl. 272. hr. ZPP-a) nakon provedbe kojega je pokretanja odnosno nastavak vođenja parničnog postupka postalo opsoletno iz različitih razloga, redovito zato što je protivna stranka samoinicijativno ispunila svoju obvezu, trebalo bi u načelu stranci koja je pokrenula taj postupak priznati pravo da u posebnom parničnom postupku traži naknadu troškova toga postupka. Pritom bi ta stranka u tom postupku trebala dokazati da je provedeni izvanparnični postupak bio potreban te da bi se stoga i konkretni u tom postupku nastali troškovi radi ostvarivanja prava radi čijeg su ostvarenja bile poduzete radnje u vezi s kojima su nastali smatrali potrebnima u parničnom postupku do pokretanja kojega ipak nije došlo zato što je protivna stranka nakon što je taj izvanparnični postupak pokrenut samoinicijativno podmirila svoju obvezu. U prilog navedenog stava govori, *per analogiam*, i odredba prema kojoj troškove sudskog postupka za osiguranje dokaza stranka koja ih je dužna prethodno snositi pa i naknaditi protivnoj stranci (čl. 168. st. 1. hr. ZPP-a), može naknadno ostvarivati kao dio parničnih troškova prema uspjehu u parnici (čl. 168. st. 2. hr. ZPP-a).²⁶

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Pravno uređenje hrvatskog parničnog troškovnog prava, jednako kao i srpskog te drugih postjugoslavenskih takvih prava, unatoč svoje relativne uopćenosti i nedovoljne preciznosti, s obzirom na vrijeme primjene normi koje ga definiraju, najprije prema ZPP-u iz 1956., zatim prema ZPP-u iz 1977., a nakon toga prema zakonima o parničnom postupku pojedinih postjugoslavenskih država, u kojima je njegova normativna osnova uglavnom „preživjela“ u bitnome u neizmijenjenom sadržaju, može se uglavnom smatrati „stabiliziranim“ i „protumačenim“. To, međutim, ne znači da se nizom sukcesivnih, treba se nadati promišljenim intervencijama ono ne bi moglo unaprijediti na normativnoj razini. Tome bi svakako mogle u bitnome pridonijeti i doktrinarne elaboracije toga prava kao cjeline ili pojedinih njegovih segmenata. Pritom bi komparativistički orijentirani pristup, čak i u postjugoslavenskim okvirima, mogao imati osobito značenje.

²⁶ U takvoj bi parnici sud trebao prejudicijelno riješiti pitanje bi li stranka imala pravo na naknadu troškova izvanparničnog postupka radi osiguranja dokaza u parničnom postupku koji bi pokrenula da protivna stranka nije samoinicijativno ispunila svoju obvezu.

Prof. Dr. MIHAJLO DIKA
Professor emeritus, Faculty of Law
University of Zagreb

COSTS INCURRED IN THE COURSE AND IN CONNECTION
WITH CIVIL PROCEEDINGS IN CROATIAN LAW

Summary

The paper defines the general notion of the costs of civil proceedings, and their components – the costs incurred during the civil proceedings and the costs incurred in connection with those proceedings. This will be done from the aspect of Croatian law, but, also of Serbian law, considering the similarity of the normative basis of the Croatian and Serbian Law on Civil Procedure. In addition, the status of pre-litigation costs whose compensation is obtained in litigation as compensation for the costs of that procedure and the status of such costs that are obtained in litigation as a part of the main or secondary claim will be analyzed.

Key words: litigation, litigation costs

Literatura

- Betto N., *Pravdni postopek, Zakon s komentarjem*, 2. knjiga, Ljubljana, 2006.
- Grbin I., „Troškovi parničnog potupka“, *Naša zakonitost*, br. 9-10, Zagreb, 1989.
- Grbin I., „Vrijednost predmeta spora te troškovi parničnog postupka“, *Godišnjak 14, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, Zagreb, 2007.
- Dika M., *Građansko parnično pravo, Utvrđivanje činjenica*, VII. knjiga, Zagreb, 2018.
- Juhart J., *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961.
- Poznić B., Rakić-Vodinelić V., *Građansko procesno pravo*, 17. izdanje, Beograd, 2015.
- Triva S., Dika M., *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Zagreb, 2004.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 09.10.2021.

Prihvaćen: 24.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ALEKSANDRA MAGANIĆ

GRAĐANSKI SPOROVI KAO POSLJEDICA COVID-a 19

Pandemija COVID-a 19 nesumnjivo je donijela i donosi brojne promjene u nacionalnim pravnim uređenjima koje se tiču građanskih sudskih postupka. Osim što se bilježi strahovito povećanje broja građanskih sporova, zamjetna su i specifična pravna područja u kojima se ti sporovi pojavljuju kao posljedica pandemije COVID-a 19. Najčešći građanski sporovi proizašli iz takvih okolnosti tiču se radnih odnosa, otkazanih putovanja i turističkih aranžmana, zakašnjenja u ispunjenju ugovornih obveza, ali i naknade štete nastale uslijed zaraze COVID-om 19. Različiti okviri u kojima može doći do zaraze COVID-om 19 poput organiziranih putovanja, posjeta restaurantima, velikih priredbi, ali i odlazaka radi liječenja u bolnice iziskuju da se pokuša odgovoriti na pitanja ostvarivanja potencijalnih zahtjeva za naknadu štete nastalih uslijed propusta odgovornih osoba. Ipak, u središtu naše pozornosti su slučajevi naknade štete zbog zaraze korona virusom. Pored toga, iznimno je zanimljiva i moguća skupna tužba radi zaraze COVID-om 19 do koje je došlo u austrijskom skijalištu Ischglu.

Ključne riječi: građanski sporovi, naknada štete, COVID-19, skupna tužba, grupna tužba

U V O D

Pandemija COVID-a promijenila je svakodnevicu cijelog svijeta na raznorodne načine i u različitim područjima života. Osjećaji obespravljenosti, straha, brige za zdravlje, egzistenciju i posao manifestiraju se u različitim granama

Prof. dr. sc. Aleksandra Maganić, redovni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, e-mail: amaganic@pravo.hr.

prava, kao i različitim postupovnim oblicima koji građanima stoje na raspolaganju. Nesumnjivo je da se i pravo pod utjecajem COVID-a 19 mijenja, prilagođava i dobiva neke nove forme.¹ Istovremeno, svjedoci smo povećanja broja građanskih sporova koji su nastali kao posljedica COVID-a 19 i nereda koji je ta bolest u ustavnim, građanskim, trgovačkim, obiteljskim i radnim pravima na specifične načine uzrokovala ne samo u zemljama EU,² već i u SAD-u.³ Tako teme o kojima je pisano u njemačkoj doktrini i praksi, a koje se tiču radnog prava obuhvaćaju uistinu različita pitanja od oboljenja od korona virusa na godišnjem odmoru u rizičnim područjima i zahtjeva za naknadu nastavljanja s plaćanjem⁴ ili pak može li se infekcija COVID-om 19 smatrati povredom na radnom mjestu ili profesionalnim oboljenjem.⁵

Sukladno tome, u nacionalnim pravnim sustavima mogu se očekivati nove parnice koje će se ticati ili dovoditi u vezu s COVID-om 19 i njegovim posljedicama. Primjerice, brojna su pitanja koja se pojavljuju u novom svjetlu kada je u pitanju odgovornost za naknadu štete zbog zaraze COVID-om 19. Među odlukama koje su njemački sudovi donijeli utvrđeno je da podnositelj tužbe nema pravo na naknadu štete koja mu je prouzrokovana odlukom pojedine pokrajine o općem zatvaranju (prestanku rada) poduzeća ili da nema pravo na financijsko obeštećenje protiv pokrajine Berlin jer je donesena odluka o zatvaranju njegove gostionice. Sudovi su odlučivali i o visini zahtjeva za naknadu štete koju je pretrpio vlasnik bara, a koju je potraživao od osiguranja zbog zatvaranja poduzeća, zatim o zahtjevu da protivnikovo obvezno osiguranje snosi troškove pandemijom uvjetovanog dezinficiranja automobila oštećenika radi zaštite od korona virusa. Nije prihvaćen zahtjev poslodavca da mu se nadoknadi šteta uzrokovana četrnaestodnevnom karantenom radnika

¹ U organizaciji Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti 21. i 22. siječnja 2021. održan je Okrugli stol pod naslovom „Primjena prava za vrijeme pandemije bolesti COVID-19“ u povodu kojeg je izdana istoimena knjiga s brojnim radovima iz područja različitih pravnih disciplina i perspektive različitih pravnih profesija.

² Prema podacima njemačkog Saveza sudaca (*Deutscher Richterbund*) u 2020. je bilo oko 10.000 sporova koji su se odnosili na COVID-19, a njemački Savezni ustavni sud zabilježio je čak 880 postupaka koji su se ticali COVID-a 19, <https://www.etl-rechtsanwaelte.de/aktuelles/erste-gerichtsentscheidungen-zum-coronavirus>, 10. 10.2021.

³ U Americi je signifikantan porast broja sporova u 2020. godini koji se odnose na radno pravo, patente, osiguranje, odgovornost za proizvod. Čak 16.000 predmeta pred saveznim okružnim sudovima dovodi se u vezu s COVID-om 19, <https://lexmachina.com/blog/ongoing-impacts-of-the-coronavirus-on-litigation-activity-in-federal-district-court/>, 10. 10. 2021.

⁴ Yannik Beden, „COVID-1- Erkrankung durch Uralub im Risikogebiet: Anspruch auf Entgeltfortzahlung?“, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Nr. 13, 2021, 917-920.

⁵ Wolfdieter, Küttner, Personalbuch, C.H. Beck, München, 2021, Rn. 80-90.

zbog sumnje na njegovu zarazu korona virusom. Isto tako odbijen je tužbeni zahtjev poduzeća da mu se naknadi šteta na temelju Zakona o zaštiti od infekcije^{6,7}

Na nesigurnom i nespecifičnom polju nalazimo se i kada je u pitanju cijepljenje – počevši od pitanja dužnosti cijepljenja pri obavljanju pojedinih vrsta poslova ili štete koju je netko pretrpio zbog cjepiva ili štete koju su neki pretrpjeli, jer se netko tko je bio dužan cijepiti se, nije cijepio ili je krivotvorio ispravu kojom je potvrđivao da se cijepio. U svim tim slučajevima radi se o novim pravnim izazovima koja se primarno manifestiraju u materijalnopravnoj domeni, iako mogu biti dvojbene i s brojnih procesnopravnih aspekata. Tako nejasno može biti tko je pasivno legitimiran u slučaju naknade štete zbog zaraze COVID-om 19, a posebno će biti komplicirano dokazati kauzalitet ili (ne)postojanje protupravnosti.

PARNICE ZA NAKNADU ŠTETE ZARAŽENIH COVID-om 19

Hrvatska

U Hrvatskoj je nedavno u gotovo svim medijima bilo objavljeno da je podnesen prvi odštetni zahtjev zbog smrti od COVID-a 19. Obitelj pokojnice od Kliničkog bolničkog centra u Zagrebu traži 623.000 kuna i odvjetničke troškove. Bolnica je odbila nagodbu jer je smatrala da nema dokaza da se pokojna zarazila u bolnici, pri čemu se isticalo da su u bolnici poduzeli sve mjere koje su u tom trenutku bile moguće. Riječ je o tome da je 84-godišnja pacijentica u bolnicu primljena radi pada i ozljede rebara, kojom prilikom je i testirana na COVID-19. Test je bio negativan, a nakon nekoliko dana boravka u bolnici pozitivan. Smještena je u Klinički bolnički centar u Dubravi, gdje je umrla. Odvjetnica smatra da je za odluku o tome ima li pacijent pravo na odštetu ili ne, važno utvrditi je li za zaštitu od zaraze poduzeto sve ono što je temeljeno na smjernicama struke. Ističe da se u trenutku kada je stiglo cjepivo situacija promijenila, jer postoji dodatna mogućnost zaštite. U takvim okolnostima ako liječnik ili medicinska sestra nisu cijepljeni, a pacijent se zarazi COVID-om 19, moglo bi se dokazivati kako nisu poduzete sve mjere zaštite koje su bolnici na raspolaganju. Bi li u slučaju prihvata zahtjeva za odštetu trebala platiti bolnica ili necijepljeni djelatnik, o tome će se odlučivati u postupku.⁸

⁶ IfSG: Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 8 des Gesetzes vom 27. September 2021 (BGBl. I S. 4530) geändert worden ist.

⁷ <https://www.etl-rechtsanwaelte.de/aktuelles/erste-gerichtsentscheidungen-zum-coronavirus>, 10. 10.2021.

⁸ Podnesen prvi odštetni zahtjev za smrt zbog korone u Hrvatskoj, <https://www.vecernji.hr/vijesti/podnesen-prvi-odshetni-zahjev-za-smrt-od-korone-u-hrvatskoj-1516806>, 11. 10.2021.

Vrlo brzo nakon toga uprava Kliničkog bolničkog centru u Osijeku poslala je interni dopis zaposlenicima s upozorenjem, da ako dođe do toga da bolnica mora platiti odštetu, isti iznos se može potraživati i od necijepljenog radnika koji je zarazio pacijenta, jer je bolnica kao poslodavac omogućila svim radnicima cijepljenje. Sukladno tome, ako bolnica izgubi sudski spor i plati odštetu zbog toga što se pacijent zarazio u bolnici i preminuo, ima pravo na tzv. regresno pravo od svoga zaposlenika. Naime, kada su posjete zabranjene, svatko u bolnici mora biti svjestan moguće odgovornosti, ako se dogodi slučaj sa smrtnim ishodom, odnosno ako osoba završi na respiratoru. Ako dođe do takvoga slučaja, najprije će se tražiti djelatnik koji je u vrijeme događaja bio u kontaktu s pacijentom i istovremeno bio pozitivan na koronavirus. On ga je kao takav mogao prenijeti – upozorava se.⁹

U doktrini je izraženo stajalište da odštetnopravni sustav Republike Hrvatske ne predviđa nikakva posebna pravila kojima bi se posebno uređivala odgovornost za štetu prouzročenu širenjem zaraznih bolesti, poput bolesti COVID-19, kao i da za takvim posebnim odštetnopravnim uređenjem nema potrebe. Dapače, smatra se da bi uvođenje bilo kakvih posebnih pravila o tome bilo kontraproduktivno, budući da su postojeća opća pravila o odgovornosti za štetu, koja predviđaju subjektivnu odgovornost uz predmnjevu krivnje, sasvim adekvatna u pogledu eventualne štete prouzročene širenjem virusa COVID-19 i sličnih zaraznih bolesti.¹⁰

Obvezno cijepljenje za zaposlenike u zdravstvu?

Od kada postoji mogućnost cijepljenja, kojim se znatno povećava sigurnost u bolnicama, uvedeno je obvezno cijepljenje za sve zdravstvene djelatnike u nekim zemljama Europske unije poput Grčke, Italije, Francuske i Mađarske. U Hrvatskoj situacija s cijepljenjem zdravstvenih djelatnika nije tako sjajna. Cijepljeno je gotovo 80% liječnika i oko 43% medicinskih sestara.¹¹ Novina je da su uvedene i COVID potvrde u bolnice, a Nacionalni stožer civilne zaštite donio je odluku koja se primjenjuje od 7. listopada, a kojom se uvodi obveza COVID potvrda i testiranja na korona virus za zaposlene u zdravstvu i sustavu socijalne skrbi koji se nisu cijepili

⁹ Zarazi li se pacijent koronom, odštetu može platiti i djelatnik bolnice koji ga je zarazio, <https://www.glas-slavonije.hr/472479/1/Zarazi-li-se-pacijent-koronom-odstetu-moze-platiti-i-djelatnik-bolnice-koji-ga-je-zarazio>, 11. 10. 2021.

¹⁰ Opširnije v. Marko Baretić, „Pandemija COVID-19 i odgovornost za štetu“, *Primjena prava za vrijeme pandemije COVID-19*, (ur. Jakša Barbić), HAZU, Zagreb, 2021, 101-125.

¹¹ Čak 43% medicinskih sestara se nije cijepilo: „Boje se da neće moći zatrudnjeti“, <https://www.index.hr/vijesti/clanak/doznajemo-kompletne-brojke-evo-koliko-se-medicinskih-djelatnika-u-hrvatskoj-cijepilo/2290360.aspx>, 11. 10.2021.

ili nisu preboljeli COVID-19 te za dio pacijenata.¹² Onima koji neće poštovati odluku (testirati se) smanjivat će se plaće i potencijalno izricati opomene pred otkaz. Iako je čak i ova odluka navodno sporna u radnopravnom smislu, treba istaknuti da bolnice potaknute navedenim zbivanjima i praksama pojedinih europskih zemalja, nastoje pacijentima pružiti sigurniji okvir za bolničko liječenje i na taj način prevenirati parnice zbog naknade štete uslijed zaraze COVID-om 19.

Očigledno je da se uvjeti u bolnicama i zahtjevi koje bolnice mogu ispuniti mijenjaju te da je sve naglašenije potreba da se svi zdravstveni radnici cijepe ili na drugi način mogu dokazati da nisu zaraženi korona virusom te da zbog toga ne mogu prenijeti ni pacijentima. S obzirom na uistinu neočekivani slučaj tužbe za naknadu štete nastalu uslijed zaraze korona virusom i brojnih problema koji se tijekom toga, eventualno vođenoga postupka mogu ispoljiti te na posve nerazvijenu praksu sudova u tom smislu, u pokušaju razvijanja načina promišljanja ove problematike pomogla su nam neka teorijsko-praktična iskustva pojedinih zemalja germanskog pravnog kruga – prije svega Njemačke i Austrije.

Njemačka

Vremena u kojima korona virus može uzrokovati znatnu štetu građanima i društvu u cijelosti, utječu na kreiranje aktualne i akutne problematike (iako još nema presuda), koja objašnjava može li se uopće i u kojem opsegu preuzeti odgovornost za štetu nastalu zbog zaraze. Jedino što se smatra da je u ovom trenutku moguće je primijeniti slično postupanje i slične kriterije odgovornosti na postojeću situaciju. Ona se može razlikovati u ovisnosti o tome je li se netko zarazio u bolnici, na nekoj priredbi ili negdje drugdje. Različiti kriteriji primjenjivat će se kada se netko zarazio od trećeg.

Zaraza COVID-om 19 u bolnici

Bolnice su i inače, neovisno o aktualnom korona virusu, tuženici u brojnim postupcima koje se protiv njih vode. Prema stavovima izraženim među sudovima, zadaća je bolnice dokazati da se pridržavala svih mjera higijene. To znači, ako pogođena osoba (ili njezini nasljednici) može dokazati da se zarazila u bolnici, postoji dobra

¹² Uputa u vezi primjene EU digitalne COVID potvrde ili predočenja odgovarajućeg drugog dokaza o cijepljenju, preboljenju, odnosno testiranju za zaposlenike u sustavu zdravstva, <https://www.hzjz.hr/wp-content/uploads/2020/03/Uputa-u-vezi-primjene-EU-digitalne-COVID-potvrde-ili-predo%C4%8Denja-odgovaraju%C4%87eg-drugog-dokaza-o-cijepljenju-preboljenju-odnosno-testiranju-za-zaposlenike-u-sustavu-zdravstva.pdf>, 11. 10. 2021.

početna osnova za zahtjev za naknadu štete. O tome je odlučivao i njemački Savezni sud (*Bundesgericht*; BGH) iznijevši stav da je bolnica nositelj sekundarnog tereta pojašnjenja i dokaza, da su se u njoj primjenjivali svi higijenski standardi. U skladu s tim, BGH je utvrdio da kada pacijent iznese konkretne dokaze da se bolnica nije pridržavala higijene, u tom slučaju bolnica je nositelj sekundarnog pojašnjenja i tereta dokaza u odnosu na mjere, koje je pacijent napao. Dakle, želi li bolnica otkloniti odgovornost od sebe, vještačenjem bi se trebalo ustanoviti da je ispunjena jedna od pretpostavki za uredno liječenje, jer se bolnica pridržavala propisanih higijenskih mjera.¹³

Najnovija praksa Saveznog suda Njemačke¹⁴ odnosi se na slučaj u kojem je pacijent bio inficiran bolničkom klicom uslijed koje je zadobio tešku infekciju mokraćnih puteva. Supruga u međuvremenu preminulog pacijenta predbacila je bolnici da se nije pridržavala mjera za osiguranje higijene i za zaštitu od infekcije pri liječenju, posebno na odjelu za intenzivnu njegu. Savezni sud utvrdio je da na temelju tih prigovora supruge bolnica ima dužnost predati potpunu dokumentaciju, posebno za odjel intenzivne njege kao i potpune dezinfekcijske planove i planove za čišćenje te cjelokupni higijenski plan, kao i predati dokumente iz kojih proizlazi da su pravila higijenskog plana uistinu provedena. Na kraju je ispitan vještak za bolničku higijenu na okolnost je li bolnica postupala protiv pravila za prevenciju infekcija i protiv pravila o higijeni. Prigovori tužiteljice mogu biti izneseni sasvim općenito. Međutim, unatoč tome oni utječu na obvezu bolnice na predaju potpune dokumentacije. U tom slučaju treba angažirati vještaka liječnika za bolničku higijenu.¹⁵

Zaraza COVID-om 19 na priredbi¹⁶

Ako je pak riječ o zarazi na priredbi ili u obavljanju posla, obveze koje se tiču sigurnosti postupanja odnose se na organizatora priredbe ili na osobu koja

¹³ BGH, *Beschluss* v 16. 8. 2016.- VI ZR 634/15.

¹⁴ 25. 6. 2019. donio je BGH rješenje (AZ VI ZR 12/17) koje se odnosilo na obveze bolnice da preda dokumentaciju koja se odnosi na mjere higijene u slučaju kada se radi o povredi tih mjera.

¹⁵ <https://ratgeber-arzthaftung.de/de/rechtsgebiete/anwalt-krankenhausinfektion/>, 11. 10. 2021.

¹⁶ O odgovornosti organizatora priredbe za štetu opširnije v. Loris Belanić, „Odgovornost za štetu i osiguranje od odgovornosti organizatora priredbe“, *Hrvatski časopis za osiguranje*, br. 2, Zagreb, 2019., 9-19. Štete koje nastaju za vrijeme ili u povodu održavanja priredbe prema autorovom mišljenju mogu se podijeliti u tri grupe. Jednu od tih grupa čine i štete do kojih je došlo zbog propusta organizatora da osigura uvjete za nesmetano i sigurno održavanje priredbe. U tom slučaju osiguravatelj ne bi bio dužan umjesto organizatora priredbe odgovarati za štetu ako je ovaj namjerno, tj. svjesno povrijedio pravila struke kojima je cilj nesmetano i sigurno održavanje priredbe. Dakle, u uvjetima korona virusa, ako se organizator priredbe nije pridržavao mjera koje su u tom momentu bile određene kao mjere za sprečavanje zaraze od COVID-a 19.

je nositelj toga posla. Prema stalnoj sudskoj praksi BGH jasno je koga pogađaju obveze za sigurnost u postupanju – onoga tko stvori rizik za nastup opasnosti, neovisno o tome o kojoj vrsti opasnosti je riječ, on je dužan poduzeti nužne i prihvatljive mjere, kako bi spriječio nastanak štete. Tome pripadaju i one mjere, koje je razborit i savjestan, u razumnim granicama oprezan čovjek, držao za nužne i dovoljne, kako bi druge zaštitio od nastanka štete.¹⁷ Za sigurnost u postupanju obvezan je onaj u čijem području odgovornosti je trajno dopušten rizik od nastanka opasnosti.¹⁸

Smatra se da bi se ova pravila mogla primjenjivati i u slučaju korona virusa. Naime, organizator priredbe ili vlasnik radnje ne odgovaraju za svakog tko se tamo zarazio, već samo ako nisu poduzete mjere, koje bi razborit i savjestan čovjek poduzeo. U bitnom, to bi značilo da organizator priredbe ili vlasnik radnje odgovaraju, samo ako se nisu pridržavali službenih preporuka za postupanje radi COVID-a 19. Primjerice, odgovarao bi ako je znao da se jedan od njegovih suradnika nije pridržavao mjera izolacije o ostanku kod kuće, u vremenu od dva tjedna (koje je naknadno skraćeno). Osim toga, odgovarao bi za štetu ako su razumne mjere izostale ili ako je odlučeno da se primjenjuju mjere koje nisu razumne i prihvatljive.

Zaraza COVID-om 19 od trećih

Konačno, posebna je tema zaraza od treće osobe, odnosno problema odgovara li treća osoba za tako nastalu štetu. Smatra se da bi se na takve slučajeve mogla primijeniti pravila koje je Savezni sud primjenjivao u slučaju zaraze od HIV-a. Odlučeno je da odgovornost za zarazu od HIV-a postoji ako je inficirana osoba znala za oboljenje, ako pogođenoj osobi to nije priopćila te ako je unatoč tome stupila s njom u nezaštićeni seksualni odnos. U skladu s tim Savezni sud istaknuo je da protupravnost počinitelja nastupa tamo gdje on na temelju promišljene stručne prosudbe rizik može bolje shvatiti nego oštećeni. Tako se ponaša onaj kome je poznato da je HIV pozitivan, ali unatoč tome ima seksualne odnose s osobom koju nije informirao o zaraznosti i sa zarazom povezanoj životnoj opasnosti.¹⁹ Ako se ovo pravilo primjeni na korona virus, odgovara onaj tko je bio svjestan svoje zaraznosti ili najmanje znatne opasnosti te, bez da je o tome informirao osobe iz svoje bliže socijalne okoline, nezaštićen imao s njima kontakt.²⁰

¹⁷ BGH Senatsurteile vom 6. 3. 1990. – VI ZR 246/89, <https://www.schmerzensgeld-wuerzburg.de/leistungen/haftungsfragen-bei-corona/>, 12. 10. 2021.

¹⁸ BGH Sentasurteil vom 16. 2. 2006. – III ZR 68/05., *Ibidem*.

¹⁹ BGH, Urteil vom 4. 11. 1988 – 1 StR 262/88.

²⁰ <https://www.schmerzensgeld-wuerzburg.de/leistungen/haftungsfragen-bei-corona/>, 12. 10. 2021.

Deliktna odgovornost u slučaju zaraze COVID-om 19

Problem kauzaliteta je od presudnog značaja za deliktnu odgovornost uslijed infekcije COVID-om 19. Prema temeljnom konceptu prava odgovornosti, ne odgovara se za ostvarivanje takvih opasnosti koje treba prihvatiti u uobičajenom tijeku zajedničkog života, a koje mora snositi i osigurati svaki pojedinac. U tom slučaju radi se o općem životnom riziku. Ako se ovo pravilo primjeni na infekciju od COVID-19, sve dok se osoba protiv koje je podnesen zahtjev za naknadu štete pridržavala naloženih higijenskih mjera i održavanja distance, odnosno brinula se za postupanje u skladu s tim, deliktna odgovornost za infekciju drugih osoba ne dolazi u obzir. To se čini primjerenim, jer čak i ako su se sudionici pridržavali mjera poput nošenja maske, korištenja dezinfekcijskih sredstava i držanja distance, zaraza nije isključena. Preostala mogućnost zaraze opći je životni rizik inficiranog.²¹

Čak i u slučajevima u kojima ako se prijenos virusa ne može uračunati u opći životni rizik, pripisivanje povrede pravnog dobra postupanju tuženika je problematično. Ono počinje već s uzročno-posljedičnom vezom, koju, kako bi uvjerio sud, dokazuje podnositelj zahtjeva prema § 286. njemačkog Zakonika o građanskom postupku.²²

Naime, prema toj odredbi o slobodnoj ocjeni dokaza (*freie Beweiswürdigung*) sud uzimajući u obzir cjelokupan sadržaj provedenih radnji i rezultata moguće provedenog dokazivanja, na temelju slobodne ocjene dokaza odlučuje hoće li neku činjeničnu tvrdnju uzeti za istinitu ili ne. Pri tom se u odluci moraju navesti razlozi kojima se sud u donošenju te odluke rukovodio. U tu svrhu sud mora, s određenim stupnjem izvjesnosti, utvrditi da je postupanje tuženika uzrokovalo povredu pravnih dobara tužitelja. Međutim, u slučaju vrlo zaraznog virusa koji se može prenijeti na različite načine, gotovo uvijek postoji mogućnost da je infekcija uzrokovana drugim uzrocima, a ne ponašanjem dotične osobe. Zaražena osoba zbog toga neće moći pružiti potpuni dokaz o uzročnosti kojom se utvrđuje odgovornost. Izuzetak bi se mogao odnositi na slučaj u kojem bi osobe koje žive u staračkom domu izoliranom od vanjskog svijeta bile u kontaktu samo s jednom osobom izvana, koja bi se onda mogla uzeti u obzir kao prenositelj virusa. U svim ostalim slučajevima bi trebalo razmisliti bi li se oštećeniku trebalo omogućiti olakšanje u dokazivanju (*Beweiserleichterung*).²³

²¹ Oliver Brand, Oliver Becker, „Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2“, *Neue Juristische Woche*, Nr. 37, 2020, 2666.

²² dZPO: Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist.

²³ O. Brand, O. Becker, op. cit., 2667.

Smatra se da bi podnositelju zahtjeva u tom slučaju trebala pomoći načela u svezi s *prima facie* dokazom.²⁴ Ova načela bi upućivala na bliskost toga dokaza s indicijama, iako ne bi dovodila do promjene u teretu dokazivanja ili primjeni presumpcija, već bi snižavala dokaznu mjeru. Ona nastupaju pri tipičnom tijeku događaja, onda kada se do zaključka o postojanju činjenice dolazi prema pravilima iskustva i u svjetlu prirodnih zakonitosti, koji se na tipičan način temelji na određenom uzroku. Ako je tome tako, može se na temelju određene činjenice (baze *prima facie* dokaza) zaključiti o postojanju drugih činjenica ili okolnosti. U tom slučaju će strana na kojoj je teret dokaza morati dokazati samo bazu *prima facie* dokaza, ne i neposredno pravno relevantnu činjenicu. Tek kada bi drugoj strani pošlo za rukom da se *prima facie* dokaz dovede u pitanje, da se alternativa i atipični tijek događaja pokaže kao stvarno moguće, strana na kojoj je teret dokazivanja morala bi se poslužiti potpunim dokazom (*Vollbeweis*). Da bi *prima facie* dokaz osobi zaraženoj korona virusom pomogao pri poteškoćama u dokazivanju, mora postupanje potencijalnog štetnika biti tipično, to znači s vrlo visokim stupnjem vjerojatnosti da je ono dovelo do zaraze korona virusom. U svezi s tim može se primijeniti shvaćanje koji je VI. Vijeće Građanskog odjela BGH zauzelo u odnosu na oštećenika zaraženog HIV-om, u slučaju u kojem se za transfuziju krvi prihvatio tipični tijek, ako oštećenik nije pripadao nijednoj od HIV rizičnih skupina i nije vjerojatno da se na neki drugi način zarazio.²⁵ Utvrditi tipični tijek za zaražene korona virusom nije jednostavno. Ipak, smatra se da bi u ograničenoj okolini (npr. u određenom poduzeću) u kojem tipično dolazi do interakcije moglo doći do zaraze. Primjerice, ako je među radnicima toga poduzeća postojao jedan radnik koji je stalno kašljao i kihao. U tom slučaju oštećenik bi trebao dokazati da se u to vrijeme nalazio u poduzeću te da je u poduzeću često dolazilo do zaraze, kao i da je ta osoba dolazila u kontakt s drugima i omogućila (izazvala) zarazu. Njegov protivnik (potencijalni štetnik) treba iznijeti činjenice kojima će *prima facie* dokaz biti doveden u pitanje, odnosno on treba ozbiljno ukazati na to da je do zaraze moglo doći i na neki drugi način.²⁶

U slučajevima u kojima se *prima facie* dokaz ne može koristiti ili ga je potencijalni štetnik doveo u pitanje, mogla bi se za slučaj zaraze korona virusom primijeniti § 830. st. 2. reč. 2. njemačkog Građanskog zakonika²⁷ kojim je propisano da

²⁴ O *prima facie* dokazu opširnije v. Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Utvrđivanje činjenica*, Narodne novine, Zagreb, 2018, 146-160.

²⁵ BGHZ 163, 209 = NJW 2005, 2614 (2615), https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bi_bdata%5Czeits%5Cnjw%5C2005%5Ccont%5Cnjw.2005.2614.1.htm, 13. 20. 2012.

²⁶ O. Brand, O. Becker, op. cit., 2667.

²⁷ BGB: Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3515) geändert worden ist.

u slučaju da više osoba zajedničkim nedopuštenim djelovanjem uzrokuje štetu, svaka od tih osoba je odgovorna za štetu. Isto pravilo vrijedi i ako se ne može utvrditi tko je od više sudionika svojim postupanjem uzrokovao štetu. Smatra se da ovo pravilo daje oštećenima zaraženim COVID-om 19 upravo ono što im treba. Riječ je o presumpciji kauzaliteta između postupanja i povrede nekog pravnog dobra. Pretpostavka za to je da je zahtjevom obuhvaćeni dio grupe mogućih štetnika (prema zakonskoj terminologiji – sudionici) i da oštećeniku pripada pravo tražiti naknadu štete prema jednom od njih. Za to moraju biti ispunjene dvije pretpostavke: prije svega mora biti utvrđeno da je do povrede oštećenika došlo zbog nedopuštenih postupanja sudionika. Ako je moguće da je do povrede došlo zbog nekog drugog događaja jednog ne-sudionika, prirodnom pojavom ili postupanjem samog oštećenika, predmnijeva propisana § 830. st. 1. reč. 2. BGB neće nastupiti. Druga pretpostavka je da se mora dokazati da je svaki od sudionika postupao protupravno i da je odgovoran. Ako se ovo pravilo ne odnosi na nekog sudionika, izostaje odgovornost svih sudionika. U slučaju korona virusa ove pretpostavke se u pravilu ne mogu ispuniti. Radi se o tome da zaraženi samo iznimno može dokazati da je do infekcije došlo zbog nedopuštenog postupanja jednog od sudionika. Izgleda je uvijek moguće da se oštećenik zarazio na način da je sam dodirnuo svoje lice, nakon što je prethodno dodirnuo (kvaku ili novčanicu), pri čemu je do zaraze došlo bez nedopuštenog postupanja druge osobe koja je mogla prenijeti virus.²⁸

Unatoč iznesenom, prvostupanjski sud u Braunschweigu, ipak je djelomično prihvatio zahtjev tužitelja i tuženika osudio na naknadu neimovinske štete, zbog namjernog kašljanja u vremenu korona pandemije.²⁹ Riječ je o slučaju u kojem je tužitelj, inače zaposlenik grada Braunschweig imao zadatak da se brine o pristupu tek određenog broja osoba tržnici i osigurava potrebnu distancu između građana koji su stajali u redu. Tuženik je stajao u redu i ušao je na tržnicu, iako mu ulaz nije bio odobren. S obzirom na to da ga je tužitelj znakom ruke vratio ponovno u red, tuženik se iz protesta tužitelju više puta zakašljao u lice.

Tužitelj je dobrovoljno pristao da ode u dvotjednu karantenu, zbog čega je bio nesiguran i patio od straha od moguće infekcije, što je rezultiralo psihičkim pritiskom i najmanje dvotjednim nespavanjem. Kako nije imao nikakve simptome, bilo mu je zapriječeno da se testira. U zahtjevu je naveo da potražuje iznos od 1.000 Eura, smatrajući ga opravdanim, budući da kašljanje predstavlja protupravno postupanje tuženika protiv zdravlja tužitelja.

Tuženik je sa svoje strane istaknuo da je kašljao prema tužitelju jer se osjećao ugroženim i kako bi tužitelja natjerao da ode. Istaknuo je da je u momentu kada je

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ AG Braunschweig, Urt. v 29. 10. 2020. – 112 C 1262/20.

zakašljao između njega i tužitelja bio razmak od jednog metra. Upozorio je da je tužitelj mogao bez ikakvih problema provesti brzi (tzv. *walk-in*) korona test.³⁰

Sud je donio odluku kojom je tuženiku naložio da tužitelju isplati iznos od 250 Eura na temelju § 823. st. 1. BGB i § 253. st. 2. BGB, smatrajući da je riječ o povredi uslijed koje je došlo do nastanka neimovinske štete zbog povrede zdravlja i tijela tužitelja. U svom obrazloženju sud je naveo da je kašljanje povreda tijela, odnosno napad na tjelesni integritet tužitelja, kao i da je riječ o povredi zdravlja, čak i kada se radi o malim, od normalnog tjelesnog stanja odstupajućim promjenama ili njihovom povećanju, neovisno o tome je li povrijeđeni osjetio bolove. Tužitelj je kao posljedica napetog i nesigurnog položaja na početku pandemije COVID-a 19 psihički bio povrijeđen, što je izazvalo strah u kombinaciji s problemima spavanja, i upućuje na zaključak da je došlo do odstupanja u kojem se tužitelj nalazio prije toga događaja.

S druge strane, tuženik je namjerno kašljao tužitelju u lice jer se na njega naljutio i jer je htio da tužitelj ode. Smatra se da je tuženik bio svjestan toga da se mnogi građani boje da bi se mogli inficirati i da nije bilo čudno da se tužitelj osjećao pod psihičkim pritiskom.

U komentaru ove odluke primjećuje se nekoliko problema. Jedan od njih je da je za tjelesnu povredu, na koju se sud pozvao da je počinjena, potrebno da je postojala određena tjelesna reakcija, iako se ne dvoji o tome da je postupanje tuženika utjecalo na psihički status tužitelja. Zbog toga su postavljena dva pitanja: 1. Može li se uopće bez postojanja simptoma bolesti COVID-a 19 govoriti o povredi zdravlja? te 2. Je li dovoljna opasnost od bolesti da bi se utvrdila povreda zdravlja? Naime, smatra se da jednostavna sumnja da je došlo do povrede nečijeg pravnog dobra ne dovodi do odgovornosti za štetu prema § 823. BGB.³¹ S tim u vezi treba istaći da je i BGH iznio stav da samo postojanje sumnje o tome da postoji povreda nije isto što i odgovornost za povredu.³² Pri tom, jednotjedne poteškoće u spavanju tužitelja ne mogu se okvalificirati kao povrede zdravlja, osobito ne zato što su one štetna posljedica, koja proizlazi iz emocionalne reakcije i pokazuje patološki karakter.³³

³⁰ <https://beck-online.beck.de/Dokument?VPath=bibdata%2Fzeits%2Frunds%2F2021%2Fcont%2Frunds.2021.112.1.htm&readable=Parallelfundstellen&IsSearchRequest=True&HLWords=one&JumpType=SingleHitJump&JumpWords=AG%2Bbraunschweig%2Bschmerzensgeldanspruch%2Bcorona%2B>, 13. 10. 2021.

³¹ Tko namjerno ili iz nepažnje protupravno povrijedi život, tijelo, zdravlje, slobodu, vlasništvo ili neko drugo pravo, obvezan je nadoknaditi štetu koja je uslijed toga nastala (§ 823. BGB).

³² BGH r+s 2013, 570 Rn 8. m.Anm. Lemcke.

³³ op. cit., bilj. 29.

Sličan se slučaj dogodio i u Austriji, kada je zbog namjernog kašljanja prema svojoj bivšoj ženi uvjetno osuđen 63-godišnji muškarac. Zemaljski sud u Linzu ovaj je slučaj vrednovao kao namjernu zarazu korona virusom, odnosno kao pokušaj teške tjelesne povrede. Muškarac koji je svoju suprugu tjelesno atakirao osuđen je na devetomjesečnu uvjetnu kaznu. On u kući nije nosio masku i budući da su u to vrijeme još uvijek živjeli zajedno, kašljao je u pravcu svoje supruge i koristio njezin ručnik. Sud je utvrdio da je on suprugu htio istjerati iz kuće, nanijevši joj povrede vrata i zarazivši je (namjerno) korona virusom.³⁴

Austrija

Velika medijska pažnja u središtu koje se nalazi slučaj zaraze korona virusom brojnih turista skijališta u Ischglu ukazuje da je taj slučaj potrebno analizirati iz nekoliko razloga. Osim što je slučaj zanimljiv s aspekta naknade štete uzrokovane zarazom korona virusom, pa se sadržajno dotiče teme u kojoj je o radu primarno riječ, naknada štete se pokušava ostvariti skupnom tužbom koja se još naziva i „skupnom tužbom austrijskih obilježja“.³⁵ Skupna tužba je pak zanimljiva iz više razloga – takav oblik zaštite kolektivnih interesa koja se ostvaruje na kompenzabilni način, ne može se pronaći drugdje u Europskoj uniji, dakle ona predstavlja pravni specifikum, koji čak izrijekom nije ni ustanovljen zakonom. Osim tih specifičnosti skupne tužbe austrijskih obilježja, zanimljivo je i kako bi se problem kolektivne pravne zaštite u Austriji trebao rješavati *pro futuro*, odnosno uvođenjem novih oblika kolektivne pravne zaštite, posebno s aspekta potrebe implementacije Direktive (EU) 2020/1828 o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača.³⁶

Skupna tužba austrijskih obilježja

Institut skupne tužbe u Austriji nije uređen zakonom. Zapravo, radi se o naknadnom razvoju udružne tužbe putem Udruge za potrošačke informacije.³⁷ Tako je

³⁴ [https://beck-online.beck.de/Dokument?VPath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2019764.htm&readable=Parallelfundstellen&IsSearchRequest=True&HLWords=on&JumpType=SingleHitJump&JumpWords=oesterreich%2BT%253a\(mann\)%2Bnach%2Bcorona-ansteckung%2Bseiner](https://beck-online.beck.de/Dokument?VPath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2019764.htm&readable=Parallelfundstellen&IsSearchRequest=True&HLWords=on&JumpType=SingleHitJump&JumpWords=oesterreich%2BT%253a(mann)%2Bnach%2Bcorona-ansteckung%2Bseiner), 13. 10. 2021.

³⁵ Njem. *Sammelklage Österreichischer Prägung*.

³⁶ Direktiva o predstavničkim tužbama: Direktiva (EU) 2020/1828 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenog 202. o predstavničkim tužbama za zaštitu kolektivnih interesa potrošača i stavljanju izvan snage Direktive 2009/22/EZ, *Službeni list Europske unije*, L 409/1 od 4. 12. 2020.

³⁷ *Verein für Konsumenteninformation* (VKI).

VKI još 2001. u većem broju slučajeva u kojima se tražilo sniženje cijena i naknada štete protiv organizatora putovanja inkaso (naplatno) preuzeo i u vlastito ime tužio turističku agenciju. Skupljanje tužbi (zahtjeva) na ovaj način temeljilo se na odredbama austrijskog Zakonika o građanskom postupku³⁸ o objektivnoj kumulaciji. Na taj način razvio se institut skupne tužbe s austrijskim obilježjima. O pitanju dopuštenosti ovog instituta razvila se bogata sudska praksa nižih sudova, gdje su prvostupanjski sudovi dvojili o njezinoj dopuštenosti. Konačno, o tome se imao prilike izjašnjavati i najviši austrijski sud (*Oberste Gerichtshof*; OGH), koji je iznio shvaćanje prema kojem se radi o institutu u skladu sa zakonom kada se u bitnom ista pitanja činjenične i pravne naravi trebaju rješavati, pri čemu se glavno pitanje ili mjerodavno prethodno pitanje tiče svih zahtjeva.^{39 40}

Radi se dakle o tome da osobe koje su pogođene nekim štetnim događajem prenose svoje zahtjeve inkaso cesijom na trećega, u pravilu VKI. VKI se pojavljuje kao tužitelj na temelju ustupljenih zahtjeva, a cijeli proces u pravilu financira financijer postupka (*Prozessfinanzierer*). Ova se tužba razlikuje od američke grupne tužbe (*class action*) jer se u postupku kao tužitelj ne pojavljuje grupa vjerovnika, već cesionar, kojem su zahtjevi bili ustupljeni. Odluka donesena u postupku ne obuhvaća vjerovnike, jer su oni svoje zahtjeve ustupili udruzi (VKI).⁴¹

Pravni temelj za grupnu tužbu austrijskog obilježja jest § 227. ÖZPO, sukladno kojem pretpostavke za objektivnu kumulaciju su da je isti procesni sud stvarno i mjesno nadležan. Osim toga, potrebno je da je riječ o istoj vrsti postupka. Kod stvarne nadležnosti vrijednost predmeta spora čini iznimku od pravila, budući da je za zahtjeve do 15.000 Eura u pravilu nadležan okružni sud (*Bezirksgericht*). U slučaju da su ispunjene pretpostavke za objektivnu kumulaciju, mogu se zahtjevi koji ne prelaze navedeni iznos spajati sa zahtjevima koji ga prelaze, kao i zahtjevi o kojima odlučuje sudac pojedinac sa zahtjevima o kojima odlučuje vijeće. U prvom slučaju nadležnost se određuje s obzirom na viši iznos, a u drugom slučaju će o više zahtjeva odlučivati vijeće. O institutu skupne tužbe izjašnjavao se i *Rechberger*, koji je mišljenja da je dvojbena postoji li potreba za ovakav tip tužbe i njegovo mjesto u sustavu austrijskog procesnog prava.⁴²

³⁸ ÖZPO: RGBI Nr. 113/1895, letzte Änderung 109/2018, BGBl I Nr. 109/2018.

³⁹ Beate Pirker-Hörmann, Peter Kolba, „Österreich: von der Verbandsklage zur Sammelklage“, Internationales Symposium „Verbraucherpolitik: Kollektive Rechtsdurchsetzung – Chancen und Risiken“, https://verbraucherrecht.at/system/files/typo3/Kolba_Pirker_Bamberg.pdf, 14. 10. 2021.

⁴⁰ OGH 31. 3. 2005, 3 Ob 275/04v.

⁴¹ Georg Huber, Claudia Grabmair, „Sammelklagen auch in Österreich?“, *PHI – Haftpflicht international, Recht & Versicherung*, Nr. 2, 2010, 43.

⁴² Walter H. Rechberger, *Kommentar zur ZPO*, Springer, New York, 2006, 1066.

Slučaj Ischgl

U slučaju Ischgl riječ je o nizu međusobno uvjetovanih i povezanih zbiivanja koja su rezultirala tužbama više osoba. Naime, tijekom veljače i ožujka u Tirolu 2020. tisuće turista bilo je inficirano korona virusom. Vlastima je na više razina – općina, okrug, zemlje i savez predbačeno zatajenje više tijela vlasti. Smatra se da se posebno u Ischglu predugo čekalo da se zatvore lokali i ski-liftovi, zbog čega je i zimska sezona 13. 3. 2020. prijevremeno završila, kao i da je savezni kancelar *Kurz* svojom preuranjenom najavom karantene izazvao kaos. Inficirani turisti morali su se vratiti kućama u kućne karantene, a na intenzivnom odjelu umrle su 32 osobe od posljedica COVID-a 19. Nakon toga, Udruga za zaštitu potrošača⁴³ skupila je 6000 pritužbi iz 45 zemalja (od toga 4000 iz Njemačke) i pokrenula kazneni postupak te s pokrićem za osiguranje, za pravnu zaštitu u stotinama slučajeva tužila Republiku Austriju na naknadu štete (prema kriteriju službene odgovornosti; *Amtshaftung*). Ostale tisuće slučajeva tužit će se u formi skupne tužbe s austrijskim obilježjima.⁴⁴

17. rujna 2021. održano je prvo ročište na Zemaljskom sudu za građanske sporove⁴⁵ u Beču na kojem nisu prihvaćeni nikakvi daljnji dokazni prijedlozi – vještačenja i saslušanje svjedoka, a odluka će biti donesena krajem godine u pisanom obliku. U prvoj tužbi tužitelji su udovica i sin pokojnika, koji se tijekom odmora na skijalištu u Ischglu zarazio i kratko nakon toga umro. Tužbu, koju je u ime tužitelja podnijela Udruga za zaštitu potrošača traži se naknada štete u iznosu od 100.000 Eura. Središnju okosnicu spora čine prigovori da vlasti nisu brzo i dovoljno odlučno postupale kako bi spriječile širenje korona virusa. Naime, iako se 4. ožujka znalo da je u Paznauntalu postojala infekcija COVID-19 virusom, regija nije zatvorena i tisuće turista doputovale su za vikend u skijalište. Austrijske vlasti, predsjednik pokrajine Tirol i mjesna turistička zajednica neodgovorno se igrala s opasnošću, što je rezultiralo kasnijim ozbiljnim posljedicama. U tužbi je osim toga navedeno da je postupanje odgovornih vlasti odredilo stjecanje profita, zbog čega bi (u slučaju zatvaranja četiri dana ranije) izostala dobit od 10 milijuna Eura. Nekoordinirano i manjkavo pripremljeno priopćenje predsjednika Vlade *Kurza* 13. ožujka da će se Paznauntal izolirati i zatvoriti izazvalo je kaotičan odlazak turista, kojima je u pretrpanim autobusima, automobilima, vlakovima i avionima trebalo znatno više vremena za odlazak nego što je to bilo uobičajeno. Osim što turisti do zakašnjele objave nisu bili svjesni opasnosti od zaraze u lokalima i skijalištima, takav odlazak

⁴³ *Verbraucherschutz Verein (VSV)*.

⁴⁴ <https://www.verbraucherschutzverein.eu/ischgl/#TextLang>, 14. 10. 2021.

⁴⁵ *Landes Gericht für Zivilsachen (LGZ)*.

dobitno je omogućio širenje zaraze korona virusom. Financijski prokurator (*Finanzprokurator*) kao odvjetnik, zastupnik i savjetnik Republike Austrije osporio je zahtjeve tužitelja i iznio stajalište da je cilj Zakona o epidemiji sveobuhvatna zaštita svih (javnosti), a ne pojedinih osoba.⁴⁶

Svi ovi događaji u prvi plan ponovno stavljaju pitanje kako postupati u slučaju velikih i masovnih šteta koje uključuju vrlo velik broj potencijalno oštećenih osoba. Osim toga, može se raspravljati i o djelotvornosti modela kolektivne pravne zaštite koji u pojedinom nacionalnom sustavu postoje te njihovih prekograničnih učinaka. Austrijski sustav je na izvjestan način određen skupnom tužbom austrijskih obilježja koja relativno uspješno prevladava probleme financiranja u vođenju takvih postupka i kompenzabilnog karaktera pravne zaštite koja se pruža uz pomoć odredbi koje u parničnom procesnom pravu služe jednoj drugoj svrsi – objektivnoj kumulaciji zahtjeva. Naime, Austrijanci su unatoč tome što su bili svjesni da ovaj pravni institut nema svrhu koju mu je praksa namijenila, pragmatično dopustili njegovo korištenje, neovisno o tome što su bili svjesni njegovih brojnih nedostataka. Inkaso cesija koja mora prethoditi podnošenju skupne tužbe ukazuje na financijsku nemoć potencijalnih pojedinačnih tužitelja u pokretanju takvih sporova i lobističku nemoć koja nedostaje u borbi protiv „velikih“, a koju zamjenjuju udruge za zaštitu potrošača (VKI, VSV).

Naravno, riječ je o tome da će financijeri procesa preuzeti troškove postupka i u slučaju neuspjeha u parnici. Međutim u slučaju uspjeha, sudjelovat će u određenom postotku u ostvarenom uspjehu. U pravilu to je oko 30%, s tim da je moguće ugovoriti iznos od 20 do 50%.⁴⁷

Direktiva o predstavničkim tužbama

Neka rješenja prezentiranih problema predviđa Direktiva o predstavničkim tužbama, koja bi nakon implementacije u nacionalne sustave trebala omogućiti funkcionalan način financiranja i kompenzabilnu pravnu zaštitu. Naravno, potrebno je i sumarno sagledati kakav bi prekogranični učinak trebala imati odluka donesena u postupku kolektivne pravne zaštite u jednoj državi članici Europske unije na drugu državu članicu ili druge države.

Prije svega, Direktivu o predstavničkim tužbama stupila je na snagu 24. prosinca 2020. (čl. 25. Direktive), a njezinu implementaciju države članice dužne su

⁴⁶ Erster Ischgl-Prozess begann: Entscheidung ergeht schriftlich, <https://www.tt.com/artikel/30801220/erster-ischgl-prozess-begann-entscheidung-ergeht-schriftlich>, 15. 10. 2021.

⁴⁷ <https://www.konsumentenfragen.at/konsumentenfragen/Versicherung/Rechtsschutz/Prozesskostenfinanzierer.html#>, 15.10. 2021.

provesti najkasnije do 25. prosinca 2022., odnosno donijeti i objaviti zakone i druge propise koji su potrebni radi usklađivanja s Direktivom. Države članice o tome odmah obavještavaju Komisiju, a mjere se primjenjuju od 25. lipnja 2023. (čl. 24. Direktive). Znači da za implementaciju sadržaja Direktive države članice imaju dovoljno vremena na raspolaganju. Naravno, ona se neće primjenjivati na postupke kolektivne pravne zaštite koji su pokrenuti prije 25. lipnja 2023. (čl. 22. Direktive).

Novi koncepti kolektivne pravne zaštite koji su uređeni Direktivom o predstavničkim tužbama predviđaju dvije vrste mjera koje se mogu tražiti predstavničkom tužbom – mjere zabrane i mjere popravljanja štete, s tim da se kvalificiranim subjektima treba dopustiti da jednom predstavničkom tužbom zatraže obje mjere (čl. 7. st. 4. i 5. Direktive). Dakle, predstavničkim tužbama, odnosno mjerama zabrane omogućava se ostvarivanje apstraktne, generalne i preventivne pravne zaštite, a mjerama za popravljanje štete kompenzabilna pravna zaštita.

U odnosu na zadržavanje postojećih instrumenata kolektivne pravne zaštite, poput skupne tužbe u Austriji (koja inače nije uređena posebnim zakonom) vrijedi pravilo da Direktiva ne sprječava države članice da donesu ili zadrže na snazi postupovna sredstva za zaštitu kolektivnih interesa potrošača na nacionalnoj razini. Države članice, međutim, osiguravaju da je najmanje jedan postupovni mehanizam, kojim se kvalificiranim subjektima omogućuje podnošenje predstavničkih tužbi u svrhu mjera zabrane i mjera popravljanja štete, usklađen s ovom Direktivom (čl. 1. st. 2. Direktive). Definitivno, skupna tužba po svojim obilježjima nije usklađena s Direktivom o predstavničkim tužbama, tako da je donekle dvojbeno hoće li se ona i nakon implementacije Direktive zadržati ili će se neka njezina obilježja mijenjati.

Što se financiranja troškova postupka u povodu predstavničkih tužbi tiče, Direktiva o predstavničkim tužbama na više je mjesta u tekstu upozorila na određene smjernice koje u realizaciji toga problema treba slijediti. Neke od njih su da države članice osiguravaju da se, ako predstavnička tužba za mjere popravljanja štete financira treća strana, u mjeri u kojoj je to dopušteno u skladu s nacionalnim pravom, spriječe sukobi interesa te da se financiranjem koje pruža treća strana koja ima ekonomski interes za podnošenje ili ishod predstavničke tužbe za mjere popravljanja štete ne odvrati predstavničku tužbu od zaštite kolektivnih interesa potrošača (čl. 10. st. 1. Direktive). Osim toga, sudovi ili upravna tijela koja o predstavničkim tužbama odlučuju mogu zatražiti od kvalificiranih subjekata da podnesu financijski pregled s popisom izvora korištenih za potporu predstavničkih tužbi ili zahtijevati od kvalificiranog subjekta da odbije ili promijeni relevantno financiranje, pa čak i kvalificiranom subjektu odbiti aktivnu postupovnu legitimaciju (čl. 10. st. 3. i 4. Direktive).

Direktiva o predstavničkim tužbama posebno definira „prekograničnu predstavničku tužbu“ kao predstavničku tužbu koju je podnio kvalificirani subjekt u državi članici koja nije država članica u kojoj je kvalificirani subjekt imenovan (čl. 3. t. 7. Direktive). U skladu s tim države članice osiguravaju da, ako postoji navodna povreda prava Unije koja utječe ili je vjerojatno da će utjecati na potrošače u različitim državama članicama, predstavničku tužbu pred sudom ili upravnim tijelom države članice može podnijeti nekoliko kvalificiranih subjekata iz različitih država članica u svrhu zaštite kolektivnih interesa potrošača u različitim državama članicama (čl. 6. st. 3. Direktive).

Uravnoteženju prava potrošača na području Europske unije trebalo bi doprinijeti i odredba o učincima pravomoćnih odluka prema kojoj države članice osiguravaju da pred njihovim nacionalnim sudovima ili upravnim tijelima, u skladu s nacionalnim pravom o ocjeni dokaza, pravomoćnu odluku suda ili upravnog tijela bilo koje države članice u vezi s postojanjem povrede kojom se nanosi šteta kolektivnim interesima potrošača sve stranke mogu upotrijebiti kao dokaz u kontekstu svih drugih tužbi kojima se traže mjere popravljanja štete protiv istog trgovca za istu praksu (čl. 15. Direktive). Međutim, nije posve jasno što znači da sve stranke (neke druge države članice) mogu pravomoćnu odluku suda ili upravnog tijela jedne države članice kojom je utvrđena povreda kolektivnih interesa potrošača upotrijebiti kao dokaz (za što, da takva povreda postoji u drugoj državi članici?) te da bi skladno tome i imali pravo na popravlanje štete protiv istog trgovca za istu praksu.

Konačno, tek sumarnom analizom pojedinih odredbi Direktive o predstavničkim tužbama, bez dublje analize njihovog sadržaja, možemo zaključiti da se u odnosu na ranija rješenja uočava znatan napredak u promišljanju osnovnih, bitnih odrednica kolektivne pravne zaštite, kao što su određenje kvalificiranih subjekata, financiranje podnošenja predstavničkih tužbi, učinak odluka, prekogranični učinci prilikom podnošenja predstavničkih tužbi i djelovanja pravomoćnih odluka kojima je utvrđena povreda kolektivnih interesa potrošača donesenih u jednoj državi članici u drugoj državi članici, odnosno drugim državama članicama, ako se odnosi na istog trgovca i istu (nepoštenu poslovnu) praksu.

ZAKLJUČAK

Već sam naslov rada upućuje na zaključak da pandemija bolesti COVID-19 utječe na građanske sporove koji se pod utjecajem te bolesti i njezinog globalnog djelovanja multipliciraju u različitim pravnim područjima, ipak primarno radnog, ustavnog, upravnog i medicinskog prava. Naravno, ovaj rad nije imao pretenzije

da se bavi svim aspektima multipliciranih građanskih sporova, već samo nekih. Zbog toga je središnji interes ovoga rada naknada štete nastale kao posljedica zaraze COVID-om 19 u bolnicama i drugdje (skijalištima, turističkim putovanjima). S obzirom na to da se države trenutno primarno nose s različitim pravnim i ekonomskim poteškoćama, to je pitanje možda i periferne naravi. Ipak, ono ne isključuje mogućnosti rasprave o njemu i potencijalne sporove koji bi se s tim u vezi mogli (znatno više) pojaviti. Središnji problem u dokazivanju uzročno-posljedične veze zaraze i posljedice u čisto izoliranom obliku i dužnosti bolnice ili drugog nositelja odgovornosti da poduzmu sve što je u tom trenutku bilo moguće, kako bi spriječio širenje zaraze te neki oblici olakšanja u dokazivanju, poput *prima facie* dokaza ukazuju na to da su pred sudovima, od kojih se očekuje djelotvorna pravna zaštita, veliki izazovi.

Prof. Dr. ALEKSANDRA MAGANIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Zagreb

CIVIL DISPUTES AS A CONSEQUENCE OF COVID-19

Summary

The COVID-19 pandemic has undoubtedly brought and has still been bringing a number of changes to national legal regimes concerning civil disputes. In addition to the tremendous increase in the number of civil disputes, there are also specific legal areas in which these disputes arise as a result of the COVID-19 pandemic. The most common civil disputes arising from such circumstances concern employment relationships, cancelled travel arrangements, delays in fulfilling contractual obligations, but also compensation for damage caused by the COVID-19 infection. Various frameworks in which infection with COVID-19 can occur, such as organized trips, visits to restaurants, large events, but also visits to hospitals due to medical treatment require an attempt to respond on issues of potential claims for compensation for damage resulting from failure to act. However, the focus of our attention is on cases of compensation for damage suffered due to corona virus infection. In addition, it is interesting and challenging to focus on a group action (ger. *Sammelklage*) lawsuit for COVID-19 infection in the Austrian ski resort of Ischgl.

Key words: civil disputes, damages, COVID-19, group action, *Sammelklage*

Literatura:

Baretić M., „Pandemija COVID-19 i odgovornost za štetu“, *Primjena prava za vrijeme pandemije COVID-19* (ur. Jakša Barbić), HAZU, Zagreb, 2021.

Beden Y., „COVID-1- Erkrankung durch Uralub im Risikogebiet: Anspruch auf Entgeltfortzahlung?“, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, No. 13, 2021.

- Belanić L., „Odgovornost za štetu i osiguranje od odgovornosti organizatora priredbe“, *Hrvatski časopis za osiguranje*, br. 2, Zagreb, 2019.
- Brand O., Becker O., „Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2“, *Neue Juristische Woche*, No. 37, 2020.
- Dika M., *Građansko parnično pravo, Utvrđivanje činjenica*, Narodne novine, Zagreb, 2018.
- Huber G., Grabmair C., „Sammelklagen auch in Österreich?“, *PHI – Haftpflicht international, Recht & Versicherung*, No. 2, 2010.
- Pirker-Hörmann B., Kolba P., „Österreich: von der Verbandsklage zur Sammelklage“, Internationales Symposium „Verbraucherpolitik: Kollektive Rechtsdurchsetzung – Chancen und Risiken“.
- Rechberger W. H., *Kommentar zur ZPO*, Springer, New York, 2006.
- Wolfdieter, Küttner, *Personalbuch*, C.H. Beck, München, 2021.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 10.10.2021.

Prihvaćen: 25.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MILAN LAZIĆ
MILICA SAVIĆ

THIRD PARTY FUNDING AND ACCESS TO JUSTICE

The purpose of this paper to analyze whether and to what extent are third-party funding and access to justice intertwined and compatible. The analysis started from recognizing most common challenges with third-party funding and whether these challenges may be overcome with existing regulation and guidelines. Global lack of regulation of this subject is noticeable. This increases the risks of having undisclosed conflict of interests between various participants and affects the confidentiality, efficiency and fairness of the proceedings and ultimately the access to justice considerations. Although third party funding undoubtedly contributes to larger access to justice, an unregulated market of this kind may also draw adverse inference to the access to justice. In conclusion, authors of this paper call for wider regulation of this matter, including both through local legislation and arbitration rules.

Key words: arbitration, third-party funding, conflict of interest, access to justice, confidentiality

INTRODUCTION

The notion of third-party funding has become quite regular in international arbitration and dispute resolution in general. In fact, it is old news in western jurisdictions, especially in the United Kingdom and the United States. In more recent

Milan Lazić, Senior Partner at Karanović & Partners law office, Belgrade, attorney at law, e-mail: milan.lazic@karanovicpartners.com.

Milica Savić, Partner at Karanović & Partners law office, Belgrade, attorney at law, e-mail: milica.savic@karanovicpartners.com.

years, it has also become a standard in the western Balkan region, with numerous disputes being financed by third-party funders. This is especially the case with investment arbitrations against the states in this region, as these disputes are of appropriate magnitude and value to stir the interest amongst the financiers. Commercial disputes, either arbitrations or disputes before local courts in this region, have not been attractive for third-party funders, as they are not of the value profitable enough for the funders who also do not have sufficient reliability in the court system and generally in the rule of law in the countries of western Balkan.

If someone had said three decades ago that third parties will offer their funds to finance the disputes that have absolutely nothing to do with them and that this is going to be a profitable business, we might have even said that something like that is unallowed and unethical. Historically, common law jurisdictions institutes of “maintenance” and “champerty” were designed to prevent third parties from profiting in the litigation in which they are outsiders for the concern of the rise in frivolous or vexatious litigation.¹ The debate whether third-party funding can be leveled with “maintenance” and “champerty” is ongoing.² However, precisely for the reasons of improving access to justice the common law countries have departed from the institutes of “maintenance” and “champerty” and adopted a more flexible and friendly attitude towards third-party funding.³

Third-party funding has come a long way from being considered almost illegal or unethical to being the usual practice which is even regulated in some countries and by certain arbitration rules. Third-party funding became an important tool for access to justice to parties that do not have sufficient funds to finance the expensive tribunals and court proceedings.

What we are wondering in this paper is how we came about from the perspective that third party funding is unethical to the point of third-party funding being a regulated usual practice and what has changed in the perspective. We also wonder whether third-party funding positively contributed to access to justice, and whether third-party funders make positive or negative differentiation between certain types of claims and potential claimants. In this paper, we analyze how not to

¹ Third Party Funding in International Arbitration, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/>, accessed 23 September 2021.

² Hong-Lin Yu, “Can Third Party Funding Deliver Justice in International Commercial Arbitration?”, *International Arbitration Law Review*, 2017, 20-34.

³ Third Party Funding in International Arbitration, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/>, accessed 23 September 2021.

spoil the positive trend of third-party funding and its contribution to the access to justice ideal by analyzing different challenges with third-party funding (section 2). Thereafter, we analyze how lawyers and advisors treat the cases potentially funded by third parties and how they handle potentially conflicting instructions from the funder and the client (section 3). We then assess the benefits of third-party funding and assess whether it positively contributes to the notion of access to justice and what needs to be done to maintain its positive contribution (section 4). Finally, we conclude with some recommendations and general remarks on how the practice of third-party funding coincides with access to justice needs and look for ways to further improve this connection (section 5).

SOME CHALLENGES WITH THIRD-PARTY FUNDING

General

Although a common fixture within the arbitration community in recent years, third-party funding is still inconsistently (not) regulated by different institutions' arbitration rules and incoherently observed by arbitral tribunals with much diversity in standards, making it one of the most debated issues in international arbitration.

ICC Arbitration Rules⁴ and VIAC Rules⁵ introduced a requirement of party disclosure of third-party funding arrangements, starting from 1 January 2021 and 1 July 2021, respectively. On the other hand, although amended as recently as in 2020, LCIA Rules⁶ still do not recognize the need to formally regulate the issue of third-party funding, nor do UNCITRAL and ICSID Rules (although the 4th Edition of the ICSID Working Paper from February 2020 provided for an amendment to the ICSID Rules of Procedure for the incorporation of mandatory disclosure in cases of third-party funding arrangements, mandating a written notice by the funded party⁷).

Certain Asian jurisdictions have recognized the need to regulate third-party funding disclosure, either through arbitration rules or local legislation. CIETAC introduced this requirement already in 2017 in its investment arbitration rules⁸

⁴ ICC Arbitration Rules (2021), Article 11(7).

⁵ VIAC Rules of Arbitration and Mediation (2021), Article 13a.

⁶ LCIA (London Court of International Arbitration) Arbitration Rules (2020).

⁷ ICSID Working Paper, 4th edition, February 2020.

⁸ CIETAC Investment Arbitration Rules, Article 27(2) (English Translation).

and the CIETAC's Hong Kong Arbitration center issued Guidelines for Third-Party Funding in International Arbitration in 2016 also suggesting that parties obtaining funding should inform the tribunal of it without delay.⁹ In Singapore, an all-round regulation of third-party funding has been introduced by amendments to the Civil Law Act and Legal Profession Act as well as by enacting the Civil Law (Third Party Funding) Regulations 2017. In a nutshell, these regulations work three ways: (i) by providing that the funding contracts are not contrary to the public policy or illegal and by abolishing the Common law torts of maintenance and champerty, (ii) by allowing lawyers to promote, advise on and draft contracts for third-party funding and to act in funded disputes and (iii) by regulating some qualifications and requirement a third-party funder needs to meet in order to operate in Singapore. Most importantly, the obligation of lawyers to make a disclosure of third-party funding (and the identity of funders) in the proceedings was established, at the date of commencement of the dispute or as soon as practicable after the third-party funder entered the dispute. Similar regulation was introduced in Hong Kong.¹⁰

In any event, lack of uniform regulation of the topic still leaves much to interpretation when it comes to disclosing the existence of the funding arrangement and the identity of the funder, and practice of recent years has shown that this lack of uniform regulation leads to various challenges, most notably conflict of interest of arbitrators and issues of confidentiality.

Disclosure and Conflict of Interest

One of the numerous issues raised by the involvement of third-party funders in international commercial arbitration is arbitrator conflict of interest due to nondisclosure of the involvement of the third-party funder. In 2014, the International Bar Association (IBA) issued the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. The Guidelines address the question of disclosure of third-party funding agreements in the context of arbitrators' impartiality and independence, levelling the role of funders in an arbitration to that of the parties, stating the funders have a "direct economic interest in the award."¹¹ Although the IBA Guidelines have been met with affirmation within the arbitration community,

⁹ China International Economic and Trade Arbitration Commission, Hong Kong Arbitration Center, 2016, "Guidelines for Third Party Funding in Arbitration", Article 2.9.

¹⁰ Andrew G. Moran QC, "Ethical issues arising in connection with third party funding of international commercial arbitration", *Bani Conference in Jakarta, Indonesia*, 29 November 2018.

¹¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2014, General Standard 7(a).

their effectiveness is of limited extent as their nature is to serve only as recommendations to parties and arbitral tribunals and they “do not override any applicable national law or arbitral rules chosen by the parties”.¹²

The 2015 Queen Mary School of International Arbitration Survey has shown that 76% of survey respondents agreed that disclosure of the existence of third-party funding arrangements should be mandatory and 63% believed that disclosure of the identity of the funders should be mandatory.¹³ Observing these results, and the informal popular opinion within the arbitration community, it can be said there is general consensus that it is recommendable to disclose the existence of funders and their identity.¹⁴ However, lack of uniform regulation of this topic still leaves open issues such as who is required to make such a disclosure and when. Parties are therefore entitled to decide when and how to make any such disclosure, be it on their own initiative or complying with an order from the tribunal. It is of course essential that such disclosure is made, whenever possible, prior to the tribunal being constituted, so that each prospective arbitrator is able to comply with its duty to disclose any circumstances concerning the arbitrator’s impartiality or independence which may arise during the arbitration.

Latest amendments to the ICC Rules provide a broad requirement of a *prompt* disclosure.¹⁵ The VIAC Rules have a more elaborate wording, requiring the parties to inform the tribunal with the statement of claim or immediately upon concluding the third-party funding agreement. The VIAC Rules also underline an obligation of the Secretary General to inform any arbitrator nominated for appointment or already appointed of such disclosure for purposes of completing the arbitrator declaration.¹⁶

In absence of any regulated obligation to disclose third-party funding, there is still ambiguity in understanding who is supposed to determine what constitutes

¹² IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2014, Introduction, point 6.

¹³ Queen Mary, University of London and White & Case, “2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration” (2015).

¹⁴ This is also in line with the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, as General Standard 7(a), requires as follows: “A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration.”

¹⁵ ICC Arbitration Rules (2021), Article 11(2).

¹⁶ VIAC Rules of Arbitration and Mediation, Article 13a.

any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. There were some broad interpretations of the General Standard 7 of the IBA Guidelines on Conflict of Interest that it is the arbitrators who are obliged to determine and disclose particular facts that may give rise to a conflict of interest, implying their duty to investigate. Unfortunately, the issue with this interpretation is that arbitrators have limited resources to investigate, unless they order certain disclosures, and arbitrators may issue orders only after their appointment is confirmed. This ying-yang of duty and authority prompted the stance that the prevailing interest to determine relevant information and when disclosure is appropriate lies with the party and its funder as they are the ones interested to ensure the enforceability of the award.¹⁷

This brief overview shows that conflict of interest, no matter when it surfaces in the proceedings, either before or after the tribunal is constituted, significantly hampers efficiency and the purpose of arbitration. These risks could be decreased significantly with detailed regulating of the need to disclose inclusion of funders in the arbitration proceedings.

Privilege and Confidentiality

Third-party funding discussions most commonly focus on the issues of disclosure, arbitrator bias, security for costs, and regulation (or lack thereof) – not much attention was devoted to the issues of privilege and confidentiality. These issues involve, among others, how to maintain the confidentiality of arbitral proceedings that are confidential in nature¹⁸ given that the funded party is expected to disclose the details of the proceedings to funders, whereas the opposing party is providing information and documents in confidence. Funders are not generally regarded as bound by professional ethical rules regarding treatment of confidential information and conflicts of interest rules in the same way lawyers are.¹⁹ Therefore, a concern was raised that there is no legislative or other type of professional ban on third-party funders to use information of one party in another funded matter for a different party.

¹⁷ Report of the ICCA (International Council for Commercial Arbitration) – Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration, *The ICCA Reports No. 4*, April 2018, 111-112.

¹⁸ Chitransh Vijayvergia, “Balancing Disclosure and Confidentiality Obligations in Third-Party Funding”, *Arbitration & Corporate Law Review*, 2020.

¹⁹ Report of the ICCA (International Council for Commercial Arbitration) – Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration, *The ICCA Reports No. 4*, April 2018, 117-118.

Increasing number of funded cases has also increased an already high level of complexity and uncertainty in dealing with confidential information and documents in international arbitration.²⁰ As a reminder, resolving these issues is still, at least according to the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration, very much within the discretion of tribunals. Even though there is undisputed relevance of these issues, international conventions, and most national arbitration laws and arbitral rules are silent about issues of privilege and confidentiality (and related questions of conflicts of interest).²¹

In any event, having a third-party funder involved in the process undoubtedly introduces a risk that confidential information shared in an arbitration is at risk of being further exposed. Adequate mechanisms to protect that from happening should be included in the funding arrangement, so that the funder is at least contractually bound to protect the confidentiality of arbitration and information received therein. This again raises the question of whether details of a funding arrangement are to be disclosed in the arbitration.

IBA Rules on Taking of Evidence leave a very broad authority for the tribunal to protect confidentiality, as Article 9(4) provides that tribunals may, where appropriate, make necessary arrangements to permit evidence to be presented or considered subject to suitable confidentiality protection.²² Leaving such broad authorities to the tribunal should be avoided or at least softened by introducing mechanisms and rules on how information or documents perceived as confidential are to be included in the arbitration (for instance as redacted materials), but with a clear order from the tribunal on limiting the purposes for which such information may be used.

Same principles should also be applied to the confidential nature and confidential segments of the agreement between the funded party and its funder. Although there is general consensus that the existence of funding and the identity of a third-party funder is not subject to any legal privilege,²³ it is still debatable whether this consensus spreads to the details of the funding arrangement and to what extent. The specific provisions of a funding agreement may be subject to confidentiality obligations between the parties to that agreement and therefore could

²⁰ Jonas Von Goeler, "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", *Kluwer Law International*, 2016, 166.

²¹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, 2014, 2376.

²² IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 2020.

²³ Report of the ICCA (International Council for Commercial Arbitration) – Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration, *The ICCA Reports No. 4*, April 2018, 117-118.

include information subject to legal privilege. Consequently, production of such information should only be ordered in exceptional circumstances.

Relevance of details in the funding arrangement is most visibly noticeable in security for costs applications. It is still questionable whether the mere existence of a security for costs application is sufficient for the tribunal to order disclosure of the entire funding arrangement, not just the identity of the funder. Historically, arbitral tribunals have been sceptical about making such orders,²⁴ however, further regulation of third-party funding disclosure in general might also bring certain changes to how security for costs applications, or even award on allocation of costs, are perceived.

IN-BETWEEN A CLIENT AND A FUNDER
– WHO IS RUNNING THE SHOW?

One of the basic notions of lawyers' ethics is the obligation of a lawyer to put the interests of a client before their own interest, the interest of their colleagues, other participants in the proceedings and third parties.²⁵ In a funded case, the funder has an obvious economic interest in the outcome of the dispute. The funder is a third party with a very powerful leverage – funds that enable the claimant to access justice. That is why a common practice of funders worldwide was established of not imposing control over the dispute but letting the client make important decisions about the fate of the dispute – e.g. whether or not the case will be settled and for which amount. In any event, funding agreement will usually contain provisions that deal with settlement and, in particular, the procedure by which the dispute will be settled in the event that the funded party and the funder do not agree.²⁶ In some situations, funders may reserve the right of approval of the settlement.²⁷ Settlement may be triggered by different motives of claimants – a claimant may decide to settle without any payment from the opposing party if for instance the respondent presents a business opportunity to the claimant or some other type of future value in exchange for settling the dispute. The funder would certainly have a say in this type of settlement attempt, and it is a question whether the funding agreement would allow this kind of liberty to the funding party.

²⁴ G. Born, *op.cit.*, 2494.

²⁵ Code of Lawyers' Professional Ethics, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 27/2012 and 159/2020.

²⁶ Third Party Funding in International Arbitration, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/>, accessed 23 September 2021.

²⁷ *Ibidem*.

Hence, a decision-making power is not solely on the client – a certain level of power (which is not to be disregarded) lies also on the funder. The lawyer therefore needs to address both of these decision-making points – both its client and the third-party funder and needs to carefully coordinate and manage the interests of these two. Any important decision in the dispute needs to be run through both the client and the funder, and clear authorities between the client and the funder need to be established and defined in that respect. The lawyer needs to carefully address the requests of the funder when important questions in the dispute arise. Some authors consider that the lawyer ends up being the intermediary bringing funders and litigants together.²⁸ The situation becomes particularly complex when for instance the funders agree to take an equity share in the claimant's company.²⁹ When this happens, the lawyer may not only find it difficult to prioritize his client's interests but additionally he may struggle to identify who his client is.³⁰

Additionally, in order to fund the case, third-party funders often require a familiar law firm to be engaged. It is often the case that the funder requires this to be an international law firm, with which the funder had a previous relationship and co-operation. This to some extent limits the clients in choosing their legal counsel and hence choosing the strategy in the case. It should be noted that this is not a major obstacle in practice as the funders usually leave freedom to clients to retain their local counsel or lawyers of trust, provided an international law firm is part of the team representing the client. This minor factor is however somewhat limiting the client in its freedom to choose its own representation and access justice under its own terms.

With all this, it becomes increasingly difficult to maintain the notion of the interests of the litigant being in the primary focus of both the funders and the lawyers. Precisely for these reasons, Association of Litigation Funders of England and Wales adopted a *Code of Conduct* in 2011, which set out the basic principles of conduct towards a represented party. In a nutshell, this Code sets guidelines for a funder to: (1) take reasonable steps to ensure that the funded party has received independent advice on the terms of the funding agreement; (2) not take any steps that influence the funded party's lawyers to act in breach of their professional duties, and (3) not seek to influence the funded party's lawyers to cede control or conduct over the

²⁸ Third Party Litigations funds and the lawyer's ethics, <https://www.leidenlawblog.nl/articles/third-party-litigations-funds-and-the-lawyers-ethics>, accessed 28 September 2021.

²⁹ Third Party Funding in International Arbitration, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/>, accessed 23 September 2021.

³⁰ Third Party Litigations funds and the lawyer's ethics, <https://www.leidenlawblog.nl/articles/third-party-litigations-funds-and-the-lawyers-ethics>, accessed 28 September 2021.

dispute to the funder. These principles are certainly welcome, but the problem is that the Code of Conduct is not a mandatory regulation, and most importantly it is a code for the funder and in no way limits or obliges the lawyers to honor it. Therefore, the need for the rules of conduct and ethical codes for lawyers to address and regulate the issues of third-party funding becomes more and more evident.³¹

ACCESS TO JUSTICE CONSIDERATIONS

Let us start from some definitions of access to justice:

A person or entity facing a legal issue they could benefit from or be hurt by, should have timely and affordable access to: (a) the appropriate level of legal assistance, and (b) a fair and efficient court or process to resolve disputes, so that they can understand and make decisions about their legal issue; get a fair and cost-effective resolution on the facts and applicable law; and feel like they were heard, were treated fairly, and understood the outcome.³²

Ability to take the case to arbitration or court is just one element of access to justice. This is the element that will be the subject of this analysis. One may say that ability to initiate and conduct the case by the claimant who would, without the funder, not be able to take its case forward, is an obvious contribution to the access to justice.

However, there are some differences which make the entire analysis not so one-sided. Firstly, there is a profit element in third-party funding which is not to be disregarded. The motivation of third-party funder is solely (or in a major part) to make a profit out of the winning case. In this regard, the size and value of the claim influence drastically the funder's decision whether it will fund the case. Funders will require a certain investment to quantum ratio³³ – some funders do not want to even consider cases which are below EUR 10 million³⁴ or sometimes even EUR 20 million. Therefore, we have an entire range of claimants below this threshold which do not have access to justice with third-party funding. Secondly, only certain types of cases are interesting to third-party funders, i.e. damages claims. As mentioned,

³¹ Third Party Litigations funds and the lawyer's ethics, <https://www.leidenlawblog.nl/articles/third-party-litigations-funds-and-the-lawyers-ethics>, accessed 28 September 2021.

³² Bob Glaves, What Do We Mean When We Say Access to Justice?, <https://chicagobarfoundation.org/blog/bobservations/what-do-we-mean-when-we-say-access-to-justice/>, accessed 20 September 2021.

³³ Third Party Funding in International Arbitration, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/>, accessed 23 September 2021.

³⁴ *Ibidem*.

in the region of western Balkan the funders would rarely be interested in commercial court disputes or commercial arbitrations (mostly due to low value of these cases and unprofitability). In other words, only investment treaty arbitrations above EUR 10 or 20 million would have access to justice by using third-party funding. Not to mention non-monetary claims – apart from philanthropic activities of third-party funders (and some funders have established this practice) – these claims would certainly be of no interest for the third-party funders. Finally, although there were cases in which third-party funder have funded respondent's side, this is very rare in practice and usually limited to funding of respondents' counterclaims. Presumably, the respondents would need to be ready to pay a premium to the funder in case the claim against the respondent is rejected so that the funding of such case would become interesting to the funder.

The notion of access to justice in its true meaning should ideally imply that all parties have equal access to justice, be it the claimants or respondents, be it the winners or losers. The fact that the funder would rarely fund a case which does not have high chances of success has motivated some authors to conclude that funding helps certain winners to become winners, whereas the losers or winners with slightly riskier or controversial claims are simply not given that much opportunity.³⁵

Another important consideration when it comes to the impact of third-party funding on access to justice comes down to the necessity of regulation of the practice of third-party funding. It is a view of the authors that without such regulation, the practice of third-party funder may easily cross to the other side of access to justice benefits. For instance, without the obligation of disclosure of third-party funding arrangements the risk of conflict of interest of arbitrators or practitioners will increase. The reason for this can also be found in the fact that there are limited number of third-party funders operating in the market – the circle of funders with which arbitrators and practitioners have not been in touch in one way or another is going to be more and more narrow. Without the obligation to disclose, the other party's interests may be under threat, as their interests may not be well preserved by arbitrators and practitioners acting on the border of conflict of interest. This way, access to justice of a non-funded party may be breached: “*With the link between access to justice and third party funding seems to lean more towards the funded party's right, the opposing party's rights to procedural justice can be overlooked and negatively impacted upon*”.³⁶

³⁵ Victoria Shannon Sahani, “Rethinking the Impact of Third-Party Funding on Access to Civil Justice”, *DePaul Law Review*, Vol 69, 2020, 613-614.

³⁶ Yu H., *op.cit.*, 20-34.

Similarly, third-party funders remain inaccessible to winning parties to enforce the adverse costs directly against the funders. Non-regulation of this issue certainly offends the access to justice of the non-funded party when it comes to collection of adverse costs, which may be significantly high in funded arbitration and court proceedings.

Going further down the line, without certain rules and standards that would regulate the operation of third-party funding, the funding arrangements may become looser and give the funders a power to make crucial decisions in the proceedings and meddle with the interests of the funding party in the way that would hurt the access to justice considerations.

One solution to the problem is certainly the regulation of practice of third-party funders. This regulation should be comprehensive in the following directions: (i) arbitration rules should regulate third-party funding arrangements and at least provide for the obligation of disclosure; (ii) codes of lawyers' conduct and ethics should introduce rules and standards of lawyers' when representing funded clients, and ideally, (iii) third-party funders should have their own regulation and rules of conduct. Finally, systematic laws in each jurisdiction, such as arbitration acts or civil procedure codes should touch upon the issue of third-party funding, and thereby institutionalize this practice and make it obligatory to follow the rules in both civil litigation and arbitration. Jurisdictions of Singapore and Hong Kong are a very good example of this all-round regulation which strengthens this institute from all sides (funders, practitioners and arbitrators/judges in the proceedings) and provides a legal framework for operation of third-party funding which enhances the benefits of this institute and promotes and positively contributes to access to justice of all parties concerned.

CONCLUSIONS

Third-party funding is on the rise. Presumably, at present it is rare to find a practitioner in the field of international arbitration that has not come across third-party funding. The circle of known players in this field that mutually cooperated in funded cases is narrowing. This raises a growing concern of conflict of interest in funded arbitration and opens the door for many challenges: (i) in operation of arbitrators who become more prone to the conflict of interest as the number of funded cases rise, (ii) in conduct of lawyers who also become more exposed to their own conflict of interests and the difficulty of their position in the triangle between a client and a funder, (iii) in behavior of funders themselves and their influence over the arbitration in respect of their power to make decisions about the fate of the dispute.

In this complex setting involving different interests of all participants, regulation of third-party funding becomes increasingly essential. Currently, majority of legal systems do not have any legal guidelines or regulation of third-party funding. This opens the door for many challenges with third-party funding such as conflicts of interest, breach of confidentiality and ethical issues³⁷. On the other hand, some arbitration rules have instituted the obligation of disclosure of funding arrangements, which is clearly a positive development. Certain jurisdictions such as Singapore and Hong Kong also set a positive example by introducing an all-round regulation of the institute of third-party funding ensuring that all participants play by the rules.

Contribution of third-party funding to access to justice is undoubtable. However, with increased number of funded arbitrations, and without adequate regulation and setting of basic rules and guidelines, third-party funding is at risk of going to its own detriment and against access to justice considerations. The challenges with third-party funding described in this paper are at jeopardy to intensify if the matter remains unregulated. The authors of this article find that regulation of third-party funding is the key to override these challenges and set the third-party funding in the positive direction towards the promotion and empowerment of access to justice.

MILAN LAZIĆ

Stariji partner, advokat, Advokatska kancelarija
Karanović & Partners

MILICA SAVIĆ

Partner, advokat, Advokatska kancelarija
Karanović & Partners

FINANSIRANJE SPOROVA OD STRANE TREĆIH LICA I PRISTUP PRAVDI

Rezime

Cilj ovog rada je analiza uticaja finansiranja sporova od strane trećih lica na pravo na pristup sudu i arbitraži i njihov odnos. Polazna tačka ove analize je prepoznavanje uobičajenih problema i izazova u slučaju postojanja trećih lica koja finansiraju određeni spor i imaju sopstveni finansijski interes za uspeh strane koju finansiraju. Autori se kroz rad bave pitanjem da li je ove probleme i izazove moguće prevazići uz postojeću regulativu ovog pitanja. Prepoznat je nedostatak sveobuhvatne i opšte prihvaćene regulative u ovoj oblasti koji povećava rizik postojanja neotkrivenih sukoba interesa

³⁷ H. Yu, op.cit., 20-34.

između učesnika u sporovima, što utiče na mogućnost očuvanja poverljivosti postupka, efikasnost i pravičnost u postupanju. Iako je nesumnjivo da finansiranje sporova od strane trećih lica doprinosi široj mogućnosti pristupa pravdi, autori su mišljenja da nedovoljno razvijena regulativa u ovoj oblasti može proizvesti i potpuno suprotne efekte na pravo na pristup pravdi. Autori zaključuju da je potrebno uvesti regulativu u ovoj oblasti, kako kroz nacionalna zakonodavstva tako i kroz arbitražna pravila arbitražnih institucija.

Ključne reči: arbitraža, finansiranje sporova od strane trećih lica, sukob interesa, poverljivost, pristup pravdi

Bibliography

Born G., *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, 2014.

Glaves B., *What Do We Mean When We Say Access to Justice?*, <https://chicagobarfoundation.org/blog/boobservations/what-do-we-mean-when-we-say-access-to-justice/>.

Shannon Sahani V., "Rethinking the Impact of Third-Party Funding on Access to Civil Justice", *DePaul Law Review*, Vol 69, 2020.

Vijayvergia C., "Balancing Disclosure and Confidentiality Obligations in Third-Party Funding", *Arbitration & Corporate Law Review*, 2020.

Von Goeler J., "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure", *Kluwer Law International*, 2016.

Yu H., "Can Third Party Funding Deliver Justice in International Commercial Arbitration?", *International Arbitration Law Review*, 2017.

Article history

Received: 11.10.2021.

Accepted: 27.10.2021.

REVIEW PAPER

UROŠ ŽIVKOVIĆ

INVESTMENT ARBITRATION AND THE MFN CONUNDRUM – THE LONG AND WINDING ROAD FROM MAFFEZINI TO IÇKALE

Interpretation of the most-favored nation clause in investment treaty arbitration has been sparking debates for the better part of two decades. The paper examines the issue from the perspective of two opposing ends – a broad stance of the seminal decision in Maffezini Case and a recent more restrictive approach undertaken by the arbitral tribunal in Içkale decision, in order to paint in broad strokes the outlines of a balancing act mechanism in interpretation that author puts forward.

Key words: *investment arbitration, MFN, BIT, Maffezini*

INTRODUCTION

Relationships between foreign investors and host states develop on a promise that an investor in the economy of the host state will enjoy treatment on a non-discriminatory basis, adequate legal protection, and economic benefits of its investment. The scope of the promises given – just like the actual readiness and ability of the host state to keep them – will, to a large extent, structure the relationship with the investor and set the theme for the outcome of the investment project. This is one of the reasons why developing economies perceive it

Uroš Živković, LL.M. (Cantab), Returning Point Circular Migration Project Expert within the United Nations Development Program (Serbia), e-mail: uros.zivkovic@tackapovratka.rs.

as essential to set a level playing field for businesses and traders coming from different countries, avoiding the risk of being exposed to costly dispute settlement procedures with an unsatisfied investor.¹

In terms of promises given to attract foreign capital, host states predominantly ensure the existence of equal opportunities for investors in a two-fold manner: by guaranteeing treatment not less favourable to that of domestic investors (standard of national treatment, NT clause) and by awarding the substantive treatment offered to other third-state investors by virtue of the most-favoured-nation standard (MFN treatment). Naturally, the full spectrum of protection of foreign direct investment encompasses a larger portion of different treatments and benefits; however, these fall outside the scope of the present paper.²

Although the guarantees of the national and MFN treatment can be found within host state's national laws or codifications promoting and protecting foreign direct investments, the usual framework for their incorporation is within a particular bilateral investment treaty (hereinafter: BIT).³ By way of an MFN clause in a BIT, an investor can benefit from a wider spectrum of substantive protection, in a situation where third-state foreign investors or domestic investors are in effect granted a benefit by the host state. While national and MFN treatment provisions have parallel structures, similar purpose and have become an integral part of most modern BITs, it is clear from the treaty interpretation practice of investment tribunals that the issues of scope and nature of the MFN clauses in particular, have raised considerable practical and doctrinal issues.

¹ Majority of disputes settled between the investor and the host state is resolved by means of arbitration – see Christoph Schreuer, “Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment and Trade*, Geneva, 2004, 231.

² For a more detailed account of the overall structure of the BIT see Surya P. Subedi, *International Investment Law – Reconciling Policy and Principle*, Oxford & Portland, 2008, 84; Stephan W. Schill, “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2, 2009, 498.

³ The added value of the MFN or NT clauses in national laws of host-states exists in cases where the foreign investor or its investment are not protected by a bilateral or multilateral treaty that contains these provisions. Nonetheless, the fact that national laws can be unilaterally changed, amended or suspended by the host state (unlike international treaties) raises the level of uncertainty for foreign investors, thereby providing BIT incorporation of these standards as preferable, see Yas Banifatemi, “The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration”, *Investment Treaty Law: Current Issues III: Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law* (Eds. A. K. Bjorklund, I. A. Laird, S. Ripinsky), British Institute of International and Comparative Law, London 2008, 241–273.

Departing from the classical Most-Favoured-Nation concept, foreign investors have time and time again tried to rely on the MFN clause in order to eliminate certain procedural steps and proceed directly with arbitration under a diagonal clause in a BIT, opt for a different arbitral venue from the one offered under the applicable BIT, expand tribunal's jurisdiction *ratione materiae* or *ratione personae* by relying on a broader definition of the investment/investor in a BIT concluded between a host state and a third state, procedurally stretch the confines of the dispute by pursuing contract claims through an umbrella clause from another BIT or just simply go beyond the borders of the underlying BIT containing the MFN clause. Plethora of different (and often diverging) approaches taken by investment tribunals in the past two decades in deciding upon the preceding issues shows that the topic of consistent interpretation of MFN clauses in investment treaty arbitration is far from settled. In words of Mr. Zachary Douglas, "there is a high premium on certainty when it comes to rules for the adjudication of disputes", as investors are not ready and keen to explore alternatives in the form of national and usually inapt courts of the host state through domestic litigation.⁴ The inconsistency in understanding and application of the MFN clauses systematically undermines practitioners' chances to predict the potential outcomes of a dispute while at the same time provides international scholars with certain unease when dealing with issues of BIT interpretation. The MFN conundrum has also sparked significant debates related to actual need for re-negotiating existing BITs regimes and providing more clarity on the wording of the MFN clauses – causing stir in places where water was previously still.

Thus, the focal point of research and analysis conducted in this paper revolves around the diverging nature of the MFN clauses in investment treaty arbitration, their interpretation and actual scope from a procedural and substantive perspective of a dispute – looking specifically at the evolution of interpretative stances from the pivotal *Maffezini* case to a more recent *Içkale v. Turkmenistan* decision. The research has, in general, indicated that some of the questions investment tribunals have posed in the past when approaching claims raised by parties pertaining to a more creative application of the MFN clause have been formulated in a way that contributed towards uncertainty and inconsistency in interpretation as such. It can be inferred from the practice and scholarly writing that lack of consensus in interpretation of the MFN clauses stems from inadequate reliance of tribunals on previous practice without distinguishing the matters of general treaty interpretation and specific, factual, case-sensitive scenarios. Nonetheless, the case law of

⁴ Zachary Douglas, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty interpretation Off the Rails", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, Oxford, 2011, 98.

MFN interpretation in arbitral practice from early 2000's to today has shown a shift in from a trend of broad application to a more nuanced and clause-specific decisions making which is the tendency the author of the paper fully endorses.

NAVIGATING THE MFN STANDARD

History and Origins

Contemporary international law has defined the MFN treatment as treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a particular relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State.⁵ Equality and universality of treatment that the MFN clause aims at establishing is a consideration accorded by states that willingly commit to non-discriminative approach in their dealings. It is to be noted, however, that despite being regarded as the “central pillar of trade policy for centuries” application of the MFN treatment is conditional on existence of a binding clause in a treaty.⁶ As aptly stated in practice and doctrine, MFN treatment is not required under customary international law.⁷ As such, the interpretation, its extent as well as the rights and obligations arising out if its application will also depend on the particular wording of the clause incorporating the MFN treatment.

Prior to conceptualization of the modern definition, the MFN standard in the international treaty making developed gradually. From a historical perspective, the original notion of the treatment can be found in the mediaeval treaties. Special Rapporteur for the ILC, Mr. Endre Ustor, suggests that the earliest appearance of

⁵ See Article 5 of the Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses, ILC Draft in Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, New York, 1978, 21 (hereinafter: Draft Articles on MFN); also Stephen Fietta, “Most Favored Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?”, *International Arbitration Law Review*, No. 4, 2005, 131-132.

⁶ Marie-France Houde, Fabrizio Pagani, “Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law”, *OECD International Investment Law: A Changing Landscape*, Paris, 2005, 129.

⁷ See Article 7 of the Draft Articles on MFN, supra note 5, that stipulates: “nothing in the present articles shall imply that a State is entitled to be accorded most-favoured-nation treatment by another State otherwise than on the basis of an international obligation undertaken by the latter State”; see also Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, 206; Andrew Newcombe, Lluís Paradell, “Chapter V – Most-Favored-Nation Treatment”, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Hague, 2009, 194.

the rudimentary MFN standard treatment in Europe dates back to XI and XII century and can be traced in agreements concluded between guilds, merchants and mediaeval trading cities in France, Spain and Italy.⁸ Probably one of the first documented occurrences of an MFN-like treatment clause was in a Treaty for Mercantile Intercourse with Flanders signed between King Henry V of England and Duke John of Burgundy in Amiens on 17 August 1417 that accorded English vessels the right to use the harbors of Flanders in the same capacity as French, Dutch, Sealanders and Scots.⁹ Albeit conditional and narrow, as it granted comparable treatment on a very limited national basis, the MFN treatment in the Treaty for Mercantile Intercourse with Flanders from 1417 was a starting point for development of the underlying reciprocal, non-discriminatory rationale.

By keeping the mercantile powers in the imperial Europe and on equal level with one another in terms of trade with rare commodities, spices and goods from the colonial lands, reciprocal nature of the MFN treatment started blossoming into an idea that will become one of the most essential standards in investment protection in the 21st century. As it has been underlined by the ICJ in the context of the early investment treaties, the very purpose of the MFN treatment was to “establish and to maintain at all times fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned”.¹⁰ The early, conditional nature of the MFN clause however evolved through time and gradually found its way into modern treaty making, expanding to become one of the fundamental unconditional mechanics of international economic relations.

This is also how development ideas embodied in the Havana Charter from 1948 when signatory parties have pledged to structure policies and their relations in a way that would avoid discrimination among foreign investors influenced wide incorporation of the MFN clauses in BITs and multi-lateral treaties concluded after 1950's.¹¹ At that time, it was suitably noted by the widely cited Prof Georg

⁸ Endre Ustor, “First Report on the Most-Favoured Nation Clause”, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, UN Doc. A/CB.4/SERA/1969/Add. 1, New York, 1969, 159.

⁹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), “Most-Favoured-Nation Treatment”, *UNCTAD Series on Issues I International Investment Agreements I*, New York, 1999, 13; see also Martin Molinuevo, “Post-establishment MFN and NT Obligations”, *Protecting Investment in Services: Investor-State Arbitration versus WTO dispute Settlement* (Ed. Martin Molinuevo), Global Trade Law Series, Vol. 38, The Hague, 2011, 93.

¹⁰ Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. US) (1952) ICJ Rep 176, 192.

¹¹ See Article 12 of the Havana Charter for an International Trade Organization; United Nations Conference on Trade and Employment, Final Act and Related Documents, April 1948; for a more detailed account of negotiations and formation of the core ideas leading to the Havana Charter see

Schwarzenberger that overarching purposes of the MFN treatment – if accepted by the signatory parties – is to ensure that “anybody’s advantage accrues to everybody’s profit”.¹² This underlying notion of equality and comparable status of investors coming from different states, coupled with the idea of close economic cooperation between the states that are signatories to the treaty is still reflected in the MFN standard, as its application provides for much needed uniformity in treatment and balances the competition on the market.¹³ The standard itself remains to be a relative one, as it will depend on how the host state treats other foreign investors and investments in its territory. That is probably one of many reasons why its conceptualization within treaties has been predominantly based in bilateral investment agreements, instead of multilateral arrangements. Development of international law clearly shows that granting benefits is always easier to agree upon when the number of the parties is relatively small.

Apart from the universally accepted definition of the MFN standard embodied within the framework of WTO, its application and interpretation in the field of foreign direct investment has been more prolific in the past two decades.¹⁴

Modern Understanding of the MFN in International Investment Law

Limitations to the MFN standard are mapped within the scope of the applicable BIT or multilateral agreement containing the clause. The MFN clause nowadays stands as a necessary mechanism of keeping the promises given by the host state towards foreign investors, eliminating the possibility of unequal treatment due to changes in the national legislation of the host state or subsequent changes introduced through other bilateral and multilateral treaties.

Richard Toye, “Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Trade Organization, 1947-1948”, *The International History Review*, XXV. 2, 2003, 286-289 et seq.

¹² Georg Schwarzenberger, “The Most-Favoured Nation Standard in British State Practice”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 22, No. 96, London, 1945, 99-100.

¹³ Pia Acconci, “Most-Favored-Nation Treatment”, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer), Oxford, 2008, 354; United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD), “Most-Favored-Nation Treatment”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Geneva, 2010, 1, http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf, 23.09.2021.

¹⁴ Most Favored Nation principle, albeit one of the cornerstones in the pantheon of WTO, is still subject to exceptions and concessions related to the different treatment in regional and free trade areas, developing countries and regional economic blocks. See for instance Kyle Bagwellm, Robert W. Staiger, “Multilateral trade negotiations, bilateral opportunism and the rules of GATT/WTO”, *Journal of International Economics*, Vol. 63, Issue 1, 2004, 1-29; Peter van den Bossche, Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge, 2013, 317 et seq.

In the short run, the MFN clause in a BIT will be one of the incentives for a foreign investor to decide to invest, while over a longer period it will be a safeguard to balance out any potential discrimination that host-state might create by according benefits solely to investors and investments coming from other countries. For the state parties to a treaty, MFN clause will stand as a promise of non-discriminatory treatment towards foreign investors coming from different countries.

Taking into consideration that the basic idea behind the MFN treatment as a reciprocal mechanism has remained unchanged from the XV century till today, the application of the standard should come across as reasonably straightforward in the domain of foreign direct investment as well. And while general definition of the standard exists in scholarly writing and case law, many facets of treaty negotiations and individual relationships between the signatory states over the collage of numerous BITs concluded, guarantees large-scale differences in wording of the MFN clauses.

Admittedly, UNCTAD's monitoring from 2009 counts over 2650 reported BITs, majority of which stipulates the application of some form of MFN treatment.¹⁵ Furthermore, the unprecedented multiplication of the BITS once coupled with incoherent arbitral practice necessarily leads to diversification and often polarization of views on interpretation of the treaty provisions. If one considers that, in addition, certain volume of investment arbitral practice remains to be private and unpublished (under auspices of ad-hoc arbitral tribunals or institutional rules protecting confidentiality of the parties) the shape of the issue of interpretation of BITs in international investment law becomes even blurrier.

Prof. Alain Pellet in his 2013 Lalive Lecture paints the picture of how he sees jurisprudence in the field of investment arbitration:

“Let’s just say that I think there exists ‘some’ jurisprudences constantes on a limited number of points {some of which, is true, are important (such as recognition of ius standi of shareholders or the binding force of the provisional measures – two areas in which the Court has played the role)} and an unfortunate jurisprudential mess on many others – eg with regard to the definition of investment, the consequences of most favored nation (MFN) clauses or umbrella clauses...”¹⁶

¹⁵ Julie A. Maupin, “MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There any Hope for a Consistent Approach?,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, Oxford, 2011, 158.

¹⁶ Alain Pellet, “2013 LALIVE Lecture – The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration,” *ICSID Review*, Vol. 28, No. 2, 2013, 224 (underline emphasis in the cited text added by the author of this paper).

The particularities of the incoherent adjudication in the field add an additional layer to the overall picture and set into motion one of the most discussed dilemmas in international investment law of today. However, if one ventures with a bit more legal heart and jurisprudential faith into the topic, the chaos takes shape of an interesting and vivacious carnival – many are shouting, some are having fun, music, sounds, and flavors are everywhere, atmosphere is at times overwhelming but if one focuses and listens carefully, finding a proper tune may not be so Utopian.

In the meantime, many questions beg an answer: should MFN clauses be applied in connection to procedural mechanisms embodied within third party BITs and how should tribunals interpret them with more consistency? Is there a chance for a more uniform interpretation in the field in the near future? Can one deduce common factors from diverging jurisprudence on the matter? Will there be a multilateralization revolution in the area of foreign direct investment? The upcoming paragraphs will try to shed some light on these issues and provide a bit of a different insight into a topic.

MFN INTERPRETATION AND INCONSISTENCIES

As delineated in the preceding paragraphs, if a host state guaranteed a particular kind of treatment to foreign investments in any BIT, then at least in terms of substantive treatment it generally has guaranteed that treatment to investment covered by any BIT that contains an MFN clause.¹⁷ This however is a general understanding that should always be balanced with adequate interpretation of a particular clause in a specific treaty. This contextualisation, as the upcoming paragraphs will show, is crucial for adequate assessment of the MFN's scope.

Erosive Logic of the Maffezini Case

From investors' perspective, MFN clauses are there to synchronize the rules governing their economic activity and provide a more unified platform for investment protection in any given host State that bases its investment treaties on MFN treatment.¹⁸ As a "product of liberal expansiveness" of that period, seminal decision on objections to jurisdiction in the *Maffezini Case* in 2000 has reshaped

¹⁷ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, New York, 2010, 349-350.

¹⁸ Stephan W. Schill, op.cit, 518; see also M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2010, 204.

the way MFN clauses have been analysed and opened numerous floodgates for interpretation that are at the centrefold of this paper.¹⁹ Many authors are still not in sync as to whether the impact of this decision was for better or worse: however, just like other cases that left the mark – this one will be inspected in a bit more detail.

By way of background, claimant in the case – Argentinian citizen Emilio A. Maffezini – initiated proceedings (in the capacity of a foreign investor) against the Kingdom of Spain, before an ICSID tribunal pursuant to the mechanism envisaged within the Argentine-Spain BIT. The basic BIT in question provided for ICSID arbitration as an available mechanism for dispute settlement with a procedural precondition. Namely, the investor was obliged to pursue its claims before national courts of the host state and in case the litigation proceedings remain unresolved after 18 months, investor would be allowed to instigate proceedings before an investment tribunal. The BIT was very specific in this regard and provided the 18 months period as a procedural step that needs to be undertaken by the investor seeking redress before international arbitration. With the objective to surpass the 18 months period of litigating – aiming to apply more favourable conditions from the Spain-Chile BIT – Maffezini relied on the MFN clause in the Argentine-Spain BIT that read:

*“In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country.”*²⁰

Before we turn to analysis of the decision of the Tribunal, two notions need to be made clear. Reliance on the MFN clause to seek incorporation of a substantive treatment from another BIT is a classical MFN scenario and has not been regarded as problematic in and of itself. These substantive issues could range from importation of a full protection and security standard to protection against the denial of justice.²¹ Moreover, every investor has the interest in obtaining a more favourable status in relation to the host state – within or outside the scope of a dispute. However, what Maffezini sought was that the operation of the MFN clause in the Argentine-Spain BIT provides for application of a different procedural precondition from another BIT concluded by the host state (Chile-Spain BIT), as investors from third country (Chile) have a favourable standing compared to that of investors

¹⁹ See M. Sornarajah, *op.cit.*, 322; the case referred to is Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, [hereinafter: Maffezini Case].

²⁰ Maffezini Case, 38.

²¹ See for instance *Ambatielos Case*, Merits, Judgment 19 May 1953; also see *Bershader Case*, SCC Case No. 080/2004, Award, 21 April 2006, 179.

coming from Argentina. In this particular instance, investors from Chile had no precondition of litigating before domestic courts in Spain but only had to satisfy the six months negotiation period before commencing arbitration. On these facts, and upon request of Maffezini, Tribunal has infamously decided as follows:

“From the above considerations it can be concluded that if a third- party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor’s rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the ejusdem generis principle [...] This operation of the most favored nation clause does, however, have some important limits arising from public policy considerations that will be discussed further below.”²²

The preceding paragraph easily demonstrate that *Maffezini* tribunal has considerably departed from the rooted context of the MFN standard by concluding that the MFN clause from the Argentine-Spain BIT can be stretched so as to provide the investor with a possibility to resort to a different, more favorable procedural mechanism from another BIT accrediting this to the wording of this particular clause as well as the will of the state parties that can be inferred from the treaty. Loosely interpreting the “broad” notion of the term treatment in the MFN clause, *Maffezini* tribunal eroded the basic concepts of treaty interpretation. Nevertheless, the objective reasoning of the *Maffezini* tribunal and the general language of the award transmits the message very clearly and convey the stance with a decent level of certainty. The problems arise once the surface is being scratched.

In line with this, taking a closer look at the rest of the award the tribunal expanded its creativity and outlined certain limitations in interpretation of MFN clauses for the future reference – compiling the list of issues of public policy reasons that cannot be surpassed (stating among others exhaustion of local remedies or fork-in-the-road provisions).²³ Unfortunately, it remains unclear where do these limitations originate from – as they are not contained in the underlying BIT or its *travaux préparatoires* and cannot in any way be regarded as general policy reasons. Many authors have expressed concerns for these unexplained gaps or reasoning in tribunal’s argumentation, while certain arbitrators clearly opted to depart from the *Maffezini*’s logic in their future work.²⁴ Nonetheless,

²² *Maffezini* Case, 56.

²³ *Ibidem*, 62-64.

²⁴ See for instance Dana H. Freyer, David Frelihy, “Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored?” *ICSID Review*

a certain number followed the *Maffezini* reasoning which jointly with the previous group of “dissidents” caused diversification of interpretations of a single standard in international law.²⁵

It can be said that the dispute resolution provisions in the BIT belong to the very core of what an investment treaty signifies for an investor. As such, they are an integral part of the mosaic and an essential element in enforcement of investor’s rights. *Maffezini*-an logic takes this mantra as a light motive in its arguments that support their view of interpretation and expansion of the MFN clause. However, this in itself does not justify the usage of the most favored nation clause as a general mirror to reflect every aspect of a BIT concluded between the host and a third state. This is specifically the case when states, parties to the BIT, have not defined in specific terms the scope of the MFN clause and when centuries of state, court and arbitral practice *never* provided for a ground for MFN clauses applied to procedural and jurisdictional issues of international treaties.

At the time of the conclusion of the Argentine-Spain BIT, the states could not have envisaged that the MFN standard from their BIT would at a certain point in time allow investors to bypass limitations imposed within the dispute resolution clause, as the *Maffezini* was the first reported dispute that directly dealt with this topic. Interpreting the MFN clause from that BIT in such a loose manner could have only been understood as going against the will of the parties to the treaty, not in line with it.

Furthermore, the dilemma is whether essential difference between the procedural issues of jurisdiction of the tribunal and substantive obligations of investment protection in the treaty can be surmised that would ban the application of the MFN clause in the way *Maffezini* tribunal did.²⁶

Certain tribunals have concurred to the opinion of the *Maffezini* arbitration, and following the same factual pattern, claimant in the *Siemens Case* has successfully invoked the MFN clause from the Germany-Argentina BIT and overcame the 18-month litigation-first procedural precondition for initiation of desired arbitral proceedings. The case was resolved under the auspices of ICSID, and despite the different and novel approach that Argentine has employed in the course

– *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, Issue 1, 2005, 67; see *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Case no. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005 [hereinafter: *Plama Case*].

²⁵ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, 79 et seq. [hereinafter: *Siemens Case*].

²⁶ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, 345.

of the dispute, attempting to differentiate from the *Maffezini* situation²⁷, the tribunal allowed the claimant to continue with the proceedings before the panel despite the fact that the very wording of the MFN clause in the basic treaty was narrower than the one in the *Maffezini*. On similar wings, arbitral tribunal in *Gas Natural Case*²⁸ rendered a decision validating the *Maffezini* approach on accepting the change in arbitral procedure, based on the effect of the MFN clause in the basic treaty that encompasses dispute resolution provisions.

It is clear that both tribunals reinstated the importance of the dispute resolution mechanism as a quintessential part of the BIT – and as such, perfectly fit to be brought to life through a MFN clause. Polishing the procedural aspects of the dispute resolution mechanism and providing for a different, shorter and more expedient approach fully reflects what every investor wants to achieve. However, interpretative stance applied to the MFN clauses in these cases falls short of substantial insight into the real nature of the MFN standard.

Divergence from the Maffezinian Paradox

Different approach in analysing the request of the investor to utilise the MFN treatment in such way as to gain access to a dispute resolution mechanism that is not incorporated in the original treaty was attempted in *Plama Consortium v. Bulgaria*. Cypriot investor asserted two separate bases for jurisdiction – one under the Part V of the Energy Charter Treaty and one under the 1987 Bulgaria-Cyprus BIT. The real problem arose with the original BIT that called for ad hoc UNCITRAL arbitration entitled solely with the power to decide on the amount of compensation (once the breach is confirmed by national authorities, i.e. domestic court). The claimant nonetheless attempted to resort directly to ICSID arbitration under the BIT that was signed between Bulgaria and Finland (Bulgaria-Finland BIT), through the loophole of the MFN clause in the BIT. The attempt was futile, as tribunal rightfully acknowledged that:

*“Dispute resolution provisions in a specific treaty have been negotiated with a view to resolving disputes under that treaty. Contracting States cannot be presumed to have agreed that those provisions can be enlarged by incorporating dispute resolution provisions from other treaties negotiated in an entirely different context.”*²⁹

²⁷ Siemens Case, 51-53.

²⁸ Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic, Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005 [hereinafter: Gas Natural Case].

²⁹ Plama Case, 207.

In addition, the arbitral tribunal has been very adamant in completing the argument on why MFN clause in this particular scenario cannot be understood as encompassing dispute resolution provisions from another BIT. The tribunal has skilfully distinguished between the existing cases that supported *Maffezini's* stance and the situation that it was facing at that time. Additionally, it expressly critiqued *Siemens* award. This is predominantly so because of the focus of the claimant's request. Unlike *Siemens*, *Gas Natural* and *Maffezini*, the investor requested to use not just a benefit in procedure that is the same (in essence) as the procedure in the original BIT, but to incorporate a completely new mechanism of ICSID rules (compared to the original ad hoc arrangement) through the operation of the MFN clause. One additional point that was stressed in the decision and that stands as a complete departure from the *Maffezini* is that silence in the MFN clause on issues of dispute settlement does not allow one to presuppose that the clause will be deemed to have incorporated the dispute settlement provision.

Following the strict line of interpreting consent of a host state to be bound by the jurisdiction of an arbitral tribunal, the panel in the *Wintershall Case*³⁰ not only confirmed the standing of the *Plama* tribunal, but took a complete detour from the interpretation of the relevant clauses of the Germany-Argentina BIT, and contrary to *Siemens Case* rejected application of the MFN clause to dispute settlement provisions. Using the same body of the Argentina-Germany BIT, but a completely different approach from the one employed by the *Siemens* tribunal, *Wintershall* panel has very meticulously explained how the consent of the host state is inextricably intertwined with all the procedural steps that need to be undertaken by the investor in order to gain access to the ICSID arbitration. Without the adequate approach in dealing with this, investors would easily impede upon the carefully designed dispute resolution mechanism and this would go completely against the will of the contracting parties to the treaty.

Importance of Wording and Contextualisation

Maffezini decision opened doors to interesting discussions on the topic of MFN clauses, their nature, purpose and scope, while influencing divergence in case law on the matter. As prompted by late Prof Gaillard, *Maffezini* brought into light the unlikely interaction of the MFN treatment with issues of jurisdiction

³⁰ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 December 2008 [hereinafter: *Wintershall Case*].

– opening floodgates to questions that may arise at their intersection.³¹ All of these issues become additionally complicated in situations where unclear wording of the MFN clause provides leeway for different schools of interpretation to take charge. These approaches can be potentially harmful as they shed the light on only one aspect of the clauses in question, focusing on the phrasing rather than the purpose, nature and overall context. What is more, the reason why many tribunals failed to address the issue of whether the MFN clause is in general suitable to cover issues that are characterised as procedural or pertaining to jurisdiction is because the arbitral panels would rather focus their attention on plain wording than true meaning.

It seems, in any event, that wording of the clause may be of help and play a significant role in at least two distinct scenarios. Firstly, there are a certain number of cases when the MFN clause will define the scope of its application be either expressly excluding provisions on dispute settlement from its reach or directly attaching its application to treatment in the BIT that encompasses dispute settlement provisions.³² These situations are for the better part product of negotiations and amendments to BIT arrangement between the states after the *Maffezini* was published and legislators and governments realized that damage control could be performed. A series of UK BITs concluded in the first decade of the 21st century (including the underlying inspiration – the 2005 Model UK BIT), expressly include the dispute settlement mechanism provision within its scope.³³ Secondly, if the MFN clause is worded in such a particular manner that it enumerates areas and scope of its application exhaustively (leaving or including dispute resolution

³¹ See the list of hypothetical questions that late Prof Gaillard raises – from incorporation of dispute settlement mechanisms into treaties that previously had none, to extension of the jurisdiction through operation of the MFN clause - Emmanuel Gaillard, “Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause”, *New York Law Journal*, Vol. 233, No. 105, New York, 2005, 3.

³² Howard Mann, Konrad von Moltke, Luke Eric Petersen, Aaron Cosby, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators’ Handbook*, Winnipeg, 2006, -14-15 defined the issues, excluding application of the MFN clause: “The use of the word “substantive” and its accompanying footnote ensure that only the substantive provisions of any future agreement will be subject to the MFN rule, not dispute settlement provisions or procedures that might be specifically established in a bilateral or regional context.”

³³ See Article 3 (3) of the 2005 (with 2006 Amendments) Draft Agreement Between The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of [Country] for The Promotion and Protection of Investments, Appendix 10, 561, see also Article 3 (3) of the Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Bosnia and Herzegovina for the Promotion and Protection of the Investments, 2268 U.N.T.S. no. 317, 25 July 2003.

provisions therein), it can also be inferred that manoeuvring by willing arbitrators to significantly depart from that would be constrained.³⁴ The outlined scenarios are also moot for the purposes of our discussion, as the issue of the interaction between the MFN clause and procedural issues is directly governed by the applicable text in the treaty.

What follows as a logical conclusion is that different tribunals have employed different approaches to reach similar or diverging effects when deciding on the scope and effect of the MFN clause. The actual wording of the clause (when it leaves room for different interpretation) bore no great significance on the outcome of the proceedings. Based on the same BITs panels have produced arbitral awards that decided on the same issue in a completely opposite way. This suggests that tribunals and arbitrators would usually start with a preconceived idea as to what the parties to the BIT had in mind when they drafted the MFN clause and then come up with (more or less) plausible interpretation strategies to justify the view they affixed.

However, combined with the proper context, adequate application of the standards from the Vienna Convention on the Law of Treaties as well as systematic analysis of the BIT and proper balancing of the interests of both the investor and the host state, MFN clauses leave enough room for a fresh outlook on a dated topic.

MFN – Modern Challenge to Multilateralization

Implications of adopting a particular stance in interpreting the MFN clauses are always multifold. As seen from the *Maffezini* line of reasoning, the moment the door to a new interpretative alleyway is opened slightly, there is room for a flood to occur. This is problematic for states that are parties to bilateral treaties as MFN clauses are interpreted in a way that they serve as a multilateralization tool with no proper boundaries, making it hard for states to assess and predict their liability towards individual investors.³⁵ Revisiting the interpretative stance is therefore one of the key questions when MFN clauses are concerned, and recent arbitral practice shows the narrowing of the gap.

The decision of the tribunal in *İçkale Case*³⁶ clearly limited the claimant in the proceedings to rely on the MFN to invoke investment treaty standards of

³⁴ See E. Gaillard, *op.cit.*, 3.

³⁵ Catherine Titi, “Most-Favoured-Nation Treatment, Survival Clauses and Reform of International Investment Law”, *Journal of International Arbitration* Vol 5, No. 33, 2016, 425.

³⁶ *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award 8 March, 2016 [hereinafter *İçkale Case*].

protection from another investment treaty. The approach was heralded as a shift from the “top-down” approach to a more “bottom-up” logic – instead of presuming that there is an overarching consensus of what an MFN clause means, one should investigate a particular case, particular treaty, and a specific set of circumstances of an individual case. Reflecting on the wording of the MFN clause from the BIT in question, the Tribunal in *Içkale Case* concluded:

“The terms “treatment accorded in similar situations” therefore suggest that the MFN treatment obligation requires a comparison of the factual situation of the investments of the investors of the home State and that of the investments of the investors of third States, for the purpose of determining whether the treatment accorded to investors of the home State can be said to be less favorable than that accorded to investments of the investors of any third State. It follows that, given the limitation of the scope of application of the MFN clause to “similar situations,” it cannot be read, in good faith, to refer to standards of investment protection included in other investment treaties between a State party and a third State.”

The important quantifier often neglected by the tribunals is that BIT arrangements are amendable only if the states, parties to it, sit down for the negotiating table. It is in this spirit of carelessness that tribunals often overstep the boundaries by employing MFN treatment to go beyond the confines of what was intended by the parties, and the objections that were raised by the Government of Turkmenistan in the case – and that eventually led to a decision of the tribunal not to allow importation of substantive standards from other international treaties – clearly demarcate a novel approach. As aptly stated in a recent commentary by Batifort and Heath, the award in *Içkale Case* could be understood to express “readiness among some arbitrators to reconsider more fundamentally the top-down approach to MFN, bracketing broad notions as to the “essence” of MFN provisions and choosing instead to proceed with the goal of giving effect to the specific provisions of individual MFN clauses.”³⁷

When comparing the *Maffezini* logic of broad, over-arching setting of the MFN standard in 2000’s and the narrow, case-specific approach by the tribunal in *Içkale Case* from 2016 one can make a few polarizing observations. Firstly, the practice of investment tribunals in applying adequate interpretative tools, is to

³⁷ Simon Batifort., J. Benton Heath. “The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization”, *American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 4, 2016, 899.

say at least, inconsistent. Secondly, this leads to divergence, that in turn opens a series of questions for the states concluding BITs – how to limit the scope in a bilateral relationship and still provide a notion of most-favored nation in the wording of the agreement, without compromising what could be reasonably expected under the BIT. Finally, there are opposed schools of thought in interpretation of MFN clauses – “top down” vs “bottom up” – but these are on a sliding scale that depending on the time and circumstances can tip towards more restrictive or more open approach.

CONCLUDING REMARKS

States and investors engage in relations hoping for the best to come from the venture. Sometimes that relationship ends up in a happily ever after scenario (in which case we rarely have troublesome spotlight of the arbitration community) and in those other times in an “investment” divorce or even bankruptcy. The latter scenario, albeit somewhat dark and burdensome, will usually entail a set of negotiations with an aim to remedy the tragic consequences of the failed venture and most frequently a dispute before an international arbitral tribunal. This is the particular point in an investor-state relationship that opens numerous issues from the perspective of legal scholarship and practice, most intriguing topical issues arise within the context of an investment dispute when unsettled factual scenarios engage in interaction with legal standards and their interpretation.

The issue of MFN clauses and their application is a diverse one. There are many paths that practitioners and scholars take and explore; however, time and need for more balanced interpretation, focused and clear delimitation of the standards has shown that some of the busiest roads used may not be the proper ones. The fluidity and liberal approach to interpretation of the clauses in a BIT – such is the MFN treatment provision – has led to some imbalanced and shaky decisions that unfortunately stand as landmarks for practice.

One of the key problems in the current state of affairs is that practitioners and arbitrators tend to forget the decades of existence of the standard and the uniform application by international tribunals and courts from early 20th century till 2000 as well as rules on interpretation from the Vienna Convention on the Law of Treaties. In addition, as MFN interpretation in disputes is usually colored with a pro-investor bias – extensive usage and expansion of the borders of the BIT has been a constant occurrence. This signals the need to revisit and re-think the concept of the MFN and go back to the application of the standard, as it was when its

basic notion was reciprocity. Keeping this spill over to practice and case law could in a final instance result in better quality of decision making by arbitrators that is case-specific and contextual for a particular BIT and a particular dispute.

UROŠ ŽIVKOVIĆ, LL.M. (Cantab)
Savetnik za projekat cirkularne migracije
pri Programu Ujedinjenih nacija za razvoj

INVESTICIONA ARBITRAŽA I PROBLEM NAJPOVLAŠĆENIJE NACIJE
– TRNOVIT PUT OD ODLUKE MAFEZINI DO SLUČAJA IČKALE

Rezime

Interpretacija klauzule najpovlašćenije nacije (MFN) u investicionoj arbitraži u fokusu je doktrinarne debate već duže od dve decenije. Ovaj rad istražuje pitanje tumačenja ove klauzule iz dva potpuno drugačija ugla – širokog pristupa zastupljenog u odluci arbitraže u slučaju Mafezini i novijeg, restriktivnog pristupa koji je primenio tribunal u Ičkale arbitražnom slučaju, sa ciljem da se, u najširim crtama, prikaže kako je moguće uspostaviti balansirani mehanizam u tumačenju ove sporne odredbe međunarodnog sporazuma o zaštiti stranih ulaganja.

Ključne reči: investiciona arbitraža, MFN, BIT, Mafezini

Bibliography

- Acconci P., “Most-Favored-Nation Treatment”, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer), Oxford, 2008.
- Bagwellm K., Staiger, R.W., “Multilateral trade negotiations, bilateral opportunism and the rules of GATT/WTO”, *Journal of International Economics*, Vol. 63, Issue 1, 2004.
- Banifatemi Y., “The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration”, *Investment Treaty Law: Current Issues III: Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law* (Eds. A. K. Bjorklund, I. A. Laird, S. Ripinsky), British Institute of International and Comparative Law, London 2008.
- Batifort S., Heath J.B., “The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization”, *American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 4, 2016.
- Dolzer R., Schreuer C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012.
- Douglas Z., “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty interpretation Off the Rails”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1, Oxford, 2011.
- Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009.

- Fietta S., “Most Favored Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?,” *International Arbitration Law Review*, No. 4, 2005.
- Freyer D.H., Frelily D., “Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored?”” *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, Issue 1, 2005.
- Gaillard E., “Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause,” *New York Law Journal*, Vol. 233, No. 105, New York, 2005.
- Mann H., von Moltke K., Petersen L.E., Cosbey A., *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators’ Handbook*, Winnipeg, 2006.
- Maupin J.A., “MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There any Hope for a Consistent Approach?,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 14, No. 1, Oxford, 2011.
- Molinuevo M., “Post-establishment MFN and NT Obligations,” *Protecting Investment in Services: Investor-State Arbitration versus WTO dispute Settlement* (Ed. Martin Molinuevo), Global Trade Law Series, Vol. 38, The Hague, 2011.
- Newcombe A., Paradell L., “Chapter V – Most-Favored-Nation Treatment,” *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Hague, 2009.
- Pellet A., “2013 LALIVE Lecture – The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration,” *ICSID Review*, Vol. 28, No. 2, 2013.
- Schill S.W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses,” *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27, No. 2, 2009.
- Schreuer C., “Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road,” *The Journal of World Investment and Trade*, Geneva, 2004.
- Schwarzenberger G., “The Most-Favoured Nation Standard in British State Practice,” *British Yearbook of International Law*, Vol. 22, No. 96, London, 1945.
- Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2010.
- Subedi S.P., *International Investment Law – Reconciling Policy and Principle*, Oxford & Portland, 2008.
- Titi C., “Most-Favoured-Nation Treatment, Survival Clauses and Reform of International Investment Law,” *Journal of International Arbitration* Vol 5, No. 33, 2016.
- Toye R., “Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Trade Organization, 1947-1948,” *The International History Review*, XXV. 2, 2003.
- United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD), “Most-Favored-Nation Treatment,” UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Geneva, 2010.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), “Most-Favoured-Nation Treatment,” *UNCTAD Series on Issues I International Investment Agreements I*, New York, 1999.

Ustor E., "First Report on the Most-Favoured Nation Clause", *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, UN Doc. A/CB.4/SERA/1969/Add. 1, New York, 1969.

Van den Bossche P., Werner Zdouc W., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge, 2013.

Vandavelde K.J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, New York, 2010.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 12.10.2021.

Prihvaćen: 28.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PETA SEKCIJA

EKONOMIJA I FINANSIJE

ALEKSANDRA PRAŠČEVIĆ

MAKROEKONOMIJA I POLITIČKA ZLOUPOTREBA: INTERPRETIRANJE EKONOMSKE POLITIKE

Rad je posvećen analizi uticaja političke zloupotrebe ekonomske politike na makroekonomske rezultate, kao i razvijenim makroekonomskim modelima koji ovaj uticaj istražuju. U radu se uporedo prikazuje i razvoj savremene makroekonomije, uporedo sa ključnim promenama u načinu kreiranja ekonomske politike. Dva ključna politička motiva – oportunistički (da se na vlasti što duže ostane) i stranački – da se realizuju ideološki ciljevi u domenu ekonomije, razmotrena su u kontekstu tradicionalnih modela koji pretpostavljaju naivne glasače i adaptivna očekivanja, ali i modela koji uključuju racionalne glasače i očekivanja. U radu se daju i određene preporuke za prevazilaženje politički motivisanog ponašanja kreatora ekonomske politike.

Ključne reči: politički poslovni ciklusi, politički budžetski ciklusi, ekonomska politika

„Makroekonomija i politika su duboko povezane. Izbori se gube ili dobijaju kao rezultat ekonomskih uslova. Ipak, ideološki i izborni motivi utiču na izbor makroekonomske politike od strane političara ... Verovatno je dovoljno tačno reći da političare pokreću dva fundamentalna motiva. Prvi, oni žele da na vlasti ostanu što je duže moguće. Drugi, oni pripadaju određenoj partiji i žele da obezbede dobit za svoje glasače. Jasno, uticaj politike na makroekonomsku politiku zavisi od dominantnog motiva političara.“¹

Alberto Alesina, 1989.

Prof. dr Aleksandra Prašćević, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: aleksandra.prascevic@ekof.bg.ac.rs.

¹ Alberto Alesina, James Mirrlees, Manfred J.M. Neumann, „Politics and Business Cycles in Industrial Democracies“, *Economic Policy*, Vol. 4, No. 8, 1989, 57.

U V O D

Pitanje – koji su pravi motivi kreatora ekonomske politike, postalo je aktuelno kada je došlo do značajnijeg uplitanja države u funkcionisanje ekonomskog sistema. Prvi, takvi nagoveštaji promena u ekonomskoj teoriji i politici vezani su za vreme Velike ekonomske depresije 1930-ih, koja je u ekonomskoj istoriji poznata kao najveća ekonomska recesija. Do tada dominantna neoklasična tradicija u ekonomskoj teoriji bila je dovedena u pitanje, otvarajući vrata novoj, revolucionarnoj Kejnsovoj teoriji koja je utrla put razvoju savremene makroekonomije, ali i dovela do značajnih promena u načinu kreiranja i vođenju ekonomske politike. Svakako da su ekstremni ekonomski problemi koje je Velika depresija izazvala, ali i koji su obeležavali međuratni period, naročito u evropskim ekonomijama, kao jedan od najturbulentnijih perioda, u pitanje doveli neoklasičnu ekonomsku teoriju prema kojoj je tržišni ekonomski sistem inherentno stabilan tako da se uvek samostalno vraća u stanje pune zaposlenosti, zbog čega državna intervencija ne samo da nije neophodna, već je i kontraproduktivna. Ova ekonomska tradicija je počivala na idejama britanskih klasičara, prvenstveno Adama Smita i njegovih sledbenika, kao i kasnije neoklasične analize Alfreda Maršala, predstavnika austrijske škole (Mizesa i Hajeka) i švedske škole – Knuta Viksela.

Osnovne postulate neoklasike doveo je u pitanje Džon Majnard Kejns, tvrdeći da kreira teoriju koja će se odnositi na „opšti slučaj“ i koja će označiti definitivni kraj *laissez-fairea* u ekonomskoj politici. To se zaista i dogodilo, a reči koje je izgovorio objašnjavajući da je došao kraj *laissez-faire* konceptu u ekonomiji, na predavanju koje je održao na Univerzitetu u Oksfordu davne 1924. godine, danas zvuče gotovo proročki: „Mi još uvek ne igramo po novoj melodiji ... Ali promena je u vazduhu.“² Ovu promenu, on je teorijski uobličio u svojoj *Opštoj teoriji zaposlenosti, kamate i novca* (1936),³ dok je u ekonomskoj politici po prvi put značajnije primenjena u ekonomskom programu američkog predsednika Frenklina D. Ruzvelta, poznatom kao *Nju Dil*.⁴ Ipak, pravi izraz i u makroekonomskoj teoriji i u ekonomskoj politici, imala je u prvim decenijama posle Drugog svetskog rata, tokom kojih je dominirao kejnzijizam i tzv. „kejnzijanska država blagostanja“⁵.

² Angus Burgin, *The Great Persuasion – Reinventing Free Markets since the Depression*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2012, 1.

³ Džon M. Kejns, *Opća teorija zaposlenosti, kamate i novca*, CeKaDe, Zagreb, 1936.

⁴ Nju Dil ili „Novi dogovor“ bio je sveobuhvatni ekonomski program predsednika Ruzvelta koji je na velika vrata, po prvi put uveo državnu intervenciju i regulaciju u kapitalističku ekonomiju. Imao je značajan uspeh u okončanju ekonomske depresije i povratku poverenja u ekonomski i finansijski sistem SAD-a, pa i sam kapitalizam. Iako se preduzete mere lako mogu uklopiti u teoriju koju je već promovisao Kejns, Nju Dil je bio originalan američki projekat.

⁵ Aleksandra Prašević, *Ekonomske krize i modeli makroekonomske politike*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2012, 25-28.

Važno je, međutim, istaći da sam Kejns nije uočio bilo kakve mogućnosti za devijacije u delovanju kreatora ekonomske politike, koji bi mogli imati i neke druge motive prilikom kreiranja ekonomske politike, osim povećanja društvenog blagostanja. Ovakav, može se reći „idealistički“ i elitistički pristup delovanju kreatora ekonomske politike, kakav je imao Kejns, svakako je vezan za istorijski i politički kontekst u kome je on stvarao, kao i za njegovo pripadanje britanskoj društvenoj eliti iz koje su generacijama dolazili britanski političari. Politički i ekonomski sistem, kakvog je Kejns poznao, nakon Drugog svetskog rata doživeo je značajne promene, koje se mogu s jedne strane smatrati kao dalja demokratizacija društva, ali i koje su umanjile uticaj društvene elite, koja je vekovima upravljala političkim i ekonomskim tokovima, poštujući određene norme.

Ulazak tzv. „običnih ljudi“ u politički život, prvenstveno kao glasača, povećao je njihov uticaj na kreiranje politike, a time i ekonomske politike. S druge strane, dominantni kejnzijizam je podrazumevao značajan upliv države, tačnije vlade, u ekonomiju i upravljanje ekonomskim sistemom, koji nije inherentno stabilan, te ako mu se ne pomogne egzogenim delovanjem države, neće ostvariti punu zaposlenost. Ovo je dalo velike ingerencije kreatorima ekonomske politike koji su u zemljama parlamentarne demokratije (tzv. Zapadne demokratije) istovremeno i političari koji su prethodno pobedili na izborima. To je počelo da opredeljuje i njihove odluke, jer su oni postali svesni činjenice da najpre moraju dobiti naklonost glasača kako bi pobedili na izborima i sprovođili određenu politiku. Ekonomska politika se u predizbornom periodu počela značajnije da zloupotrebljava kako bi se ekonomski rezultati makar privremeno veštački poboljšali, dajući vladajućim političkim strankama veće šanse za pobedom na izborima. U prvo vreme su političari na vlasti koristili podjednako oba instrumenta ekonomske politike – i monetarnu i fiskalnu politiku.

Veoma brzo se u ekonomskoj literaturi aktuelizovao ovaj problem. Među prvima je to učinio Entoni Dauns još 1957. godine u svojoj knjizi *Ekonomska teorija demoracije (1957)*,⁶ kao i nešto ranije poznati kejnzijanac Mihael Kalecki u radu „Politički aspekti pune zaposlenosti“ (1943).⁷ Ipak, u decenijama koje su sledile, a u kojima je kejnzijansko upravljanje agregatnom tražnjom, a time i ekonomijom došlo do punog izražaja, raslo je interesovanje za ekonomsku analizu veze između makroekonomije i politike. Tome su na ruku išle i promene do kojih je u samoj makroekonomskoj teoriji dolazilo, ali i pojava recesija koje su ponovo iznedrile prekretnice u razvoju makroekonomije, kao i vođenju ekonomske politike.

⁶ Antony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, Harper Collins Publishers, New York, 1957.

⁷ Michal Kalecki, „Political Aspects of Full-Employment, *Political Quarterly*“, Vol. 14, No. 4, 1943, 322-31.

Uspón monetarizma i tzv. „makroekonomije slobodnog tržišta“ koje su otvó- ríle tokom 1970-tih godina vrata radikalnom antikeynzijanizmu koji je dominirao sve do poslednje Globalne recesije (2007-09), označio je i pravi početak razvoja nove grane makroekonomije posvećene analizi veze sa politikom, poznatijoj kao politička ekonomija makroekonomije, ili „politička makroekonomija“. U okviru nje su razvijeni mnogobrojni modeli tzv. političkih poslovnih ili privrednih ciklusa koji u fokus stavljaju efekte na makroekonomska kretanja političke zloupotrebe, u oportunističke ili stranačke svrhe instrumenata ekonomske politike – monetarne ili fiskalne politike. Na značaju ove teme dobijaju uvek kada iz različitih razloga dođe do povećanja upliva države u ekonomiju, što je vezano za pojave ekonomskih recesija i kriza, odnosno za delovanje različitih šokova koji izazivaju veću potrebu za delovanjem vlade i njene ekonomske politike. Poslednji takav primer je kriza izazvana pandemijom COVID-19 koja je ponovo aktuelizovala državnu intervenciju u ekonomiji.

Danas, nakon gotovo dve godine od početka pandemije, kada su paketi državne pomoći premašili obime ranijih intervencija, i kada su makroekonomske posledice takve intervencije veoma zabrinjavajuće u formi rastuće inflacije, visokih stopa nezaposlenosti, povećanja siromaštva i društvenih konflikata, poremećenih javnih finansija (visokih budžetskih deficita i visine javnog duga), često je pitanje u kojoj će meri u budućnosti ekspanzivna fiskalna i monetarna politika moći da budu održive, ali i da li će kreatori ekonomske politike nastaviti da ih primenjuju iz političkih, a ne iz ekonomskih razloga. Ovo se naročito odnosi na one ekonomije sa slabim institucionalnim okvirom, kao što su nerazvijene ili ekonomije u tranziciji.

NAIVNI GLASAČI I TRADICIONALNI MODELI POLITIČKIH CIKLUSA

Tokom keynzijanske dominacije makroekonomijom, došlo je do rasta državnih izdataka u većini razvijenih tržišnih ekonomija, a beležene su i epizode monetarnih ekspanzija. To je rezultiralo u rastućoj i upornoj inflaciji, uz stanja ekonomske recesije i visoke nezaposlenosti, na koje, međutim, više nije moglo da se reaguje keynzijanskim kontracikličnim merama.⁸ Za ovakvo stanje je bila okrivljena upravo keynzijanska ekonomska politika zasnovana na diskrecionim pravima onih koji su

⁸ Jedan od najznačajnijih predstavnika teorije javnog izbora Džejms Bjukenen, ističe da je keynzijanizam u posleratnom periodu znatno oslabio fiskalnu strukturu razvijenih zemalja, što je postalo važno naročito kada su se tokom 1970-tih privrede suočile sa jedinstvenom epizodom inflatorne recesije, na šta keynzijanizam nije mogao da ponudi odgovarajući odgovor. V. Miomir Jakšić, Aleksandra Prašević, *Politička makroekonomija*, 2010, 155.

vodili ekonomsku politiku, odnosno političara na vlasti. To je podstaklo razvoj prvih modela političkih ciklusa tokom 1970-tih, koji su objašnjavali uticaj političkih motiva na primenu određenih mera ekonomske politike. Već tada su izdvojena dva motiva i dve grupe modela političkih ciklusa, koji su i danas prisutna:

- oportunistički (želja da se pobjedi na izborima) i
- stranački (želja da se realizuje ekonomski program partije i stranački, tj. ideološki ciljevi u oblasti ekonomije).⁹

S obzirom da je u makroekonomiji i dalje bio prisutan kejnzijanski pristup makroekonomskoj analizi i neoklasična sinteza, postojala je mogućnost eksploatacije nagodbe nezaposlenost – inflacija (Filipsove krive). Ovi, prvi modeli političkih ciklusa, pretpostavljali su da se političari suočavaju sa naivnim glasačima koje je moguće obmanjivati i to na isti način iz izbora, u izbore. Takvo ponašanje glasača odgovaralo je konceptu adaptivnih očekivanja, što je omogućavalo sistematski uticaj vlade na makroekonomske rezultate kroz mogućnost primene nagodbe inflacija – nezaposlenost. Među ovim modelima izdvajaju se oportunistički modeli Nordhauusa (1975)¹⁰, Lindbecka (1976)¹¹, Tafta (1978)¹², kao i stranački modeli Hibsa (1977,¹³ 1987¹⁴).

S obzirom na institucionalni okvir vođenja ekonomske politike koji se zasnivao na diskrecionim pravima i monetarna i fiskalna politika su bile podjednako pogodne za zloupotrebu. Upravo je Nordhausov model bio inspirisan ekspanzivnom ekonomskom politikom Ričarda Niksona, u njegovom pokušaju da osvoji drugi mandat u Beloj kući, u nepovoljnim ekonomskim, ali i opštim političkim uslovima. Monetarna ekspanzija kojoj su pribegle Federalne Rezerve za Niksonovog mandata, zajedno sa njegovom ukupnom ekonomskom politikom bili su proinflatorni, ostavljajući duboke posledice na američku privredu u deceniji koja je sledila. Ovo je utrlo put monetarističkoj kontrarevoluciji i novoj ekonomskoj politici koja je

⁹ Alberto Alesina, Nouriel Roubini, Gerald D. Cohen, *Political Cycles and the Macroeconomy*, MIT Press, 1997.

¹⁰ William Nordhaus, „The Political Business Cycle“, *Review of Economic Studies*, Vol. 42, 1975, 169-190.

¹¹ Assar Lindbeck, „Stabilization Policies in Open Economies with Endogenous Politicians“, *American Economic Review Papers and Proceedings*, 1976, 1-19.

¹² Edward R. Tufte, *Political control of the economy*, Princeton University Press, Princeton, 1978.

¹³ Douglas A. Hibbs, „Political Parties and Macroeconomic Policy“, *American Political Science Review*, Vol. 71, No. 4, 1977, 1467-1487.

¹⁴ Douglas A. Hibbs, *The American Political Economy*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1987.

najbolji izraz dobila u rečenici koju je 1981. godine izrekao predsednički kandidat i kasniji predsednik SAD-a, Ronald Regan: „Država nije rešenje za naše probleme. Država je problem.“¹⁵

Dominaciju je u makroekonomiji preuzeo monetarizam sa dve važne novine u ekonomskoj politici koje su se ticale novog cilja i instrumenta za postizanje cilja. Cenovna stabilnost, odnosno niska i stabilna stopa inflacije, postale su ključni cilj, dok je za instrument izabrana monetarna politika, a fiskalizam kejnzijanaca se smatrao glavnim krivcem za rastuću inflaciju i smanjenje efikasnosti industrijski razvijenih ekonomija.¹⁶ Nova makroekonomska škola ponudila je i novi teorijsko-metodološki okvir analize koji je podrazumevao fokusiranje ekonomskog subjekta koji se racionalno ponaša, što je puni izraz dobilo u okviru makroekonomske teorije Nove klasične makroekonomije, koja je otišla i dalje u odnosu na monetarizam u zahtevima za prihvatanjem tržišnih rešenja i pravila u vođenju ekonomske politike.

Adaptivna očekivanja bila su zamenjena racionalnim, na osnovu poznate hipoteze o racionalnim očekivanjima koja se uvodi u makro modele Nove klasike. To svoj izraz dobija i u okviru političke makroekonomije u kojoj glasači postaju racionalni, što ograničava kreatore ekonomske politike u pokušajima da obmanu glasače, u skladu sa postavkama o problemu nekonzistentnosti optimalne ekonomske politike (model Kidlenda i Preskota, 1977.)¹⁷ ili neefikasnosti ekonomske politike (model Sardženta i Valasa, 1975),¹⁸ kao najvažnijim doprinosima Nove klasike, na kojima su počivale i institucionalne promene u vođenju primarno monetarne politike i to u formi insistiranja na nezavisnosti monetarne politike i centralne banke, kao ključne monetarne institucije.

RACIONALNI GLASAČI I MODELI POLITIČKIH CIKLUSA

Novo poglavlje u razvoju modela političke makroekonomije otpočelo je sa uključivanjem racionalnih glasača koji se suočavaju sa kreatorima ekonomske politike, odnosno političarima zainteresovanim za održavanje na vlasti (oportunistički

¹⁵ Clemens L. J. Siermann, *Politics, Institutions and the Economic Performance of Nations*, Edward Elgar, 1998, 4.

¹⁶ Poznati koncept fiskalnog sindroma visoke inflacije.

¹⁷ Finn E. Kydland, Edward C. Prescott. „Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans“, *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 85, No. 3, 1977, 473–91

¹⁸ Thomas J. Sargent, Neil Wallace, „Rational Expectations, the Optimal Monetary Instrument, and the Optimal Money Supply Rule“, *Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 2, 1975, 241–254.

motivisani) ili za realizaciju ideoloških ciljeva (stranački motivisani). Glasači su svesni ovih motiva političara, kao i njihovih pokušaja da zloupotrebe ekonomsku politiku, to otežava političarima da ih obmanu, što pun izraz dobija kroz racionalna očekivanja u makroekonomskim modelima političkih ciklusa. Racionalnost glasača onemogućava vladu da predizbornu manipulaciju ponovi iz izbora, u izbore, što političke cikluse čini značajno drugačijim nego u uslovima kada postoje naivni glasači koji imaju „kratko pamćenje“. U ovim okolnostima jedino će neka forma neanticipirane politike, tzv. neanticipiranog šoka (najčešće monetarnog šoka) moći da ima realne efekte. Reč je o poznatom novo-klasičarskom objašnjenju monetarnih izvora cikličnih makroekonomskih fluktuacija koji u ovom slučaju dobijaju političku konotaciju. Međutim, s obzirom da se Filipsova kriva upotpunjena očekivanjima transformiše, uključivanjem racionalnih očekivanja, svaka anticipirana ekonomska politika od strane ekonomskih subjekata, u ovom slučaju glasača, neće imati realnih efekata.

Zbog toga su ciklusi indukovani u modelima sa racionalnim očekivanjima manje amplitude i kratkotrajniji od onih generisanih u tradicionalnim modelima. Jedan od najznačajnijih teoretičara racionalnih političkih ciklusa, Alberto Alesina zaključuje: „RPBC teorija je tako kompatibilna sa relativno kratkim ciklusima budžetskih deficita, transfera i stope monetarne ponude oko datuma izbora, ali to nema jasne implikacije na duži ciklus dohotka i nezaposlenosti.“¹⁹

Uporedo sa promenama u teorijsko-metodološkoj osnovi koja se bazira na novoj neoklasičnoj sintezi (kao konsenzusu između Nove klasične makroekonomije i Novih kejnzijanaca), došlo je i do promena u dominantnoj ideološkoj osnovi tržišnih ekonomija usled uspona političke desnice (konzervativnih partija)²⁰ – tzv. *Nove desnice* i neoliberalnog koncepta u vođenju ekonomske politike.

Uspon neoliberalizma i makroekonomija

Neoliberalizam u političkom i u ekonomskom smislu se zasniva na idealima političkih sloboda i ljudskih prava, koje su osnova Zapadne civilizacije, ali ima i manje utopističke, filozofske i ekonomske ideje za svoj sadržaj. One se odnose na afirmaciju ranijih klasnih odnosa i ideoloških normi kojima se oživljavaju tržišni liberalizam kao filozofija i slobodno-tržišna privreda sa strateškim ciljem da se ograniči uticaj vlade u ekonomiji, u formi smanjenja opsega državne intervencije,

¹⁹ A. Alesina, J. Mirrlees, M.J.M. Neumann, op.cit., 64.

²⁰ Primer za to su bile pobjeda Konzervativne partije Margaret Tačer u Velikoj Britaniji, kao i Republikanskog kandidata Ronalda Regana u SAD-u.

kontrole i regulacije tržišta, kao i onemogućavanje državne svojine. Pri tome se zahtevalo da država u zaštiti institucija slobodne ekonomije bude jaka, a ne slaba. Trebalo je obezbediti slobodnu konkurenciju, fleksibilnost cena, uključujući i prelazak na fleksibilne devizne kurseve, fleksibilnost tržišta rada kroz smanjenje snage i uticaja radničkih sindikata, privatizaciju privrednih subjekata i dr.

Danas se ističe da su za uspeh neoliberalizma bila važna četiri istorijska događaja u periodu 1978-80. godina²¹: 1) 1978. godine reforme koje Deng Sijao Ping otpočinje u Kini u pravcu reformisanja kineske ekonomije, 2) 1979. godine Pol Voker preuzima FED i otpočinje vođenje monetarne politike u skladu sa mentarističkim preporukama, 3) 1979. godine u Velikoj Britaniji za premijerku biva izabrana Margaret Tačer čime otpočinje era „Tačerizma“ u ekonomiji i politici, 4) 1980. godine na izborima u SAD-u pobeđuje Ronald Regan sa ekonomskim i političkim projektom sličnim „Tačerizmu“ u Britaniji (poznatim kao „Reganomika“).²²

Neoliberalizam kao ekonomski i politički projekat onemogućio je pretvaranje Zapadnih demokratija u demokratije radnika ili akcionara, omogućavajući obnovu klasne moći ekonomske elite i bogatih, vodeći produbljanju nejednakosti u raspodeli dohotka i bogatstva između različitih društvenih grupa koja postaje značajna ukoliko se promoviše ideja o jednakosti prava svih građana, kao bazičnoj u demokratskim sistemima.²³ Uspon neoliberalizma označio je i kraj dominacije posleratnog velferizma i socijal-demokratije, kao ideološkog koncepta u okviru kojeg je ekonomska moć viših klasa bila ograničena, uz povećanje učešća radničke klase u raspodeli ukupnog ekonomskog kolača, a što je smanjilo konflikte u društvu, ali i vremenom umanjilo efikasnost i profitabilnost u ovim ekonomijama.

Uspeh neoliberalnog projekta uticao je na motive političara i ciljnu funkciju koju vlade maksimiziraju korišćenjem ekonomske politike. Uticao je i na približavanje ekonomskih ciljeva različitih političkih partija – smanjenja ideoloških razlika između njih i to na račun ideologije levičarskih partija koje gube na značaju, kako u razvijenim ekonomijama, tako i u onim u razvoju ili onih u tranziciji. Levičarske partije u razvijenim zemljama gube na značaju i zbog promena u privrednoj strukturi i smanjenja sektora industrije koja je vekovima bila ključno uporište ovih partija (radničkih partija), umesto koga na značaju dobija sektor usluga u kome rade

²¹ David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, OUP, Oxford, 2005, 1.

²² Oba programa podržavaju monetarističko vođenje monetarne politike Pola Vokera, ograničavaju moć sindikata, deregulišu industriju, poljoprivredu i eksploataciju resursa, deregulišu finansijska tržišta i oslobađaju tokove kapitala, sprovode obimnu privatizaciju. V. Aleksandra Praščević, „Uticaj ekonomskih recesija na razvoj savremene makroekonomije“, *Stanje i perspektive ekonomske misli* (red. Praščević A., Fabris N.), 2021, 21.

²³ Thomas Piketi, *Kapital u XXI veku*, Akademska knjiga, Novi Sad, (2013, [2015]).

kvalifikovaniji i obrazovaniji radnici, što menja i njihove motive. Levičarske partije, međutim, nisu imale adekvatan odgovor na ove promene, zbog toga su u velikoj meri zadržale postavke političkog liberalizma²⁴ (naspram političkog konzervativizma), ali su izgubile ideološko uporište u domenu ekonomskih ciljeva. Zbog toga u vremenu tokom i nakon Globalne recesije (2007-09) glasove nezadovoljnih radnika osvajaju desničarske – konzervativne partije.

Upravo su zemlje koje su nakon političkih revolucija 1990-tih otpočele sa procesima ekonomske i političke tranzicije (bivše istočnoevropske socijalističke zemlje), to učinile u okrilju uspona neoliberalnog ekonomskog i političkog projekta. Ove su zemlje i predmet posebne analize političke makroekonomije, s obzirom da su njihove specifičnosti iznedrile i specifičnosti u domenu političke zloupotrebe ekonomske politike.²⁵ Ove su zemlje čak prednjačile više decenija u insistiranju na neoliberalnom pristupu i konzervativnim političkim stavovima, u odnosu na razvijene, demokratske ekonomije Zapadno-demokratskog sistema. Samo površna analiza može smatrati ovo paradoksalnom činjenicom, jer svaka dublja analiza lako otkriva razloge za tako nešto.

U svakom slučaju, bilo da se radi o teorijsko-metodološkim razlozima koji su doveli do stvaranja tzv. nove neoklasične sinteze zasnovane primarno na klasičarskom viđenju makroekonomije, kao glavnom toku makroekonomije na kome se zasnivala i ekonomska politika, ili o političkim procesima koji su približili političke partije levice, centra i desnice,²⁶ to je imalo značajne posledice na vođenje ekonomske politike, a time i na modele racionalnih političkih ciklusa (RPBC). Ove posledice su imale i pozitivne efekte koji su se primarno odnosili na poboljšanje institucionalnih okvira za vođenje ekonomske politike u pravcu veće nezavisnosti ove politike od političkih motiva i procesa (povećanje nezavisnosti određenih tela kojima je ekonomska politika prepuštena²⁷), ali i smanjenje uticaja političke

²⁴ Reč je o zalaganju za prava manjinskih grupa (seksualnih manjina, žena, imigranata i sl.), što nije dovoljno da se osvoji podrška širih slojeva radnika, koje sve više privlače konzervativne, desničarske partije sa svojim nacionalističkim ili ksenofobnim idejama, koje druge nacije ili zemlje označavaju kao ključne krivce za lošu poziciju nezadovoljnih građana u određenoj zemlji (primer Republikanskog predsednika SAD-a, Donalda Trampa).

²⁵ Akhmed Akhmedov, Ekaterina Zhuravskaya, „Opportunistic Political Cycles: Test in a Young Democracy Setting“, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 119, No. 4, 2004, 1301-1338.

²⁶ U Britaniji su predstavnici Laburističke partije sebe nazivali „Novim Laburistima“ u periodu sredina 1990-te do 2010 (pod rukovodstvom Tonija Blera i Gordona Brauna), slično kao što su postojali „Novi kejnzijanci“ koji su se metodološki veoma približili Novoj klasici, izdajući najvažnije elemente Kejnsove teorijske tradicije.

²⁷ Reč je o zahtevu za nezavisnošću centralnih banaka, kao i uvođenju fiskalnih saveta koji bi pratili vođenje fiskalne politike.

neizvesnosti i nestabilnosti na makroekonomska kretanja, zajedno sa povećanjem transparentnosti ekonomske politike koja je doprinela većoj makroekonomskoj stabilnosti koja je beležena od 1990-tih do Globalne recesije (2007-09). Glasači su vremenom postajali sve racionalniji, a sve do pojave Globalne recesije bili su i relativno zadovoljni ekonomskim rezultatima, kao i ekonomskom politikom koja je vođena.

Politička zloupotreba u situaciji racionalnih glasača

Bez obzira što je politička zloupotreba od strane kreatora ekonomske politike otežana ako se suočavaju sa racionalnim glasačima, ona ipak nije u potpunosti onemogućena. O tome nam govore mnogobrojni modeli političkih ciklusa koji fokusiraju i oportunističke i stranačke motive političara koji u ovom slučaju dolaze do izražaja. U ovim se modelima obmanjivanje zasniva na nekom obliku asimetričnih informacija ili ograničenog znanja kojim raspolažu glasači. U okviru ovih modela su posebno značajni modeli budžetskih političkih ciklusa (PBC) koji fokusiraju manipulaciju fiskalnom politikom u predizbornom periodu. Oni na značaju dobijaju usled činjenice da se iz već objašnjenih razloga povećanja nezavisnosti i transparentnosti centralne banke, monetarna politika ograničava monetarnim pravilima, zbog čega se mogla u mnogo manjoj meri zloupotrebljavati. Fiskalna politika je, s druge strane, ostala kao primarni instrument za zloupotrebu i u situaciji kada su glasači racionalni.

Izvori političkih ciklusa u ovom slučaju počivaju na nesavršenim informacijama kojima racionalni glasači raspolažu, i to o: 1) karakteru ekonomskog okruženja, 2) ciljevima kreatora ekonomske politike, 3) sposobnostima – kompetentnosti kreatora ekonomske politike. Navedeni izvori fluktuacija su uspeli da pomire neke od važnih kontroverzi vezanih za stvarne efekte zloupotrebe fiskalne politike, a po prvi put uključeni su u modele političkih budžetskih ciklusa razvijene od strane Rogofa. Naime, ako se pretpostavi da su glasači racionalni, kao i „fiskalno konzervativni“ onda je teško očekivati da će oni fiskalnu manipulaciju u predizbornom periodu, izvedenu od strane vlade, nagraditi na izborima, jer će biti svesni budućeg rasta poreskog opterećenja ili smanjenja državnih izdataka koje će imati negativne posledice po njihovo blagostanje. Međutim, ako se pretpostavi neki oblik asimetričnosti informacija, kao i manipulacija fiskalnih vlasti koja ne vodi rastu budžetskog deficita, već promeni strukture fiskalnih izdataka i povećanje onih koji su lako i brzo vidljivi glasačima, može se pretpostaviti da će ovakva manipulacija uspeli. Ovo je suština dva modela oportunističkih ciklusa: Rogofa i Siberta (1988)²⁸

²⁸ Kenet Rogoff, Anne Sibert, „Elections and Macroeconomic Policy Cycles“, *Review of Economic Studies*, OUP, No. 55, 1988, 1–16.

i Rogofa (1990).²⁹ U njima se kompetentnost vlade definiše kao njena sposobnost da smanji rasipanje – gubitke u budžetskom procesu, odnosno da obezbedi što više javnih dobara i transfera, uz date poreske prihode. Pored ovakve definicije kompetentnosti razvijeni su i drugi koncepti.³⁰ Tako su Cukierman i Melcer (1986)³¹ definisali kompetentnost kao sposobnost da se reaguje na slučajne šokove, dok Pirson i Tabelini (1990)³² kompetentnost vide kao sposobnost da se obezbedi neinflatorni ekonomski rast, jer glasači preferiraju cenovnu stabilnost i privredni rast, ali ne znaju koliko su kreatori ekonomske politike zaista kompetentni, već formiraju očekivanu vrednost kompetentnosti vlade na osnovu koje se opredeljuju na izborima. Od odlučujućeg su značaja informacije koje poseduju glasači, a koje nisu potpune, takođe je važan i vremenski trenutak u kome su im informacije dostupne.

S obzirom na veliki broj modela koji eksploatišu koncept asimetričnosti informacija, ne čudi da su mnogobrojne analize posvećene istraživanju veze između svesnosti i informisanosti glasača, s jedne strane i prisutnosti političkih manipulacija ekonomske politike, a naročito fiskalne, sa druge strane. Empirijska istraživanja su pokazala da što je stanje informisanosti glasača lošije, koje uključuje različite elemente od slobode medija do dostupnosti interneta, to su i političke zloupotrebe fiskalne politike značajnije.³³

Naravno, da je takvo stanje neinformisanosti glasača vezano za nerazvijene i ekonomije u tranziciji, koje su istovremeno i zemlje „nove demokratije“ u kojima glasači ne poznaju u potpunosti prave političke motive kreatora ekonomske politike, niti njihove mogućnosti da fiskalnu politiku zloupotrebe. Glasači u ovim zemljama ne poznaju u potpunosti funkcionisanje ekonomskog tržišnog sistema, niti shvataju da će danas povećani državni izdaci značiti više poreze koje će morati da plaćaju u budućnosti.³⁴

²⁹ Kenet Rogoff, „Equilibrium political budget cycles“, *American Economic Review*, No. 80, 1990, 21-36.

³⁰ Aleksandra Prašević, „Fiskalna politika u modelima političkih ciklusa“, *Ekonomske ideje i praksa*, No. 1, 2011, 55-56.

³¹ Alex Cukierman, Allan Meltzer, „A Positive Theory of Discretionary Policy, the Cost of Democratic Government, and the Benefits of a Constitution“, *Economic Inquiry*, No. 24, 1986, 367-388.

³² Torsten Persson, Guido Tabellini, *Macroeconomic Policy, Credibility, and Politics*, Harwood Academic Publishers, Chur, Switzerland, 1990.

³³ Jan Janku, Jan Libich, „Ignorance isn't bliss: Uninformed voters drive budget cycles“, *Journal of Public Economics*, Vol. 173, 2019, 21.

³⁴ Endrit Lami, Drini Imami, „Political Fiscal Cycles in Hungary“, *Contemporary Economics*, No. 7, 2014, 73-98.

Naravno, vremenom ovi glasači uče na svojim greškama, a kako se ekonomska tranzicija okončava tako se i oni u sve većoj meri ponašaju slično glasačima u razvijenim zemljama.³⁵ Okončanje tranzicije je vezano i za izgradnju novog institucionalnog okvira koji pruža političarima manje prostora za zloupotrebe, tome treba dodati i da je značajan broj ovih zemalja postao član Evropske Unije, što je takođe značilo prihvatanje određenih standarda i pravila u vođenju ekonomske, ali i ukupne politike.³⁶

Ipak, ostao je i jedan značajan broj zemalja, među kojima su i one sa Zapadnog Balkana, pa i Srbija, koje su i dalje „zaglavljene“ u procesima ekonomske tranzicije i izgradnje demokratskog političkog sistema. Na žalost, svedoci smo da su u ovim zemljama političari često zloupotrebljavali fiskalnu politiku u političke svrhe. Kao njihova specifičnost pojavljuje se i zloupotreba privatizacionih fondova (fondova stečenih u procesu privatizacije) koji su dodatni izvor finansiranja mogućih manipulativnih povećanja državnih izdataka kojima je primaran politički motiv – da se na vlasti što duže ostane, ili da se poboljša pozicija određene društvene grupe (ideološki motiv). U ovim zemljama, među kojima je i Srbija, oportunistički motiv dobija jednu specifičnost. Naime, osim želje da se na vlasti što duže ostane, što je u suštini oportunističkog motiva, to se želi jer ostanak na vlasti pruža mogućnost tzv. „traganja za rentom“ koje se odnosi na zloupotrebu javne politike radi prisvajanja nekog oblika rente. Takvo ponašanje političara na vlasti nije moguće u ekonomski razvijenim i demokratskim zemljama u kojima postoje odgovarajuće institucije i zakonski okvir, transparentnost politike, kao i različiti mehanizmi za onemogućavanje koruptivnog delovanja političara na vlasti.

RACIONALNI GLASAČI I STRANAČKI MOTIVI POLITIČARA

Do sada su u radu predstavljeni modeli koji su pretpostavljali identično ponašanje političara na vlasti, bez obzira na njihovu stranačku pripadnost, odnosno ideološku orijentaciju u pogledu ekonomskih ciljeva. Odnosno, pretpostavljalo se oportunističko ponašanje političara. Međutim, mogu se fokusirati i stranački motivi u domenu ekonomije, koje političari na vlasti korišćenjem ekonomske politike pokušavaju da realizuju. U ovim modelima se insistira na programsko-ideološkim razlikama između političkih partija koje za posledicu imaju niže stope

³⁵ Adi Brender, Allan Drazen, „Political budget cycles in new versus established democracies“, *Journal of Monetary Economics*, 2005, No. 52, 1271-1295.

³⁶ Aleksandra Prašević, „The Applicability of Political Business Cycle Theories in Transition Economies“, *Zagreb International Review of Economics and Business*, No. 23, 2020, 73.

nezaposlenosti i više stope inflacije kada politiku vode levičari (laburističke i socijalističke partije), nego kada to čine desničarske partije.³⁷

Umesto pretpostavke o naivnim glasačima, koje su postojale u tradicionalnim modelima, koje je razvio Hibs (1977, 1988), a u kojima se izborna telo opredeljuje između levičarskih partija koje preferiraju više stope ekonomskog rasta i nižu nezaposlenost i desničarskih partija koje su primarno zainteresovane za cenovnu stabilnost, sada je neophodno uključiti racionalne glasače. I ovog puta, kao i u slučaju oportunističkog ponašanja političara, racionalnost glasača će umanjiti mogućnost da budu izmanipulisani od strane političara. Međutim, prostor za manipulaciju i u ovom slučaju postoji i vezan je za političku neizvesnost ko će na izborima pobediti – levičarske ili desničarske partije. Važno je istaći i da postoje značajne razlike u političkoj strukturi između zemalja, za razliku od SAD-a i Velike Britanije, u kojima se može govoriti skoro o dvopartijskom sistemu, evropske demokratije karakteriše veća politička diversifikovanost, tako da postoji mnogo veći broj političkih partija što dovodi do složenije političke strukture sa značajnijim ideološkim razlikama i uticajem partijskog članstva na stranačke lidere i izborne programe – od komunističkih i socijal-demokratskih partija, na levisi, preko centrističkih, demo-hrišćanskih, do konzervativnih i narodnih partija na desnici.

Italijanski ekonomista Alberto Alesina, inače jedan od najznačajnijih istraživača političke makroekonomije razvio je više modela stranačkih ciklusa u kojima su glasači racionalni: Alesina (1987),³⁸ (1988),³⁹ (1989), Alesina i Saks (1988),⁴⁰ Alesina i Rosenthal (1995)⁴¹. U ovim se modelima pojavljuje izborna neizvesnost kao odlučujuća za postojanje neočekivanog šoka ekonomske politike, koji bi i u uslovima da su glasači racionalni, dakle formiraju racionalna očekivanja, imao realne efekte što je u skladu sa pretpostavkama o neefikasnosti svake anticipirane ekonomske politike. Ova neizvesnost bi obezbedila da politika bude neanticipirana, a time i sa potencijalom da ima realne efekte i izazove političke cikluse. Odlučujuća je pretpostavka da rezultati izbora nisu u potpunosti predvidivi, a kada znamo

³⁷ Hibs je empirijski to dokazao za period 1946-69. za dvanaest zemalja Zapadne Evrope i severne Amerike (uključujući Britaniju i SAD).

³⁸ Alberto Alesina, „Macroeconomic Policy in a Two-Party System as a Repeated Game“, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 102, 1987, 651-78.

³⁹ Alberto Alesina, „Credibility and Policy Convergence in a Two-Party System with Rational Voters“, *American Economic Review*, Vol. 78, No. 4, 1988, 796-805.

⁴⁰ Alberto Alesina, Jeffrey Sachs, „Political Parties and the Business Cycle in the United States, 1948-1984“, *Journal of Money Credit and Banking*, No. 20, 1988, 63-82.

⁴¹ Alberto Alesina, Howard Rosenthal, *Partisan Politics, Divided Government and the Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

da bez obzira što postoji izvesna konvergencija ekonomskih politika ideološki različitim vladama, ona ne isključuje i razlike između njih.

Glasači poznaju ideološke razlike između partija, ali ne znaju ko će na izborima i pobediti, odnosno kakva će se politika zaista voditi. Takođe, pretpostavlja se da postoji određena rigidnost nadnica tako da se one određuju za period nezavisno od trenutka u kome se politički izbori odigravaju, tako da je u nadnice nemoguće uključiti osiguranje od izbornog rizika. Zbog toga stepen iznenađenja izbornom pobedom preko neočekivane inflacije (ili deflacije) utiče na makroekonomska kretanja. Što je veća razlika u preferencijama političkih partija u vezi sa ekonomskim ciljevima (politička polarizacija), to se može očekivati i značajnija magnituda devijacija nivoa dohotka oko prirodnog, slično je i sa većom izbornom neizvesnošću.

Ovakvo generisan politički ciklus je značajnije različit u vremenskoj strukturi i u dinamici ciklusa u odnosu na oportunističko – racionalne cikluse. U ovim modelima su stranački efekti na realne makroekonomske varijabile (zaposlenost i dohodak) kratkoročni i ograničeni na postizborni period, dok su efekti na inflaciju permanentnog karaktera. Pokazuje se i da je ovakvo rešenje suboptimalno za obe partije (i desničarsku i levičarsku) koje imaju različite preferencije. Naime, za obe bi bilo bolje da se dogovore oko ciljane stope inflacije, koja bi omogućila da se izbegnu fluktuacije dohotka. Upravo bi ova stopa inflacije mogla da se poistoveti sa monetarnim pravilom koje se primenjuje i to najbolje od strane nezavisne centralne banke.

Dakle, u modelima stranačkih ciklusa sa racionalnim glasačima od odlučujućeg značaja je pojam političke stabilnosti/nestabilnosti koja utiče i na neizvesnost rezultata političkih izbora. Ovaj se pojam, međutim, na različite načine definiše – od zahteva za kontinuitetom određenog tipa političkog sistema, preko zahteva za legitimitetom političkog sistema u očima javnosti, čestih promena političkih ciljeva vlade koji joj umanjuju efikasnost, društveno-političkih tenzija (politička ubistva, štrajkovi, otmice), čestih promena vlade, slabom vladom u okviru koje su prisutne tenzije koje otežavaju kreiranje i sprovođenje politike.

Poseban segment analize u okviru stranačkih modela političkih ciklusa tiče se istraživanja ekonomske politike različitih tipova vlada, primarno koalicionih vlada, uz ključno pitanje: da li su koalicione vlade bolje ili lošije u sprovođenju ekonomske politike, a naročito stabilizacione politike. Poznat je članak Alesine i Dražena „Zašto stabilizacija kasni?“ (1991)⁴² u kome se istražuje uticaj

⁴² Alberto Alesina, Allan Drazen, „Why Are Stabilizations Delayed?“, *American Economic Review*, 1991, Vol. 81, No. 5, 1170-1188.

fragmentiranosti u odlučivanju o fiskalnoj politici kada vladu čini više koalicionih partnera koji imaju značajno različite ekonomske ciljeve. U tom slučaju svaki od koalicionih partnera pokušava da teret stabilizacije prenese na drugog, odnosno na glasačko telo koje podržava drugog partnera, radi održavanja mogućnosti sopstvene pobjede na narednim izborima. Upravo ovakva fiskalna politika se može uočiti u periodu 2008-12 u Srbiji, tokom koga je delovala koaliciona vlada sa malom parlamentarnom podrškom i značajnim razlikama u ekonomskim ciljevima između koalicionih partnera što je imalo negativne posledice na rast budžetskog deficita.⁴³

Stranački ciljevi u domenu ekonomske politike mogu se i često se menjaju u predizbornom periodu jer se političke partije trude da u ovom periodu privuku tzv „srednjeg glasača“ ili čak i one koji bi inače glasali za suprotstavljenu partiju. Tako u predizbornom periodu levičarske partije često promovišu borbu protiv inflacije, a desničarske i konzervativne pokušavaju da ubrzaju ekonomski oporavak.

ZAKLJUČAK

Makroekonomija je direktno povezana sa politikom jer se makroekonomske odluke donose u političkom svetu, a ekonomska politika se koristi za realizaciju i ekonomskih i političkih ciljeva. Demokratski sistem podrazumeva da društvo i građani odlučuju o politici, pa prema tome i o ekonomskoj politici, ali su ograničenja nametnuta institucionalnim okvirom koji onemogućava njenu zloupotrebu u političke svrhe. Racionalnost glasača i njihovo poznavanje stvarnih motiva političara takođe ograničava zloupotrebe jer se političari u ovom slučaju ne mogu nadati da će nakon zloupotreba pobediti na izborima. Problem, međutim, postaje izražen u onim zemljama koje nemaju izgrađene demokratske institucije, ni političke, ni ekonomske, u kojima se proces ekonomske tranzicije nije okončao. U njima će političari biti podstaknuti da se takvo nepovoljno stanje produži, kako bi se umanjila informisanost glasača i pružila mogućnost da političari na vlasti deluju u skladu sa sopstvenim političkim motivima, u prvom redu oportunističkim, ali i stranačkim, dok ni motiv traganja za rentom nije za zanemarivanje.

Mnogobrojni modeli političkih ciklusa razvijeni u tradicionalnom ili novom – racionalnom teorijsko-metodološkom okviru predstavljaju dobar okvir za interpretiranje ekonomske politike. Činjenica je da se i danas politički izbori dobijaju ili gube u zavisnosti od postignutih ekonomskih rezultata. Zbog toga se ekonomska

⁴³ Aleksandra Prašević, „Politička ekonomija fiskalne konsolidacije u Srbiji“, *Ekonomski politika Srbije u 2015* (ur. Živković B., Cerović B.), Beograd, 2015, 87-109.

politika i dalje često zloupotrebljava i to u većoj meri fiskalna nego monetarna jer je ona prepuštena centralnoj banci, kao nezavisnom telu. Uspešnost oportunističkih i stranačkih modela da objasne političke zloupotrebe ukazuje na potrebu da se razvijaju modeli koji bi integrisali ova dva motiva.

Prof. Dr. ALEKSANDRA PRAŠČEVIĆ
Full Professor, Faculty of Economics
University of Belgrade

MACROECONOMICS AND POLITICAL MISUSE – INTERPRETING ECONOMIC POLICY

Summary

The paper focuses the impact of political abuse of economic policy on macroeconomic results, as well as the macroeconomic models that investigate this impact. The paper also presents the development of modern macroeconomics, along with main changes in the way of creating economic policy. Two key political motives – opportunistic (to stay in power as long as possible) and partisan – to achieve ideological goals in the field of economics, are considered in the context of traditional models that assume naive voters and adaptive expectations, but also in the context of rational models that include rational voters and expectations. The paper also gives certain recommendations for overcoming the politically motivated behavior of economic policymakers.

Key words: political business cycles, political budget cycles, economic policy

Literatura

- Akhmedov A., Zhuravskaya E., „Opportunistic Political Cycles: Test in a Young Democracy Setting“, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 119, No. 4, 2004.
- Alesina A., „Macroeconomic Policy in a Two-Party System as a Repeated Game“, *The Quarterly Journal of Economics*, No. 102, 1987.
- Alesina A., „Credibility and Policy Convergence in a Two-Party System with Rational Voters“, *American Economic Review*, Vol. 78, No. 4, 1988.
- Alesina A., Drazen A., „Why Are Stabilizations Delayed?“, *American Economic Review*, Vol. 81, No. 5, 1991.
- Alesina A., Mirrlees J., Neumann M. J. M., „Politics and Business Cycles in Industrial Democracies“, *Economic Policy*, Vol. 8, No. 4, 1989.
- Alesina A., Rosenthal H., „Partisan Politics, Divided Government and the Economy“, Cambridge University Press, Cambridge, 1995
- Alesina A., Roubini N., and Cohen, G. D., *Political Cycles and the Macroeconomy*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1997.

- Alesina A., Sachs J., „Political Parties and the Business Cycle in the United States, 1948-1984“, *Journal of Money Credit and Banking*, No. 20, 1988.
- Brender A., Drazen A., „Political budget cycles in new versus established democracies“, *Journal of Monetary Economics*, No. 52, 2005.
- Burgin A., *The Great Persuasion – Renting Free Markets since the Depression*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2012.
- Cukierman A., Meltzer A., „A Positive Theory of Discretionary Policy, the Cost of Democratic Government, and the Benefits of a Constitution“, *Economic Inquiry*, No. 24, 1986.
- Downs A., *An Economic Theory of Democracy*, Harper Collins Publishers, New York, 1957.
- Harvey D., *A Brief History of Neoliberalism*, OUP, Oxford, 2005.
- Hibbs D., „Political Parties and Macroeconomic Policy“, *American Political Science Review*, Vol. 71, No. 4, 1977.
- Hibbs D., *The American Political Economy*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1987.
- Jakšić M., Praščević A., *Politička makroekonomija*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2010.
- Janku J., Libich J., „Ignorance isn't bliss: Uninformed voters drive budget cycles“, *Journal of Public Economics*, Vol. 173, 2019.
- Kalecki M., „Political Aspects of Full-Employment“, *Political Quarterly*, Vol. 14, No. 4, 1943.
- Keynes J. M., *Opća teorija zaposlenosti, kamate i novca*, CKD, Zagreb, 1936, [1987].
- Kydland F. E., Prescott E. C., „Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans“, *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 85, No. 3, 1977.
- Lami E., Imami D., „Political Fiscal Cycles in Hungary“, *Contemporary Economics*, No. 7, 2014.
- Lindbeck A., „Stabilization Policies in Open Economies with Endogenous Politicians“, *American Economic Review Papers and Proceedings*, 1976.
- Nordhaus W., „The Political Business Cycle“, *Review of Economic Studies*, No. 42, 1975.
- Piketi T., *Kapital u XXI veku*, Akademska knjiga, Novi Sad, 2013, [2015].
- Praščević A., „Fiskalna politika u modelima političkih ciklusa“, *Ekonomске ideje i praksa*, No. 1, 2011.
- Praščević A., *Ekonomске krize i modeli makroekonomske politike*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2012.
- Praščević A., „Politička ekonomija fiskalne konsolidacije u Srbiji“, *Ekonomska politika Srbije u 2015.* (ur. Živković B., Cerović B.), Ekonomski fakultet, Univerziteta u Beogradu, 2015.
- Praščević A., „The Applicability of Political Business Cycle Theories in Transition Economies“, *Zagreb International Review of Economics and Business*, No. 23, 2020.
- Praščević A., „Uticaј ekonomskih recesija na razvoj savremene makroekonomije“, *Stanje i perspektive ekonomske misli* (red. Praščević A., Fabris N.), 2021.

- Rogoff K., Sibert A., „Elections and Macroeconomic Policy Cycles“, *Review of Economic Studies*, No. 55, 1988.
- Rogoff K., „Equilibrium political budget cycles“, *American Economic Review*, American Economic Association, No. 80, 1990.
- Sargent T. J., Wallace N., „Rational Expectations, the Optimal Monetary Instrument, and the Optimal Money Supply Rule“, *Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 2, 1975.
- Siermann C. L. J., *Politics, Institutions and the Economic Performance of Nations*, Edward Elgar, 1998.
- Tufte E. R., *Political control of the economy*, Princeton University Press, Princeton, 1978.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 05.10.2021.

Prihvaćen: 27.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ĐORĐE ĐUKIĆ

REFORMA KLJUČNIH KAMATNIH STOPA NA TRŽIŠTU NOVCA I NEKE IMPLIKACIJE ZA TRŽIŠTA KREDITA

Reforma ključnih kamatnih stopa na tržištu novca koja je u toku predstavlja jedan od najvažnijih događaja na finansijskim tržištima u svetu jer će na kraju 2021. najveći broj LIBOR stopa u različitim valutama prestati da postoji. Napuštanje LIBOR-a nakon brojnih skandala posle izbijanja svetske finansijske krize 2008. godine vodi ka postojanju više repernih stopa koje su konstruisane kao bezrizične kamatne stope zasnovane na transakcijama, počev od SOFR u SAD-u, pa do SARON u Švajcarskoj. Intencija regulatora u Evropskoj uniji (EU) je da ESTR u budućnosti zameni i EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) i da postane reporna stopa za EU i EFTA. Poslednje analize pozicije davalaca kredita i korisnika kredita pokazuju da je EURIBOR na zadovoljavajući način reformisan time što su u utvrđivanje njegove visine uključeni podaci o transakcijama kao i ekspertska mišljenja. Prema za sad preovlađujućem mišljenju u bankarskoj industriji može biti nastavljena njegova upotreba. Istina, ne nužno na tržištu derivata, ali svaka-ko na tržištima kredita i hipoteka koja su naročito povezana sa EURIBOR stopama u evrozoni.

Ključne reči: reforma, ključne, kamatne stope, krediti

ESTR (EURO SHORT-TERM RATE) KAO NOVA REPERNA KAMATNA STOPA U EVROZONI

Bitne promene kod evropskih banaka u pogledu korišćenih kratkoročnih kamatnih stopa nastupile su ili su bile najavljene krajem 2019. Počev od drugog oktobra 2019. umesto EONIA evropske banke su počele da primenjuju novu repernu stopu

Prof. dr Đorđe Đukić, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
e-mail: djordje.djukic@ekof.bg.ac.rs.

– ESTR (*Euro Short-Term Rate*). ESTR predstavlja repernu stopu (*benchmark*) koja odražava troškove pozajmljivanja banaka tokom noći unutar evrozone. Reč je o kamatnoj stopi na tržištu na veliko (*wholesale market*) koja se zasniva na trošku za neosigurane pozajmice tokom noći među najvećim bankama u evrozoni.¹

Intencija regulatora u Evropskoj uniji

Intencija regulatora u Evropskoj uniji (EU) je da ESTR u budućnosti zameni i EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*) i da postane reperna stopa za EU i Evropsko udruženje za slobodnu trgovinu (*European Free Trade Association – EFTA*). U obrazloženju za tu promenu se navodi da EURIBOR i EONIA (*Euro Overnight Index Average*) ne zadovoljavaju zahteve postavljene u novoj regulativi EU koji se odnosi na reperne veličine. Reč je o regulativi koja je stupila na snagu 1. januara 2018.² Izričito se tom regulativom zahteva da sve kamatne stope na međubankarske pozajmice moraju biti zasnovane na podacima o trgovanju pre nego na ekspertskim procenama i anketama. ESTR se utvrđuje na osnovu prikupljenih podataka o transakcijama tokom dana na tržištima novca koji su sadržani u dnevnim izveštajima 52 najveće banke u evrozoni. Predstavlja prosečnu kamatnu stopu na pozajmice tokom radnog dana. ESTR objavljena svakog dana se zasniva na transakcijama koje su saldirane prethodnog radnog dana. ECB (*European Central Bank*) objavljuje ESTR koristeći algoritme koji sprečavaju da ta stopa bude pod uticajem anonimnih trgovanja i uzoraka.

Nakon različitih analiza i konsultacija sa panelom banaka uključenih u formiranje EOINA, administrator za EONIA – *European Money Markets Institute* (EMMI) je početkom 2018. objavio da EONIA kao referentna kamatna stopa neće moći da ispuni zahteve koje postavlja nova regulativa EU koja se odnosi na reperne veličine (*EU Benchmark Regulation – BMR*) i da učesnicima na tržištu neće biti dozvoljeno da koriste EONIA posle 1. januara 2020.³ Kasnije je usledila korekcija trajanja prelaznog perioda na 3. januar 2022. Ovo nakon što je radna grupa, sastavljena od učesnika na tržištu, pri Evropskoj centralnoj banci, zadužena da izradi plan prelaska od EONIA

¹ Istorijat upravljanja kratkoročnim kamatnim stopama na tržištu novca u razvijenim tržišnim privredama detaljno je dat u Đorđe Đukić, *Centralna banka i finansijski sistem*, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Ekonomski fakultet, Službeni glasnik Beograd, 2020, 248-271.

² V. „Regulation (EU) 2016/1011 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016, on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds and amending Directives 2008/48/EC and 2014/17/EU and Regulation (EU) No 596/2014“, Article 51, *Official Journal of the European Union*, L171/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>, 14.02.2020.

³ V. European Money Markets Institute, „EONIA Hystory“, www.emmi-benchmarks.eu/euribor-eonia-org/eonia-review.html, 14.02.2020.

na ESTR (*European Central Bank „Working group on euro risk-free rates“ – ECB WG*) dala predlog. Navedena radna grupa je preporučila najpre modifikovanje metodologije koja se odnosi na utvrđivanje EONIA, tako da se od 2. oktobra 2019. primenjuje stopa koja predstavlja zbir ESTR i fiksne marže (*spread*). Tu stopu su nazvali „*tracker rate*“. ECB kao administrator za ESTR je objavila da će fiksna marža iznositi 8,5 baznih poena. ECB je obračunala maržu na dan 31. maj 2019. Kao takva, odražava istorijsku razliku između osnovnih kamatnih stopa kod dva repera – kamatne stope na međubankarske pozajmice EONIA vs. ESTR kamatne stope na pozajmice na veliko.⁴

Prema novoj metodologiji utvrđivanja, EONIA je usklađena sa zahtevom nove regulative EU koji se odnosi na sve kritične repere, pa je objavljeno da je učesnici na tržištu mogu koristiti, kao takvu, u produženom periodu do 3. januara 2022. ESTR se objavljuje dnevno, u 7.00 časova po londonskom vremenu, za prethodni dan. EMMI objavljuje EONIA, koristeći novu metodologiju, oko 8.15 časova po londonskom vremenu. Na tu stopu se dodaje fiksnih 8,5 baznih poena. Fiksiranje ESTR na dan 1. oktobar 2019. je zasnovano na obimu trgovanja blizu 36 mlrd. evra obavljenog između 32 banke u 432 transakcije. Pri tom, obim trgovanja od strane pet najvećih banaka u evrozoni činio je 54% ukupnog obima trgovanja.

Dana 1. oktobra 2019. godine, ESTR je fiksirana na nivou od – 0,549%.⁵ ESTR se prema ustanovljenoj metodologiji od strane ECB izračunava kao prosečna ponderisana stopa na osnovu obima transakcija, prema sledećem postupku:

- prvo, uspostavljanje redosleda kod transakcija od onih sa najnižom stopom ka onim sa najvišom stopom.
- drugo, agregiranje transakcija za svaki nivo kamatne stope;
- treće uklanjanje najviših i najnižih 25% transakcija u pogledu obima.
- četvrto, izračunavanje srednje vrednosti za preostalih 50% na osnovu distribucije stopa ponderisanih obimom trgovanja.

Pri tom, proporcionalni (*pro rata*) obračun se primenjuje na obime trgovanja koji prelazi pragove za uklanjanje navedenih transakcija. Ovo sa ciljem da se osigura da tačno 50% ukupno kvalifikovanih obima transakcija bude korišćeno za izračunavanje ponderisanog proseka zasnovanog na obimu trgovanja. ECB objavljuje ESTR u 9.00 časova za svaki (TAREGET2) radni dan, i to na osnovu obavljenih i saldiranih transakcija prethodnog dana (datum izveštavanja T) sa T+1 datumom dospeća i koje se smatraju izvršenim. Pri tom, bitno je da transakcija

⁴ European Money Markets Institute, „About EONIA“, www.emmibenchmarks.eu/euribor-eonia-org/about-eonia.html, 13.05.2021.

⁵ Bloomberg, „ECB Begins Transition of Benchmark Short-Term Interest Rate“, October 2, 2019, www.bloomberg.com, 11.10.2020.

bude realizovana između dve nezavisne strane (banke) koje deluju u njihovom sopstvenom interesu (*arm's length principle* – ALP) i na taj način odraze kamatne stope na nepristrasan način.⁶

Razlika između ESTR-a i LIBOR-a

LIBOR (*London interbank offered rate*) je prosek 35 različitih repernih kamatnih stopa koji obuhvata pet glavnih valuta – USD, evro, britansku funtu, japanski jen i švajcarski franak. Za razliku od novoustanovljenog ESTR, LIBOR se ne zasniva na izvršenim transakcijama, već se ustanovljava na osnovu anketiranja banaka učesnica. Dakle, banke iz utvrđenog panela se anketiraju svaki dan da procene nivo kamatne stope po kojoj bi, prema njihovom verovanju, mogle da uzajme novac za određeno vreme. Pri tom, 25% prijavljenih najviših i najnižih kamatnih stopa se izostavljaju iz obračuna prilikom izračunavanja prosečne stope.

Sve do 2012. LIBOR je bio ključna kamatna stopa na globalnom nivou kod osiguranja finansijskih ugovora. Posle 2012. situacija se drastično menja, zbog više skandala vezanih za manipulacije LIBOR-om od strane velikih finansijskih institucija u 2012. Suština skandala se svodi na to da su neke banke kod kotacija saopštavale veštački nisku ili visoku kamatnu stopu, sve u cilju prisvajanja koristi kod transakcija sa derivatima. Time su one urušile LIBOR kao glavni reper za kamatne stope i proizvode na finansijskom tržištu. Regulatorna tela su naknadno ustanovila da je reč o skandalima koji su dugi niz godina uspešno prikrivani. Kada su otkriveni, ispostavilo se da su u njih bile uključene najveće banke u svetu: Deutsche Bank, Barclays, UBS, Rabobank, HSBC, Bank of America, Citigroup, JPMorgan Chase, the Bank of Tokyo Mitsubishi, Credit Suisse, Lloyds, WestLB, and the Royal Bank of Scotland.⁷

Nakon toga se od strane međunarodnih asocijacija u finansijskoj sferi, radnih grupa u pojedinim zemljama i nacionalnih regulatornih tela intenzivno traga za novom reperskom stopom koja će počivati na sistemu zasnovanom na transakcijama na tržištu novca, a ne na „ekspertskom mišljenju“ pojedinačnih panelista, kao kod LIBOR-a.

Vezano za dinamiku promena, treba istaći da se u EU menja regulativa u pogledu ključne kamatne stope i uspostavlja ESTR sa kašnjenjem u odnosu na promenu te regulative u SAD-u i Velikoj Britaniji.

⁶ European Central Bank, „The euro short-term rate (€STR) methodology and policies“, June 2018, 2, www.ecb.europa.eu, 11.10.2020.

⁷ Šire o tome, Jason Fernando, „The LIBOR Scandal“, www.investopedia.com/terms/l/libor-scandal.asp, 13.05.2020.

SOFR (SECURED OVERNIGHT FINANCING RATE) KAO NOVA REPERNA KAMATNA STOPA U SAD-U

U SAD-u je uvedena alternativna stopa – SOFR (*Secured Overnight Financing Rate*) u aprilu 2018. SOFR predstavlja široku meru za troškove uzajmljivanja keša tokom noći koje je obezbeđeno sa državnim hartijama od vrednosti (*Treasury securities*).⁸ SOFR se objavljuje najranije u 8.00 sati po istočnom vremenu (ET), za svaki radni dan na američkom tržištu državnih hartija od vrednosti, za sledeći radni dan.

Predlažući uvođenja SOFR-a kao nove reperne stope nadležni komitet imenovan od strane FED-a – *Alternative Reference Rates Committee* (ARRC) je istakao njene četiri prednosti:

Prvo, izvodi se na osnovu transakcija na aktivnom, regulativom dobro definisanom tržištu koje je dovoljno duboko. To izuzetno otežava da SOFR bude manipulisan ili da bude pod nečijim uticajem.

Drugo, ustanovljava se na transparentan, neposredan način i zasniva se na vidljivim transakcijama, suprotno LIBOR-u koji zavisi od procena ili stopi koja se izvode primenom modela.

Treće, izvodi se na osnovu transakcija na tržištu državnih hartija od vrednosti koje je ispoljilo otpornost. Ovo u smislu sposobnosti da izdrži udare svetske finansijske krize i da bude aktivno uprkos izraženom fenomenu ravne krive prinosa (*flat yield curve*) tj. postojanju male razlike u prinosisima kod kratkoročnih i dugoročnih obveznica sa istim kreditnim kvalitetom.

Četvrto, s obzirom na to da će, prema uverenju ARRC, tržište državnih hartija od vrednosti ostati dovoljno aktivno to, u krajnjoj liniji, znači da SOFR može pouzdano da se objavljuje kao reper u širokom spektru tržišnih uslova.⁹

Prilikom utvrđivanja visine SOFR-a koriste se podaci koji se odnose na izvršene obimne i diversifikovane transakcije sa aranžmanima o repkupovini državnih hartija od vrednosti (repo transakcija), i to iz tri izvora.¹⁰

U prvom koraku FRBNY (*Federal Reserve Bank of New York*) za dati dan vrši rangiranje obima bilateralnih repo transakcija preko FICC DVP, prema kamatnim stopama u transakcijama, i to od najniže ka najvišoj stopi.¹¹ Nakon toga se uklanja

⁸ The Federal Reserve Bank of New York, „Secured Overnight Financing Rate Data“, www.apps.newyorkfed.org/markets/autorates/SOFR, 4.03.2020.

⁹ V. The Federal Reserve Bank of New York, „An Updater User’s Guide to SOFR The Alternative Reference Rates Committee“, February 2021, 2, www.newyorkfed.org/medialibrary/Microsites/arrc/files/2021/users-guide-to-sofr2021-update.pdf, 13.05.2021.

¹⁰ *Ibidem*, 4.

¹¹ The Federal Reserve Bank of New York, „Secured Overnight Financing Rate Data“, <https://apps.newyorkfed.org/markets/autorates/SOFR>, 4.03.2020.

25% obima trgovanja koji se odnosi na transakcije sa najnižim kamatnim stopama, radi bolje reprezentativnosti uzorka.

U drugom koraku FRBNY vrši rangiranje obima transakcija iz sva tri izvora prema njihovim kamatnim stopama, od najnižih ka najvišim.

U trećem koraku izračunava ponderisanu (sa obimom transakcija) srednju repo stopu, tj. stopu kod trgovanja repo sporazumima po kojoj se polovina transakcija tokom dana obavlja po stopama koje su jednake toj stopi ili više od nje.

SONIA (STERLING OVERNIGHT INDEX AVERAGES) KAO NOVA REPERNA KAMATNA STOPA U VELIKOJ BRITANIJ

U Velikoj Britaniji je aprila 2018. uvedena alternativna kamatna stopa koja predstavlja preuređenu SONIA (*Sterling Overnight Index Average*). SONIA se zasniva na izvršenim transakcijama i odražava prosek kamatnih stopa koje banke plaćaju da pozajme u funtama od drugih finansijskih institucija tokom noći. Prilikom preuređenja SONIA nastupile su sledeće promene:

a) odgovornost za njeno izračunavanje i objavljivanje preuzima Bank of England od Wholesale Market Brokers Association;

b) proširena je baza podataka koji se uključuju u obračun – uključivanje neosiguranih transakcija tokom noći koje su pregovarane bilateralno, kao i transakcija aranžiranih preko brokera;

c) promenjena je metodologija izračunavanja proseka – koristi se srednja vrednost zasnovana na centralnih 50% po obimu trgovanja ponderisane distribucije stopa;

d) objavljuje se u 9.00 časova sledećeg radnog dana u Londonu (umesto 6.00 časova istog dana), čime je omogućen obuhvat većeg obima transakcija prilikom izračunavanja te stope.¹²

SARON (SWISS AVERAGE RATE OVERNIGHT) KAO NOVA REPERNA KAMATNA STOPA U ŠVAJCARSKOJ

U Švajcarskoj je uvedena nova reporna kamatna stopa – SARON kao kamatna stopa na osigurane pozajmice u švajcarskim francima tokom noći. SARON se zasniva na transakcijama i obavezujućim kotacijama koje su izložene na švajcarskom

¹² Bank of England, „SONIA key features and policies“, 3, www.bankofengland.co.uk/markets/sonia-benchmark/sonia-key-features-and-policies, 13.05.2021; „Progress on the Transition of LIBOR Referencing Legacy Bonds to SONIA By Way Of Consent Solicitation“, The Working Group on Sterling Risk-Free Reference Rates, January 2020, www.bankofengland.co.uk/markets/transition-to-sterling-risk-free-rates-from-libor/working-group-on-sterling-risk-free-reference-rates, 11.03.2020.

tržištu na kome se trguje sporazumima o rekupovini hartija od vrednosti (repo market) preko posebne platforme za elektronsko trgovanje (*SIX Repo Ltd trading platform*). Pri tom filter koji se odnosi na kotacije je tako parametrizovan da mogućnosti manipulacije od strane učesnika na tržištu svodi na apsolutni minimum.

Prosečna stopa se izračunava kontinuirano, u realnom vremenu, a objavljuje se na svakih deset minuta. Prosečna stopa je pokretni prosek ponderisan obimom trgovanja, izračunat na osnovu zaključenih transakcija i referentnih cena koje su istaknute za dati dan trgovanja. Utvrđivanju tj. fiksiranju prosečne stope se pribegava tri puta u toku dana – u 12.00, 16.00 i 18.00 časova. Pri tom SARON koji je utvrđen u 18.00 časova se tretira kao referentno očitavanje za finansijske proizvode koji predstavljaju derivate, kao i za vrednovanje finansijske aktive.¹³

Fiksiranje SARON-a je izvršeno 1. januara 2018, umesto do tada prisutnog fiksiranja TOIS (*Tomorrow/Next Overnight Indexed Swaps*) kao repera. SARON je 13. juna 2019. zamenio do tada prisutan LIBOR na švajcarski franak sa ročnošću od tri meseca (*CHF LIBOR – 3 months*) koji je Švajcarska narodna banka (*Swiss National Bank*) koristila kao instrument svoje politike. Radna grupa zadužena za reformu referentnih stopa u CHF (*National Working Group on CHF Reference Rates – NWG*) je u decembru 2019. preporučila da učesnici na tržištu izvrše prelaz kod stavki koje su izložene LIBOR-u u švajcarskim francima na SARON pre kraja 2021. godine, gde god je to moguće. Umesto LIBOR-a u transakcijama će se primenjivati tzv. složeni indeksi na osnovu SARON-a (*SARON Compound indices*) za različite rokove dospeća (1M, 3M, 6M).¹⁴

NEKE IMPLIKACIJE ZA TRŽIŠTA KREDITA

Objavljivanje LIBOR-a će prestati 31. decembra 2021. godine za sve valute i sve ročnosti sem onih koji se najčešće koriste za vrednosti LIBOR stopa u USD. Telo za finansijski nadzor Engleske (*UK Financial Conduct Authority – FCA*) u svom saopštenju o prestanku postojanja LIBOR-a, od 5. marta 2021. godine, ustanovilo je 31. decembar 2021. kao poslednji dan fiksiranja za sve valute i sve ročnosti, kao i za najčešće korišćene ročnosti za LIBOR u USD, a 30. jun 2023. godine kao poslednji dan fiksiranja za preostale vrednosti LIBOR stopa u USD.

Finansijske institucije i njihovi klijenti moraju blagovremeno da preduzmu sve radnje radi prelaska sa LIBOR-a na bezrizične referentne kamatne stope

¹³ Swiss National Bank, „Swiss Reference Rates“, www.snb.ch, 10.02.2020.

¹⁴ Swiss National Bank, „Minutes 23rd NWG meeting“, 2 December 2019, 8, www.snb.ch, 10.02.2020.

pre rokova koje su za njih ustanovili regulatori i radne grupe za bezrizične referentne kamatne stope za jurisdikcije na koje se odnosi LIBOR. Krajnji rokovi za prelaz sa LIBOR-a na druge referentne kamatne stope, označene kao bezrizične kamatne stope, za sve jurisdikcije su dati u tabeli.

Tabela – Krajnji rokovi za prelaz sa LIBOR-a na druge referentne kamatne stope za sve jurisdikcije

Krajnji rok	Nadležno telo	Zahtev*	Vrsta zahteva
3. januar 2022. Od prvog londonskog bankarskog dana (<i>London Banking Day</i>) – 1. januar 2022. ili posle tog datuma	FCA	Prestanak objavljivanja svih LIBOR uparivanja valuta/rok dospeća (osim onih koji se odnose LIBOR u USD sa sledećim ročnostima: preko noći, jedan mesec, tri, šest i dvanaest meseci). ¹ Za derivate koji su vezani za sve vrednosti LIBOR-a u GBP, EUR, JPY i CHF – vraćanje na primenjenu rezervnu sveukupnu stopu bez rizika (<i>fallbacks to the aplicable all-in adjusted risk-free rate</i>), plus razlika (<i>spread</i>) publikovana na Blumbergovoj platformi – (<i>Bloomberg fallback rates</i>) će biti primenjena za derivate koji su predmet <i>ISDA 2020 IBOR Fallback Protocol</i> ili uključuju <i>ISDA IBOR Fallback Supplement</i> .	Krajnji rok
30. jun 2023. Od prvog londonskog bankarskog dana (<i>London Banking Day</i>) – na dan 1. jul 2023 ili posle tog datuma	FCA	Prekid publikovanja LIBOR-a u USD za sledeće ročnosti: tokom noći, jedan mesec, tri, šest i dvanaest meseci. ² Za derivate koji su vezani za sve vrednosti LIBOR-a u USD – vraćanje na primenjenu sveukupnu stopu bez rizika (<i>fallbacks to the aplicable all-in adjusted risk-free rate</i>) plus razlika (<i>spread</i>) publikovana na Blumbergovoj platformi – (<i>Bloomberg fallback rates</i>) će biti primenjeno za derivate koji su predmet <i>ISDA 2020 IBOR Fallback Protocol</i> ili uključuju <i>ISDA IBOR Fallback Supplement</i> . ³	Krajnji rok

* U svim slučajevima vodič se primenjuje gde relevantnom proizvodu ističe rok nakon anticipiranog relevantnog datuma prestanka važenja LIBOR-a.

- LIBOR u britanskim funtama (GBP) i jenima (JPY) za određene ročnosti može biti objavljan sintetički posle navedenog datuma, što je predmet konsultacija sa FCA. U zvaničnom saopštenju FCA je ostavio mogućnost da se LIBOR za određene valute može proizvoditi sintetički za ograničene periode nakon datuma ukidanja LIBOR-a da bi se omogućilo da se stare transakcije okončaju. U saopštenju se navodi da će FCA biti konsultovan u vezi kontinuiranog objavljivanja: a) sintetičkog

LIBOR-a u GBP sa ročnošću 1-mesec, 3-meseca, 6-meseci za određeni period posle kraja 2021. i b) sintetičkog LIBOR-a u JPY sa ročnošću: jedan mesec, tri meseca, šest meseci za dodatnu godinu posle kraja 2021. Pri tom se navodi da će FCA nastaviti da razmatra slučaj koji zahteva kontinuirano objavljivanje sintetičkog LIBOR-a u USD sa ročnošću jedan mesec, tri meseca, šest meseci za određeni period posle 30. juna 2023.¹⁵

2. LIBOR za određene ročnosti u britanskim funtama i japanskim jenima mogu biti publikovani sintetički posle ovog datuma, što je predmet konsultacija sa FCA. V. tačku 1.
3. Stope sa ročnošću od jedne sedmice i dva meseca za vrednosti LIBOR stopa u USD će biti izračunate od strane agenta za kalkulacije, korišćenjem linearne interpolacije od kraja 2021. godine, pre povraćaja na primenjenu sveukupnu stopu bez rizika (*fallbacks to the aplicable all-in adjusted risk-free rate*), plus razlika (*spread*) posle 31. jula 2023.

Šta donosi najavljena reforma EURIBOR-a kao ključne kamatne stope na tržištima kredita u evrozoni i šire?

Da bi se shvatile intencije u reformi EURIBOR-a neophodno je razumeti ekonomski varijablu koju indeks ima kao cilj da meri (*underlying interest*), kao i metodologiju izračunavanja. EMMI je definišući ekonomsku suštinu EURIBOR-a precizirao da je to: „...stopa po kojoj se sredstva na veliko u evrima mogu obezbediti od strane kreditnih institucija u zemljama EU i EFTA na neosiguranom tržištu novca.“¹⁶

U pogledu metodologije izračunavanja EURIBOR je referentna kamatna stopa zasnovana na kontribucijama, što znači da banke učesnice panela podnose kotacije zasnovane na njihovom ekspertskom mišljenju. Za izračunavanje EURIBOR-a različitih ročnosti nadležan je EMMI koji agregira podatke od svake banke učesnice panela banaka. U postupku izračunavanja najpre se vrši odstranjivanje 15% najviših i najnižih opservacija. Nakon toga se izračunava jednostavan prosek od preostalih podataka. Ukoliko do 12.30 časova (CET) manje od 12 banaka učesnica panela obezbedi podatke ili ukoliko broj banaka koje obezbeđuju podatke potiče iz manje od tri zemlje, EURIBOR iz prethodnog dana se objavljuje u 12.30 časova (CET) i koristi se kao EURIBOR stopa za taj dan.

Šta donosi hibridna metodologija za utvrđivanje EURIBOR-a?

Prvo, nije zasnovana na kotacijama, već je u osnovi zasnovana na transakcijama na neosiguranom tržištu novca, što je ključna novina za sve učesnike na tržištima kredita.

¹⁵ Financial Conduct Authority (FCA), 2021, „FCA announcement on future cessation and loss of representativeness of the LIBOR benchmarks“, 5 March, www.fca.org.uk/publication/documents/future-cessation-loss-representativeness-libor-benchmarks.pdf, 18.03.2021.

¹⁶ European Money Markets Institute, 2019, „Blueprint for the Hybrid Methodology for the Determination of EURIBOR“, 12th February, www.emmi-benchmarks.eu/assets/files/D0034A-2019%20Euribor%20Hybrid%20Methodology_2019_02_12.pdf, 21.10.2020.

Drugo, kontribucije za određivanje njegove visine potiču od 18 banaka članica panela koje u potpunosti reprezentuju osnovno tržište, pri čemu se hijerarhijski pristupa na tri nivoa. Taj pristup ovde neće biti elaboriran zbog ograničenog prostora.

Temeljna analiza pozicije davalaca kredita i korisnika kredita jasno pokazuje da je EURIBOR na zadovoljavajući način reformisan time što su u utvrđivanje njegove visine uključeni podaci o transakcijama kao i ekspertska mišljenja (*expert judgements*). Prema zasad preovlađujućem mišljenju u bankarskoj industriji može biti nastavljena njegova upotreba. Istina, ne nužno na tržištu derivata, ali svakako na tržištima kredita i hipoteka koja su naročito povezana sa EURIBOR stopama u evrozoni.

Prof. Dr. ĐORĐE ĐUKIĆ
Full Professor, Faculty of Economics
University of Belgrade

REFORM OF KEY INTEREST RATES ON THE MONEY MARKET AND SOME IMPLICATIONS FOR CREDIT MARKETS

Summary

Ongoing reform of key interest rates on the money market is one of the most significant events on financial markets in the world. This is due to the fact that most of the LIBOR rates in different currencies will be discontinued at the end of 2021. Cessation of LIBOR after a number of scandals following emerging global financial crisis in 2008 lead to existence of more benchmark rates constructed as risk-free rates based on transactions, from SOFR in the U.S.A. to SARON in Switzerland. Intention of EU regulators is to replace EURIBOR with ESTR in the future so that ESTR becomes benchmark for EU and EFTA. The last analysis of lenders and borrowers' positions indicates that EURIBOR is satisfactory reformed based on the fact that in its determination data about transaction and expert judgment are included. According to the current prevailed thinking in the banking industry EURIBOR could be continually used. True, not necessarily on the derivatives market, but certainly on the credit and mortgage markets which are particularly related to EURIBOR in eurozone.

Key words: reform, key, interest rates, credits

Literatura

Bank of England, „SONIA key features and policies“, <https://www.bankofengland.co.uk/markets/sonia-benchmark/sonia-key-features-and-policies>.

Bank of England, „Progress on the Transition of LIBOR Referencing Legacy Bonds to SONIA By Way Of Consent Solicitation“ The Working Group on Sterling Risk-Free Reference Rates, January 2020, <https://www.bankofengland.co.uk/markets/transition-to-sterling-risk-free-rates-from-libor/working-group-on-sterling-risk-free-reference-rates>.

- Đukić Đ., *Centralna banka i finansijski sistem*, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje Ekonomski fakultet, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- European Central Bank, „The euro short-term rate (€STR) methodology and policies“, June 2018, www.ecb.europa.eu.
- European Money Markets Institute, „Benchmark Determination Methodology for EURIBOR – EURIBOR Governance Framework“, 31 January 2019, www.emmi-benchmarks.eu/assets/files/D0016A-2019%20Benchmark%20Determination%20Methodology%20for%20EURIBOR.pdf.
- European Money Markets Institute, „About EONIA“, www.emmibenchmarks.eu/euribor-eonia-org/about-eonia.html.
- Fernando J., „The LIBOR Scandal“, www.investopedia.com/terms/l/libor-scandal.asp.
- Swiss National Bank, „Swiss Reference Rates“, www.snb.ch.
- Swiss National Bank, „Minutes 23rd NWG meeting“, 2 December 2019, www.snb.ch.
- The Federal Reserve Bank of New York, „A User’s Guide to SOFR The Alternative Reference Rates Committee“, April 2019, www.newyorkfed.org.
- The Federal Reserve Bank of New York, „Secured Overnight Financing Rate Data“, <https://apps.newyorkfed.org/markets/autorates/SOFR>.
- Schrimpf A., Sushko V., „Beyond LIBOR: a primer on the new reference rates“, *BIS Quarterly Review*, 2019, www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1903e.pdf.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 11.09.2021.

Prihvaćen: 28.09.2021.

PREGLEDNI RAD

SADRŽAJ

REČ UREDNIKA	5
I. MEĐUNARODNI PRIVREDNI UGOVORI	
<i>Predrag N. Cvetković</i>	
BLOKČEJN KAO METOD REŠAVANJA HOLD-UP PROBLEMA	9
II. KOMPANIJSKO PRAVO	
<i>Vuk Radović</i>	
CILJ PRIVREDNOG DRUŠTVA SA OSVRTOM NA AKTUELNU PANDEMIJU	25
III. PRAVO EU	
<i>Andrzej Jakubowski</i>	
THE CONCEPT OF NATIONAL TREASURES UNDER POLISH AND EU CULTURAL HERITAGE LAW	61
<i>Milena Petrović</i>	
ODLUKA SUDA EU U SLUČAJU COMAN: INDIREKTNO PRIZNANJE ISTOPOLNOG BRAKA?	77
IV. SUDOVI / ARBITRAŽA	
<i>Mihajlo Dika</i>	
O TROŠKOVIMA UČINJENIM TIJEKOM I U POVODU PARNIČNOG POSTUPKA U HRVATSKOM PRAVU	97
<i>Aleksandra Maganić</i>	
GRAĐANSKI SPOROVI KAO POSLJEDICA COVID-a 19	115
	201

Milan Lazić

Milica Savić

THIRD PARTY FUNDING AND ACCESS TO JUSTICE 135

Uroš Živković

INVESTMENT ARBITRATION AND THE MFN CONUNDRUM
– THE LONG AND WINDING ROAD FROM MAFFEZINI
TO IÇKALE 149

V. EKONOMIJA I FINANSIJE

Aleksandra Prašević

MAKROEKONOMIJA I POLITIČKA ZLOUPOTREBA:
INTERPRETIRANJE EKONOMSKE POLITIKE 171

Đorđe Đukić

REFORMA KLJUČNIH KAMATNIH STOPA NA TRŽIŠTU
NOVCA I NEKE IMPLIKACIJE ZA TRŽIŠTA KREDITA 189

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

REVIJA Kopaoničke škole prirodnog prava : časopis
za pravnu teoriju i praksu / glavni i odgovorni urednik
Jelena S. Perović Vujačić. - God. 1, br. 1 (2019)- . -
Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan
Perović, 2019- (Novi Sad : Futura). - 24 cm

Dva puta godišnje. - Tekst na srp. i engl. jeziku.
ISSN 2683-443X = Revija Kopaoničke škole prirodnog prava
COBISS.SR-ID 281038348

REVIJA

KOPAONIČKE ŠKOLE
PRIRODNOG PRAVA

SADRŽAJ BROJA

Predrag N. Cvetković
BLOKČEJN KAO METOD REŠAVANJA HOLD-UP PROBLEMA

Vuk Radović
CILJ PRIVREDNOG DRUŠTVA SA OSVRTOM NA AKTUELNU PANDEMIJU

Andrzej Jakubowski
THE CONCEPT OF NATIONAL TREASURES UNDER POLISH AND EU CULTURAL HERITAGE LAW

Milena Petrović
ODLUKA SUDA EU U SLUČAJU COMAN:
INDIREKTNO PRIZNANJE ISTOPOLNOG BRAKA?

Mihajlo Dika
O TROŠKOVIMA UČINJENIM TIJEKOM I U POVODU PARNIČNOG POSTUPKA
U HRVATSKOM PRAVU

Aleksandra Maganić
GRAĐANSKI SPOROVI KAO POSLJEDICA COVID-a 19

Milan Lazić
Milica Savić
THIRD PARTY FUNDING AND ACCESS TO JUSTICE

Uroš Živković
INVESTMENT ARBITRATION AND THE MFN CONUNDRUM -
THE LONG AND WINDING ROAD FROM MAFFEZINI TO IČKALE

Aleksandra Prašćević
MAKROEKONOMIJA I POLITIČKA ZLOUPOTREBA:
INTERPRETIRANJE EKONOMSKE POLITIKE

Đorđe Đukić
REFORMA KLJUČNIH KAMATNIH STOPA NA TRŽIŠTU
NOVCA I NEKE IMPLIKACIJE ZA TRŽIŠTA KREDITA