

XII МАЈСКО
САВЕТОВАЊЕ

УСЛУГЕ И УСЛУЖНА ПРАВИЛА

УРЕДНИК:
Миодраг Мићовић



УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Крагујевац
2016.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ

УСЛУГЕ И УСЛУЖНА ПРАВИЛА

**Уредник
МИОДРАГ МИЋОВИЋ**

**Крагујевац
2016.**

УСЛУГЕ И УСЛУЖНА ПРАВИЛА

Зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 13. маја 2016. године, на Правном факултету у Крагујевцу.

Међународни научни одбор Мајског саветовања:

Проф. др Мирослав Миловић, Филозофски факултет Универзитета у Бразилији; Проф. др Маркус Фаро де Кастро, Правни факултет Универзитета у Бразилији; Проф. др Данче Манолева-Митровска, Правни факултет "Јустинијан I", Универзитета "Кирил и Методије" Скопље; Проф. др Миха Јухарт, Правни факултет Универзитета у Љубљани; Проф. др Хрвоје Качер, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту; Проф. др Един Ризвановић, Правни факултет Универзитета "Џемал Биједић" у Мостару; Проф. др Снежана Миладиновић, Правни факултет Универзитета Црне Горе; Проф. др Миодраг Мићовић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Институт за правне и друштвене науке
Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац
телефон: (034) 306 513, 306 504
телефакс: (034) 306 540
е-пошта: faculty@jura.kg.ac.rs
веб: <http://jura.kg.ac.rs>

РЕЦЕНЗЕНТИ Проф. др Хрвоје Качер
Проф. др Снежана Миладиновић
Проф. др Миодраг Мићовић

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Радован Вукадиновић

УРЕДНИК: Проф. др Миодраг Мићовић

ШТАМПА: Графопромет д.о.о.

ТИРАЖ: 100

ISBN 978-86-7623-065-5

Штампање Зборника подржало Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије

САДРЖАЈ

Начелна разматрања о услугама

1. Др Миодраг Мићовић, редовни професор
УНИВЕРЗАЛНИ СЕРВИС КАО ОСНОВНО ЉУДСКО ПРАВО 3
2. Др Снежана Миладиновић, редовни професор
УСЛУЖНА ПРАВИЛА (Корак ка "Космополитском праву"
будућности) 23
3. Др Јадранка Дабовић Анастасовска, редовни професор
Др Ненад Гавриловић, доцент
ДУЖНОСТ ПРЕДУГОВОРНОГ ИНФОРМИСАЊА КОД
УГОВОРА О УСЛУГАМА У ЕВРОПСКОМ УГОВОРНОМ ПРАВУ:
ЦИЉЕВИ И ПРАВНЕ САНКЦИЈЕ 41

Пословне и прометне услуге

1. Др Тони Дескоски, редовни професор
Др Вангел Доковски, сарадник у настави
АУТОНИМИЈА ВОЉЕ КОД УГОВОРА И ФРАНШИЗИ -
САВРЕМЕНИ МПП АСПЕКТИ ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ 69
2. Др Велисав Марковић, ванредни професор
НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ ДЕЛАТНОСТИ СТАРИХ
И УМЕТНИЧКИХ ЗАНАТА И ДОМАЋЕ РАДИНОСТИ 85
3. Др Мирослав Милосављевић, ванредни професор
БЕРЗЕ И БЕРЗАНСКЕ УСЛУГЕ 107
4. Др Драгана Ћорић, доцент
ДЕСЕТ ПРИНЦИПА ЗА ПОСТИЗАЊЕ ТРАНСПАРЕНТНОСТИ
И ИНТЕГРИТЕТА У ЛОБИРАЊУ 127
5. Др Слободан Симовић, доцент
УСЛУГЕ КОРПОРАТИВНЕ БЕЗБЕДНОСТИ
- НЕМИНОВНОСТ УСПЕШНОГ ПРИВРЕЂИВАЊА 137
6. Ана Тимчић, докторанд
НОРМАТИВНА ОДРЕЂЕЊА И ОРГАНИЧЕЊА УСЛУЖНИХ
ДЕЛАТНОСТИ ЗАДРУГА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 161

Финансијске и банкарске услуге

1. Др Хрвоје Качер, редовни професор
Др Бланка Иванчић Качер, доцент
ПРОБЛЕМИ ПОЗНАТИ КАО „*CHF CASE*“ У 2016. ГОД.
- *QUO VADIS CHF* 171
2. Др Данче Манолева Митровска, редовни професор
Мр Владимир Митревски, саветник у адв. канцеларији
МЕНИЦА КАО СРЕДСТВО ОБЕЗБЕЂЕЊА ДАВАОЦА КРЕДИТА 193
3. Др Свето Пурић, редовни професор
БАНКАРСКЕ УСЛУГЕ И СЕКТОР СТАНОВНИШТВА 209
4. Др Милена Петровић, ванредни професор
ЕВРОПСКО ТРЖИШТЕ ПЛАТНИХ УСЛУГА:
ПРИМЕНА РЕГУЛАТОРНОГ ОКВИРА 219
5. Др Владимир Козар, ванредни професор
Ирена Радумило, асистент
ПРАВНИ АСПЕКТИ КАСТОДИ УСЛУГА
У БАНКАРСКОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ 237
6. Др Маријана Дукић Мијатовић, доцент
ПРИВРЕДНЕ ФУНКЦИЈЕ ДОКУМЕНТАРНОГ АКРЕДИТИВА 257
7. Др Зоран Васиљевић, доцент
Његослав Јовић, МА, виши асистент
ПОТРОШАЧКИ КРЕДИТ КАО ВРСТА УСЛУЖНОГ
БАНКАРСКОГ ПОСЛА 269
8. Др Габријела Михелчић, доцент
Др Јакоб Накић,
РЕФЛЕКСИЈА ПРАВИЛА О ПРИСИЛНОМ НАМИРЕЊУ ИЗ ДИРЕКТИВЕ
О ХИПОТЕКАРНИМ КРЕДИТИМА НА КРЕДИТНЕ УСЛУГЕ 283
9. Др Ана Опачић, доцент
МА Александра Пилчевић, сарадник у настави
ВАЛУТНА КЛАУЗУЛА *CHF* КАО РЕГИОНАЛНИ ФЕНОМЕН
У КОНТЕКСТУ ЕВРОИНТЕГРАЦИЈА 303

Осигурање

1. Др Катарина Иванчевић, редовни професор
ПОСЛОВНА ЕТИКА У ДЕЛАТНОСТИ ОСИГУРАЊА
У ОДНОСИМА СА КОРИСНИЦИМА УСЛУГЕ ОСИГУРАЊА 327
2. Др Јасмина Лабудовић Станковић, ванредни професор
ПРЕМИЈЕ ОСИГУРАЊА НАКОН ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА
ПРАВДЕ У СПОРУ *TEST ACHATS* 349

Туризам

1. Др Драган Вујисић, редовни професор
ПОДРУЧЈЕ ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВЕ О ПУТОВАЊИМА У ПАКЕТ
АРАНЖМАНИМА И ПОВЕЗАНИМ ПУТНИМ АРАНЖМАНИМА 363
2. Др Андреј Мићовић, доцент
УПРАВНОПРАВНА ЗАШТИТА СТИЦАЛАЦА ТАЈМ-ШЕРИНГА 377

Спорт

1. Др Ненад Ђурђевић, редовни професор
ФУДБАЛСКИ ПОСРЕДНИЦИ И ЗАКОН О СПОРТУ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ИЗ 2016. ГОДИНЕ 389
2. Мр Зоран Вуковић, асистент
ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ОБАВЉАЊЕ ПОСЛОВА СПОРТСКОГ АГЕНТА 423

Услуге од општег интереса

1. Др Радоје Брковић, редовни професор
УСЛУГЕ СЕЗОНСКОГ РАДА И РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ
СЕЗОНСКИХ РАДНИКА У СРБИЈИ 439
2. Др Срђан Ђорђевић, редовни професор
ЈАВНЕ УСЛУГЕ И ЦИВИЛНО ДРУШТВО 449
3. Др Игор Камбовски, ванредни професор
КОМЕРЦИЈАЛНЕ КОМИНУКАЦИЈЕ
И УСЛУГЕ ИНФОРМАТИЧКОГ ДРУШТВА 457
4. Др Срђан Владетић, ванредни професор
CURATOR AQUARUM И ОСОБЉЕ ВОДОВОДНЕ
СЛУЖБЕ У СТАРОМ РИМУ 467
5. Др Жаклина Спалевић, доцент
ЕЛЕКТРОНСКО ПРАЋЕЊЕ ПОШТАНСКИХ УСЛУГА 475

Интелектуална својина и услуге

1. Др Божин Влашковић, редовни професор
РЕГИСТРАЦИЈА РЕКЛАМНИХ СЛОГАНА
ЗА ОБЕЛЕЖАВАЊЕ ПРОИЗВОДА И УСЛУГА 491

Здравство и социјална заштита

1. Др Емилија Станковић, редовни професор
ПРОФЕСИЈА ЛЕКАРА У СТАРОМ РИМУ 507
2. Др Нина Планојевић, ванредни професор
ЗДРАВСТВЕНА УСТАНОВА КАО ЦЕНТАР
КЛИНИЧКОГ ИСПИТИВАЊА 517
3. Др Драгица Живојиновић, ванредни професор
ПОЈАМ ИСПИТАНИКА И КАРАКТЕР ЊЕГОВОГ УЧЕШЋА
У МЕДИЦИНСКОМ ИСТРАЖИВАЊУ НА ЉУДИМА 531
4. Др Маја Просо, доцент
ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ПРУЖАТЕЊА
ЗДРАВСТВЕНЕ УСЛУГЕ ЗА ЛИЈЕЧЕЊЕ БЕЗ СУГЛАСНОСТИ 549
5. Др Бојан Урдаревић, доцент
ЗДРАВСТВЕНИ РАДНИЦИ КАО ПРУЖАОЦИ
ЗДРАВСТВЕНИХ УСЛУГА И СТРУЧНА ГРЕШКА ЛЕКАРА 567
6. Др Вељко Влашковић, доцент
ОСВРТ НА БИОМЕДИЦИНСКУ УСЛУГУ ПОСТХУМНОГ ЗАЧЕЋА
КАО ИЗРАЗА РЕПРОДУКТИВНЕ АУТОНОМИЈЕ 575
7. Др Катарина Кнол Радоја, виши асистент
АЛТЕРНАТИВНО РЈЕШАВАЊЕ МЕДИЦИНСКИХ СПОРОВА 589
8. Тамара Ђурђић Милошевић, асистент
ПРОФЕСИОНАЛНА ОДГОВОРНОСТ ЕСТЕТСКОГ ХИРУРГА
КАО ПРУЖАОЦА УСЛУГА 609
9. Др Тања Бацани,
СИСТЕМ СОЦИЈАЛНЕ ДОБРОБИТИ: МОЖЕ ЛИ НЕДОСТАТАК
ОДГОВАРАЈУЋИХ УСЛУГА ДОВЕСТИ ДО ЗЛОУПОТРЕБА 621

Управа

1. Др Гордана Станковић, редовни професор
Милена Трговчевић Прокић,
ПРАВИЛА О НАКНАДИ И НАГРАДИ
ЗА РАД ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИКА 639
2. Др Дејан Бодул, доцент
УЛОГА ФИНАНСИЈСКЕ АГЕНЦИЈЕ (ФИНЕ) КАО
УСЛУЖНОГ СЕРВИСА "ИНСОЛВЕНЦИЈСКИМ" СУДОВИМА –
ФУНКЦИОНАЛИЗАЦИЈА ИЛИ ДЕЈУДИЦИЈАЛИЗАЦИЈА
ИНСОЛВЕНЦИЈСКО ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ? 659

3. Др Зоран Јовановић, доцент
ГЛОБАЛНИ ТРЕНДОВИ У Е-УПРАВИИ ЊИХОВ УТИЦАЈ
НА ПРУЖАЊЕ ЈАВНИХ УСЛУГА 683
4. Др Јелена Вучковић, доцент
РЕФОРМА ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА НА ПУТУ
КА УСЛУЖНОЈ УПРАВИ 701
5. Миливоје Лапчевић, асистент
ДОМЕТИ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ИЗВРШИТЕЉСКЕ
ДЕЛАТНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 713
6. МА Нина Максимовић, асистент
РЕФОРМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У СРБИЈИ КАО ПРЕДУСЛОВ
ЗА ЕФИКАСНИЈЕ ПРУЖАЊА УСЛУГА ГРАЂАНИМА 725

Образовање

1. Др Дејан Матић, доцент
ОПРАВДАНОСТ ЈАВНОГ ФИНАНСИРАЊА КОРИСНИКА УСЛУГА
НА ПРИВАТНИМ ВИСОКОШКОЛСКИМ УСТАНОВАМА 745
2. Јелена Јанковић, докторанд
ИНТЕГРАЦИЈА ОБРАЗОВАЊА И РАДА СА АСПЕКТА РЕФОРМЕ
СИСТЕМА ОСИГУРАЊА ЗА СЛУЧАЈ НЕЗАПОСЛЕНОСТИ 753

Заштита корисника услуга

1. Др Срећко Јелинић, редовни професор
Др Звонимир Јелинић, доцент
ЗАШТИТА ПРАВА ПУТНИКА У ЖЕЉЕЗНИЧКОМ ПРИЈЕВОЗУ 769
2. Др Маја Буковац Пувача, ванредни професор
ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРОУЗРОЧИ
ФИНАНСИЈСКА АГЕНЦИЈА (ФИНА) 789
3. Др Зоран Илкић, правни заступник у штетама
СИСТЕМИ И КРИТЕРИЈУМИ КОНТРОЛЕ УСЛОВА ОСИГУРАЊА 813

Услуге и кривична одговорност

1. Др Ванда Божић, сарадник у настави
КОРУПТИВНО КАЗНЕНО ДЈЕЛО ДАВАЊА МИТА
КАО НЕЗАКОНИТА "ПРОТУУСЛУГА ЗА УСЛУГУ" 831

Услуге и друга са њима повезана питања

1. Др Предраг Стојановић, редовни професор
ОСНОВНЕ ФОРМЕ ПОРЕСКЕ ЕВАЗИЈЕ
КОД ПОЈЕДИНАЧНИХ ПОРЕСКИХ ОБЛИКА 849
2. Др Зоран Миладиновић, редовни професор
ОПШТА ПРАВИЛА О АУТОРСКИМ УГОВОРИМА 861
3. Др Сениша Варга, ванредни професор
ГЕОГРАФСКИ ОПСЕГ ИСЦРПЉЕЊА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА
ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ 889
4. Др Милан Палевић, ванредни професор
ОСНОВИ КОНЦЕПТА МЕНАџМЕНТА ЉУДСКИХ РЕСУРСА 915
5. Др Зоран Павловић, ванредни професор
КРИВИЧНОПРАВНО РЕАГОВАЊЕ НА НЕДОЗВОЉЕНЕ
ФОНДОВЕ У ПРИВРЕДИ 925
6. Др Бланка Иванчић Качер, доцент
ЈЕДНА УСЛУГА *SUI GENERIS* У ХРВАТСКОМ ПРАВУ
- СТЕЧАЈ ПОТРОШАЧА 937
7. Емир Ћоровић, доцент
Иван Милић, асистент
ШТА ДАЉЕ СА ПРИВРЕДНИМ ПРЕСТУПИМА
И АКТУЕЛНИМ ЗАКОНОМ О ПРИВРЕДНИМ ПРЕСТУПИМА 957
8. Др Јован Шарац, заменик директора Инст. за инт. влаништво БиХ
ЗАШТИТА ТРАДИЦИОНАЛНИХ ЗНАЊА
И ГЕНЕТСКИХ РЕСУРСА 973
9. Хуаилинг Жанг, доктотанд
ОДГОВОРНОСТ ДИРЕКТОРА КАО МЕХАНИЗАМ ПРИВАТНОГ
ПРАВА ЗА ЗАШТИТУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ 987
10. Мр Младен Вуковић, докторанд
УЛОГА ОБВЕЗНИКА У ПРОЦЈЕНИ РИЗИКА ВЕЗАНИХ ЗА ПРАЊЕ
НОВЦА И ФИНАНСИРАЊЕ ТЕРОРИСТИЧКИХ АКТИВНОСТИ 1001

CONTENT

General Considerations on Services

| | |
|---|----|
| 1. Miodrag Mićović, Ph.D., Full-time Professor UNIVERSAL SERVICE AS A BASIC HUMAN RIGHT | 3 |
| 2. Snežana Miladinović, Ph.D., Full-time Professor RULES ON SERVICES (Step towards the "Cosmopolitan Law") | 23 |
| 3. Jadranka Dabović-Anastasovska, Ph.D., Full-time Professor Nenad Gavrilović, Ph.D., Assistant Professor THE DUTY OF PRE-CONTRACTUAL INFORMATION IN SERVICE CONTRACTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW: AIMS AND LEGAL SANCTIONS | 41 |

Business Services and Turnover of services

| | |
|---|-----|
| 1. Toni Deskoski, Ph.D., Full-time Professor Vangel Dokovski, Ph.D., Associate PARTY AUTONOMY IN FRANCHISE AGREEMENTS - CONTEMPORARY PRIVATE INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS - | 69 |
| 2. Velisav Marković, Ph.D., Associate Professor NORMATIVE REGULATION OF THE OLD AND ARTISTIC CRAFTS AND HOMECRAFTS | 85 |
| 3. Miroslav Milosavljević, Ph.D., Associate Professor, STOCK EXCHANGE AND STOCK EXCHANGE SERVICES | 107 |
| 4. Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor THE TEN PRINCIPLES FOR TRANSPARENCY AND INTEGRITY IN LOBBYING | 127 |
| 5. Slobodan Simović, Ph.D.; Assistant Profesor CORPORATE SECURITY SERVICES – INEVITABLE PART OF SUCCESSFUL BUSINES | 137 |
| 6. Ana Timčić, student of Ph.D., studies NORMATIVE DEFINITIONS AND LIMITATIONS OF SERVICE ACTIVITIES OF COOPERATIVES IN THE REPUBLIC OF SERBIA | 161 |

Financial Services

1. Hrvoje Kačer, Ph.D., Full-time Professor
Blanka Ivančić Kačer, Ph.D., Assistant Professor
PROBLEMS KNOWN AS THE CASE CHF IN 2016.
- *QUO VADIS CHF* 171
2. Dance Manoleva Mitrovska, Ph.D., Full-time Professor
Vladimir Mitrevski, LL.M, Advisor in the Law Office
BILL OF EXCHANGE AS A PAYMENT SECURITY
UNDER THE LOAN AGREEMENT 193
3. Sveto Purić, Ph.D., Full-time Professor
BANKING SERVICES AND THE HOUSEHOLD SECTOR 209
4. Milena Petrović, Ph.D., Associate Professor
EU PAYMENT SERVICES MARKET:
CHANGE OF THE LEGAL FRAMEWORK 219
5. Vladimir Kozar, Ph.D., Ph.D., Associate Professor
Irena Radumilo, Assistant
LEGAL ASPECTS OF CUSTODY SERVICES
IN THE BANKING SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA 237
6. Marijana Dukić Mijatović, Ph.D., Assistant Professor
ECONOMIC FUNCTIONS OF DOCUMENTARY LETTER OF CREDIT 257
7. Zoran Vasiljevic, PhD, assistant professor,
Njegoslav Jovic, MA, senior assistant,
CONSUMER CREDIT AS A BANKING SERVICE 269
8. Gabrijela Mihelčić, Ph.D., Assistant Professor,
Jakob, Nakić, Ph. D.
SOME REFLECTIONS ON THE RULES FOR FORECLOSURE
IN THE LIGHT OF THE MORTGAGE CREDIT DIRECTIVE 283
9. Ana Opačić, Ph.D., Assistant Professor
Aleksandra Pilčević, M. Sc., Associate
CHF CURRENCY CLAUSE AS REGIONAL PHENOMENON
IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATIONS 303

Insurance

1. Katarina Ivančević, Ph. D., Full-time Professor
BUSINESS ETHICS IN THE FIELD OF INSURANCE -
in relationships with customer's insurance services 327
2. Jasmina Labudović Stanković, Ph.D., Associate Professor
INSURANCE PREMIUMS AFTER EUROPEAN COURT
OF JUSTICE DECISION IN THE CASE TEST ACHATS 349

Tourism

1. Dragan Vujisić, Ph.D., Full-time Professor
SCOPE OF APPLICATION OF DIRECTIVE ON PACKAGE
TRAVEL AND LINKED TRAVEL ARRANGEMENTS 363
2. Andrej Mićović, Ph.D., Assistant Professor
ADMINISTRATIVE PROTECTION OF TIMESHARE PURCHASERS 377

Sport

1. Nenad Đurđević, Ph.D., Full-time Professor
INTERMEDIARIES IN FOOTBALL AND THE LAW ON SPORT
OF THE REPUBLIC OF SERBIA FROM 2016. 389
2. Zoran Vuković, LL.M., Assistant
REQUIREMENTS FOR PERFORMING SPORTS AGENTS' ACTIVITIES 423

Services of General Interest

1. Radoje Brković, Ph.D., Full-time Professor
SEASONAL WORK SERVICES AND LABOR STATUS
OF SEASONAL WORKERS IN SERBIA 439
2. Srđan Đorđević, Ph.D., Full-time Professor
PUBLIC SERVICES AND CIVIL SOCIETY 449
3. Igor Kambovski, Ph.D., Associate Professor
COMMERCIAL COMMUNITACION
AND INFORMATION SOCIETY SERVICES 457
4. Srđan Vladetić, Ph.D., Associate Professor
THE CURATOR AQUARUM AND STAFF OF WATER SUPPLYING
SERVICE IN ANCIENT ROME 467
5. Žaklina Spalević, Ph.D., Assistant Professor,
ELECTRONIC TRACKING OF POSTAL SERVICES 475

Intellectual Property and Services

1. Božin Vlašković, Ph.D., Full-time Professor
REGISTRATION ADVERTISING SLOGAN
FOR THE MARKING OF PRODUCTS AND SERVICES 491

Health Care and Social Protection

1. Emilija Stanković, Ph.D., Full-time Professor
MEDICAL PROFESSION IN ANCIENT ROME 507
2. Nina Planojević, Ph.D., Associate Professor
MEDICAL INSTITUTION AS THE PLACE OF CLINICAL TRIALS 517
3. Dragica Živojinović, Ph.D., Associate Professor
THE TERM TESTING SUBJECT AND THE CHARACTER OF HIS
PARTICIPATION IN MEDICAL RESEARCH ON HUMAN BEINGS 531
4. Maja Proso, Ph.D., Assistant Professor
CIVIL LIABILITY OF THE PROVIDER OF HEALTH CARE SERVICES
FOR TREATMENT WITHOUT THE AGREEMENT 549
5. Bojan Urdarević, Ph.D., Assistant Professor
HEALTH WORKERS AS A PROVIDERS OF HEALTH SERVICES
AND DOCTOR`S PROFESSIONAL ERROR 567
6. Veljko Vlašković, Ph.D., Assistant Professor
REVIEW ON THE ASSISTED REPRODUCTIVE SERVICE
OF POSTHUMOUS CONCEPTION AS AN EXPRESSION
OF REPRODUCTIVE AUTONOMY 575
7. Katarina Knol Radoja Ph.D., Senior Assistant
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION
IN MEDICAL MALPRACTICE 589
8. Tamara Đurđić Milošević, Assistant
PROFESSIONAL RESPONSIBILITY OF AESTHETIC SURGEON
AS A SERVICE PROVIDER 609
9. Tania Bazzani, Ph.D., Post-doc.
WELFARE SYSTEM AND SOCIAL PROTECTION: CAN A LACK
OF SERVICES BE A REASON OF POSSIBLE ABUSES? 621

Administration

1. Gordana Stanković, Ph.D., Full-time Professor
Milena Trgovčević-Prokić, LL.D., Judge of the Primary Court,
LEGAL RULES ON REWARD FOR WORK
AND COMPENSATION OF COSTS OF THE NOTARY PUBLIC 639
2. Dejan Bodul Ph.D., Assistant Professor
THE ROLE OF THE FINANCIAL AGENCY (FINA) AS A UTILITY
SERVICE OF "INSOLVENCY" COURTS - FUNCTIONALIZATION
OR DEJUDICIJALIZATION OF INSOLVENCY LEGAL PROTECTION? 659

3. Zoran Jovanović, Ph.D., Assistant Professor
GLOBAL TRENDS IN E- GOVERNMENT AND THEIR INFLUENCE
ON OFFERING PUBLIC SERVICES 683
4. Jelena Vučković, Ph.D., Assistant Professor
PUBLIC AGENCIES REFORM TOWARDS SERVICE
ORIENTED ADMINISTRATION 701
5. Milivoje Lapčević, Assistant
ACCOMPLISHMENTS AND CHARACTERISTICS OF ACTIVITY
OF ENFORCEMENT AGENTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA 713
6. Nina Maksimović, M.Sc., Assistant
THE REFORM OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN SERBIA
AS A PREREQUISITE FOR THE EFFICIENT PROVISION
OF SERVICES TO CITIZENS 725

Education

1. Dejan Matić, Ph.D., Assistant Professor
JUSTIFIABILITY OF PUBLIC FUNDING OF SERVICE USERS
IN PRIVATE HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS 745
2. Jelena Janković, student of Ph.D. studies
INTEGRATION OF EDUCATION AND WORK FROM THE ASPECT
OF THE REFORM OF UNEMPLOYMENT INSURANCE SYSTEM 753

Protection of service users' rights

1. Srećko Jelinić, Ph.D., Full-time Professor
Zvonimir Jelinić, Ph.D., Assistant Professor
PROTECTION OF PASSENGERS AND TRANSPORTER'S LIABILITY
IN RAIL TRANSPORTATION 769
2. Maja Bukovac Puvača, Ph.D., Associate Professor
LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY FINANCIAL AGENCY (FINA) 789
3. Zoran Ilkić, Ph.D., Law agent in damages,
SYSTEMS AND CRITERIA OF CONTROL
INSURANCE CONDITIONS 813

Services and Criminal Responsibility

1. Vanda Božić, Ph.D., Associate
CORRUPTION OFFENCE OF GIVING A BRIBE
AS AN ILLEGAL "FAVOUR FOR A FAVOUR" 831

Services and Other Related Issues

| | |
|--|------|
| 1. Predrag Stojanović, Ph.D., Full-time Professor THE BASIC FORM OF TAX EVASION OF THE MOST IMPORTANT TAXES | 849 |
| 2. Zoran Miladinović, Ph.D., Full-time Professor GENERAL RULES OF COPYRIGHT CONTRACTS | 861 |
| 3. Siniša Varga, Ph.D., Associate Professor THE GEOGRAPHICAL SCOPE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS EXHAUSTION IN COMPARATIVE LAW | 889 |
| 4. Milan Palević, Ph.D., Associate Professor BASIC PRINCIPLES OF HUMAN RESOURCE MANAGEMENT CONCEPT | 915 |
| 5. Zoran Pavlović, Ph.D., Associate Professor REACTION BY CRIMINAL LAW OF ILLICIT (SLUSH) FUNDS IN ECONOMY | 925 |
| 6. Blanka Ivančić-Kačer, Ph.D., Assistant Professor ONE SERVICE SUI GENERIS IN CROATIAN LAW – CONSUMER BANKRUPTCY | 937 |
| 7. Emir Ćorović, Ph.D., Assistant Professor Ivan Milić, Assistant WHAT IS NEXT FOR ECONOMIC OFFENCES AND THE CURRENT LAW ON ECONOMIC OFFENCES? | 957 |
| 8. Jovan Šarac, Ph.D., Deputy Director IPR BiH PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE AND GENETIC RESOURCES | 973 |
| 9. Huailing ZHANG, LL.M, student of Ph.D. studies THE LIABILITY OF DIRECTORS AS ENVIRONMENTAL PROTECTION MECHANISM OF PRIVATE LAW | 989 |
| 10. Mladen Vuković, LL.M, student of Ph.D. studies ROLE OF TAXPAYERS IN RISK ASSESSMENT RELATED TO MONEY LAUNDERING AND FUNDING TERRORIST ACTIVITIES | 1001 |

НАЧЕЛНА РАЗМАТРАЊА О УСЛУГАМА

*Др Миодраг Мићовић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 347.7:366

УНИВЕРЗАЛНИ СЕРВИС КАО ОСНОВНО ЉУДСКО ПРАВО*

Резиме

Универзални сервис спада у групу услуга од општег економског интереса. Неке од тих услуга, из сектора енергетике, поштанског саобраћаја и електронских комуникација, имају квалитет универзалног сервиса. То значи да је у вези са њима уведена обавеза пружања на читавој територији, а корисницима (то могу да буду не само грађани, већ и правна лица) дато право да под једнаким условима, у оквиру одређеног услужног сектора, уживају минимум услуга. Право на универзални сервис, ако се имају у виду потрошачи, подводи се под право на задовољавање основних потреба, односно на доступност најнужнијих услуга. Ради заштите тог права установљени су бројни инструменти (на пример, прописана је дужност обавештавања о условима уговора и ценама услуга, писмена форма уговора, садржина уговора, услови за измену уговора, заштита од обуставе пружања услуга).

***Кључне речи:** универзални сервис, услуга, заштита права, корисник, уговор, квалитет, цена, обавештавање.*

1. Категоризација универзалног сервиса и права на универзални сервис

Универзални сервис спада у групу услуга од општег економског интереса, које се називају и услугама од општег интереса,¹ јавним услугама² или услугама од јавног интереса,³ мада у садржинском смислу

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *XXI век – век услуга и Услужног права*, бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Тај термин је коришћен у Закону о заштити потрошача из 2005. године (Сл. гласник РС, бр. 79).

² Овај термин се користи у Закону о заштити потрошача Републике Хрватске (чл. 24).

³ Видети Закон о заштити потрошача Републике Црне Горе (чл. 35).

значење тих термина није истоветно.⁴ Према Закону о заштити потрошача⁵ услуге од општег економског интереса су услуге чији квалитет, услове пружања, односно цену, уређује или контролише државни орган или други имаоци јавног овлашћења, нарочито, због велике вредности почетних улагања, ограничености ресурса неопходних за њено пружање, одрживог развоја, друштвене солидарности и потребе за уједначеним регионалним развојем, а у циљу задовољења општег друштвеног интереса, а нарочито електронске комуникационе услуге, дистрибуција и јавно снабдевање електричном енергијом, дистрибуција и снабдевање гасом, дистрибуција и снабдевање топлотном енергијом, снабдевање пијаћом водом, одводњавање и пречишћавање атмосферских и отпадних вода, превоз путника у јавном превозу, поштанске услуге, одржавање чистоће, одлагање комуналног отпада, управљање и одржавање гробља, погребне услуге, одржавање чистоће на површинама јавне намене, одржавање јавних зелених површина и обављање димничарских послова (чл. 5. ст. 1. тач. 28).

Неке од наведених услуга, у целости или делом, зависно од тога како је то уређено посебним прописима, могу да имају квалитет универзалног сервиса.⁶ О универзалним услугама се може говорити ако је уведена обавеза њеног пружања на читавој територији, независно од исплативости појединих активности. У Зеленој књизи из 2003. године, Европска комисија дефинише универзални сервис као низ захтева од општег интереса који омогућавају доступност одређених услуга по одређеном

⁴ Значење термина „услуге од општег економског интереса“ је уже од оног које има термин „услуге од општег интереса“, зато што се под први могу подвести само услуге које се пружају уз накнаду, а под други се могу подвести и оне услуге за које не мора нужно да се плаћа накнада. О томе: Bourgoignie, T., Јованић, Т., Simpson, R., *Заштита потрошача, укључујући угрожене потрошаче, у области услуга од општег економског интереса*, www.google.rs/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=ZA%20TTA%20POTRO%20C5%A0A%20C4%8CA%20C2%20UKLJU%20C4%8CUJU%20C4%86I%20UGRO%20C5%BDENE%20POTRO%20C5%A0A%20C4%8CE%20C2%20U%20OBLASTI%20USLUGA%20OD%20OP%20C5%A0TEG%20EKONOMSKOG%20INTERESA, стр. 3.

⁵ Сл. гласник РС, бр. 62/14; у даљем тексту ЗЗП.

⁶ Категоризација услуга није једноставна, због чега чак исти аутори поводом истих услуга заузимају различите ставове. Тако, на пример, поводом енергетског сектора истиче се да универзални сервис може постојати код снабдевања електричном енергијом, али да код гаса, ако се има у виду разуђеност гасне мреже, може постојати само обавеза пружања јавне услуге (ово образложење је јасно и прихватљиво). Међутим, исти аутори у другом тексту снабдевање гасом подводе под универзални сервис. О томе: Bourgoignie, T., Јованић, Т., *Листа предложених амандмана на Закон о заштити потрошача*, <http://www.zapotrosace.rs/CMS/download/lista-amandmana-na-zakon-o-zastiti-potrosaca.pdf>, стр. 181; Bourgoignie, T., Јованић, Т., Simpson, R., *нав. чланак*, стр. 4.

квалитету свим потрошачима и корисницима на територији државе чланице, независно од географског положаја и, у контексту посебних националних услова, по приступачној цени.⁷

Спровођење политике универзалног сервиса је у надлежности државе, која треба да обезбеди одговарајуће сервисе који би били расположиви и приступачни становништву, али и другим потенцијалним корисницима. Могућност приступа таквим сервисима третира се као основна друштвена потреба, као основно право које мора да буде доступно свима,⁸ као предуслов за свеукупни развој друштва. Универзални сервис и приступ представљају и економски и политички циљ. Не треба занемарити чињеницу да извештаји Европске комисије о испуњености услова за пријем нових држава у ЕУ садрже и анализу о доступности универзалног сервиса.⁹

Право на универзални сервис, ако се имају у виду потрошачи, може се подвести под једно од њихових основних права,¹⁰ која, како се наводи у

⁷ Bourgoignie, T., Jovanić, T., Simpson, R., *нав. чланак*, стр. 5.

⁸ У том циљу, за разлику од наше (није учињено на јасан начин), многе земље (Француска, Финска, Естонија или Грчка, која је у Устав унела одредбу према којој сва лица имају право да учествују у информационом друштву) су право на приступ Интернету експлицитно прогласиле за основно људско право. О томе: Стојичевић, Д., *Nec scire fas est omnia*, <http://www.sk.co.rs/2011/10/skin02.html>

⁹ О томе: Госпић, Н., Богојевић, Д., Лазовић, С., Митић, Н., *Управљање универзалним сервисом*, Зборник: Нове технологије у поштанском и телекомуникационом саобраћају, Београд, 2007, стр. 33.

¹⁰ Права потрошача прокламована су Резолуцијом Генералне скупштине УН 39/248 од 9. априла 1985. године. Саобразно Резолуцији, у ЗЗП (чл. 2) се одређује да су основна права потрошача право на: 1. задовољавање основних потреба - доступност најнужнијих производа и услуга, хране, обуће, одеће и стамбеног простора, здравствене заштите, образовања и хигијене; 2. безбедност - заштита од робе и услуга које су опасне по живот, здравље, имовину или животну средину или робе чије је поседовање или употреба забрањена; 3. обавештеност - располагање тачним подацима који су неопходни за разуман избор понуђене робе и услуга; 4. избор - могућност избора између више роба и услуга, по прихватљивим ценама и уз гаранцију квалитета; 5. учешће - заступљеност интереса потрошача у процесу доношења и спровођења политике заштите потрошача и могућност да преко удружења за заштиту потрошача буде заступљен у поступку усвајања и спровођења политике заштите потрошача; 6. правну заштиту - заштита права потрошача у законом предвиђеном поступку у случају повреде његовог права и накнада материјалне и нематеријалне штете коју му причини трговац; 7. едукацију - стицање основних знања и способности потребних за правилан и поуздан избор производа и услуга, као и знања о основним правима и дужностима потрошача и начину њиховог остваривања; 8. здраву и одрживу животну средину - живот и рад у средини која није штетна за здравље и добробит садашње и будућих генерација, правовремено и потпуно информисање о стању животне средине. Поједини аутори за права наведена

теорији, представљају међународни стандардизовани скуп обавеза¹¹ које имају продавци и други учесници према потрошачима,¹² а то је право задовољавање основних потреба, односно на доступност најнужнијих услуга.¹³ Уз помоћ правила о универзалном сервису осигурава се право корисницима да под једнаким условима, у оквиру одређеног услужног сектора, уживају минимум услуга. С обзиром да се као корисници поред физичких лица, појављују и правна лица, која то право остварују под једнаким условима, они, и правна и физичка лица, уживају исту заштиту, сходно важећим правилима. То даље значи да се у случају универзалног сервиса на потрошаче, као и на друге кориснике, у начелу примењују правила која су садржана у секторским законима, без обзира што су правила о услугама од општег економског интереса, где спада и универзални сервис, садржана у ЗЗП.¹⁴

под редним бројем 2., 3., 4. и 5. кажу да спадају у тзв. стара потрошачка права која је још давне 1962. године промовисао Кенеди, а да је остала права, у доцнијем развоју и ширењу права потрошача, придодала Међународна организација потрошача. О томе: Симоновић, Д., *Коментар ЗЗП*, Београд, 2006, стр. 38.

¹¹ Чини се да се тешко може говорити о некаквим међународним и стандардизованим обавезама. На основу прегледа прописа појединих држава о заштити потрошача може се уочити различит приступ правима од њиховог навођења па до регулисања. Тако, у ЗЗП Републике Хрватске се одређује да потрошачи имају: право на заштиту економских интереса, право на заштиту од опасности за живот, здравље и имовину, право на правну заштиту, право на информисање и образовање, право на удруживање у циљу заштите њихових интереса, право на представљање и учествовање у раду тела која решавају питања од интереса за њих (чл. 1).

¹² Табароши, С., *Економско право*, Београд, 2006, стр. 332.

¹³ У теорији је присутан став да је право на доступност деклараторног карактера, јер се не може заштити и остварити, због сиромаштва потрошача, у обиму којим се обезбеђује цивилизацијски минимум и људско достојанство (када се ради о универзалном сервису не може се прихватити став да се ради о праву које има декларативни карактер). О овоме: Симоновић, Д., *нав. дело*, стр. 39; Серјевић, В., *Заштита економских интереса потрошача - хармонизација прописа са правом ЕУ*, Зборник радова ПФ у Нишу, бр. XLIX/07, стр. 150; Бошковић, Д., *Заштита економских интереса и права потрошача у БИХ кроз закон и у пракси*, Зборник радова: Нова законска решења у области заштите потрошача, Крагујевац, 2009, стр. 123.

¹⁴ Иако су чланови од 83. до 92. ЗЗП хоризонталне природе, секторски закони се примењују на одређене услуге од општег економског интереса, односно на универзални сервис. У вези са тим могуће је разликовати три ситуације. Прво, ако секторски закон не садржи одредбе о одређеном питању, примениће се, ако постоје, правила из ЗЗП. Друго, када секторски (вертикални) закон обухвата питања која нису регулисана ЗЗП, примениће се секторски закон. Треће, када и ЗЗП и секторски закон садрже одредбу која се бави истим питањем, предност има одредба секторског закона под условом да потрошачима пружа исти или већи обим заштите. О томе: Bourgoignie, Т., Јованић, Т., Simpson, R., *нав. чланак*, стр. 19.

Корисници, односно потрошачи морају да буду информисани о постојању универзалног сервиса (ако постоји), о условима приступања таквом сервису и правима која се стичу на основу таквог сервиса.¹⁵ У оквиру ЕУ донето је више директива и других правних аката којима се регулишу напред наведена питања. Тако, поводом електронских комуникација донета је: Директива 2002/22 о универзалној услузи и правима корисника у вези са електронско комуникацијским мрежама и услугама;¹⁶ Директива 2009/136 о изменама Директиве 2002/22 о универзалној услузи, Директиве 2002/58 о обради личних података, Уредбе 2006/2004 о сарадњи између националних тела одговорних за примену закона о заштити потрошача;¹⁷ Уредба 2015/2120 о утврђивању мера у вези са приступом отвореном интернету, о измени Директиве 2002/22 и Уредбе 531/2012 о ромингу.¹⁸ Поводом снабдевања електричном енергијом донета је Директива 2009/72 којом се утврђују заједничка правила за тржиште електричне енергије и укида Директива 2003/54. Том Директивом се уз појам јавне услуге, уводи и појам тзв. универзалне услуге као обавезне услуге снабдевања електричном енергијом одређених категорија корисника,¹⁹ континуирано и без поремећаја, по јасно упоредивим, транспарентним и недискриминирајућим ценама.²⁰ Када се ради о поштанским услугама, донете су три директиве којима је постављен оквир за пружање универзалних услуга: Директива 1997/67 којом се утврђују заједничка правила за развој тржишта поштанских услуга Заједнице и побољшање квалитета поштанских услуга,²¹ Директива 2002/39 којом се мења Директива 1997/67 у вези са даљим отварањем тржишта поштанских услуга на нивоу Заједнице²² и Директива 2008/6 којом се мења Директива 1997/67 у вези са потпуним развојем

¹⁵ Обавеза обавештавања утврђена је као општи принцип у чл. 83. ст. 2. тач. 1. ЗЗП, с тим што се правила о начину на који се то остварује утврђују секторским законима.

¹⁶ Сл. лист ЕУ, бр. 108 од 24. априла 2002. године.

¹⁷ Сл. лист ЕУ, бр. 337 од 18. децембра 2009. године.

¹⁸ Сл. лист ЕУ, бр. 310 од 26. новембра 2015. године.

¹⁹ У чл. 3. ст. 3. Директиве утврђује се да су државе дужне да физичким лицима и малим привредним субјектима (до 50 запослених, са годишњим прометом који не прелази 10 милиона еура) право на универзалну услугу, односно да буду снабдевени на њиховој територији струјом одговарајућег квалитета по правичној цени.

²⁰ О томе: Кларић, М., *Регулаторна тела на енергетском тржишту плина и електричне енергије*, Зборник радова ПФ у Сплиту, бр. 3/15, стр. 667; Ступин, К., *Стање и перспективе енергетског законодавства Републике Хрватске*, Зборник радова ПФ у Сплиту, бр. 3/15, стр. 626.

²¹ Сл. лист ЕУ, бр. 15 од 21. јануара 1998. године.

²² Сл. лист ЕУ, бр. 176 од 5. јула 2002. године.

унутрашњег тржишта поштанских услуга у Заједници.²³ Трећом директивом укида се монопол на тржишту поштанских услуга, односно ексклузивно право давалаца универзалног сервиса на вршење резервисаних услуга.²⁴ Тиме се доводи у питање концепт универзалне поштанске услуге као законске обавезе за пружаоце и права које је дато грађанима.²⁵ Разлог томе треба тражити у чињеници што развој у области телекомуникација, у спрези са информационим технологијама, маргинализује значај универзалне поштанске услуге као средства за комуницирање (због тога што је пошта престала да буде основни систем за пренос информација, учешће поштанског саобраћаја у укупној друштвеној размени информација значајно опада). Иначе, и сам концепт универзалне услуге, који се заснива на идеји стављања свим грађанима на располагање јефтиног система за масовно комуницирање, се променио. Промене у друштву довеле су до тога да се структура корисника временом драстично променила. Савремена пошта углавном пружа услуге правним лицима, што значи да је концепт, у погледу корисника, битно проширен.²⁶

У нашем праву универзални сервис регулисан је следећим законским и подзаконским прописима: Законом о електронским комуникацијама (Сл. гласник РС, бр. 44/10, 60/13 – одлука УС, 62/14), Правилником о параметрима квалитета јавно доступних електронских комуникационих услуга и спровођењу контроле обављања делатности електронских комуникација (Сл. гласник РС, бр. 73/11, 3/14), Правилником о универзалном сервису (Сл. гласник РС, бр. 24/12), Правилником о општим условима за обављање делатности електронских комуникација по режиму општег овлашћења (Сл. гласник РС, бр. 38/11, 44/11, 13/14), Законом о енергетици (Сл. гласник РС, бр. 145/14), Законом о поштанским услугама (Сл. гласник РС, бр. 18/05, 30/10, 62/14), Правилником о општим условима за обављање поштанских услуга (Сл. гласник РС, бр. 24/10, 58/10, 2/11, 13/11, 65/11), Правилником о параметрима квалитета за обављање поштанских услуга и минималном квалитету у обављању универзалне поштанске услуге (Сл. гласник РС, бр. 146/14). Осим тога, на универзални

²³ Сл. лист ЕУ, бр. 52 од 27. фебруара 2008. године.

²⁴ Због либерализације тржишта поштанских услуга присутан је став да ће настати проблем обезбеђења пружања универзалних услуга, као и да ће Европа морати да се суочи са дилемом избора између гарантовања универзалне услуге уз одустајање од даље либерализације или даља либерализација уз одустајање од гарантовања универзалне услуге. О томе: Вукотић, М., *Еволуција универзалне поштанске услуге*, Зборник радова: Нове технологије у поштанском и телекомуникационом саобраћају, Београд, 2005, стр. 358.

²⁵ РАТЕЛ, *Истраживање модела универзалне поштанске услуге*, http://www.ratel.rs/upload/Documents/Postanske_usluge/UPU%20290515.pdf, стр. 18.

²⁶ Вукотић, М., *нав. чланак*, стр. 354.

сервис примењују се и општа правила из ЗЗП, којима се регулишу услуге од општег економског интереса.

Захваљујући постојању посебних прописа о универзалном сервису могуће је одредити шта чини сектор универзалних услуга, а потом, на основу анализе различитих правила о универзалном сервису, одредити појам и карактеристике, односно битне елементе тог сервиса, као и механизме уз помоћ којих се остварује заштита права корисника на универзални сервис.

2. Појам и карактеристике универзалног сервиса

Поводом универзалног сервиса сви секторски закони садрже одреднице којима се одређује појам овог сервиса.²⁷ Упоредивањем датих појмова могуће је да се уоче сличности и евентуалне разлике, шта је то што универзални сервис одваја од осталих услуга од општег економског интереса, и на крају да се да општи, заједнички појам универзалног сервиса.

Терминолошки посматрано, појмовна одређења дата у различитим законима међусобно се разликују у погледу термина који се користе ради одређења припадности и именовања овог сервиса. Уместо општих услуга или јавних услуга, треба користити термин услуге од општег економског интереса јер се и поштанске, и енергетске и електронско комуникационе услуге у ЗЗП сврставају у ту групу услуга. Уместо три термина - универзални сервис, универзална услуга, гарантовано снабдевање, у циљу избегавања забуне, треба користити један – универзални сервис. Ово зато што овај термин на најбољи начин указује да се ради о законској обавези (службења) и праву корисника, а мање о услузи у тржишном смислу речи.

Садржински посматрано, има више битних елемената који карактеришу било који универзални сервис. Прво, то је опсег сервиса. Он се одређује законом, а по правилу ужи је од опсега услуга, гледано по

²⁷ *Универзална поштанска услуга* је услуга од општег интереса и представља скуп поштанских услуга које се обављају у континуитету, на територији Републике Србије, у оквиру прописаног квалитета, по приступачним ценама и под једнаким условима за све кориснике, без дискриминације (чл. 12. Закона о поштанским услугама); *универзални сервис* представља скуп основних електронских комуникационих услуга одређеног обима и квалитета, које су доступне свима на територији Републике Србије по прихватљивим ценама (чл. 4. ст. 1. тач. 52. Закона о електронским комуникацијама); *гарантовано снабдевање* (у Закону о енергији РХ користи се термин универзална услуга – чл. 3. ст.1. тач. 35) је *јавна услуга* којом се осигурава право домаћинстава и малих купаца на снабдевање електричном енергијом прописаних карактеристика на територији Републике Србије по разумним, јасно упоредивим, транспарентним и недискриминаторним ценама (чл. 2. ст. 1. тач. 11. Закона о енергетици).

врсти и корисницима, које се пружају у оквиру одговарајућег услужног сектора. Тако, према Закону о електронским комуникацијама, универзални сервис обухвата скуп основних услуга, и то: 1) приступ јавној комуникационој мрежи и јавно доступним телефонским услугама на фиксној локацији, укључујући услугу преноса података која обезбеђује функционалан приступ Интернету;²⁸ 2) приступ услугама обавештења и јавним телефонским именицима;²⁹ 3) коришћење јавних телефонских говорница;³⁰ 4) бесплатно упућивање позива службама за хитне

²⁸ Функционални приступ интернету подразумева проток података који није мањи од онога који се може остварити путем *dial-up* приступа, што износи 56 килобита по секунди (чл. 3. ст. 5. Правилника о универзалном сервису). У РХ оператери су дужни да осигурају проток података од најмање једног мегабита по секунди (чл. 19. ст. 5. Правилника о универзалним услугама у електроничким комуникацијама), а у Финској сви корисници уживају у брзини од 100 мегабита по секунди (Стојичевић, Д., *нав. чланак*).

²⁹ Приступ услугама обавештења и јавним телефонским именицима обухвата могућност корисника јавно доступних телефонских услуга на целој територији Републике Србије да: 1) од оператора јавно доступних телефонских услуга добију ажурне информације о претплатницима чији су подаци унети у телефонски именик, који воде у складу са Законом; 2) добију ажурне информације о претплатницима јавно доступних телефонских услуга у Републици Србији, посредством најмање једног јавно доступног свеобухватног телефонског именика. Приступ услугама обавештења и јавним телефонским именицима обезбеђује се путем телефонског сервиса за обавештења, као и путем телефонских именика у електронском облику, посредством интернета, или у штампаном облику (чл. 6. Правилника о универзалном сервису).

³⁰ Коришћење јавних телефонских говорница обухвата могућност упућивања и примања локалних, међумесних и међународних позива, упућивање бесплатних позива службама за хитне интервенције, као и приступ услугама обавештења и јавним телефонским именицима. Јавне телефонске говорнице постављају се на јавним местима, у складу са разумним потребама корисника на одређеном географском подручју, нарочито у смислу просторног размештаја, броја и приступачности за особе са инвалидитетом. Просторни распоред јавних телефонских говорница у највећој могућој мери, одговара просторном распореду становништва на одређеном географском подручју (чл. 7. Правилника о универзалном сервису). За разлику од наведених решења, Правилник о универзалним услугама у електроничким комуникацијама РХ (чл. 20) садржи, што се тиче корисницима и заштите друштвених интереса, практичнија и делотворнија решења. Тако, одређује се да је оператор универзалних услуга дужан да осигура најмање једну говорницу на сваких 1000 становника по жупанији. Или, за потребе особа са инвалидитетом, у сваком месту са више од 500 становника мора се осигурати најмање једна јавна говорница. Осим тога, одређује се да оператер може да укине јавну говорницу ако на говорници не оствари приход у раздобљу од годину дана или ако је говорница уништена или озбиљно оштећена три пута у раздобљу од годину дана.

интервенције;³¹ 5) посебне мере које особама са инвалидитетом и социјално угроженим корисницима осигуравају једнаке могућности³² за приступ јавно доступним телефонским услугама, укључујући упућивање позива службама за хитне интервенције, услугама обавештења и јавним телефонским именицима. Услуге универзалног сервиса пружају се особама са инвалидитетом и социјално угроженим корисницима по повољнијим ценама (чл. 55). Или, према Закону о поштанским услугама, универзална поштанска услуга обухвата: 1) пријем, пренос и уручење писмоносних пошиљака, укључујући регистроване пошиљке, масе до два кг, као и писмоносне пошиљке у електронској форми; 2) пријем, пренос и уручење пакета масе до 10 кг и уручење пакета масе до 20 кг у међународном поштанском саобраћају; 3) пријем, пренос и исплату упутница у класичној и електронској форми; 4) пријем, пренос и уручење секограма до седам кг. Најмање и највеће димензије пошиљака, у међународном саобраћају, морају бити у складу са важећим актима Светског поштанског савеза (чл. 13). Према Закону о енергетици, за разлику од друга два закона, право на универзални сервис немају сви, већ само домаћинстава и тзв. мали купци. То су правна лица и предузетници

³¹ Бесплатно упућивање позива службама за хитне интервенције односи се на могућност свих корисника јавно доступних телефонских услуга на територији Републике Србије да без накнаде упућују позиве ка службама за хитне интервенције. Могућност упућивања бесплатних позива обезбеђује се и са јавних телефонских говорница, и то без убацивања кованица или картица у апарат (чл. 8. Правилника о универзалном сервису).

³² Једнаке могућности за приступ обезбеђују се за особе са инвалидитетом применом следећих посебних мера: 1) увршћивањем терминалне опреме прилагођене за коришћење особама са различитим врстама инвалидитета (оштећења слуха, вида итд) у понуду оператора, који су одређени за пружаоце услуга универзалног сервиса, у складу са Законом; 2) прилагођавањем телефонских говорница за приступ и коришћење особама са инвалидитетом. Једнаке могућности за приступ обезбеђују се за социјално угрожене кориснике применом следећих посебних мера: 1) одобравањем попушта на увођење првог прикључка за приступ услугама; 2) одобравањем попушта на месечну претплату за основне услуге и одређени обим саобраћаја. Социјално угрожени корисници, у складу са законом и овим правилником, јесу:

1) корисници додатка за помоћ и негу другог лица по прописима којима се уређује социјална заштита; 2) лица са телесним, интелектуалним, менталним, сензорним, говорно-језичким, социо-емотивним, вишеструким сметњама у развоју и функционисању - корисници права и услуга по прописима којима се уређује социјална заштита, чије потребе за негом и материјалном сигурношћу превазилазе могућности породице; 3) корисници права на новчану социјалну помоћ по прописима којима се уређује социјална заштита; 4) пружаоци услуге породичног смештаја по прописима којима се уређује социјална заштита; 5) корисници права на дечији додаток по прописима којима се уређује финансијска подршка породици (чл. 9. Правилника о универзалном сервису).

који имају мање од 50 запослених, укупан годишњи приход у износу до 10 милиона евра у динарској противвредности, чији су сви објекти прикључени на дистрибутивни систем електричне енергије напона нижег од 1 киловолта и чија је потрошња електричне енергије у претходној календарској години до 30.000 киловата (чл. 2. ст. 1. тач. 37).

Друго, универзални сервис је доступан свим корисницима, под једнаким условима,³³ на целој територији Републике Србије, и по томе се он разликује у односу на друге услуге од општег економског интереса. С обзиром да за оператере постоји обавеза пружања универзалног сервиса (обавезу намеће, уз прописивање услова за пружање држава), а за кориснике право, важећим правилима се предвиђају два механизма заштите оператера за случај да испуњење обавезе изазива превелика оптерећења и трошкове. Прво, приступ јавној комуникационој мрежи на фиксној локацији оператер је дужан да обезбеди под условом да је захтев корисника разуман (чл. 3. ст. 1. Правилника о универзалном сервису).³⁴ Друго, када је због испуњења обавезе универзалног сервиса оператер изложен неправичном оптерећењу, на основу поднетог захтева и одлуке донете од стране надлежног органа обезбеђују се средства за накнаду прекомерних трошкова. У ту сврху могу да се користе јавни фондови или средства која оператери плаћају за финансирање универзалног сервиса,³⁵ што је као метод прихваћено у нашем праву (чл. 58. Закона о електронским комуникацијама).

Треће, као и друге услуге од општег економског интереса, и универзални сервис карактерише: континуираност обављања,³⁶ прописани квалитет,³⁷ доступност по приступачним ценама (утврђују се након што се

³³ У случају „*Corbeau*“ суд је утврдио да једнакост услова, што се тиче квалитета сервиса и тарифе која се примењује, значи да се приликом пружања универзалног сервиса не узимају у обзир појединачне ситуације и степен рентабилности сваког посла (О томе: Payet, M-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, 2001, стр. 442). Да би се једнакост посебно истакла у чл. 3. ст. 1. Директиве ЕУ 2002/22 се одређује да се приступ сервису осигурава независно од места где се корисник налази.

³⁴ У основи сматра се да захтев није разуман ако се по њему не може поступити због неприступачности терена или недостатка електричне енергије.

³⁵ Методи финансирања су разрађени у чл. 13. Директиве ЕУ 2002/22.

³⁶ Ако се континуираност не обезбеди, за оператера универзалног сервиса наступају одређене последице. Према Правилнику за електроничке комуникације РХ, оператер је дужан да осигура доступност својих комуникацијских услуга током 24 сата сваког дана. У супротном, дужан је да умањи накнаду за приступ систему или да на други начин обештети корисника (чл. 19).

³⁷ Примера ради, оператер јавних комуникационих мрежа поводом говорне услуге на фиксној локацији дужан је да испуни следеће параметре квалитета: време успостављања услуге не може да пређе 10 дана за 50% нових прикључака у једној

претходно прибави одобрење надлежног органа, с тим што су оне за исту категорију корисника једнаке на целој територији земље).

На основу изнетог могло би се рећи да је универзални сервис законом одређена услуга или скуп основних услуга одређене врсте, које се континуирано пружају одређеним корисницима на територији РС, у оквиру прописаног квалитета, а под једнаким условима и по правичној цени.

3. Правни механизми заштите корисника универзалног сервиса

С обзиром да се као пружаоци универзалног сервиса појављују лица која имају монополски положај на тржишту услуга одређене врсте, због чега су корисници принуђени да користе њихове услуге,³⁸ као и због чињенице да су корисници сервиса, као потрошачи, у инфериорном положају у односу на пружаоце услуга, ако се има у виду њихова економска снага, знање и искуство, успостављени су бројни механизми заштите корисника сервиса. Они су разрађени правилима која су садржана у секторским законима, а ако секторски закони не садрже таква правила, заштита се остварује уз помоћ правила из ЗЗП. Најпре, заштита се остварује правилима којима се ограничава аутономија корисника и пружаоца да заснују и уреде однос у који ступају. Ту спадају правила о обавештавању, правила о ограничењу слободе у погледу садржине и форме уговора, о рекламацији (приговору). Осим тога, заштита се остварује и јавноправним правилима о заштити угрожених корисника услуга, о заштити корисника од обуставе пружања услуга, о квалитету услуга и спецификацији рачуна.

години, 15 дана за 90% нових прикључака у једној години, 20 дана за 95% нових прикључака у једној години; учесталост кварова по прикључку не може да пређе 15% у једној години; време уклањања квара по прикључку не може прећи 36 сати за 80% кварова у једној години; 48 сати за 95% кварова у једној години; учесталост неостварених позива не може прећи 1% у једној години; време успостављања позива не може да пређе три секунде; време јављања радника надлежне службе опеатера не може прећи 20 секунди за 60% позива; време решавања приговора не може прећи 10 радних дана за 80% приговора; број јавних говорница у раду не може бити мањи од 98% у једној години (чл. 9. Правилника....).

³⁸ Чак и у ситуацијама када постоји развијено тржиште и више конкурената међу операторима, позиција корисника често услед тога није боља, с обзиром да, иако се може говорити о постојању избора, често се дешава да већина оператора пружа своје услуге на сличан или идентичан начин, те у том случају постоји само тзв. илузија избора. О томе: Павловић, С., *Однос оператора и корисника електронских комуникација*, <http://pravoikt.org/zastita-prava-korisnika-elektronskih-komunikacija-pravni-okvir>.

Обавеза обавештавања. – Најделотворнији механизам правне заштите корисника је онај који му омогућава да сам себе заштити, а корисник ће бити у стању сам себе да заштити једино ако има потпуне и тачне информације о свим елементима намераваног правног посла. Информације доприносе остварењу потпуније заштите интереса и сигурности корисника обавештења, избегавању неспоразума, умањењу опасности од преваре или забуне.³⁹ Како би свако лице, са просечним знањем и искуством, могло да их разуме, прописује се да је давалац сервиса дужан да их стави кориснику на располагање на јасан, разумљив, недвосмислен начин, на српском језику, у разумном року пре закључења уговора, у писаној или електронској форми.⁴⁰

Пружалац универзалног сервиса има обавезу предуговорног и уговорног обавештавања корисника сервиса. Предуговорне информације постају саставни део уговора, ако се уговор закључи, а одређене су у ЗЗП (чл. 13) и секторским законима. Уговорна обавеза обавештавања обухвата уговорни период, а настаје уколико давалац сервиса измени услове уговора.⁴¹ Тако, на пример, према Закону о електронским комуникацијама оператор је дужан да претплатника, најмање месец дана унапред, обавести на погодан начин о намери једностране измене услова уговора, као и праву претплатника на раскид уговора пре истека периода на који је закључен. Претплатник има право да, по пријему обавештења раскине уговор⁴² без обавезе плаћања трошкова у вези са раскидом, ако се најављеним једностраним изменама битно мењају услови⁴³ под којима је уговор

³⁹ О томе: Баретић, М., *Заштита потрошача у Републици Хрватској*, Зборник: Од *caveat emptor* до *caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 93; Мићовић, М., *О темељним правилима потрошачког права*, Зборник: Од *caveat emptor* до *caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 46.

⁴⁰ Видети чл. 13. ЗЗП, чл. 106. Закона о електронским комуникацијама, чл. 190. ст. 4. Закона о енергетици.

⁴¹ Према ЗЗП, трговац је дужан да потрошача обавести о промени цена најкасније 30 дана пре почетка примене промењених цена. Када измене методологија формирања цена и промене цена услуга од општег економског интереса подлежу добијању претходног одобрења или сагласности носиоца јавних овлашћења, трговац је дужан да јавно и унапред информисе потрошача о изменама најкасније 30 дана пре почетка примене промењених цена (чл. 88).

⁴² У секторима у којима је тржишна структура монополска, право на раскид није ништа друго него теоријски концепт. Иста констатација се може изрећи и у погледу права корисника да промени пружаоца услуге (чл. 90. ЗЗП), уколико на тржишту не постоје други пружаоци услуге исте врсте. О томе: Bourgoignie, Т., Јованић, Т., Simpson, R., *нав. чланак*, стр. 31.

⁴³ Са овом одредбом није усклађено правило из Правилника о општим условима за обављање делатности електронских комуникација по режиму општег овлашћења у

закључен, на начин који није на корист претплатника, а нарочито у погледу спецификације услуга (садржај пакета) и услова за коришћење услуга у вези са понуђеним промотивним погодностима (чл. 107).

Форма и садржина уговора. – Међусобна права и обавезе уговарача уређују се уговором, који се закључује у писменој форми,⁴⁴ или на основу других релевантних докумената, као што су општи и посебни услови пословања.⁴⁵

Како би се отклониле могуће злоупотребе и обезбедила свест о правима и обавезама које се преузимају, секторским законима се одређује да уговор, поред елемената утврђених законом којим се уређују облигациони односи, садржи и низ других обавезних елемената. Према Закону о електронским комуникацијама то су: 1) спецификацију услуга (садржаја пакета), укључујући нарочито податке о могућности за упућивање позива службама за хитне интервенције, условима за приступ и коришћење услуга (укључујући и ограничења), минималном нивоу квалитета пружања услуга и примењеним мерама за спречавање претераног оптерећења мреже, времену потребном за отпочињање коришћења услуга, понуђеним услугама одржавања и подршке, као и ограничењима у коришћењу терминалне опреме; 2) одредбе о поступању са подацима о личности (нарочито у вези са јавним телефонским именицима), подацима о саобраћају и подацима о локацији, током трајања и након престанка уговорног односа; 3) податке о ценама и тарифама, као и начинима на које се могу добити актуелне информације о свим примењеним тарифама, трошковима одржавања, као и начинима плаћања и додатним трошковима у вези са понуђеним начинима плаћања; 4) рок важења уговора, као и услове под којима се уговор продужава, односно раскида, укључујући нарочито услове коришћења услуга у вези са понуђеним промотивним погодностима, накнадама у вези са преносом броја, привременој суспензији и трајном престанку пружања услуга, односно престанку уговорног односа, са и без плаћања трошкова у вези са раскидом (нарочито у погледу терминалне опреме); 5) накнаде и услове враћања средстава за случај непридржавања уговореног нивоа квалитета услуга; 6) начин за подношење и решавање приговора; 7) мере које оператор може применити ради одржавања безбедности и интегритета

коме се, случајно или грешком, уместо битне измене услова уговора говори о измени битних услова уговора када корисник стиче право на раскид уговора (чл. 26).

⁴⁴ Видети чл. 87. ст. 2. ЗЗП; чл. 105. ст. 1. Закона о електронским комуникацијама; чл. 187. Закона о енергетици.

⁴⁵ Видети чл. 1. Закона о поштанским услугама.

својих мрежа и услуга, као и контроле недозвољеног садржаја (чл. 105. ст. 2).⁴⁶

Рекламација (приговор). – Ради заштите својих права корисник сервиса је дужан да истакне рекламацију (приговор), која мора да буде благовремена, конкретна и упућена на сигуран начин. У вези са тим, Закон о електронским комуникацијама одређује (чл. 113) да корисник сервиса може у писаном облику (значи на сигуран начин) да поднесе приговор на износ којим је задужен, односно на квалитет пружене услуге (приговор мора да буде образложен, што значи конкретан). Ако корисник приговара само неким ставкама рачуна, он је у складу са већ устаљеном пословном праксом, дужан да плати неспоран део износа рачуна.⁴⁷ А, ако оспорава цео рачун, дужан је да плати просечно месечно задужење за последња три месеца који су претходили периоду на који се приговор односи. Рок за подношење приговора је 30 дана од дана доспећа рачуна за услугу, односно 30 дана од дана пружања услуге, када се ради о приговору на квалитет услуге (благовременост приговора). Оператер је дужан да у року од 15 дана од дана подношења приговора достави претплатнику одговор у писаном облику. Ако је приговор одбијен, корисник може да се обрати надлежном телу ради посредовања у вансудском решавању спора⁴⁸ или покренути поступак пред надлежним судом у року од 15 дана од дана достављања одговора оператера, односно у року од 15 дана од дана истека рока у коме је оператер био дужан да се изјасни о приговору.

Заштита угрожених корисника услуга. – У складу са одредбом из ЗЗП (чл. 84. ст. 1) могло би се рећи да је угрожени корисник лице које због свог економског или друштвеног положаја, услова живота, посебних потреба или других тешких личних прилика користи услугу под нарочито отежаним условима или је у томе онемогућен. Секторским прописима се

⁴⁶ У Закону о енергетици се одређује да уговор садржи следеће елементе: 1) права и обавезе у погледу снаге и количине електричне енергије; 2) динамику снабдевања; 3) права и обавезе снабдевача, и крајњег купца у случају неиспуњавања обавеза и у случају привремене обуставе испоруке; 4) рок на који се уговор закључује и права и обавезе у случају престанка и раскида уговора; 5) начин обрачуна и услове плаћања преузете електричне енергије; 6) начин информисања купца о промени цена и других услова снабдевања електричном енергијом; 7) начин решавања спорова и 8) друге елементе у зависности од специфичности и врсте услуга које пружа снабдевач (чл. 187. ст. 2).

⁴⁷ У суштини, на овај случај се примењује решење из Општих узанси (узанса бр. 204), према коме не може се одбити исплата неприговорених ставки чак и када нису у складу са уговором. Видети: Исаковић, М., Шурлан, П., *Опште узансе за промет робом с објашњењима и судском праксом*, Београд, 1964, стр. 186.

⁴⁸ Према ЗЗП, лица која пружају услуге од општег економског интереса дужна су да образују комисије за решавање рекламација потрошача у чијем саставу морају да буду и представници евидентираних потрошачких удружења и савеза (чл. 92. ст. 2).

утврђују критеријуми на основу којих неко може да има статус угроженог корисника, као и мере које треба предузети према тим лицима како би се осигурала једнака могућност свима да приступе универзалном сервису. Обим и садржај посебних мера мора бити такав да се обезбеђује остварење три елемента: географска (сервис доступан у оквиру посматраног географског подручја), инфраструктурна (сервис доступан особама са различитим психо-физичким способностима) и трошкова доступност (цена сервиса треба да је таква да је већина корисника може приуштити).⁴⁹

Између угрожених корисника прави се разлика између лица са инвалидитетом (у односу на њих оператери су дужни, у складу са својим техничким могућностима, да обезбеде опрему која је прилагођена за коришћење особама са инвалидитетом) и социјално угрожених корисника,⁵⁰ према којима се предузимају мере финансијске помоћи, попут нижих тарифа, умањења цена или директне финансијске помоћи.⁵¹

Заштити корисника од обуставе пружања услуга. – У циљу спречавања да пружалац сервиса злоупотреби положај који има према кориснику сервиса, као и ради пужања додатне заштите угроженим корисницима, ЗЗП⁵² и секторским правилима се одређује под којим

⁴⁹ Петровић, М. и др., *Универзални сервис за социјално угрожене категорије становништва*, http://2008.telfor.rs/files/radovi/01_04.pdf, стр. 1.

⁵⁰ Према Закону о енергетици енергетски угрожени купац електричне енергије је купац из категорије домаћинство, које живи у једној стамбеној јединици са једним мерним местом на коме се мери потрошња електричне енергије, које троши максималну количину електричне енергије, под условима прописаним законом. Домаћинство може стећи статус енергетски угроженог купца на сопствени захтев ако: 1) припада категорији са најнижим приходима по члану домаћинства који се утврђују у складу са актом који доноси Министарство, узимајући у обзир све чланове домаћинства и сву непокретну имовину у земљи и иностранству; 2) не поседује, односно користи другу стамбену јединицу, осим стамбене јединице која по структури и површини одговара потребама домаћинства у складу са законом којим се уређује област социјалног становања. Статус енергетски угроженог купца на сопствени захтев може стећи и домаћинство чијем члану због здравственог стања обуставом испоруке електричне енергије може бити угрожен живот или здравље (чл. 10).

⁵¹ У пракси бројни корисници не остварују загарантоване бенефиције. Разлози су многобројни, од компликованих до нејасних процедура, до недовољне информисаности или објективне немогућности потенцијалних корисника да потражују услугу (нпр. неписменост). О томе: Петровић, М. и др., *нав. чланак*, стр. 4.

⁵² Трговац може да обустави пружање услуга од општег економског интереса ако потрошач не измири своје текуће обавезе за пружене услуге у року од два месеца од дана доспелости обавезе. Трговац је дужан да пре обуставе потрошача у писаном или електронском облику: 1) упозори на потрошачеву обавезу по основу уговора; 2) позове да измири заостале обавезе у року који не може бити краћи од 30 дана од дана достављања упозорења. У случају обуставе пружања услуга, трговац је дужан да настави са пружањем услуга потрошачу најкасније у року од два дана од дана пријема

условима може да се обустави пружање услуга. Тако, према Закону о енергетици, снабдевач је дужан да пре подношења захтева оператору преносног, односно дистрибутивног система за обуставу испоруке, крајњег купца претходно у писменој форми упозори да ће му бити извршена обустава испоруке електричне енергије, ако у року који не може бити краћи од 15 дана ни дужи од 30 дана од дана достављања упозорења, не измири доспеле обавезе, односно не постигне споразум о извршењу обавезе. Купац који након подношења захтева за обуставу, измири обавезу за испоручену електричну енергију, дужан је да без одлагања о томе обавести снабдевача, а снабдевач је дужан да без одлагања о томе обавести оператора преносног, односно дистрибутивног система и да повуче захтев за обуставу. Након тога оператор је дужан да настави испоруку електричне енергије, без одлагања, а најкасније у року од 24 часа (чл. 202). Због неизвршених обавеза за испоручену електричну енергију не може се обуставити испорука електричне енергије купцима за објекте чији би прекид рада довео до непосредне опасности по живот и здравље људи и за објекте од посебног интереса за привреду и живот људи и одбрану земље (чл. 203. ст. 1).

Квалитет услуга. - Квалитет услуге који се нуди кориснику сервиса мора да буде јасно и недвосмислено одређен, унапред познат и учињен јавно доступним на погодан начин. Подаци о минималном нивоу квалитета пружања услуга су саставни део уговора који се закључује са корисником.

Показатељи квалитета одређују се секторским прописима од стране надлежних тела. Тако, у Закону о енергетици се прописује да Агенција за енергетику одређује показатеље техничког и комерцијалног квалитета испоруке и комерцијалног квалитета снабдевања електричном енергијом. Показатељи техничког квалитета испоруке који се нарочито прате су: непрекидност испоруке електричне енергије, квалитет напона, време потребно за извршавање прописаних обавеза оператора система од утицаја на прикључење, отклањање квара, обуставу, искључење и други показатељи. Показатељи комерцијалног квалитета испоруке и снабдевања који се нарочито прате су: обезбеђивање ефикасне комуникације са купцима, односно корисницима система, обавештавање о планираним прекидима, прецизно и јасно обавештавање крајњих купаца о условима

уплате за заостали дуг. Забрањено је да трговац обустави пружање услуге снабдевања топлотном енергијом, односно снабдевања електричном енергијом или гасом којима се потрошач снабдева ради грејања током трајања грејне сезоне, ако у домаћинству живи угрожени потрошач због узраста, посебних потреба или болести. Забрањено је трговцу да, у случају искључења потрошача са дистрибутивне мреже, односно обуставе пружања услуга од општег економског интереса, условљава поновно укључење, односно наставак пружања услуге плаћањем застарелих дугова потрошача (чл. 86).

испоруке и снабдевања електричном енергијом, број поднетих и број оправданих поднесака крајњих купаца, поштовање прописаних рокова за поступање по поднесцима крајњих купаца (чл. 215).⁵³

Спецификација рачуна. – Давалац сервиса дужан је да рачуне за пружене услуге доставља кориснику без кашњења и у роковима који омогућавају праћење остварене потрошње и задужење за период од највише месец дана. Без накнаде и на захтев корисника доставља се детаљна спецификација пружених услуга, са обрачуном задужења за сваку појединачну услугу.⁵⁴

4. Закључак

Због тога што су правила о универзалном сервису садржана у секторским законима, зато што се у ЗЗП, где су сврстана правила о услугама од општег економског интереса, не помиње универзални сервис, који спада у ту групу услуга, прикрива се значај универзалног сервиса као права које мора да буде доступно свима. При томе, доступност права на универзални сервис зависи, односно у директној је корелацији са степеном друштвеног развоја. Што је степен развоја виши то су и параметри квалитета који се морају остварити приликом пружања услуга виши, а то значи да корисници право на сервис могу да остваре на једноставнији, сигурнији и бржи начин.

Као последица стања на законодавном плану, чињенице да теорија има секторски приступ при анализи универзалног сервиса, у пракси је приметно да су корисници недовољно обавештени о постојању и садржини права (због чега не остварују загарантоване бенефиције), да немају свест о суштинским елементима сервиса. У циљу приближавања универзалног сервиса корисницима и избегавања могуће забуне или сумње, *de lege ferenda* би требало решити питања термиолошког, али и садржинског карактера. Везано за терминологију, у циљу избегавања сумњи да ли у случајевима када постоји обавеза пружања услуга на читавој територији и под једнаким условима, независно од исплативости појединих активности, услуге треба подвести под исту категорију и регулисати истим правилима, уместо три термина - универзални сервис,

⁵³ Када се ради о поштанским услугама, јавни оператер је дужан да обезбеди минимални квалитет који се прати преко рокова преноса поштанских пошиљака и ефикасности решавања рекламација. Што се тиче рокова, у унутрашњем поштанском саобраћају, поводом преноса приоритетних писама, односно писма прве класе (сва затворене нерегистроване писмоносне пошиљке), сматра се да је минимум квалитета остварен ако је: најмање 85% пошиљака уручено у року од једног дана; 90% у року од два дана; 95% у року од три дана (чл. 6. Правилника о параметрима квалитета...).

⁵⁴ Видети чл. 91. ЗЗП и чл. 114. Закона о електронским комуникацијама.

универзална услуга, гарантовано снабдевање, треба користити један – универзални сервис. Ово зато што овај термин на најбољи начин указује да се ради о услугама у вези са којима постоји законска обавеза (служења) и право корисника, а мање да се ради о услугама у тржишном смислу речи. Осим тога, како би се отклониле мањкавости двојног регулисања универзалног сервиса, путем правила из ЗЗП (нека од правила, као што су правила о праву на раскид или на промену пружаоца услуге, се не могу применити на универзални сервис, у ситуацијама када на тржишту не постоје други пружаоци услуга исте врсте) и оних из секторских прописа, ојачала свест корисника да им припада законом заштићено право одређене садржине, дао посебан значај правилима о универзалном сервису, с обзиром да су она израз достигнутог нивоа друштвеног стандарда, универзални сервис би требало регулисати јединственим прописом, правилима хоризонталне природе која би се примењивала на све услуге које имају квалитет овог сервиса.

*Miodrag Mićović, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

UNIVERSAL SERVICE AS A BASIC HUMAN RIGHT

Summary

Universal service pertains to the group of services of general economic interest. Some of these services from energy sector, postal services and electronic communications, have the quality of universal service. Provision of these type of services is, on the one side, mandatory within the entire territory of certain country, while on the other side, users (this may not only be natural persons, but also legal entities) are entitled to enjoy minimum service, within the specified service sector, under the equal conditions. The right to universal service is, in case of consumers, subsumed under the right to satisfaction of basic needs, i.e., the right to enjoy the essential services. For the protection of such right, numerous instruments have been established (for example, duty to provide information on the contract conditions and prices of services, written form of the contract, content of the contract, conditions for modification of the contract, protection against the suspension of the provision of services).

Key words: *universal service, service, protection of rights, user, contract, quality, price, information.*

Литература

- Баретић, М., Заштита потрошача у Републици Хрватској, Зборник: Од *caveat emptor* до *caveat venditor*, Крагујевац, 2009.
- Bourgoignie, T., Jovanić, T., Листа предложених амандмана на Закон о заштити потрошача, <http://www.zapotrosace.rs/CMS/download/lista-amandmana-na-zakon-o-zastiti-potrosaca.pdf>
- Bourgoignie, T., Jovanić, T., Simpson, R., Заштита потрошача, укључујући угрожене потрошаче, у области услуга од општег економског интереса, www.google.rs/webhp?sourceid=chromeinstant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=ZAC5%A0TITA%20POTRO%20C4%8CA%2C%20UKLJU%20C4%8CUJ%20C4%86I%20UGRO%20BDENE%20POTRO%20C4%8CE%2C%20U%20OBLASTI%20USLUGA%20OD%20OP%20C5%A0TEG%20EKONOMSKOG%20INTERESA
- Бошковић, Д., Заштита економских интереса и права потрошача у БИХ кроз закон и у пракси, Зборник: Нова законска решења у области заштите потрошача, Крагујевац, 2009.
- Вукотић, М., Еволуција универзалне поштанске услуге, Зборник радова: Нове технологије у поштанском и телекомуникационом саобраћају, Београд, 2005.
- Госпић, Н. и др., Управљање универзалним сервисом, Зборник: Нове технологије у поштанском и телекомуникационом саобраћају, Београд, 2007.
- Исаковић, М., Шурлан, П., Опште узансе за промет робом с објашњењима и судском праксом, Београд, 1964.
- Кларић, М., Регулаторна тела на енергетском тржишту плина и електричне енергије, Зборник радова ПФ у Сплиту, бр. 3/15.
- Мићовић, М., О темељним правилима потрошачког права, Зборник: Од *caveat emptor* до *caveat venditor*, Крагујевац, 2009.
- Петровић, М. и др., Универзални сервис за социјално угрожене категорије становништва, http://2008.telfor.rs/files/radovi/01_04.pdf
- Павловић, С., Однос оператора и корисника електронских комуникација, <http://pravoikt.org/zastita-prava-korisnika-elektronskih-komunikacija-pravni-okvir>.
- Payet, M-S., Droit de la concurrence et droit de la consommation, Paris, 2001.
- РАТЕЛ, Истраживање модела универзалне поштанске услуге, http://www.ratel.rs/upload/Documents/Postanske_usluge/UPU%20290515.pdf
- Серјевић, В., Заштита економских интереса потрошача - хармонизација прописа са правом ЕУ, Зборник радова ПФ у Нишу, бр. XLIX/07.
- Симоновић, Д., Коментар ЗЗП, Београд, 2006.
- Стојичевић, Д., Nec scire fas est omnia, <http://www.sk.co.rs/2011/10/skin02.html>
- Ступин, К., Стање и перспективе енергетског законодавства Републике Хрватске, Зборник радова ПФ у Сплиту, бр. 3/15.
- Табороши, С., Економско право, Београд, 2006.

*Др Снежана Миладиновић, редовни професор
Правног факултета Универзитета Црне Горе*

УДК: 338.46

УСЛУЖНА ПРАВИЛА (Корак ка "Космополитском праву" будућности)*

Резиме

Овај рад садржи кратку ретроспективу анализа и закључака до којих је аутор дошао током вишегодишњег бављења правним аспектом услужним дјелатности и услужно-правним пословима.

Настојаћемо да покажемо да се интензивна легислативна активност у сфери хармонизације услужно-правних правила не одвија, као што на први поглед изгледа, под утицајем глобализације тржишта и диктату тржишних кретања, већ да постоје други, много дубљи разлози. Тачније, након бројних анализа, и из привилеговане перспективе коју оне нуде, покушаћемо да проникнемо у суштину развојних тенденција у националним и наднационалним системима и образложимо став да уобличавање опитних, посебних и појединачних услужних правила није тренутна „мода“, већ да се ради о законитом и сврховитом процесу са трајним ефектима.

Услужна правила (општа, посебна и појединачна) сагледаћемо кроз призму процеса хармонизације права, анализираћемо утицај овог процеса на њихово обликовање, али и утицај већ обликованих услужних правила на даљи ток процеса хармонизације права. Начелима услужних дјелатности даћемо улогу основе на којој се изграђује принцип хоспиталитета, као фундаментални принцип „космополитског права“, а услужним правилима улогу претече „космополитског права“ као права будућности и образложити зашто им је додијељена овако значајна улога.

Кључне ријечи: *услужни послови, општа услужна правила, посебна услужна правила, појединачна услужна правила, Кант, принцип хоспиталита, космополитско право.*

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век - век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Савремени тренутак позитивних (националних и наднационалних) права, споља посматрано, одликују динамичност и организована хармонизација правних правила. Промјене су све брже, норме и акти све бројнији, дискусије све чешће, резултати све гласније најављивани као пресудни, као прекретнице... Стручна и лаичка јавност не стигне да „изрони“ из једне, а већ их прекрива бучни „талас“ неке нове промјене. Свједоци смо и чињенице да почетни ентузијазам промјена и постигнутих резултата ствара апотеозе најразличитијих врста, да се из њих нужно прелази у сумњу која рађа бројне недоумице и потребу да се застане, врати на старо, а онда се из страха од заостајања, са новим ентузијазмом, поново креће у промјене. Промјене и брзина њиховог одигравања често дјелују збуњујуће и затварају видике и онима којима се, као припадницима струке, то никако не би смјело догодити. Питање је, да ли се то исто пред нашим очима дешава са правом услужних дјелатности? Да ли се ради о ефемерној, тржишним кретањима диктираној активности у сфери права или је у питању процес који има свој логичан развојни пут, који је дио ширег, у појму права утемељеног, процеса?

Постављање правног оквира за хетероген, а данас економски доминантан сектор, какав је сектор услуга, представља истински изазов. Установљавање јединствених услужних правила (општих, посебних и појединачних), с једне стране и директно, утиче на одвијање услужних послова, а са друге стране и индиректно, на раст услужне економије. Бројни параметри показују да је услужна економија - економија будућности. И у тексту Преамбуле Директиве ЕУ о услугама истакнут је значај развоја услужних дјелатности и слободе кретања услуга, зато што услужне дјелатности битно доприносе не само усклађивању и уравнотежењу привредног развоја, већ значајно утичу на раст запослености и социјалне заштите, на конкурентност, повећање стандарда и квалитета живота.¹ Зато правна регулатива услужних послова треба да буде веома обазриво и смишљено установљена, треба да буде флексибилна и упућујућа, што се обезбјеђује прописивањем основних начела и правила, али и детаљна и усмјеравајућа, што се постиже посебним и појединачним правилима. Сматрамо, а то ћемо настојати да у раду и покажемо, да само правна правила која одговарају наведеном концепту могу бити добра основа за уређење постојећих и појаву нових услуга, што је императив, који ако је достигнут, иста чини прихватљивим како за националне тако и за глобалну услужну економију.

На обликовање услужних правила утичу бројни фактори, а ми ћемо указати само на оне који су од значаја за анализе које су предмет овог рада. Велики значај, у првом реду има, вишеструка повезаност права и економије. Наиме, економска теорија, економска анализа права и анализе тржишта услуга дају не

¹ Преамбула бр. 1. и 2. Директиве ЕУ2006/123 о услугама. Детаљније: Мићовић, М., *Заједничка правила за уговоре о услугама*, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013, стр. 3-15; Миладиновић, С., *Уговор о пружању услуга у свијетлу европског уговорног права*, Правни зборник Удружења правника Црне Горе, бр. 3/2013, стр. 111-126.

само теоријску и емпиријску основу² за израду услужних правила, већ значајно доприносе разумијевању комплексности задатка какав је правно регулисање услужних послова. На обликовање услужних правила утиче и чињеница да су се, осим понуде чистог производа, на тржишту издвојиле још четири врсте понуде чију окосницу чине управо услуге и то: 1) понуда производа уз одређену услугу, 2) понуда хибрида (производ – услуга), 3) понуда главне услуге уз мању употребу производа и 4) понуда чистих услуга. Наведене категорије понуде морају бити „уткане“ у јединствена услужна правила.³

Приликом регулисања услужних послова мора се поћи од специфичних својстава и карактеристика услуга, јер су управо специфична својства и изразите особине услуга оно што мора пресудно и опредељујуће да утиче на садржину услужно-правних правила. Корисност, неопипљивост, немогућност складиштења, временска и просторна повезаност, истовременост производње и потрошње услуга, индивидуалност и сложеност су карактеристике услуга које законописци у сваком тренутку морају имати на уму.⁴ За наше анализе посебно је значајно да запазимо и чињенице да се услуге прво плаћају, а затим извршавају, као и да су корисници услуга (физички и /или интелектуално и/или емотивно) укључени у процес вршења услуга. Ове чињенице такође одлучујуће утичу и морају да утичу на услужно-правна правила.

Утицај на садржину услужно-правних правила мора да има пројекција, заштита и остварење крајњег резултата услужног процеса, а то је задовољан корисник услуге. „Сатисфакција потрошача“ је кључна за нормативно регулисање услужних послова, а представља „реаговање потрошача на процену виђене разлике између претходних очекивања (или одређеног стандарда перформансе) и стварних перформанси, како их је видео после конзумирања.“⁵ На обликовање услужних правила утиче и чињеница да су корисници услуга како финални потрошачи, који купују услуге за личну и породичну потрошњу, тако и пословни купци, односно, организације које као „потрошачи купују производе и услуге за даљу прераду, обављање пословања или препродају другим организацијама или потрошачима.“⁶ При формулисању услужних правила ова чињеница се мора имати у виду те се иста морају формулисати у складу са начелом јединственог регулисања.

Бројност услуга, њихова секторска разуђеност и динамичан развоја и свакодневна појава нових врста и облика услуга утиче и на њихово правно уређење. Зато су и бројна правила којима се регулишу услужне дјелатности и то како на националном, тако и наднационалном нивоу. У суштини, сва та правила

² Вујић, В., *Предузетништво и менаџмент у услужним дјелатностима*, Ријека, 2010, стр. 61.

³ Детаљније: Вељковић, С., *Маркетинг услуга*, Београд, 2009, стр. 60 и даље.

⁴ Љубојевић, Ч., *Маркетинг услуга*, Београд, 1996, стр. 4.

⁵ Вељковић, С., *нав.дјело*, стр. 101.

⁶ *Исто*, стр. 81.

се могу подијелити у три групе и то општа, посебна и појединачна, на која ћемо се само укратко осврнути.

Начела облигационог права⁷ су општа, руководна правила свих, па и облигационих односа који настају вршењем услуга. Услужни послови, као врста облигационоправних послова и механизам промета, темеље се на два основна начела облигационог права: начелу аутономије воље и начелу савјесности и поштења. Ова начела су примарна правила из којих произилазе сва остала. Они су "извор" са ког се "захватају" сва услужна правила – општа, посебна и појединачна.⁸ Из начела аутономије воље, као примарног, деривирају начела која имају посебан значај у промету роба и услуга и то: начело равноправности страна, забране стварања и искориштавања монополског положаја на тржишту⁹ и начело консенсуализма. Из начела савјесности и поштења деривирају¹⁰ начела дужности сарадње и испуњења обавезе, забране злоупотребе права, еквивалентности давања, забране проузроковања штете, поштовања добрих пословних обичаја и начело рјешавања спорова мирним путем.

Из појма услуга произилазе и основна начела услужних послова. Начела универзалности, недискриминација, реципроцитета, либерализације, начела конкурентности, разноврсности, инвентивности, прилагодљивости, уједначености квалитета и начело индивидуалности су основа на којој гради сложена пирамида услужних правила. Наведена начела услужних дјелатности су полазна основа за њихово правно уређење и морају се, у сваком моменту, имати на уму уколико се то жели учинити на одговарајући начин.

У категорију општих правила услужних послова спадају и правила општег дијела уговорног права. На преговоре, закључење, дејство и испуњење уговора о пружању услуга, у првом реду, се примјењују општа правила уговорног права. Правила о условима за закључење уговора, понуди, прихвату понуде, мјесту и времену закључења уговора, о форми, тумачењу, дејству и престанку уговора, важе и за уговоре о пружању услуга. Ова правила, настала теоријским

⁷ Чл. 1-18. Закона о облигационим односима Црне Горе, Службени лист ЦГ, бр. 47/08. Види: Caringella F., De Marzo, G., *Manuale di diritto civile*, III, Il contratto, Guifre Editore, Milano, 2007, стр. 7-58; Plavšak, N., Juhart, M., Vrančur, R., *Obligacijsko pravo*, splošni del, Ljubljana, 2009, стр. 127-132, Визнер, Б., *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књига I, Загреб, 1978, стр. 51-66; Антић, О., *Облигационо право*, Београд, 2010, стр.37- 48.

⁸ Миладиновић, С., *Улога и значај основних начела Облигационог права у правном регулисању услужних послова и конципирању Услужног права*, Зборник: Услужни послови, Крагујевац, 2014, стр. 53-68.

⁹ Миладиновић, С., *Начело Закона о облигационим односима о забрани стварања и искориштавања монополског положаја на тржишту и заштита конкурентских односа*, Зборник: Либерализам и заштита конкуренције, Крагујевац, 2010, стр. 83-98.

¹⁰ Антић, О., *нав. дјело*, стр. 37-48. Детаљније: Рад на изради Грађанског законика Републике Србије, Извјештај Комисије са отвореним питањима, Београд, 2007, стр. 89-92.

уопштавањем, представљају окосницу правног уређања свих па и уговора о пружању услуга.

Пандан општем дијелу уговорног права, који је у Црној Гори регулисан Законом о облигационим односима,¹¹ на тлу Европске уније чине одредбе садржане у тексту Заједничког референтног оквира за приватно право¹² (Common Frame of Reference of the European Private Law) израђеном на основама које су поставила, сада већ чувена, Ландо начела.¹³ Ова правила на јединствен и свеобухватан начин регулишу материју уговорног права. Нагласимо, јер је то за наше даље анализе кључно, да се ради о нормама које су резултат процеса организоване хармонизације уговорног права.¹⁴

Садржина Заједничког референтног оквира заснована је на четири принципа и то принципима слободe, сигурности, правичности и ефикасности.¹⁵ Аутори текста DCFR имали су сложен задатак: да формулишу принципе заједничке за уговорне, облигационо-правне и својинско-правне односе. Слобода, сигурност, правичност и ефикасност су темељни принципи који изражавају основне вриједности у области приватног права, које је предмет правног регулисања Заједничког референтног оквира.¹⁶ За наше анализе је важно нагласити да су наведени, фундаментални принципи, на којима се темељи текст и поједина рјешења DCFR, издвојени из модел-правила, а по ријечима њихових творца, имају описну функцију (“*descriptive function*”).¹⁷ Ови принципи спадају у категорију тзв. “*overriding principles*” (најважнијих, приоритетних принципа) који изражавају најважније политичке идеје и циљеве какви су заштита људских права, заштита солидарности и социјалне одговорности, заштита културних и језичких различитости, заштита и унапређење општег благостања и заштита унутрашњег тржишта.¹⁸ Наведени принципи, сваки појединачно и заједно,

¹¹ Чл. 19-147. Закона о облигационим односима Црне Горе, Службени лист ЦГ, бр. 47/08

¹² DCFR – Book II – Contract and other juridical acts. Види: Миладиновић, С., *Нивои правне заштите корисника услуга*, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015, стр. 27-48.

¹³ Миладиновић, С., *Начела европског уговорног права (основа новог европског уговорног права и утицај на Закон о облигационим односима Црне Горе)*, Подгорица, 2011.

¹⁴ *Исто*, стр. 41-47.

¹⁵ Von Bar, C., Beale, H., Clive, E., Schulte-Nölke H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (CFR) Outline Edition*; Academic contributors and funders, Sellier, European law publishers GmbH, Munich. 2009, стр. 60-99.

¹⁶ *Исто*. - Аутори прецизирају да су израз “принципи” користили у три значења, од којих је једно значење “*overriding principles*”. У тексту стоји: “*Freedom, security, justice and efficiency also have a role to play as overriding principles*”.

¹⁷ *Исто*.

¹⁸ *Исто*.

суштински и садржински воде ка принципу хоспиталитета на коме се темељи „космополитско право“. Израда текста обима и садржине какав је текст DCFR, на наведеним принципима, као што ћемо видјети, један од кључних корака на путу стварања „космополитског права“ коме се полако приближавамо захваљујући „лукавству ума“ о ком је писао Хегел, а у чијој је основи управо принцип хоспиталитета.¹⁹

У истом тексту налазе се одредбе које регулишу уговор о пружању услуга. Наиме, текст DCFI у одјелку I поглавља IV. С., садржи и општа правила установљена за уговоре о пружању услуга тј. уговоре којим једна страна, давалац услуга, преузима обавезу да пружи услугу другој страни, примаоцу услуга, у замјену за новчану накнаду – цијену, као и, уз одговарајућа прилагођавања, на уговоре у којима давалац услуга преузима да изврши услугу без накнаде.²⁰ Заједнички референтни оквир²¹ садржи правила која се односе на закључење, дејство и престанак уговора о пружању услуга. Ова ће правила, с обзиром на субјекте, начин и поступак доношења, али и озбиљност аргументације на основу које се одређивало за одређена рјешења, бити незаобилазна у сваком будућем правном уређењу уговора о пружању услуга.

На овом мјесту нећемо улазити у анализу одредаба DCFR које регулишу уговоре о пружању услуга, јер смо то у више наврата чинили, већ ћемо само нагласити да се ради о посебним правилима која на јединствен начин регулишу уговоре о пружању услуга.²²

У исту групу спадају и правила садржана у Директиви ЕУ о услугама,²³ друге одговарајуће директиве,²⁴ а на националном нивоу и правила садржана у законима о заштити потрошача и другим посебним прописима.²⁵ Примјера ради,

¹⁹ Хегел, Г.В.Ф., *Филозофија историје*, стр. 40-41.

²⁰ DCFR - IV. С. – 1:101: Домен примјене (а) (б)

²¹ Књига IV DCFR, под насловом „Посебне врсте уговора и права и обавезе које из њих произилазе“ („*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*“) састоји се из осам дјелова (А-Х). Трећи одјелак (Part C) књиге IV DCFR посвећен је услугама. Одјелак I поглавља IV. С. садржи опште одредбе о услугама и утврђује домен примјене норми садржаних у овог дијелу.

²² Миладиновић, С., *Уговор о пружању услуга у одредбама Заједничког референтног оквира за европско приватно право (Draft Common Frame of Reference for a European Private Law – DCFR)*, Зборник: Право и услуге, Крагујевац, 2012, стр. 39-51; Миладиновић, С., *Нивои правне заштите корисника услуга*, стр. 27-48.

²³ Директива 2006/123/ЕЗ европског Парламента и Вијећа (Текст преамбуле). Детаљније: Хорак, Х., Думанчић, К., *Проблеми имплементације Директиве о услугама у право РХ – одступање од социјалног модела на националном нивоу*, Зборник Правног факултета у Риједи (1991) в. 32, (2011), бр. 2, стр. 703-729; Приручник за спровођење Директиве о услугама, превод Ковечевих, Б. (Оригиналан текст: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm.)

²⁴ Види: Мићовић, М., *Хетерогеност услуга и хомогеност услужних правних послова*, Зборник: XXI век - век услуга и Услужног права, Крагујевац, 2011, стр. 23-38.

²⁵ Види: Мићовић, М., *Заштита права потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 29-43.

Закон о заштити потрошача Црне Горе регулише питања заштите кориснике услуга од јавног интереса²⁶, кориснике уговора о финансијским услугама закључених на даљину²⁷ и туристичких услуга.²⁸ Заштита економских интереса потрошача²⁹ врши се бројним инструментима почев од информисања о производима, преко истицања цијене производа до прецизирања осталих обавеза трговаца и продајних погодности. За заштиту корисника услуга велики значај имају одредбе о саобразности уговору и гаранцији,³⁰ о закључењу уговора ван пословних просторија и уговора на даљину.³¹ За заштиту потрошача услуга значајне су и одредбе о непоштеним уговорним одредбама и пословној пракси³² као и одредбе о заштити колективних интереса потрошача, имовинско-правној, вансудској и управној заштити потрошача.

У појединачна правила услужних дјелатности спадају правила која се односе на поједине (именоване) уговоре о пружању услуга.³³ Примјер и за ова правила налазимо у одредбама Common Frame of Reference који садржи одредбе којима су уређени поједини уговори о пружању услуга и то: уговор о грађењу,³⁴ преради,³⁵ складиштењу,³⁶ дизајну,³⁷ пружању информација или савјетовању³⁸ и лијечењу.³⁹ DCFR детаљно регулише наведене уговоре.

У појединачна правила којима се регулишу услужне дјелатности спадају тзв. услужне гаранције, као средство заштите потрошача услуга. “Услужна гаранција је обећање дато од стране фирме да ће услуга бити испоручена на одређеном нивоу и уколико тај ниво не буде постигнут фирма обећава да ће на адекватан начин то надокнадити купцу”.⁴⁰ Организације потрошача у многим земљама

²⁶ Чл. 35-42. Закона о заштити потрошача Црне Горе. Детаљније: Мићовић, М., *нав. дјело*, стр. 99-105.

²⁷ Чл. 75-89. Закона о заштити потрошача ЦГ. Детаљније: Мићовић, М., *нав. дјело*, стр. 125-145.

²⁸ Чл. 90-101. Закона о заштити потрошача ЦГ. Детаљније: Мићовић М., *нав. дјело*, стр. 106-119.

²⁹ Чл. 7-34. Закона о заштити потрошача ЦГ.

³⁰ Чл. 43-54. Закона о заштити потрошача ЦГ

³¹ Чл. 55-74. Закона о заштити потрошача ЦГ

³² Чл. 102-117. Закона о заштити потрошача ЦГ. Детаљније: Мићовић, М., *нав. дјело*, стр. 147-211.

³³ Миладиновић, С., *Поједини уговори о пружању услуга у свијетлу Заједничког референтног оквира за приватно право (Draft Common Frame of references for private Law)*, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013, стр. 17-36; Миладиновић, С., *Нивои правне заштите корисника услуга*, стр. 27-48.

³⁴ CFR, IV.C. Chapter 3, 3:101-3:108.

³⁵ CFR, IV. C. Chapter 4, 4:101-4:108.

³⁶ CFR, IV.C. Chapter 5, 5:101-5:109.

³⁷ CFR, IV. C. Chapter 6, 6:101-6:107.

³⁸ CFR, IV. C. Chapter 7, 7:101-7:109.

³⁹ IV: C. Chapter 8, 8:101-8:110.

⁴⁰ Вељковић, С., *нав.дјело*, стр.242.

указују на потребу увођења гаранције корисницима услуга. У тексту услужне гаранције даваоци услуга дају детаљне информације о услугама које пружају, прецизирају њихов обим и квалитет и изричито преузимају оне обавезе које могу квалитетно да реализују, чиме прецизирају и ограничавају своју одговорност. Постојање услужних гаранција олакшава пласман и продају услуга што суштински утиче на тржишну позицију предузећа која се баве пружањем услуга.⁴¹

Потреба стандардизовања услуга и нивоа њиховог квалитета, довела је до установљавања гаранција нивоа квалитета услуга (Services Level Agreement или SLA). СЛА представља формални или неформални уговор између даваоца и корисника услуга у ком давалац услуга гарантује одређени квалитет услуге под одређеним условима. Циљ је јасна и прецизна гаранција корисницима услуга да ће добити стандардизовану и услугу одређеног квалитета. Services Level Agreement треба да обезбиједи да квалитет услуге не пада испод дозвољених граница за све клијенте. Уз SLA, значајан механизам гаранције квалитета су и ISO стандарди који треба да обезбиједи уједначен квалитет производа, али и услуга.⁴²

У ову групу правила спадају и кодекси професионалног понашања давалаца услуга, чија се улога и значај потенцирају и израда предвиђа и у тексту Директиве ЕУ о услугама.⁴³ Израда кодекса професионалног понашања има велики значај како за даваоце услуга и њихову тржишну афирмацију, тако и за кориснике услуга. Кодекси професионалног понашања садрже правила која уређују три групе односа и то: однос организације и запослених, однос организације према конкурентима и однос организације и корисника услуга.⁴⁴

⁴¹ Исто, стр. 242-243

⁴² Раковић, Р., *Квалитетом до пословне изврсности*, Београд, 2006; Костић, М., *Менаџмент тоталним квалитетом*, Београд, 2007; Божанић, В., Стокић, Д., *Нормативно регулисање квалитета*, Београд, 2010.

⁴³ Директива ЕУ 2006/123 о услугама, чл.37. - Кодекси понашања на нивоу Заједнице: 1. Државе чланице ће у сарадњи с Комисијом предузети пропратне мјере с циљем подстицања израде кодекса понашања, на нивоу Заједнице, посебно од стране професионалних тијела, организација и удружења, с циљем олакшавања пружања услуга или оснивања давалаца услуга у другој држави чланици, у складу са законом Заједнице. 2. Државе чланице Вељковић, С., *нав. дјело*, стр. 242.

⁴³ Исто, стр. 242-243

⁴³ Раковић, Р., *нав. дјело*; Костић, М., *нав. дјело*; Божанић, В., Стокић, Д., *нав. дјело*.

⁴³ Директива ЕУ 2006/123 о услугама, чл. 37. - Кодекси понашања на нивоу Заједнице: 1. Државе чланице ће у сарадњи с Комисијом предузети пропратне мјере с циљем подстицања израде кодекса понашања, на нивоу Заједнице, посебно од стране професионалних тијела, организација и удружења, с циљем олакшавања пружања услуга или оснивања давалаца услуга у другој држави чланици, у складу са законом Заједнице. 2. Државе чланице осигураће доступност кодекса понашања из ст.1. на даљину, односно електроничким путем.

⁴⁴ Преамбула бр.7, 100, 113, 114 и 115. Директиве ЕУ 2006/123 о услугама

Принцип савјесности и поштења, као и принципи интегритета, кредибилности и одговорности треба да буду основа за израду кодекса професионалног понашања. Израда ових кодекса је у функцији извршења услуга, унапређења њиховог квалитета и обухватности, поштовања професионалних правила, стандарда и професионалне етике, али и обogaћења садржаја и метода комуникације између давалаца и корисника услуга. Кодекси понашања треба да садрже и правила која су израз специфичности одређене професије и битно утичу на стандардизацију услуга и уједначавање њиховог квалитета. Због свега реченог, даваоци услуга треба да обезбиједу јавност кодекса професионалног понашања.

Из свега наведеног, лако се може закључити да постоји интензивна активност на плану правног регулисања услужних дјелатности, као и то да је та активност подједнако снажна како у националним законодавствима, тако и у праву ЕУ. Природа услужних дјелатности, њихова бројност, разноврсност и тржишна доминантност, наметнула је интензивну законодавну активност и доношење бројних позитивних прописа. Упоредо са овим процесом одвија се процес и хармонизације услужно-правних правила. Услуге и услужни послови „траже“ јасна и јединствена правила, јер њихово постојање значајно доприноси одвијању услужних дјелатности и даје им развојни импулс. Свјесни свега реченог и значаја своје улоге, правници су озбиљно прихватили задатак да прате развој услуга и услужних послова и убрзано раде на доношењу, али и хармонизовању услужних правила. Интензивна хоризонтална и вертикална законодавна активност и бројна општа, посебна и појединачна правила настала су као израз потребе да се регулишу све бројнији и разноврснији услужни послови. Све су чешће анализе позитивних прописа, националних и наднационалних правила, све бројније расправе о њиховој садржини и дометима.

Ипак, свједоци смо све интензивнијег и бављења искључиво позитивним правом, а да се, како је Савињи запазио “у једностраном бављењу неким датим позитивним правом...налази опасност да човека савлада пуко слово“... Бројни аргументи указује да нас је, у великој мјери, савладало то „пуко слово“, да се све више бавимо само позитивним и упоредним правом, и да нам „свако освежавајуће средство против тога мора бити веома добродошло.“⁴⁵ Но, питање је гдје да нађемо то „освежавајуће средство“ о коме говори Савињи?

„Освежавајућа средства“ која могу да нас доведу до јасних одговора на горе постављена питања и дилеме и да нам укажу на развојне тенденције права, јесу правна наука, филозофија права и филозофија историје (прије свега политичко-правна). Управо ту треба тражити одговоре који су нам сакривени испод „наслага“ позитивних права, упоредно-правних анализа, анализа тржишта и економских параметара.

Правна наука као априорна наука, полази од и долази до априорних ставова, чије су одлике општост и нужност. Она има за циљ да из ума, а не из примјера и

⁴⁵ Фон Савињи, Ф. К., *Законодавство и правна наука*, Подгорица, 1998, стр. 30.

искуства, изведе принципе и правила који служе као основа и критеријум за установљивање и вредновање установљених правила.⁴⁶ Јер, као што Кант каже: "ум заповеда како треба да се ради, мада још није било примера за то, нити се он обазире на корист коју можемо тиме стећи и о којој, наравно, само искуство може поучити."⁴⁷ Правна наука је онај "лењир" о ком говори Сенека, "лењир" који „нећеш моћи да савијеш, помоћу којег можеш утврдити оно што је право. И најмање савијање лењира криви и мења праву линију."⁴⁸

Правна наука из ума, а не искуства, изводи основне принципе, који служе као основа за правно регулисање и вредновање прописаних норми.⁴⁹ Изучавање принципа, општих и нужних правила је управо оно што правној науци даје атрибут научности.⁵⁰ Правна наука и филозофија права дају, на појму права утемељене, одговоре на бројне дилеме са којима се свакодневно сусреће позитивно право и открију „тајновити“ развојни пут права. Значи, само ако се право посматра из перспективе правне науке и филозофије права могуће је установити закономјерност његовог развоја. Ова чињеница објашњава зашто је и како је могућа и хармонизација права и зашто се она јавља управо тамо гдје смо контактовали – у уговорном праву и праву услужних дјелатности.

Правила која формулише правна наука изведена су *a priori*, дакле, независно од искуства. Она се изводе из ума и као таква ослобођена су "терета" интереса и варљивости искуства. Карактерише их општост и нужност што их чини свевременим. Правна наука формулише опште и нужне ставове, који се поступно и постепено прихватају у позитивном праву, тако склоном закључивању *a posteriori*, тако подложном интересима и искуственим разлозима. Правна наука на исти начин генерише и процес хармонизације права (било спонтане било организоване), јер је процес харминизације такође утемељен у појму права.⁵¹ Слиједи да правна наука, поред осталог наравно, опредјељујуће утиче на правце развоја права, јер као априорна може да „напусти оне емпиријске принципе“ и да „изворе судова потражи у самом уму... да би се поставио основ за неко могуће позитивно законодавство."⁵² Ово је кључно за успостављање позитивно-правног оквира друштвеном животу човјека у свим временима и за сва времена.

⁴⁶ Детаљније: Кант, И., *Критика чистог ума*, Београд, 2003, стр. 53-66; Арсенијевић, М., *Кантов трансцендентални идеализам (између рационализма и емпиризма, између прошлости и будућности)*, Предговор за: Кант, И., *Критика чистог ума*, стр. 5-27.

⁴⁷ Кант, И., *Метафизика морала*, Сремски Карловци, Нови Сад, 1993, стр. 20.

⁴⁸ Сенека, Л. А., *Писма пријатељу*, Београд, 2003, стр. 157.

⁴⁹ Детаљније: Кант, И., *Метафизика...*, стр. 20.

⁵⁰ Фон Савињи, Ф. К., *Законодавство и правна наука*, Подгорица, 1998, стр.15. Савињи нагашава да би када би правна наука за предмет имала само садржину законâ, расправа на било коју тему из области права, била бесмислена, јер би, "само законодавство, као и правна наука, имало потпуно случајну, променљиву садржину" и било би могуће да "сутрашње право уопште не личи на данашње."

⁵¹ Кант, И., *Метафизика ...*, стр. 45-85.

⁵² *Исто*, стр 31-32. и 45-85.

Ма колико бројност догађаја и привид случајности прекривали историју људског друштва, једно је сигурно – она има телеолошки карактер и одликују је развој и сврховитост.⁵³ Велики њемачки филозоф Имануел Кант истиче да историјско постојање човечанства има смисао и вриједност, а да његову основу чине (ни мање ни више него) политика и право. Полазећи од идеје политичке тенденције историје, Кант сматра да тек са гледишта права и политике разоткривамо суштину историјског збивања те да је циљ историјског кретања одређен политичким и правним вриједностима. Овај закључак је од посебног значаја за наше анализе, јер указује да право, у историјском кретању, представља основ настанка и грађанског поретка и свјетског грађанског поретка.

Чињеница је да друштвени живот захтијева адекватан правни оквир, дакле, легалитет, али и законе врлине – моралитет. Легалитет и данас, као и кроз дугу историју регуисања људских односа доминира у односу на моралитет. Све су бројнији правни инструменти, а још увијек „блудимо“ у схватању моралитета. Етичар и творац категоричког императива, Имануел Кант, међутим, моралитет ставља испред легалитета, а етичко сазријевање људског рода сматра циљем свјетско-историјског развоја, који води ка свјетском грађанском поретку и космополитском праву. Овде се налази кључ за разумијевање дешавања у сфери права којим присуствујемо, а не схватамо, због близине и брзине промјена, куда воде. Исто, наравно, важи и за дешавања на плану права услужних дјелатности, као сегмента савремених правних система.

Неспорно је да људске односе карактеришу стални антагонизми. Зато се и прибјегава доношењу правила понашања у друштву. Но, Кант управо у антагонизмима који владају између појединаца у друштву, види средство којим се природа служи да би остварила развитак свих људских обдарености. До развоја долази под претпоставком да антагонизам (под којим Кант подразумева „недруштвену друштвеност људи“)⁵⁴ на крају постаје узрок законитог поретка међу људима.⁵⁵ Зашто је то тако? Зато што антагонизми „буде све снаге у човеку, утичу да он савлада своју склоност ка лености и да, гоњен честољубљем, лакомошћу и властолубивошћу, обезбеди себи положај међу својим ближњима, за које баш *не мари*, али *без којих не може*... Ту се постепено развијају сви таленти, изграђује укус, па чак и путем сталног просвећивања удара се темељ једном начину мишљења, који сирову природну обдареност да се процени шта је морално временом може да претвори у одређена практична начела, а тиме и

⁵³ Баства, Д., *Вечни мир и царство слободе*, „Истраживање о Кантовој филозофији историје“, стр. 53.

⁵⁴ Кант, И., *Ум и слобода - Идеја опште историје усмерене ка остварењу светског грађанског поретка*, стр. 30. У овом тексту Кант настоји да пронађе „неку природну сврху у бесмисленом току људске стварности; сврху која би омогућила да та створења која поступају без властитог плана ипак имају историју по одређеном плану природе.“

⁵⁵ Исто, стр. 32.

један *патолошки* – изнуђен пристанак на друштво, најзад, у једну *моралну целину*...⁵⁶

Уз подсјећање да је један од примарних циљева Кантовог филозофског система и његове политичке филозофије и разумијевање слободе, треба нагласити да остварење идеје слободе Кант види у кретању човјечанства од природног стања ка првобитном уговору до државе и грађанског уређења.⁵⁷ Држава постиже своју сврху тиме што гарантује право као средство слободе. Кант под правом подразумева ограничење свачије слободе на услов њене сагласности са слободом сваког другог.⁵⁸ Из чињенице да свако ограничење слободе другог значи неслободу, Кант закључује да грађанско уређење представља однос слободних људи под принудним законима, јер то „ум хоће и то чисти, *a priori* законодавни ум“.⁵⁹

Након, наведеног првог корака, успостављања законитог поретка међу људима у једној држави, у превазилажењу антагонизама, слједећи и уједно најтежи корак, јесте „остварење грађанског друштва којим ће се управљати према општем праву“,⁶⁰ а након тога слиједи корак, који произилази из развојне и сврховите свјетско-историјске природе Кантове филозофије историје, а састоји се у остварењу свјетског грађанског поретка, у чијој основи је идеја космополитизма. Сви ови кораци воде ономе што је крајња сврха, а то је свјетски мир.

Свјестан замки емпирије које се појављују на путу стварања свјетског грађанског поретка, Кант сматра да је главна препрека успостављању и гарантовању слободе путем закона, то што се „у законодавству занемарују праве идеје.“⁶¹ У настојању да све детаљно и што брже правно уреде, законодавци занемарују горе изнијете „праве идеје“, дјелују *a posteriori* и руководе се емпиријом и тренутним интересима. Зато закони имају све краћи „животни вијек“, све чешће се и све брже мијењају, што компромитује једну тако значајну и далекосежну активност каква је законодавна. У сусрету са емпиријом и њеним замкама идеја права не губи ништа од своје суштине, али позитивно право показује да, најчешће, не може ни да се приближи свом идеалу као „сидру“ које чврсто држи позитивно право на буром промјена захваћеном „мору“ могућих нормативних рјешења.

Поставља се питање како доћи до циља: свјетског грађанског поретка и свјетског мира? До стања свјетског мира, пише Кант, треба да доведу три фактора и то: републиканско државно уређење, федерални односи међу

⁵⁶ Исто.

⁵⁷ Кант, И., *Ум и слобода*, О уобичајеној изреци то би у теорији могло бити исправно, али не вреди за праксу, стр. 91-100, Русо, Ж.Ж., *Друштвени уговор*, Београд, 1993.

⁵⁸ Детаљније: Баста, Д., *Вечни мир и царство слободе*, спис: *Кант као политички мислилац*, стр. 22.

⁵⁹ Исто.

⁶⁰ Исто, стр. 33.

⁶¹ Кант, И., *Критика ...*, Београд, 2003.

државама и космополитско право. Кант се залагао за „универзалну републику установљену на законима врлине“ и увео појам „етичке заједнице“, при чему је моралитет ставио испред легалитета. Штавише, видјели смо да Кант легалитет схвата као пут који човјечанство треба да доведе до моралитета, јер људско друштво способно за “етичко сазријевање” и чак усмјерено ка њему. Заједница која је, по Кантовом схватању, циљ историјског развоја човечанства може да се изједначити са „универзалном (светском) републиком“, а да би се она достигла потребно је „етичко сазревање људског рода“.

Стални антагонизми тј. „недруштвена друштвеност“ човјека води стварању државе и државног права, у ком се позитивно право постепено, поступно, али сигурно приближава свом појму и постаје ограничење свачије слободе на услов њене сагласности са слободом сваког другог.⁶² Међутим, једна држава и њено (државно) право не могу опстати “ако између ње и осталих (у првом реду суседних) држава није превладано стање природне слободе као стање сталног рата, дакле, ако на начелима међународног права није успостављен савез држава и тиме припремљено тле за континуирано приближавање вечној миру који је Кант сматрао крајњим циљем читавог међународног права... Правно стање у једној држави не може опстати без правног стања међу државама. Дакле, државно право неминовно води ка међународном праву.”⁶³ „Иста она недруштвеност људи која их је присилила да се уједине у законит грађански поредак и да у њему развијају своје природне обдарености, делују и између држава, приморавајући их да изађу из беспасоносног стања међусобне ратне угрожености и несигурности, и да на принципима федерализма, организују савез народа, унутрашњи грађански поредак треба проширити на светски грађански поредак, у космополитску заједницу човечанства.”⁶⁴ Стога с правом треба прихватити као истиниту тврдњу лијепу метафору да “ако су државно и међународно право основа јавног права, космополитско право је, заокругљујући га, његова круна.”⁶⁵

У Кантој политичко-филозофској мисли, међународно право будућности, засноваће се на прелазу природног стања међу државама у законито стање, у стање тзв. “вјечног мира”. Европска Уније, организацијом, правном регулативом и слободама на којима се заснива, примјер је једног од начина реализације ове Кантове идеје. Идеја вјечног мира, чији се обриси виде у политичко-правном животу ЕУ, испољава се најприје кроз међусобни мирни саобраћај међу народима, што правни израз има у комунитарном праву, које је корак ка достизању Кантовог “космополитског права” (*ius cosmopoliticum*)“, а то је оно право које се „односи на могуће уједињење свих народа у сврху извесних

⁶² Детаљније: Баста, Д., *нав. дело*, стр. 22.

⁶³ *Исто*

⁶⁴ *Исто*, стр. 65.

⁶⁵ Баста, Д., *нав. дело*, стр. 95.

општих закона њиховог међусобног саобраћаја.⁶⁶ Дакле, то је право које настаје уједињењем свих народа са циљем да се њихови односи регулишу општим законима којима се регулише њихов међусобни саобраћај. Одмах се уочава велика сличност између начела слободe кретања лица које постоји у ЕУ и Кантовог принципа хоспиталитета.⁶⁷ Према Кантовој идеји космополитско право подразумева постоје три основна атрибута грађанина и то: слобода, једнакост и грађанска самосталност. Видјели смо да су то управо атрибути на којима се темеље и права грађана Европске Уније. На истим основама гради се и обезбјеђује примјена принципа хоспиталитета као основе космополитског права будућности.

Наиме, идеја мирне опште заједнице „свих народа на свету који међусобно могу доћи у делатне односе, није филантропска (етичка), него је *правни* принцип. Природа их је све заједно (помоћу облика кугле њиховог боравишта, као *globus terraqueus*) затворила у одређене границе, а пошто се посед тла на којем може да живи становник Земље може увек замислити као посед једног дела неке одређене целине, дакле, као такав на који сваки од њих првобитно има неко право, то се сви народи налазе *првобитно* у некој заједници тла, али не у *првобитној* заједници поседа (*сотиципо*), па тиме и употребе или својине на њему, него у физички могућем узајамном дејству (*цолмерциум*), тј. да се у општем односу једнога према свима другима *нуде* за међусобни *саобраћај*, и имају право да направе покушај с њим, а да онај спољашњи нема право да га сусретне као непријатеља. То право, уколико се односи на могуће уједињење свих народа у сврху извесних општих закона њиховог могућег саобраћаја, може се назвати космополитским (*цус цосмополитицум*).“⁶⁸

Космополитско право се заснива на принципу хоспиталитета. Космополитско право је право странаца на гостољубив третман тј. право странаца да не буду третирани непријатељски. Ово право обухвата разне облике активности грађана-странаца почев од радног ангажмана, преко путовања, трговине до комуникације. Овдје се налази објашњење зашто смо правилима услужних дјелатности, заједно са уговорним правом, наравно, додијелили улогу претече космополитског права. Дакле, слобода кретања лица и радне снаге као и слобода пружања услуга гарантована свим грађанима Европске Уније имају улогу прелаза на путу реализације права хоспиталитета.

Паралелно са овим процесом одвија се и процес спонтане хармонизације тј. постепеног хармонизовања права под утицајем правне науке. Ова врста хармонизације је неминовност јер произилази из самог појма права. Нама је овај процес лако уочљив кроз хармонизацију права појединих држава, али и

⁶⁶ Кант, И., *Ум и слобода, Вечни мир*, стр. 153.

⁶⁷ Детаљније: Вукадиновић, Р., *Увод у институције и право ЕУ*, Крагујевац, 2008, стр. 223-257; Вукадиновић Р., *Право ЕУ*, Крагујевац, 2006, стр. 307-348.

⁶⁸ Кант, И., *Ум и слобода, Списи из филозофије историје, права и државе*, Београд, 1974, стр. 153.

хармонизацију права држава које нису чланице Европске Уније са њеним прописима. Тако долази до поступне и спонтане хармонизације и то је разлог што данас “закони по доношењу остају национални, а према решењима све више интернационални или космополитски.”⁶⁹ Не треба посебно истицати да су резултати ове хармонизације највидљивији управо у сфери уговорног права, а тиме и сфери услужно-правних послова.

Кант истиче важност права хоспиталитета, које није филантропско, већ *bona fides* право. Ово је врло важна констатација јер је *bona fides* правни принцип и правни стандард. Овај принцип се појављује у два вида и то као *bona fides possedere* и *bona fides praestare*. Ова два вида принципа савјесности и поштења омогућавају јасно сагледавање улоге, значење и значаја космополитског права. Космополитско право, као *bona fides* право, је нужан комплемент неписаном правилу политичког и међународно права и представља "универзално право човечанства". Из суштине космополитизма произилази да једино под условом постојања космополитског права, човјечанство може да напредује ка вјечном миру. Космополитизам има кључну улогу у моралном прогресу човјечанства, који је услов стварања универзалне (свјетске) републике, и подразумеива да јавно право у себи обухвата и космополитско право.

Будући да се космополитско право темељи на начелу *bona fides* и моралном прогресу човјечанства, много је више од “негативног концепта”, односно, захтјева да се субјекти уздржавају од непријатељства према грађанима-странцима. Космополитско право претпоставља да се грађанима који се налазе на територији државе у којој нису рођени, понуди и обезбиједи сарадња, интеракција и комуникација. Космополитско право треба да омогући трајну, интерактивну заједницу моралне независности која је услов под којим државе могу да примјењују међународно право као правично и универзално. Космополитско право је сушта супротност затвореним и самодовољним системима националних законодавстава, јер космополитизам претпоставља континуирани културни развој и морални прогрес који би човјечанство водио ка вјечном миру.

Слиједи да се због суштине, дејства и постигнутих резултата, хармонизација права (како спонтана, тако и организована) може означити као фаза или етапа на путу ка остварењу идеје космополитског права. Прогрес легалитета и моралитета на наднационалном нивоу могућ је захваљујући хармонизацији права и постепеном одумирању затворених система.

Међународно право будућности, по Канту, биће засновано на замисли прелаза природног стања међу државама у законито стање, у стање тзв. “вјечног мира”. Европска унија је примјер дјелимичне реализације и ове Кантове идеје. Кажемо, дјелимичне, јер је она то и по просторном (обувата европски континет)

⁶⁹ Вукадиновић, Р., *Европеизација приватног права*, Правни живот, бр.12/2002, том 4. стр. 407.

и по садржинском критеријуму (само неке гране или сегменти неких грана права).

Из свега реченог јасно је да је један од кључних корака ка космополитском праву хармонизовано облигационо и уговорно право као његов дио, и што је за нас посебно важно, хармонизовано право услужних дјелатности. А одговор на питање зашто се хармонизација најприје појавила и најбоље резултате дала управо у овим сегментима права, налази се у поклапању њихове садржине и садржине, смисла и домаћаја принципа хоспиталитета који се налази у основи космополитског права будућности.

Из свега реченог, а утемељеног на филозофији права и филозофији историје, слиједи, да начелима услужних дјелатности с пуним правом припада улога основе на којој се изграђује принцип хоспиталитета, као фундаментални принцип „космополитског права“, а услужним правилима улога претече „космополитског права“ као права будућности.

*Snežana Miladinović, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law in Podgorica, University of Montenegro*

RULES ON SERVICES (Step towards the "Cosmopolitan Law")

Summary

This paper contains a brief retrospective of the analysis and the conclusions reached by the author came during many years of practicing of the legal aspect of the service sectors and the service-legal affairs. We will try to show that the intensive legislative activity in the sphere of service-harmonization of legal rules takes place not only under the influence of the globalization of markets and the dictates of market developments but there are other, much deeper reasons. More precisely, after a number of analysis and from a privileged perspective that they offer, we tried to get through to the essence of development trends in the national and international systems and explain the position that the shaping of general, special and individual service rules is not current "fashion", but that it is lawful and purposeful process with permanent effects.

In this paper rules of services are treated like the forerunner of the future "cosmopolitan law". We explained why they have been treated as forerunner of the "cosmopolitan law" through the prism of contemporary law harmonization process.

Key words: *Services, Service activities, General service rules, Special service rules, Individual service rules, Kant, Principle of hospitality, Cosmopolitan law.*

Литература

- Антић, О., Облигационо право, Београд, 2010.
- Арсенијевић, М., Кантов трансцендентални идеализам (између рационализма и емпиризма, између прошлости и будућности), Предговор за: Имануел Кант, Критика чистог ума, Дерета, Београд, 2003.
- Баста, Д., Вечни мир и царство слободе - „Истраживање о Кантовој филозофији историје“.
- Божанић, В., Стокић Д., Нормативно регулисање квалитета, Београд, 2010.
- Вељковић, С., Маркетинг услуга, Београд, 2009.
- Визнер, Б., Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, књига I, Загреб, 1978.
- Von Bar C., Beale H., Clive E. and Schulte-Nölke N., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (CFR) Outline Edition; Academic contributors and funders, Sellier, European law publishers GmbH, Munich, 2009.
- Вујић, В., Предузетништво и менаџмент у услужним делатностима, Ријека, 2010.
- Вукадиновић, Р., Право ЕУ, Крагујевац, 2006.
- Вукадиновић, Р., Увод у институције и право ЕУ, Крагујевац, 2008.
- Вукадиновић, Р., Европеизација приватног права, Правни живот, бр.12/2002.
- Кант, И., Метафизика морала, Сремски Карловци, Нови Сад, 1993.
- Кант, И., Критика чистог ума, Београд, 2003.
- Кант, И., Ум и слобода, Списи из филозофије историје, права и државе, Београд, 1974.
- Коментар Закона о облигационим односима, у редакцији проф.др Слободана Перовића, Београд, 1995.
- Костић, М., Менаџмент тоталним квалитетом, Београд, 2007.
- Љубојевић Ч., Маркетинг услуга, Београд, 1996.
- Мићовић, М., Заштита права потрошача, Крагујевац, 2009.
- Мићовић, М., Хетерогеност услуга и хомогеност услужних правних послова, Зборник: XXI век - век услуга и Услужног права, Крагујевац, 2011.
- Мићовић, М., Заједничка правила за уговоре о услугама, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013.
- Миладиновић, С., Нивои правне заштите корисника услуга, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015.
- Миладиновић, С., Поједини уговори о пружању услуга у свијетлу Заједничког референтног оквира за приватно право (*Draft Common Frame of references for private Law*), Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013.

- Миладиновић, С., Уговор о пружању услуга у одредбама Заједничког референтног оквира за европско приватно право (*Draft Common Frame of Reference for a European Private Law – DCFR*), Зборник: Право и услуге, Крагујевац, 2012.
- Миладиновић, С., Уговор о пружању услуга у свијетлу европског уговорног права, Правни зборник Удружења правника Црне Горе, бр.3/2013.
- Миладиновић, С., Улога и значај основних начела Облигационог права у правном регулисању услужних послова и концепирању Услужног права, Зборник: Услужни послови, Крагујевац, 2014.
- Миладиновић, С., Начела европског уговорног права (основа новог европског уговорног права и утицај на Закон о облигационим односима Црне Горе), Подгорица, 2011.
- Миладиновић, С., Начело Закона о облигационим односима о забрани стварања и искориштавања монополског положаја на тржишту и заштита конкурентских односа, Зборник: Либерализам и заштита конкуренције, Крагујевац, 2010.
- Plavšak, N., Juhart, M., Vrančur, R., *Obligacijsko pravo, splošni del*, Ljubljana, 2009.
- Рад на изради Грађанског законика Републике Србије, Извјештај Комисије са отвореним питањима, Београд, 2007.
- Раковић, Р., Квалитетом до пословне изврности, Београд, 2006.
- Русо, Ж. Ж., Друштвени уговор, Београд, 1993.
- Сенека, Л.А., Писма пријатељу, Београд, 2003.
- Фон Савињи, Ф. К., Законодавство и правна наука, Подгорица, 1998.
- Хегел, Г.В.Ф., Филозофија историје.
- Хорак, Х., Думанчић К., Проблеми имплементације Директиве о услугама у право РХ – одступање од социјалног модела на националном нивоу, Зборник Правног факултета у Риједи (1991) в. 32, (2011), бр. 2.
- Caringella, F., De Marzo G., *Manuale di diritto civile, III, Il contratto*, Guifre Editore, Milano, 2007.

*Др Јадранка Дабовић-Анастасовска, редовни професор
Др Ненад Гавриловић, доцент
Правног факултета „Јустинијан Први“
Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу*

УДК: 347.44(4-672EU)

ДУЖНОСТ ПРЕДУГОВОРНОГ ИНФОРМИСАЊА КОД УГОВОРА О УСЛУГАМА У ЕВРОПСКОМ УГОВОРНОМ ПРАВУ: ЦИЉЕВИ И ПРАВНЕ САНКЦИЈЕ

Резиме

У раду се врши анализа проблематике предуговорног информисања потрошача у европском уговорном праву, кад је реч о услужним пословима. Предмет анализе су, најпре, постојећа правила европског потрошачког права о предуговорном информисању код услужних послова. Наведена анализа је искоришћена као уводна у односу на евентуалне будуће правне пројекте и правне изворе за уређивање предуговорног информисања код уговора уопште. Након тога се анализира проблематика правних санкција за случајеве кад предуговорне информације уопште нису пружене, као и за случајеве кад су пружене предуговорне информације нетачне или обмањиве. Идентификација непотпуног и фрагментарног система правних санкција, као и непостојање општег дела европског уговорног права, указују на закључак о спорном нивоу правне заштите потрошача и слабије уговорне стране уопште.

Кључне речи: *услуге, потрошачи, информисање, право ЕУ, санкције.*

1. Уводне речи

Идеја предуговорног информисања је само манифестација потребе за правном заштитом одређених субјеката који се, по налажењу правног поретка, сматрају подобним за заштиту. У идеалним условима, правни поредак уређује конкретне животне ситуације тако што интервенише у њихов садржај уколико увиди постојање девијација од жељеног стања ствари. Наравно, правни поредак понекад интервенише и кад наведене девијације нису идентификоване, али постоји озбиљна опасност од будућих девијација. У сваком случају, без обзира да ли проблеми реално постоје или су само очекивани, правни поредак уређује правила којима се нежељене друштвене појаве елиминишу или спречавају. Заштитни механизми уређени ради постизања жељених циљева су свакако различити и бројни, али сами циљеви остају исти. Наиме, независно од

конкретних правних механизма и лекова, правни поредак жели заштити одређене категорије субјеката за које је таква заштита сматрана потребном.

Институт предуговорног информисања треба стога посматрати у том смеру. Другим речима, институт предуговорног информисања служи оним циљевима који се, према намери правног поретка, третирају као заштитни. Сасвим је друго питање да ли, у конкретним околностима, институт предуговорног информисања служи и неким другим циљевима. Оно што је начелно битно је да предуговорно информисање има белег заштитног механизма, барем у смислу декларисаних циљева правног поретка. Сам правни поредак, тако, предвиђа заштитне механизме једино у оним областима где налази потребу за заштитом. Такве су, начелно, области трансакција где се одређени субјекат налази у подређеном положају у односу на другу страну трансакције. Ови субјекти су, махом, потрошачи.

Имајући ово у виду, правни поредак оправдање специфичних правила за потрошачке трансакције идентификује у тзв. статусу потрошача као „слабије“ уговорне стране. Мада се у литератури, најчешће са економског гледишта, овакви ставови често доводе под знак питања, правна политика остаје на ставу да постоји значајна неравнотежа између уговорних позиција потрошача и трговаца, што оправдава потребу посебних правила.¹ Конкретније, кад је реч о институту предуговорног информисања, позиција потрошача је често „слабија“ са аспекта степена информисаности и обавештености потрошача о различитим аспектима трансакције. При том, информисаност потрошача није само фактичка, па се не односи једино на добра и услуге чији је пренос или вршење предмет уговора, већ је и правна, у смислу природе и обима уговорних права и обавеза потрошача. Генерално, информисаност потрошача је несавршена.² Методи решавања овог проблема могу бити *ex ante* или *ex post* природе. Савремено потрошачко право прихвата оба ова приступа. Што се тиче степена заступљености *ex ante* и *ex post* механизма, ово диктирају конкретне околности на датом тржишту.³

Институт предуговорног информисања је посебно занимљив зато што обухвата како аспекте *ex ante* тако и аспекте *ex post* контроле трансакција. Ово ће бити детаљније анализирана у раду, имајући у виду да предмет истраживања нису сами циљеви и сам садржај дужности предуговорног информисања него и правне санкције због повреде ове дужности. Требају се имати у виду, такође, и неке друге напомене. Тако, рад је фокусиран једино на терену примене

¹ Упор. Becher, S.I., *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met*, American Business Law Journal 45(4)/2008, стр. 725-728.

² Вид. Cruz, R.T., Hinck, J.J., *Not My Brother's Keeper: The Inability of an Informed Minority to Correct for Imperfect Information*, Hastings Law Journal 47(3)/1996, стр. 646 и даље.

³ Вид., на пр., Дабовић-Анастасовска, Ј., Гавриловић, Н., *Заштите „слабије“ стране код уговора о услугама у новом европском уговорном праву: модалитети, дилеме и перспективе*, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац 2015, стр. 51-52.

института предуговорног информисања код уговора о услугама, а не и код уговора о испоруци робе. Стога, предмет интересовања је једна ужа област у циљу утврђивања развијености система предуговорног информисања у услужном сектору а насупрот сектору продаје робе. Потребно је нагласити, исто тако, да су предмет анализе махом потрошачке услужне трансакције. Са друге стране, имајући у виду да рад цели и ка формулисању општијих ставова о статусу, примени и домету европског уговорног права, биће извршене упоредне анализе са другим областима у којима постоје правила о предуговорном информисању.

Даље, примена института предуговорног информисања је ограничена на терен европског уговорног права. Другим речима, рад се не бави непосредно степеном усаглашености националних правних система са европским правом. Ово, наравно, тамо где је ова усаглашеност релевантна. Ипак, имајући у виду да нека питања домета примене института предуговорног информисања зависе преважно од става и приступа националног законодавца, а сам предмет рада дотиче ова питања, упућивање на национална правила је неминовно. У сваком случају, битно је нагласити да правила предуговорног информисања представљају неоспоран помак у области уговорног сегмента области потрошачког права, па и генерално система заштитних механизма правног поретка. Њихова функционалност је, пак, питање не само адекватности правне праксе него и општег става о потреби саме правне заштите.

2. Сектори примене

2.1. Опште о подручју примене

Како је споменуто, институт предуговорног информисања у својој примени није ограничен једино на терен заштите потрошача код услужних уговорних односа. Такво стање ствари је резултат, кад је реч о европским правним правилима, секторског приступа при уређивању релевантне материје. Ако се цела ствар доведе на линију европског потрошачког права, неспорно је да целокупни приступ у уређивању ове материје еманира белеге фрагментарности зато што у различитим развојним фазама европске регулативе о правној заштити потрошача доминирају различити аспекти усаглашавања правила која имају свој утицај на функционисање заједничког тржишта. Овакво је барем стање кад је реч о актуелним правним правилима. Не треба, међутим, заборавити да је европско потрошачко право жив организам који се развија понекад и насупрот актуелних стања и садржаја правних правила. Правила предуговорног информисања, стога, имају и ширу примену која ће се анализирати на адекватним местима у раду.

Иначе, проблематика предуговорног информисања има различите појавне облике, зависно од циљева саме правне регулативе. Начелно, кад је реч о потрошачком праву, историја регулативе показује да заштита потрошача подразумева и генерално обавезу информисања потрошача (првенствено) о

производима који им се нуде. Тако, о дужности информисања можемо да говоримо и кад је реч о означавању или етикетирању производа.⁴ Неки правни извори, наиме, имају шири значај у погледу доношења и примене. Такав је случај, на пр., са одредбама Директиве 2014/40/EУ Европског парламента и Савета од 3. априла 2014. о усклађивању закона и других прописа држава чланица о производњи, представљању и продаји дуванских и сродних производа⁵ или пак Уредбе (ЕУ) бр. 1169/2011 Европског парламента и Савета од 25. октобра 2011. о информисању потрошача о храни.⁶

Даље, идентификују се и посебни правни извори који се односе на општи ниво транспарентности при трговању са потрошачима, као што је случај са одредбама Директиве 98/6/EЗ Европског парламента и Савета од 16. фебруара 1998. о заштити потрошача приликом истицања цена производа понуђених потрошачима.⁷ Аспекти дужности информисања, у оваквом генералном смислу, се налазе и приликом регулације проблематике промоције и рекламирања. Ово је случај са правилима Директиве 2006/114/EЗ Европског парламента и Савета од 12. децембра 2006. о обмањивом и компаративном оглашавању.⁸ У овом смислу, релевантне су такође и одредбе Директиве 2005/29/EЗ Европског парламента и Савета од 11. маја 2005. о непоштеној пословној пракси пословног субјекта у односу према потрошачу на унутрашњем тржишту.⁹

⁴ Вид. Nebbia, P., Askham, T., *EU Consumer Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, стр. 199.

⁵ Directive 2014/40/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products and repealing Directive 2001/37/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 127, 29.4.2014.

⁶ Regulation (EU) No 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) No 1924/2006 and (EC) No 1925/2006 of the European Parliament and of the Council, and repealing Commission Directive 87/250/EEC, Council Directive 90/496/EEC, Commission Directive 1999/10/EC, Directive 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Directives 2002/67/EC and 2008/5/EC and Commission Regulation (EC) No 608/2004 (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 304, 22.11.2011.

⁷ Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, *Official Journal of the European Communities* L 80, 18.3.1998.

⁸ Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (codified version) (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 376, 27.12.2006.

⁹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the

Овај рад се, међутим, бави проблематиком информисања у предуговорној фази. Не говоримо, значи, о општим манифестацијама дужности информисања које се односе на означавање, промоцију, рекламирање или на транспарентност уопште, већ о конкретним манифестацијама дужности информисања пре закључења потрошачког уговора. Специфичност ове дужности информисања је јасно усмерена на терен уговорног права, у смислу пуноважности, садржаја и дејства уговорног облигационог односа. Није спорно, свакако, да опште манифестације дужности информисања утичу посредно и на сам уговорни однос између потрошача и трговца, али није ни спорно да специфични аспекти предуговорног информисања имају конкретније последице са аспекта уговорног права.

На терену самог информисања пре закључења потрошачког уговора, у смислу претходно реченог, поставља се питање сектора примене дужности предуговорног информисања. Ово као последица секторског приступа европског потрошачког права. Питање је, даље, да ли се могу идентификовати правила која се односе на општу дужност предуговорног информисања, примењиву на терен потрошачких трансакција. Такође, пошто је рад бави услужним потрошачким уговорима, основно је питање да ли ова општа дужност постоји за оне потрошачке уговоре који се не односе на испоруку добара већ на пружање услуга. Како ћемо видети, општа дужност предуговорног информисања се може идентификовати, мада постоје бројни секторски приступи ка овој материји. Зато ћемо ова два питања разгледати одвојено, како би касније прешли на остале области уговорног права које нису потрошачке.

2.2. Генерални ниво примене

Европска регулатива услужних потрошачких уговора је иначе фрагментарна и мање развијена него што је случај са продајним потрошачким уговорима.¹⁰ Актуелна правна правила, ипак, уређују општу дужност предуговорног информисања код услужних потрошачких уговора.¹¹ Реч је о правилима Директиве 2011/83/EУ Европског парламента и Савета од 25. октобра 2011. о правима потрошача.¹² Правила CRD се, наиме, примењују на сваки уговор

European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 149, 11.6.2005 – UCPD.

¹⁰ Вид. Дабовић-Анастасовска, Ј., Гавриловић, Н., *нав. чланак*, стр. 52-57.

¹¹ За систем потрошачког права пре доношења актуелних правних извора ово је питање спорно. Упор. Wilhelmsson, T., Twigg-Flesner, C., *Pre-contractual Information Duties in the acquis communautaire*, *European Review of Contract Law* 2(4)/2006, стр. 458-460.

¹² Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 304, 22.11.2011 – CRD.

склопљен између трговца и потрошача (чл. 3(1)), осим на оне послове који су искључени (чл. 3(3)).¹³ Сами се уговори о услузи, пак, дефинирају негативно, у смислу да је уговор о услузи сваки уговор, осим продајног уговора, према којем трговац испоручује или се обавезује испоручити услугу потрошачу, а потрошач плаћа или се обавезује платити њезину цену (чл. 2(6) CRD).

Имајући у виду наведене основе о подручју примене CRD, постоје одговарајућа правила о предуговорном информисању код услужних потрошачких уговора. При том, не сме се изгубити из вида да CRD има занимљиву легислативну историју, нарочито у погледу обима примене овог правног извора.¹⁴ Актуелни текст CRD, тако, представља извесно проширење поља примене у односу на укинуте правне изворе: Директива Савета од 20. децембра 1985. за заштиту потрошача у погледу уговора склопљених изван пословних просторија¹⁵ и Директива 97/7/ЕЗ Европског парламента и Савета од 20. маја 1997. о заштити потрошача са обзиром на склапање уговора на даљину.¹⁶ Другим речима, поред правила о предуговорном информисању која се односе на уговоре на даљину и уговоре склопљених изван пословних просторија (чл. 6), CRD садржи и правила о предуговорном информисању која се односе на тзв. „остале уговоре“ (чл. 5).

Као тзв. „остали уговори“, у смислу CRD, се сматрају они уговори који се не сматрају нити уговорима на даљину нити уговорима склопљених изван пословних просторија. При том, у чл. 5(1) CRD је наведено осам категорија предуговорних информација које се односе на главне карактеристике робе или услуга, идентитет трговца, укупну цену роба или услуга, итд. У неким случајевима, поједине предуговорне информације је трговац дужан навести кад је то примењиво, као што су информације које се односе на трајање уговора или, ако је уговор склопљен на неодређено време или се аутоматски продужује, услове раскида уговора (чл. 5(1)(f) CRD). Дужност предуговорног информисања за тзв. „остале уговоре“, као што се види, се примењује и на услужне потрошачке уговоре, осим на оне који су искључени у смислу чл. 3(3) CRD. Такође, обим примене дужности предуговорног информисања је ограничен тиме што државе чланице нису обавезне примењивати правила о предуговорном информисању на уговоре који обухватају свакодневне трансакције и који се извршавају одмах чим су склопљени (чл. 5(3) CRD). Коначно, иако је CRD генерално пропис максималне хармонизације (чл. 4), одредбом из чл. 5(4) се предвиђа да државе

¹³ Такав је случај, на пр., са социјалним, здравственим и финансијским услугама.

¹⁴ Вид. Howells, G., Reich, N., *The Current Limits of European Harmonisation in Consumer Contract Law*, ERA Forum 12(1)/2011, стр. 50-51.

¹⁵ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, *Official Journal of the European Communities* L 372, 31.12.1985.

¹⁶ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *Official Journal of the European Communities* L 144, 4.6.1997.

чланице могу прилагодити или задржати додатне захтеве у погледу предуговорних информација за тзв. „остале уговоре“.

Што се тиче уговора на даљину и уговора склопљених изван пословних просторија, у чл. 6(1) CRD је наведено двадесет категорија предуговорних информација које се односе на главне карактеристике робе или услуга, идентитет трговца, географску адресу на којој трговац има пословно седиште, укупну цену роба или услуга, итд. И у погледу ових уговора, поједине предуговорне информације трговац је дужан навести кад је то примењиво, као што су информације које се односе на постојање и услове пружања помоћи потрошачу након продаје, послепродајних сервиса и комерцијалних гаранција (чл. 6(1)(m) CRD). Иначе, посебна правила у погледу дужности давања предуговорних информација за уговоре на даљину и уговоре склопљених изван пословних просторија је резултат специфичности њиховог склапања. Тако, на пр., трговац је потрошачу дужан пружити информације у погледу трошка употребе средства даљинске комуникације за склапање уговора кад се тај трошак израчунава на неки други начин, а не по основној стопи (чл. 6(1)(f) CRD).

У погледу предуговорних информација за уговоре на даљину и уговоре склопљених изван пословних просторија, CRD је пропис максималне хармонизације. Ова специфичност CRD је очигледно резултат тога да је група тзв. „осталих уговора“ широка, тако да увођење принципа максималне хармонизације и за ове уговоре може имати негативне последице по заштити потрошача. Са друге стране, поставља се питање ја да ли је група тзв. „осталих уговора“ заиста толико широка, посебно ако се имају у виду генерални изузеци из примене CRD предвиђени у чл. 3(3). Такође, поставља се и питање оправданости одредбе из чл. 5(3) CRD која искључује примену правила о предуговорном информисању на уговоре који обухватају свакодневне трансакције и који се извршавају одмах чим су склопљени. Наиме, мада се чини да је ова одредба уведена како се не би наметале допунске законске обавезе (супер)маркетима,¹⁷ формулација је доста широка и може довести до различитих тумачења. Може се стога извести генерални закључак да иако наведена правила о предуговорном информисању представљају напредак у односу на претходну европску регулативу,¹⁸ њихов је обим примене и даље споран.

Правила CRD о предуговорном информисању, како се види, се примењују на услужне уговоре у смислу генералне примене овог прописа. Услужни могу бити како тзв. „остали уговори“ тако и уговори на даљину или уговори склопљени изван пословних просторија. За услужни сектор су, међутим, релевантна и правила Директиве 2006/123/ЕЗ Европског парламента и Савета од

¹⁷ Вид. Weatherill, S., *The Consumer Rights Directive: How and why a Quest for “Coherence” has (Largely) Failed*, *Common Market Law Review* 49(4)/2012, стр. 1292-1293.

¹⁸ Упор. Schulze, R., *Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law*, *European Review of Private Law* 13(6)/2005, стр. 847-849.

12. децембра 2006. о услугама на унутрашњем тржишту.¹⁹ Релевантна за ову проблематику правила Директиве 2006/123/ЕЗ, начелно, се односе на све кориснике услуга, а не само на потрошаче. Ипак, пошто су потрошачи покривени и као корисници услуга, правилима CRD се укидају правила Директиве 2006/123/ЕЗ. Наиме, у чл. 6(8) CRD се изричито наводи да обавезе информисања утврђене у CRD допуњују обавезе информисања садржане у Директиви 2006/123/ЕЗ, мада одредбе CRD имају предност у примени уколико су одредбе Директиве 2006/123/ЕЗ њој супротне у погледу садржаја и начина пружања информација. Истини за вољу, чл. 6(8) CRD изгледа да се односи само на уговоре на даљину и уговоре склопљене изван пословних просторија. Са друге стране, у т. 12 преамбуле CRD је садржана генерална формулација која се изгледа односи и на тзв. „остале уговоре“.

У погледу конкретних правила Директиве 2006/123/ЕЗ, за институт предуговорног информисања су битна правила која се тичу квалитета услуга. Тако, државе чланице Уније су обавезане одредбама из чл. 22. Директиве 2006/123/ЕЗ да обезбеде механизме којима се корисницима обезбеђује доступност информација о самим даваоцима услуга, али и о њиховим услугама. У односу на саме даваоце услуга, ове дужности се односе на идентификацију даваоца услуга и на његов статус. Што се самих услуга тиче, доступност информација се односи на: опште услове и клаузуле које користи давалац услуге, ако постоје; постојање уговорних клаузула које давалац користи у односу на закон који се примењује на уговор и/или надлежне судове; постојање евентуалног јемства након продаје, које није прописано законом; цену услуге, ако давалац унапред одреди цену за одређену врсту услуге; главне белеге услуге, ако већ није јасно из контекста; и осигурање или јемства а посебно контактне информације осигурача или јамца и територијалну покривеност.

2.3. Неки посебни сектори

Правила CRD и Директиве 2006/123/ЕЗ се могу, како је споменуто, сматрати правилима којима се уводи општа дужност предуговорног информисања за уговоре о услугама. Са друге стране, постоје и бројна секторска правила која се односе на услужни сектор. Релевантност секторских правила је потврђена одредбом из чл. 3(2) CRD која предвиђа да ако је било која од одредаба CRD противречна одредби неког другог акта Уније који уређује посебне секторе, одредба тога другог акта Уније има предност и примењује се на те посебне секторе. Наведена одредба CRD је општег карактера, имајући у виду да се она односи не само на дужност предуговорног информисања већ и на остала питања покривена правилима CRD. На терен дужности предуговорног информисања,

¹⁹ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *Official Journal of the European Union* L 376, 27.12.2006 – Директива 2006/123/ЕЗ.

ова одредба повлачи закључак да секторска правила о предуговорном информисању остају на снази уколико су супротна правилима CRD.

Наведени приступ је очигледно оправдан имајући у виду ионако секторски приступ европског потрошачког права. Постоје, наиме, бројни правни извори који се односе на предуговорно информисање у посебним секторима. Такав је случај са поменутом Директивом 2006/123/EЗ, али и са одредбама Директиве 2000/31/EЗ Европског парламента и Савета од 8. јуна 2000. о одређеним правним аспектима услуга информационог друштва на унутрашњем тржишту, посебно електронске трговине.²⁰ Иначе, однос између CRD и Директиве 2000/31/EЗ је уређен идентично као и однос између CRD и Директиве 2006/123/EЗ, што значи да секторска правила Директиве 2000/31/EЗ немају потпуну предност примене у односу на правила CRD, осим у погледу одредаба о склапању е-уговора и слању е-наруџбина претходне (чл. 8(9) CRD).

Директива 2000/31/EЗ је, иначе, сложен правни инструмент који се односи на услуге информационог друштва између држава чланица. Правила Директиве 2000/31/EЗ се, даље, односе како на потрошаче тако и на друге кориснике услуга информационог друштва, са тим да за потрошаче постоје специфична правила. У овом смислу, Директива 2000/31/EЗ покрива све кориснике услуга информационог друштва, били они потрошачи или не, али сами потрошачи уживају појачану правну заштиту. Што се тиче дужности предуговорног информисања, чл. 5. Директиве 2000/31/EЗ предвиђа дужност даваоца услуга информационог друштва да омогући корисницима једноставан, непосредан, минимални и трајан приступ информацијама о називу, адреси, регистрацији, овлашћењу, итд. даваоца услуга. Кад је реч о комерцијалним саопштењима²¹ даваоца услуга информационог друштва, чл. 6. Директиве 2000/31/EЗ предвиђа дужност пружања допунских информација. И ова се одредба, иначе, односи на дужност информисања свих корисника услуга информационог друштва. У погледу потрошача, пак, постоје императивна правила информисања (чл. 10. Директиве 2000/31/EЗ).²²

Остављајући по страну одредбе Директиве 2006/123/EЗ и Директиве 2000/31/EЗ, односно њихов однос са правилима CRD, у погледу осталих

²⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), *Official Journal of the European Communities* L 178, 17.7.2000 – Директива 2000/31/EЗ.

²¹ У смислу чл. 2(б) Директиве 2000/31/EЗ, комерцијално обавештење је сваки облик обавештења намењен промоцији, непосредно или посредно, роба, услуга или угледа предузећа, организације или особе које обављају трговачку, индустријску или обртничку делатност или се баве регулисаном професијом.

²² Ове се информације односе на податке о: различитим техничким корацима које треба пратити за склапање уговора; томе хоће ли давалац услуга архивирати склопљени уговор и хоће ли он бити доступан; техничким средствима за откривање и исправљање улазних грешака пре доставе наруџбе; и језицима који се нуде за склапање уговора.

посебних дужности предуговорног информисања важе првенствено правила секторских правних прописа.²³ Постоји већи број секторских прописа, које ћемо разгледати зависно од одговарајућег сектора примене. Што се тиче сектора финансијских услуга, за кредитне финансијске услуге су битна су правила Директиве 2008/48/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. априла 2008. о уговорима о потрошачким кредитима,²⁴ као и правила Директиве 2014/17/ЕУ Европског парламента и Савета од 4. фебруара 2014. о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине.²⁵ За финансијске услуге уопште, кад се нуде на даљину, примењива су правила Директиве 2002/65/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23 септембра 2002 о трговању на даљину финансијским услугама које су намењене потрошачима.²⁶

Сва се претходна три инструмента односе на област потрошачког права. Неки правни инструменти у сектору финансијских услуга имају ширу примену, али се односе и на потрошаче. Такви су правни извори који се односе на платне услуге, као што се случај са одредбама нове Директиве (ЕУ) 2015/2366 Европског парламента и Савета од 25. новембра 2015. о платним услугама на унутрашњем тржишту,²⁷ које државе чланице требају унети у национално право до 13.1.2018. године. Правила Директиве (ЕУ) 2015/2366 покривају дужност информисања у односима између даваоца и корисника платних услуга тим да се њихова примена може искључити једино ако корисник платних услуга није потрошач (чл. 38(1)).²⁸ Такође, правилима Уредбе (ЕУ) 2015/751 Европског парламента и Савета од 29. априла 2015. о међубанкарским надокнадама за

²³ Због недостатка простора, у погледу секторских режима предуговорног информисања даље излагање ће бити усмерено једно на кључна питања.

²⁴ Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, *Official Journal of the European Union* L 133, 22.5.2008.

²⁵ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010 (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 60, 28.2.2014.

²⁶ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, *Official Journal of the European Communities* L 271, 9.10.2002.

²⁷ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 337, 23.12.2015 – Директива (ЕУ) 2015/2366.

²⁸ Занимљиво је да, у смислу чл. 38(2) Директиве (ЕУ) 2015/2366, државе чланице могу применити одредбе о информисању и на микропредузећа једнако као и на потрошаче.

платне трансакције на основу картица²⁹ се покривају и односи између прихватиоца и примаоца плаћања, док се погледу потрошача предвиђају посебне обавезе информисања кад давалац платних услуга нуди услуге са више различитих платних брендова (чл. 8(2)).³⁰ Правила о информисању садржана у Директиви 2014/92/ЕУ Европског парламента и Савета од 23. јула 2014. о упоредивости накнада повезаних са рачунима за плаћање, пребацивању рачуна за плаћање и приступу рачунима за плаћање са основним услугама,³¹ пак, се примењују првенствено на потрошаче.³²

За сектор сектора финансијских услуга се свакако битне одредбе о предуговорном информисању код уговора о осигурању. Актуелни систем дужности предуговорног информисања код услуга осигурања чине одредбе Директиве 2009/138/ЕЗ Европског парламента и Савета од 25. новембра 2009. о оснивању и обављању делатности осигурања и реосигурања.³³ Одредбе Солвентност II Директиве се односе на дужност предуговорног информисања осигураваача у односу на уговарача осигурања. Стога, Солвентност II Директива се примењује на ширу област него што је потрошачко право, имајући свакако и у виду то да њена правила покривају и животно осигурање (чл. 185) и неживотно³⁴ осигурање (чл. 183-184).³⁵ За услуге осигурања су такође релевантне одредбе садржане у Директиви (ЕУ) 2016/97 Европског парламента и Савета од 20. јануара 2016. о дистрибуцији осигурања,³⁶ са којом се законодавства држава

²⁹ Regulation (EU) 2015/751 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on interchange fees for card-based payment transactions (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 123, 19.5.2015.

³⁰ Одредба се примењује од 9.6.2016. године.

³¹ Directive 2014/92/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on the comparability of fees related to payment accounts, payment account switching and access to payment accounts with basic features (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 257, 28.8.2014.

³² Државе чланице требају унети правила овог извора у национално право до 18.9.2016. године.

³³ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 335, 17.12.2009 – Солвентност II Директива.

³⁴ Битно је нагласити да се правила о неживотном осигурању примењују само кад је уговарач осигурања физичко лице (чл. 183(2) Солвентност II Директиве).

³⁵ О претходним правилима, вид. Borselli, A., *Cognosceat emptor: o obavezi osiguravača na davanje informacija potencijalnom osiguraniku u Evropi*, *Revija za pravo osiguranja*, бр. 2/2012, стр. 45 и даље.

³⁶ Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast) (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 26, 2.2.2016 – Директива (ЕУ) 2016/97.

чланица требају усагласити до 23.2.2018. године.³⁷ Одредбе овог прописа, за разлику од одредаба Солвентност II Директиве, покривају дужност предуговорног информисања преку тзв. посредника у осигурању или споредних посредника у осигурању (чл. 18, 19. и 21).

Следећи сектор за који постоје посебна правила је сектор превоза, тим што европска регулатива познаје посебна правила за различите гране превоза. Оно што је битно је то да се европски правни извори баве правима путника, не улазећи у то да ли се путници истовремено квалификују као потрошачи. За железнички превоз су релевантна правила Уредбе (ЕЗ) бр. 1371/2007 Европског парламента и Савета од 23. октобра 2007. о правима и обавезама путника у железничком превозу³⁸ (чл. 7-8). На поморску и унутрашњу пловидбу се примењују правила Уредбе (ЕУ) бр. 1177/2010 Европског парламента и Савета од 24. новембра 2010. о правима путника кад путују морем или унутрашњим пловним путевима³⁹ (чл. 22-23). За аутобуски превоз важе правила Уредбе (ЕУ) бр. 181/2011 Европског парламента и Савета од 16. фебруара 2011. о правима путника у аутобуском превозу⁴⁰ (чл. 24-25).

Што се пак ваздушног превоза тиче, постоји неколико правних извора: Уредба (ЕЗ) бр. 1008/2008 Европског парламента и Савета од 24. септембра 2008. о заједничким правилима за обављање ваздушног превоза у Заједници⁴¹ (чл. 23),⁴² Уредба (ЕЗ) бр. 2111/2005 Европског парламента и Савета од 14. децембра 2005. о успостављању листе Заједнице која садржи ваздушне превознике на које се примењује забрана летења унутар Заједнице и о информисању путника у

³⁷ О и даље важећим правилима, вид. Славнић, Ј., Јовановић, С., *Обавеза давања предуговорних информација и информација после закључења уговора о осигурању потрошачима услуга осигурања према директивама ЕУ и законима држава чланица: прилог расправи о регулисању уговора о осигурању у новом Грађанском законнику Србије*, Ревизија за право осигурања, бр. 3/2008, стр. 30-32.

³⁸ Regulation (EC) No 1371/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on rail passengers' rights and obligations, *Official Journal of the European Union* L 315, 3.12.2007.

³⁹ Regulation (EU) No 1177/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 concerning the rights of passengers when travelling by sea and inland waterway and amending Regulation (EC) No 2006/2004 (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 334, 17.12.2010.

⁴⁰ Regulation (EU) No 181/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 concerning the rights of passengers in bus and coach transport and amending Regulation (EC) No 2006/2004 (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 55, 28.2.2011.

⁴¹ Regulation (EC) No 1008/2008 of the European Parliament and of the Council of 24 September 2008 on common rules for the operation of air services in the Community (Recast) (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 293, 31.10.2008.

⁴² Вид. Prassl, J., *Liberalisation, Information, and Transparency: Three Tales of Consumer Protection in EU Aviation Law*, *European Review of Contract Law* 11(3)/2015, стр. 281 и даље.

ваздушном превозу о идентитету ваздушног превозника који обавља лет⁴³ (чл. 10-11), Уредба (ЕЗ) бр. 80/2009 Европског парламента и Савета од 14. јануара 2009. о Кодексу пословања рачунарских система резервација⁴⁴ (чл. 7), Уредба Савета (ЕЗ) бр. 2027/97 од 9. октобра 1997. о одговорности ваздушних превозника у случају несрећа⁴⁵ (чл. 6) и Уредба (ЕЗ) бр. 261/2004 Европског парламента и Савета од 11. фебруара 2004. о утврђивању општих правила одштете и помоћи путницима у случају ускраћеног укрцавања и отказивања или дужег кашњења лета у поласку⁴⁶ (чл. 14). Потребно је такође упутити и на Саопштење Комисије Европском парламенту и Савету о путницима у ваздушном превозу у Европској унији.⁴⁷

Историја европског потрошачког права указује и на уређивање посебних правила о предуговорном информисању потрошача у сектору туристичких услуга. Битно је нагласити да је Унија донела нову Директиву (ЕУ) 2015/2302 Европског парламента и Савета од 25. новембра 2015. о путовањима у пакет аранжманима и повезаним путним аранжманима,⁴⁸ тим да су државе чланице дужне донети национална правила усаглашена са овом правним извором до 1.1.2018. године а иста ће примењивати од 1.7.2018. године. До последњег датума важе правила Директиве Савета 90/314/ЕЕЗ од 13. јуна 1990. о путовањима, одморима и кружним путовањима у пакет аранжманима.⁴⁹ Дужност и садржина

⁴³ Regulation (EC) No 2111/2005 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2005 on the establishment of a Community list of air carriers subject to an operating ban within the Community and on informing air transport passengers of the identity of the operating air carrier, and repealing Article 9 of Directive 2004/36/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 344, 27.12.2005.

⁴⁴ Regulation (EC) No 80/2009 of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on a Code of Conduct for computerised reservation systems and repealing Council Regulation (EEC) No 2299/89 (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 35, 4.2.2009.

⁴⁵ Council Regulation (EC) No 2027/97 of 9 October 1997 on air carrier liability in the event of accidents, *Official Journal of the European Communities* L 285, 17.10.1997.

⁴⁶ Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91 (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 46, 17.2.2004.

⁴⁷ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Protection of air passengers in the European Union, COM/2000/0365 final.

⁴⁸ Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC, *Official Journal of the European Union* L 326, 11.12.2015 – Директива (ЕУ) 2015/2302.

⁴⁹ Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, *Official Journal of the European Communities* L 158, 23.6.1990.

предуговорног информисања је покривена одредбама садржаним у чл. 5(1) Директиве (ЕУ) 2015/2302. Ова дужност лежи било на организатора путовања било на продавца аранжмани који није истовремено и организатор. Дужност информисања о информацијама наведеним у чл. 5(1) Директиве (ЕУ) 2015/2302 се примењује паралелно са дужношћу давања одговарајућих стандардних информација путем одговарајућег обрасца како је наведен у Прилогу I. део А или део Б Директиве (ЕУ) 2015/2302.

Напокон, за предуговорно информисање потрошача у тзв. *timeshare* сектору су битна правила Директиве 2008/122/ЕЗ Европског парламента и Савета од 14. јануара 2009. о заштити потрошача у односу на одређене аспекте уговора о праву на временски ограничену употребу некретнине, о дугорочним производима за одмор, о препродаји и о размени.⁵⁰ Ова правила спомињемо иако се може спорити да ли овај сектор уређује услужне послове у правом смислу речи. Остављајући ову дилему по страну, дужност трговца да потрошачу пружи предуговорне информације је уређена у чл. 4. Директиве 2008/122/ЕЗ. При том, листа предуговорних информација је уређена и доставља се путем одговарајућих стандардних образаца са предуговорним информацијама: за уговор о праву на временски ограничену употребу некретнине – образац из Прилога I. Директиве 2008/122/ЕЗ и информације наведене у делу 3. тог обрасца; за уговор о дугорочном производу за одмор – образац из Прилога II. Директиве 2008/122/ЕЗ и информације наведене у делу 3. тог обрасца; за уговор о препродаји – образац из Прилога III. Директиве 2008/122/ЕЗ и информације наведене у делу 3. тог обрасца; и за уговор о размени – образац из Прилога IV. Директиве 2008/122/ЕЗ и информације наведене у делу 3. тог обрасца.

3. Релације са осталим областима уговорног права

Како је споменуто, европско потрошачко право је жив организам који се континуирано развија. Ово повлачи потребу анализе не само актуелно примењивих правила европског потрошачког права, кад је ред о услужним уговорним односима, него и предложених правних извора или политичко-правних докумената који се односе на евентуалне будуће предлоге правних извора. У овом смеру, за дужност предуговорног информисања су релевантне одредбе Предлога Уредбе Европског парламента и Савета о заједничком европском праву продаје,⁵¹ као и одредбе Нацрта заједничког референтног

⁵⁰ Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 33, 3.2.2009 – Директива 2008/122/ЕЗ.

⁵¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final – CESL.

оквира (DCFR).⁵² Потреба њихове анализе се намеће из једноставног разлога што се њихове одредбе односе на област уговорног права уопште, независно од тога да ли је реч о потрошачком праву или не. Неспорно је, наиме, да се важеће европско уговорно право фокусира на потрошачке аспекте, односно да не постоји правна регулатива која се може сматрати регулативом уговорног права у правом смислу речи. И поред тога, одредбе CESL и DCFR пружају изванредан увид у развојне смерове европског уговорног права па ћемо из зато и разгледати.

Одредбе CESL, истини за вољу, имају ограничени утицај на актуелни систем европског уговорног права, уопште. Ово из разлога што је Комисија предлог CESL повукла својим програмом рада за 2015. годину, како би се израдио измењени предлог у циљу пуног ослобођења потенцијала електронске трговине на дигиталном јединственом тржишту.⁵³ Имајући ово у виду, Комисија је 9.12.2015. године,⁵⁴ између осталог, изнела легислативни Предлог Директиве Европског парламента и Савета о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја.⁵⁵ Овим се предлогом, сагласно обухватом истог, не предвиђају посебна правила о предуговорном информисању. Такав став Комисије је свакако очигледно последица схватања да се правилима CRD адекватно уређује ово питање. Доказ у овом смеру је одредба садржана у чл. 6(1)(а) предлога, којом се предвиђа да како би био у складу са уговором, ако је релевантно, дигитални садржај треба бити у количини, квалитету, трајности и верзији, као и имати функционалност, интероперабилност и друге радне белеге попут доступности, континуитета и сигурности, који се захтијевају уговором укључујући и све предуговорне информације које чине саставни део уговора.

И поред оваквог стања ствари, сматрамо потребним изложити нека правила CESL о предуговорном информисању, а у циљу утврђивања евентуалних будућих развоја на терен европског уговорног права. Не улазећи у концепт примене правила CESL,⁵⁶ битно је нагласити да се ова правила првенствено односе на уговоре о продаји. Услужни послови, међутим, нису потпуно искључени, имајући у виду да су обухваћени и уговори о тзв. повезаним уговорима о услугама као и о тзв. мешовити уговори. Бројна правила CESL су, такође, општа правила уговорног права која су начелно одговарајућа и за услужне трансакције. Одредбама CESL се прави разлика између дужности предуговорног информисања у потрошачким трансакцијама и дужности предуговорног информисања у трговачким трансакцијама где је бар једна страна

⁵² Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline edition, Sellier, Munich 2009.

⁵³ Вид. http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf (30.30.2016).

⁵⁴ Вид. http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/news/151209_en.htm (30.3.2016).

⁵⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, COM/2015/0634 final.

⁵⁶ Вид. Гавриловић, Н., *Кон заједничкото европско право за продажба [Ка заједничком европском праву продаје]*, Европско право, бр. 1-2/2012, стр. 47-48.

мало или средње предузеће. Разлика је у томе да су правила предуговорног информисања која се односе на потрошачке трансакције императивна, у смислу да се њихова примена не може искључити (или ограничити) на штету потрошача (чл. 22. CESL).

Што се тиче дужности предуговорног информисања примењиве на потрошачке уговоре, CESL уређује посебна правила за предуговорно информисање код уговора на даљину и уговора склопљених изван пословних просторија (чл. 13-19),⁵⁷ као и посебна правила за предуговорно информисање код уговора који нису нити уговори на даљину нити уговори склопљених изван пословних просторија (чл. 20). Приступ разликовања између уговора на даљину и уговора склопљених изван пословних просторија и тзв. „осталих уговора“, као и садржина потребних предуговорних информација, указује на то да су правила CESL очигледно инспирисана правилима CRD. Са друге стране, обзиром на то која све правила обухвата CESL, у литератури се проблематизира овај приступ у смислу (не)постојања опште обавезе о преговарања у сагласности са начелом савесности и поштења и поред генералних одредаба из чл. 2. CESL.⁵⁸ Начело савесности и поштења, са друге стране, је изричито споменуто у одредби чл. 23(1) CESL која се односи на дужност предуговорног информисања код трговачких уговора где је бар једна страна мало или средње предузеће.⁵⁹

Што се тиче правила DCFR о предуговорном информисању, најпре је битно приметити да се ова правила примењују и на услуге (чл. II-3:101(1)). При том, ова су правила уређена општим уговорним правом DCFR, док су у чл. IV.C.-2:102. садржане посебне одредбе које се тичу дужности даваоца услуге о предуговорном упозорењу примењиве на све именоване услужне уговоре. Битно је, даље, да се одредбама DCFR прави разлика између предуговорног информисања код потрошачких и трговачких уговора. Већина одредаба DCFR се односи на потрошачке уговоре: специфична правила о информисању потрошача (чл. II-3:102), информисање потрошача који су у нарочитом неповољном положају (чл. II-3:103), информисање потрошача путем даљинске комуникације у реалном времену (чл. II-3:104), информисање потрошача код уговора склопљених електронским средствима (чл. II-3:105),⁶⁰ итд.

⁵⁷ Одредбе из чл. 13. CESL предвиђају општа правила о информисању код уговора на даљину и уговора склопљених изван пословних просторија. Одредбе чл. 14-17. CESL даље разрађују правила чл. 13. CESL у погледу цене, допунских надокнада и трошкова, идентитета и адреси трговца, уговорним условима и праву повлачења. Одредбе чл. 18-19. CESL, одговарајуће, уређују допунска правила о информисању код уговора склопљених изван пословних просторија односно уговора на даљину.

⁵⁸ Вид. Giliker, P., *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, *European Review of Private Law* 21(1)/2013, стр. 88 и даље.

⁵⁹ Вид. Baird, Д.Г., *Precontractual Disclosure Duties under the Common European Sales Law*, *Common Market Law Review* 50(1/2)/2013, стр. 297 и даље.

⁶⁰ Истини за вољу, у одредби из чл. II-3:105(1) DCFR се говори о „другој страни“, док се у чл. II-3:105(4) DCFR говори о „потрошачу“.

Занимљиво је да општа правила DCFR о предуговорном информисању не говоре изричито о начелу савесности и поштења, мада је уређена генерална и императивна дужност о преговарању у сагласности са овом начелом (чл. II-3:301(2)). Наиме, начелна одредба из чл. II-3:101(1) DCFR говори о пружању информација у односу на добра, друге објекте и услуге које се снабдевају које друга страна разумно очекује имајући у виду стандарде квалитета и испуњења који се разумно очекују у датим околностима, док се у чл. II-3:102(1) DCFR говори о битним чињеницама чије пружање просечни потрошач може очекивати како би донео информисану одлуку о томе да ли ће предузети кораке у циљу склапања уговора. Ове се одредбе наизглед подударaju, мада је спорно да ли се и одредба из чл. 3:101(1) DCFR односи једино на потрошачке трансакције.⁶¹ Правила о трговачким трансакцијама су пак фокусирана на разумно очекивање друге стране о пружању информација у складу са добром трговачком праксом (чл. 3:101(2) DCFR), док се у литератури спори адекватност решења DCFR о предуговорном информисању у трговачким уговорима.⁶²

Битно је споменути, такође, да DCFR познаје и посебна правила о предуговорном информисању код неких именованих уговора. Такав је случај са посебном групом именованих уговора у систему DCFR, односно уговора о трговачком заступању, уговора о франшизи и уговора о дистрибуцији.⁶³ Постоје, наиме, опште заједничко правило о дужности за предуговорно информисање код уговора о трговачком заступању, франшизи и дистрибуцији (чл. IV.E.-2:101. DCFR), али и посебна правила за уговор о франшизи (чл. IV.E.-4:102. DCFR). Иначе, правила се базирају на Принципима европског права о уговорима о трговачком заступању, франшизи и дистрибуцији (PEL CAFDC),⁶⁴ мада нису са њима идентична. PEL CAFDC такође познају општа и заједничка правила о предуговорном информисању, која су императивна (чл. 1:201), али и посебна императивна правила примењива на уговоре о франшизи (чл. 3:102). Идеја постојања посебних правила за ове уговоре, који су у принципу трговачки, лежи не једино у њиховом белегу трајних облигација већ и у чињеници да се трговачки заступник, франшизат и дистрибутер могу сматрати „слабијом“ уговорном страном.⁶⁵

⁶¹ Упор. Beale, H., *The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure*, *European Review of Contract Law* 4(3)/2008, стр. 334.

⁶² Вид. Fages, „Pre-contractual Duties in the Draft Common Frame of Reference: What Relevance for the Negotiation of Commercial Contracts?“, *European Review of Contract Law* 4(3)/2008, стр. 308-311.

⁶³ Ови се уговори можда не могу квалификовати као услужни у пуном смислу речи, али их спомињемо из разлога што поседују изразите услужне елементе и белеге.

⁶⁴ Hesselink M.W. et al., *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Sellier, Munich 2006.

⁶⁵ Вид. Гавриловић, Н., *Споредбеноправни аспекти на договорот за франшиза [Упоредноправни аспекти уговора о франшизи]*, докторска дисертација, Правни факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2011, стр. 144 и даље.

За европско уговорно право, како се види, се може говорити једино у смислу предложених правних извора и/или политичко-правних докумената. Актуелно европско уговорно право је, пак, у принципу потрошачко. Развијање општих правила уговорног права у ЕУ је свакако дуготрајан процес који се може спорити и у смислу законодавне надлежности Уније. У сваком случају, предложени правни извори или политичко-правни документи наводе на два закључка. Први се односи на устаљено разликовање између трговачких и потрошачких уговора. Други, као модификација и надградња првог, ја да се тежиште регулаторне активности Уније све више пребацује на заштиту тзв. „слабије“ уговорне стране, а не једино на заштиту права потрошача, због постојања асиметрије у погледу информација.⁶⁶

4. Проблем адекватне правне санкције

Питање правне санкције због повреде дужности предуговорног информисања је спорно. Европско уговорно право, наиме, није изградило успешан систем правних санкција на овом терену, разлог чему је свакако непостојање развијеног система општег уговорног права. У погледу генералне дужности информисања, у CRD је предвиђено једино да државе чланице утврђују правила о санкцијама примењивим на повреде националних одредаба донесених на темељу њених одредби и предузимају потребне мере како би осигурале да се оне примењују, тим да предвиђене санкције морају бити ефективне, пропорционалне и адекватне (чл. 24). Санкције за повреду дужности предуговорног информисања се, значи, уређују националним правом. У прилогу тога је и одредба из чл. 3(5) CRD, којом се предвиђа да правила CRD немају утицај на опште одредбе националног уговорног права, као што су правила о пуноважности, склапану или дејству уговора у мери у којој општи аспекти уговорног права нису уређени правилима CRD.

Постоје, међутим, извесни изузеци, односно правне санкције уређене правилима CRD. Прво, у смислу одредбе из чл. 6(б) CRD, ако трговац није испунио обавезе пружања информација о додатним трошковима или другим трошковима (чл. 6(1)(е)) или трошковима враћања робе (чл. 6(1)(и)), потрошач не сноси те трошкове.⁶⁷ Друго, чл. 10(1) CRD предвиђа да ако трговац потрошачу није пружио информацију о праву одустајања (чл. 6(1)(h)), рок за одустајање истиче 12 месеци од краја првобитног рока⁶⁸ за одустајање од уговора.⁶⁹ Треће, у смислу чл.

⁶⁶ Вид. Roppo, V., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, *European Review of Contract Law* 5(3)/2009, стр. 315 и даље.

⁶⁷ Слична одредба је садржана у чл. 29(2) CESL.

⁶⁸ Вид. чл. 9(2) CRD.

⁶⁹ Слична одредба је садржана у чл. 42(2) CESL, на који пак упућује чл. 29(3) CESL. Вид. и чл. II-3:109(1) DCFR. Само право повлачења, иначе, се не може сматрати засебном правном санкцијом због повреде правила о предуговорном информисању јер ово право свакако стоји као правна могућност за уговоре на даљину и уговоре склопљене изван пословних просторија (чл. 9(1) CRD).

14(1) CRD, купац је дужан покрити једино непосредне трошкове враћања робе, ако трговац није обавести потрошача да потрошач мора да их покрије.⁷⁰ Наведене правне санкције се односе једино на уговоре на даљину и уговоре склопљене изван пословних просторија. За тзв. „остале уговоре“ CRD не предвиђа посебне санкције.

Све наведене правне санкције садржане у релевантним одредбама CRD се односе на повреду саме дужности давања одређених предуговорних информација. При том, битно је напоменути да терет доказа о испуњавању дужности информисања пада на трговца (чл. 6(9) CRD), мада само у погледу уговора на даљину и уговора склопљених изван пословних просторија. Овакве су одредбе садржане и у чл. 41. Директиве (ЕУ) 2015/2366 као и у чл. 8. Директиве (ЕУ) 2015/2302. Следећи пример CRD, овакво правило је садржано и у чл. 21. CESL. У сваком случају, остали модалитети правних санкција су остављени националним правилима. Правила по којима прописане предуговорне информације чине саставни део уговора⁷¹ не вреде пуно са аспекта предуговорног информисања, јер недостављене предуговорне информације свакако не могу постати део уговора.⁷² У овом смислу, такође, мало вреде и формални захтеви о предуговорном информисању.⁷³

Наведене правне санкције се примењују у случајевима кад прописане предуговорне информације нису уопште достављене. Друго је питање правне санкције за случајеве кад су иначе достављене предуговорне информације обмањиве или нетачне. За ове је случајеве, пак, искључиво меродавно национално право. Предложени правни извори и политичко-правни документи упућују на санкције у случају постојања мана воље. Тако, чл. 29(3) CESL предвиђа могућност примене санкција у случају постојања заблуде (чл. 48. CESL) односно могућност примене санкција у случају постојања преваре (чл. 49. CESL).⁷⁴ Одредба садржана у чл. II-3:109(4) DCFR, пак, предвиђа једино могућност примене санкција у случају постојања заблуде (чл. II-7:201 DCFR). Реч је о класичном правном леку којим се у принципу захтева поништење уговора. Битно је нагласити да испуњеност услова о примени ових института зависи првенствено од садржине правних правила којима се уређују, у смислу да се постојање обмањивих и/или нетачних предуговорних информација може квалификовати као превара или заблуда једино ако се испуњени услови самих ових института, а у смислу релевантног примењивог правног извора.

Тако, на пр., правне санкција у случају заблуде се предвиђене и одредбом из чл. 3:102(2) PEL CAFDC, у смислу упућивања на одредбу чл. 4:103. Принципа

⁷⁰ Слична одредба је садржана у чл. 29(2) CESL.

⁷¹ Вид. чл. 6(5) CRD, чл. 6(1) Директиве (ЕУ) 2015/2302 и чл. 5(2) Директиве 2008/122/ЕЗ.

⁷² Упор. чл. II-9:102. DCFR.

⁷³ Вид. чл. 7-8 CRD, чл. 5 Директиве (ЕУ) 2015/2302 и чл. 4 Директиве 2008/122/ЕЗ.

⁷⁴ Вид. Ackermann, T., Franck, J., *Defects in Consent: An Assessment of Chapter Five of the Proposal for a Common European Sales Law*, European Review of Contract Law 8(2), 2012, стр. 114 и даље.

европског уговорног права.⁷⁵ Уговор се може поништити, међутим, једино ако се заблуда може сматрати релевантном (битном) у смислу чл. 4:103(1) PECL⁷⁶ односно ако заблуда није неизвинљива за другу страну односно друга страна није преузела ризик заблуде или ово произлази из околности случаја (чл. 4:103(2) PECL). Уколико нису испуњени услови за поништење уговора због заблуде, друга страна има једино право на накнаду штете (чл. 3:102(2) PECL CAFDC), у смислу одредаба чл. 4:117(1) и (3) PECL. Мора се, међутим, имати у виду да накнада штете није последица једино у случајевима кад су предговорне информације обмањиве или нетачне. Ово произлази, на пр., из одредбе чл. 29(1) CESL, иако се у претходним одредбама (чл. 28. CESL) говори једино о обмањивим или нетачним информацијама.

Претходна излагања, међутим, не исцрпљују све могућности у погледу правних санкција за повреду дужности предговорног информисања.⁷⁷ Тако, на пр., релевантне одредбе CESL у погледу накнаде штете се изгледа односе само на ситуација кад је уговор склопљен, без обзира да ли захтеване предговорне информација уопште нису пружене или су пак обмањиве или нетачне. Одредбом из чл. II-3:109(3) DCFR, пак, се покрива обавеза накнаде штете и у ситуацијама кад уговор није склопљен. Кад је уговор склопљен, као правни лек због повреде дужности предговорног информисања се могу изјавити и правни лекови у случају неиспуњења. Ово је изричито наведено у чл. II-3:109(2) DCFR. Коначно, што се тиче услуга осигурања, одредбе Солвентност II Директиве не познају специфичне правне лекове. Са друге стране, у чл. 17(2) Директиве (ЕУ) 2016/97 се спомињу правила UCPD,⁷⁸ што се идентификује као опште решење у погледу санкција за повреду предговорног информисања код уговора о осигурању.⁷⁹ Принципи европског уговорног права осигурања,⁸⁰ пак, предвиђају правне санкције раскида и накнаде штете само у случају пропуштања упозорења о неслагању између понуђеног покрића и предлога заинтересованог лица (чл. 2:202).

За правне системе базиране на одредбама Закона о облигационим односима социјалистичке Југославије,⁸¹ могу се идентификовати или само опште правне санкције због повреде дужности предговорног информисања или пак од њих изведене санкције. Реч је о одредбама о манама воље због заблуде или преваре (чл. 61 и 65 ЗОО 1978), односно о одредбама о правним последицама мана воље (чл.

⁷⁵ Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law*, 1998 (parts I and II), 2002 (part III) – PECL.

⁷⁶ Упор. чл. II-7:201. DCFR.

⁷⁷ Упор. Гавриловић, Н., (2011), *нав. дело*, стр. 162-168.

⁷⁸ Вид. и Прилог II. ка UCPD.

⁷⁹ Вид. Slavnić, J., *Primena Direktive o nekorektnoj trgovačkoj praksi od 2005. god. na osiguranje*, *Revija za pravo osiguranja*, бр. 4/2006, стр. 22 и даље.

⁸⁰ Project Group "Restatement of European Insurance Contract Law", *Principles of European Insurance Contract Law*, 2015.

⁸¹ Закон о облигационим односима, *Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 и 57/89 – ЗОО 1978.

111-113, 115 и 117 ЗОО 1978). Идентична су правила садржана и у македонском Закону о облигационим односима:⁸² правила о заблуди и превари (чл. 53 и 57 ЗОО), односно правила о поништењу (чл. 103-105, 107 и 109 ЗОО). Што се тиче посебних правила, македонски Закон о заштити потрошача⁸³ не предвиђа посебне правне санкција приватног права. Одредбом чл. 103 ЗЗП се једино предвиђају правила о могућности да овлашћена тела или надлежни инспекторат покрену поступак за престанак повреде правила о предуговорном информисању, у смислу поступка о заштити колективних интереса потрошача сагласно Директиви 2009/22/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. априла 2009. о судским налозима за заштиту интереса потрошача.⁸⁴ Постоје, такође, прекршајне санкције (чл. 136(1)(27)-(28) ЗЗП).

Српски законодавац⁸⁵ је поступио другачије, у смислу да се одредбом из чл. 13(7) ЗЗП РС предвиђа да ако приликом закључења уговора трговац не поступи у складу са обавезом предуговорног информисања (обавештења), потрошач може захтевати поништење уговора, независно од тога да ли је трговац имао намеру да га пропуштањем обавештавања наведе на закључење уговора, тим да право да се захтева поништај уговора престаје истеком годину дана од дана закључења уговора. Иначе, одредба се примењује и у ситуацијама кад потрошач није добио обавештење, као и у ситуацијама кад обавештење није потпуно.⁸⁶ Реч је, очигледно, о специјалном правилу, и то не само у погледу предвиђања објективног једногодишњег рока за поништај.⁸⁷ Правило, наиме, не улази у анализу услова примене института заблуде или преваре, пошто је наглашено да право поништаја стоји независно од тога да ли је трговац имао намеру да потрошача пропуштањем обавештавања наведе на закључење уговора.

Имајући последње у виду, правило из чл. 13(7) ЗЗП РС подразумева санкцију због саме повреде дужности давања предуговорних информација. Другим речима, оно се има применити само због пропуштања информисања, односно пружања непотпуних информација у односу на прописане. Примена општих правила облигационог права, стога, није искључена, па у погледу ситуација кад су предуговорне информације обмањиве или нетачне, примена одредаба ЗОО 1978

⁸² Закон за облигационите односи [Закон о облигационим односима], *Службен весник на Република Македонија [Службени лист Републике Македоније]*, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 и 123/13 – ЗОО.

⁸³ Закон за заштита на потрошувачите [Закон о заштити потрошача], *Службен весник на Република Македонија [Службени лист Републике Македоније]*, бр. 38/04, 77/07, 103/08, 24/11, 164/13, 97/15 и 152/15 – ЗЗП.

⁸⁴ Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests (Codified version) (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union* L 110, 1.5.2009.

⁸⁵ Закон о заштити потрошача, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 62/14 – ЗЗП РС.

⁸⁶ Вид. Петровић Томић, Н.С., *Заштита потрошача услуга осигурања*, Београд 2015, стр. 199.

⁸⁷ Упор. чл. 117 ЗОО 1978.

изгледа да остаје. У сваком случају, сама примена поменутог правног лека из чл. 13(7) ЗЗП РС је ограничена на случајеве кад је до склапања уговора заиста дошло. Ова, свакако, вреди и за правне лекове по одредбама ЗОО 1978. Кад уговор уопште није склопљен, поставља се питање могућности (али и адекватности) примене правила ЗОО 1978 о предуговорној одговорности (чл. 30),⁸⁸ и поред очигледне манифестације начела савесности и поштења,⁸⁹ а имајући у виду обим примене института онако како је уређен.

5. Дискусија и закључци

Како је споменуто на самом почетку излагања, посебна правила о предуговорном информисању су првенствено примењива на информисање потрошача који се, по налажењу правног поретка, третирају као подобни заштити. Тако, у т. 34 преамбуле CRD се наводи да би трговац требао потрошачу пружити јасну и разумљиву информацију пре него што се овај обавезе уговором на даљину или уговором који се склапа изван пословних просторија, другим уговором или било којом одговарајућом понудом. Даље се наводи да би код пружања таквих информација трговац требао узети у обзир специфичне потребе потрошача који су посебно рањиви због своје менталне, физичке или психолошке слабости, доби или лаковерности на начин за који се оправдано очекује да трговац може предвидети. Коначно, наглашава се да узимање у обзир таквих специфичних потреба не би требало довести до различитих нивоа заштите потрошача. Наведени генерални став се свакако односи и на потрошачке уговоре о услугама.

Циљеви предуговорног информисања код потрошачких уговора о услугама су, стога, првенствено заштитни. Правни поредак, наиме, идентификује потрошаче као рањиву категорију учесника у трансакцијама па зато уређује посебна правила и развија правне механизме којима би се ова заштита промовисала, спровела и унапредила. Европско потрошачко право следи ову линију резонирања не само у историјској перспективи, него и имајући у виду и актуелна правна решења. Евидентан је, такође, развојни приступ европског потрошачког права. У овом смислу, актуелни систем европског потрошачког права познаје општу дужност о предуговорном информисању у потрошачким уговорима, укључујући и уговоре о услугама. На овај начин се амортизира начелни закључак да је европска регулатива услужних послова мање развијена у односу на послове о снабдевању робе.

⁸⁸ Упор. Braut Filipović, M., Tomulić Vehovec, M., *Precontractual Liability in EU and Croatian Law*, Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, br. 1/2012, стр. 23.

⁸⁹ Упор. Castronovo, C., *Information Duties and Precontractual Good Faith*, European Review of Private Law 17(4)/2009, стр. 569-571.

Наведена општа дужност предуговорног информисања произлази из споменутих одредаба чл. 5. CRD. Такав приступ овог правног извора се чини оправданим ако се има у виду његова историја. Ипак, поставља се питање домета функционалности ове одредбе. Наиме, у смислу чл. 7(1) UCPD, пословна се пракса сматра обмањивом ако у даном чињеничном контексту, узимајући у обзир све његове белеге и околности као и ограничења средстава саопштавања, изоставља битне информације потребне просечном потрошачу да би у даним околностима донео информисану одлуку о трансакцији те просечног потрошача наводи или је веројатно да ће га навести на доношење одлуке о трансакцији коју иначе не би донео. Допунску, у чл. 7(4) UCPD, као битне се сматрају информације о главним белезима производа (и услуге), географској адреси и идентитета трговца, цене и трошкова, начина плаћања, доставе и израде производа, итд., ако већ нису очигледне из контекста.

Битно је питање, стога, да ли правила CRD постижу своје циљеве. Остале одредбе CRD о предуговорном информисању се односе на посебне типове потрошачких уговора, а то су уговори на даљину и уговори склопљених изван пословних просторија (чл. 6. CRD). За ове уговоре CRD покрива посебна правила, као што се случај и са другим посебним правним извора типа Директиве (ЕУ) 2015/2302 или Директиве 2008/122/ЕЗ. CRD очигледно одскаче од устаљеног приступа уређујући општу дужност информисања која, и поред бројних изузетака, има релативно широк обим примене. Увођење опште дужности се може чинити позитивним за потрошаче, али се отвара питање односа са правилима из чл. 7. UCPD.⁹⁰ Овај проблем се комплицира споменутом одредбом из чл. 3(2) CRD, зато што се UCPD тешко може сматрати као секторски пропис. Ако се пак стане на став да CRD имплицитно дерогира споменута правила UCPD, онда се правна заштита слаби а не јача.⁹¹ Ризик оваквог тумачења посебно долази до израза због слабе развијености система правних санкција због повреде дужности предуговорног информисања, која је нарочито изражена код тзв. „осталих уговора“.

Други битан циљ правила о дужности предуговорног информисања је конкретизација примене начела савесности и поштења. Ово начело, наиме, име своју конкретизацију не само на терен садржине и дејства облигационих уговора, него и при њиховом настајању.⁹² Битност начела савесности и поштења и за тзв. предуговорну фазу (чл. 12 ЗОО 1978, чл. 5 ЗОО) свакако доприноси не само конзистентности правног поретка него и адекватној контроли понашања субјеката на тржишту како би се остварила одговарајућа равнотежа у правним односима. Претходна излагања показују да европско уговорно право о заштити

⁹⁰ Правила UCPD се, иначе, генерално примењују и на услуге.

⁹¹ Вид. Hall, E., Howells, G., Watson, J., *The Consumer Rights Directive: An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, European Review of Contract Law 8(2), 2012, стр. 144, 145-146.

⁹² Вид. Галев, Г., Дабовић-Анастасовска, Ј., *Облигационо право*, Скопје 2012, стр. 88-90.

потрошача не поседује комплетно заокружени систем правних санкција у случају повреде дужности предуговорног информисања. Ово важи не само за актуелни систем, већ и за предложене правне изворе и политичко-правне документе. У овом погледу, проблематика је евидентна не само у случајевима кад предуговорне информација уопште нису пружене или су пак обмањиве или нетачне, него нарочито у случајевима кад уговор уопште није склопљен.⁹³

Све ово указује на продужену егзистенцију фрагментарног приступа европског потрошачког право, што неспорно резултира фрагментацијом самих правних правила и института. Иако је тачно да Унија има ограничену законодавну надлежност а њене чланице припадају различитим правним традицијама, што објашњава стање бројних правних извора, остаје отворено питање о половичношћу бројних решења. Све се ово допунски компликује ако се има у виду непостојање општих правила за целокупну област уговорног права. Са друге стране, постојање тенденција пребацивања акцената легислативног интереса са потрошача на „слабије“ уговорне стране ће можда допринети изграђивању потпунијих правила, што остаје да се види.

Jadranka Dabović-Anastasovska, Ph.D., Full-time Professor
Nenad Gavrilović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law "Iustinianus Primus"
University "Ss. Cyril and Methodius" in Skopje

THE DUTY OF PRE-CONTRACTUAL INFORMATION IN SERVICE CONTRACTS IN EUROPEAN CONTRACT LAW: AIMS AND LEGAL SANCTIONS

Summary

The paper conducts an analysis on the issue of pre-contractual information to consumers in European contract law with special emphasis to services. The analysis first covers the existing rules of European consumer law on pre-contractual information in service contracts. Said discussion is subsequently used as introductory in relation to possible future legal projects and legal sources for regulating pre-contractual information for contracts in general. After that, the discussion covers the issue of legal sanctions for cases where pre-contractual information are not provided, as well as for

⁹³ Вид. Cravetto, С., Pasa, В., *The 'Non-sense' of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts*, *European Review of Private Law* 19(6)/2011, стр. 770-773.

cases where pre-contractual information provided are inaccurate or misleading. The identification of an incomplete and fragmented system of legal sanctions, as well as the lack of a general part of European contract law, point to the conclusion of a disputed actual level of protection of consumers and the weaker counterparty in general.

Key words: *services, consumers, information, EU law, sanctions.*

Литература

- Ackermann, T., Franck, J., Defects in Consent: An Assessment of Chapter Five of the Proposal for a Common European Sales Law, *European Review of Contract Law* 8(2), 2012.
- Baird, D.G., Precontractual Disclosure Duties under the Common European Sales Law, *Common Market Law Review* 50(1/2)/2013.
- Beale, H., The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure, *European Review of Contract Law* 4(3)/2008.
- Becher, S.L., Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met, *American Business Law Journal* 45(4)/2008.
- Borselli, A., Cognosceat emptor: o obavezi osiguravača na davanje informacija potencijalnom osiguraniku u Evropi, *Revija za pravo osiguranja* 2/2012.
- Braut Filipović, M., Tomulić Vehovec, M., Precontractual Liability in EU and Croatian Law, *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2012.
- Гавриловић, Н., Кон заедничкото европско право за продажба“ [„Ка заједничком европском праву продаје], *Европско право* 1-2/2012.
- Гавриловић, Н., Споредбеноправни аспекти на договорот за франшиза [Упоредноправни аспекти уговора о франшизи], докторска дисертација, Правни факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2011.
- Галев, Г., Дабовиќ-Анастасовска, Ј., Облигационо право, Скопје 2012³.
- Giliker, P., Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?, *European Review of Private Law* 21(1)/2013.
- Дабовић-Анастасовска, Ј., Гавриловић, Н., Заштите „слабије“ стране код уговора о услугама у новом европском уговорном праву: модалитети, дилеме и перспективе, *Зборник: Услуге и заштита корисника*, Крагујевац 2015.
- Prassl, J., Liberalisation, Information, and Transparency: Three Tales of Consumer Protection in EU Aviation Law, *European Review of Contract Law* 11(3)/2015.
- Петровић Томић, Н.С., Заштита потрошача услуга осигурања, Београд 2015.
- Roppo, V., From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?, *European Review of Contract Law* 5(3)/2009.
- Schulze, R., Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law, *European Review of Private Law* 13(6)/2005.
- Славнић, Ј., Примена Директиве о некоректној трговачкој пракси од 2005. год. на осигурање, *Ревија за право осигурања* 4/2006.

- Славнић, Ј., Јовановић, С., Обавеза давања предуговорних информација и информација после закључења уговора о осигурању потрошачима услуга осигурања према директивама ЕУ и законима држава чланица: прилог расправи о регулисању уговора о осигурању у новом Грађанском законнику Србије, Ревизија за право осигурања 3/2008.
- Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), outline edition, Sellier, Munich 2009.
- Fages, B., Pre-contractual Duties in the Draft Common Frame of Reference: What Relevance for the Negotiation of Commercial Contracts?, European Review of Contract Law 4(3)/2008.
- Hall, E., Howells, G., Watson, J., The Consumer Rights Directive: An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, European Review of Contract Law 8(2), 2012.
- Hesselink, M.W. et al., Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), Sellier, Munich 2006.
- Howells, G., Reich, N., The Current Limits of European Harmonisation in Consumer Contract Law, ERA Forum 12(1)/2011.
- Castronovo, C., Information Duties and Precontractual Good Faith, European Review of Private Law 17(4)/2009.
- Cravetto, C., Pasa, B., The 'Non-sense' of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts, European Review of Private Law 19(6)/2011.
- Cruz, R.T., Hinck, J.J., Not My Brother's Keeper: The Inability of an Informed Minority to Correct for Imperfect Information, Hastings Law Journal 47(3)/1996.
- Weatherill, S., The Consumer Rights Directive: How and why a Quest for "Coherence" has (Largely) Failed, Common Market Law Review 49(4)/2012.
- Wilhelmsson, T., Twigg-Flesner, C., Pre-contractual Information Duties in the *acquis communautaire*, European Review of Contract Law 2(4)/2006.

ПОСЛОВНЕ И ПРОМЕТНЕ УСЛУГЕ

Др Тони Дескоски, редовни професор
Др Вангел Доковски, сарадник у настави
Правног факултета „Јустинијан Први“
Универзитета „Св Кирил и Методиј“ у Скопљу

УДК: 341.9:339.1

АУТОНОМИЈА ВОЉЕ КОД УГОВОРА О ФРАНШИЗИ - САВРЕМЕНИ МЕЃУНАРОДНИ ПРИВАТНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ ВАНУГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ -

Резиме

У овом тексту аутори врше анализу о положају слабије странке код уговора о франшизи из међународног приватно-правног аспекта. Анализа је усмерена ка утврђивању могућности самих странака код уговора о франшизи, поред избора меродавног права о њиховим договорним односима, да могу да одаберу и меродавно право за њихове вануговорне односе. У домену одговорности за проузроковану штету о људском понашању суди се на основу ефеката тог понашања.¹ Као премиса од које полазе аутори је допуштеност избора меродавног права за вануговорне односе сагласно регулативе РИМ II са једне стране и условљавања *ex ante* избора меродавног права са посебним условима. Аутономија воље је назив избора меродавног права, колизиона норма или правило међународног приватног права – синоними који дозвољавају странкама да одаберу право државе као меродавно у односу једног односа са странам елементом.² Шта се услова тиче, њих аутори анализирају из аспекта потребе заштите слабије странке код уговора о франшизи. При томе, аутори дају и комплетан преглед теоретских ставова у односу питања да ли су у сваком случају уговори о франшизи адхезиони уговори или па, постоји и могућност за њихово преговарање. За тај циљ, аутори нуде и компаративан преглед уговора о франшизи са једне стране са уговорима о изнајмљивању возила (*rent-a-car*), са једним циљем - да укажу на разлике које постоје и између уговора у којима постоји слабија странка (поред уговора за запошљавање, потрошачких уговора и уговора о осигурању).

Кључне речи: уговор о франшизи, *ex ante*, Рим II, одабир меродавног права, вануговорне обавезе.

¹ Караникић Мирић, М., *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, 2009, стр. 31.

² Cordero-Moss, G., *International Commercial Contracts*, 2014, стр. 178.

1. Увод

У савременим међународним трговинским односима све чешће се скључују уговори о франшизи који превазилазе границе појединих правних подручја. Самом појавом страног елемента код уговора о франшизи постављају се одмах питања која су предмет интереса међународног приватног права.³ Тако, као посебно актуелна су питања у односу одабира меродавног права за договорне и вануговорне обавезе које настају или могле би да настану између уговорних страна у уговору о франшизи, затим и питања о међународној судској надлежности. Такође у новије време све актуелније је питање о алтернативном решавањем спорова из међународних трговинских односа. Постоје различите врсте алтернативног решавања спорова при чему, по објављеној листи 2010 године, следеће методе се сматрају алтернативним начинима решавања спорова: а) унутрашњи (*in-house*) поступци о решавању жалби б) медијација в) помирење т.ј. концилација г) арбитража- одлучивање са стране трећег лица д) омбудсман о заштити одређених категорија слабијих страна, њ) правни механизми.⁴ Свакако, у делу уговора о франшизи, најчешће се баш арбитража користи као један од алтернативних начина решавања спорова.⁵

Од претходно наведених питања која су предмет интереса међународног приватног права, питање о одређивању меродавног права преко одабира направљеног од самих страна је кључно питање. Наиме у оквирима слободе договарања страна, поставља се питање да ли стране имају право само да регулишу њихова материјална права и обавезе (диспозитивно регулисање материјалних односа) или дозвољено је да сами могу да се договоре и о примени меродавног права њихових права и обавеза.⁶ При томе, када говоримо о правима и обавезама, говоримо о правима и обавезама које могу да произлазе из уговорног али и из вануговорног односа између странака код уговора о франшизи.

Док код уговорних односа са страним елементом, стање са одабиром меродавног права није спорно, код уговора о вануговорним односима стање је другачије. Нарочито уколико као предмет анализе имамо уговор о франшизи и могућност да стране одаберу меродавно право за њихове вануговорне односе. Најпре, као полазишна основа нам је сама дефиниција франшизинга и његово разликовање од уговора о франшизи. Уопштено гледано, франшизинг је

³ Опширније о предмету међународног приватног права види код: Гавроска, П., Дескоски, Т., *Међународно приватно право*, 2011.

⁴ Hodges, C., Benohr I., Certuzefeld - Banda, N., *Consumer ADR in Europe*, 2012, стр. xxix-xxx.

⁵ Опширније о предностима и манама арбитраже види код: Кнежевић, Г., Павић, В., *Арбитража и Адр*, 2009, стр. 18-22.

⁶ Опширније о схватању материјалноправне и колизионоправне аутономије воље, види код: Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., Павић, В., *Међународно приватно право*, десето издање, 2010.

уговорни облик деловне активности по ком једна фирма купује право да користи бренд, име и оперативни систем друге фирме и, као такав, претставља форму „корпоративног предузетништва“.⁷ Са друге стране, уговор о франшизи је само један елемент франшизинга као делатност. Уговор је правни оквир односа међу франшизора и франшизанта.⁸ Разлог зашто издвајамо вануговорну одговорност као нарочито важну за анализу у делу могућности одабира меродавног права код уговора о франшизи је логично питање које се јавља: да ли им се треба дозволити странама да одаберу меродавно право за вануговорни однос који још није наступио између њих (ex ante одабир меродавног права)? Одговор на ово питање ћемо дати кроз анализу правила садржана у регулативи Парламента и савета Европске уније бр. 864/2007 о меродавном праву за вануговорну одговорност (у даљем тексту: Регулатива Рим II)⁹ која представља основу за хармонизацију међународног приватног права не само за земље-чланице Европске уније, већ и за земље-кандидате за чланство у Европској унији.

2. Проблем могућности за ex ante одабир меродавног права за вануговорне обавезе код уговора о франшизи

Могућност за ex ante одабир меродавног права за вануговорну одговорност произлази из саме регулативе Рим II, која по члану 14 дозвољава у случају када се све стране баве трговинским пословима, да могу пре него што се деси штетан догађај да изврше одабир меродавног права, под условом да се ради о одабиру који је слободно направљен.¹⁰ Реч је о решењу које поставља ограничења како у погледу на карактеру страна, тако и односу на сам одабир меродавног права. Тако несумњиво произлази да ex ante одабир меродавног права може настати једино код B2B односа, при чему такав одабир треба да буде слободно склопљен. У правној теорији подељен је став шта се тиче потребе за дозвољавање ex ante избора меродавног права за вануговорну одговорност. Тако Carruthers (Карутерс) и Crawford (Крафорд) сматрају да је одабир меродавног права пре него се деси догађај опасан: да ли је мудро на пример, да такмичари на међународним турнирима као што су олимпијске игре које би се одржале на Олимпу, да се договоре унапред да за све деликтне односе међу такмичара или међу тужитеља-такмичара против организационог комитета, меродавно да буде право Олимпа? Лако се може замислити могућност од настајања различитих врста деликата, од питања о *volenti non fit injuria*, немарностима или споровима у вези са допинг-тестирањима, бележење

⁷ Дабовић -Анастасовска, Ј., Коевски, Г., Пепељугоски, В., Гавриловић, Н., *Договори на автономна трговска практика*, 2012, стр.77.

⁸ Исто, стр. 78

⁹ Текст Регулативе Рим II је доступан на следећем линку: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1417264982174&uri=CELEX:32007R0864>

¹⁰ Види чл. 14 Регулативе Рим II.

резултата и доказа о извршавању, па све до наводне повреде безбедности лакше или теже врсте.¹¹ Ипак, сматрамо да је овај став превише ригидан и да не узима у обзир потребе лица која су свакодневно укључена у међународним трговинским трансакцијама, да могу да испланирају све последице из њиховог понашања. Можемо да прихватимо став да уколико је реч о односима између В2С, али не можемо исти став да споделимо када се ради о В2В односима, Тако смета и *Trevor Hartly* (Тревор Хартли) који каже да се не може очекивати стално одабирање меродавног права пре извршења грађанског деликта, али можемо да претпоставимо да кад стране имају успостављене трговинске везе- као на пример код заједничког подухвата- они ће можда и склопити такав уговор.¹²

У делу уговора о франшизи, несумњиво је да немамо проблем у односу на сам карактер странака као услов за квалификованост за одабир меродавног права- реч је о класичном В2В уговору. Прави проблем нам се јавља у односу на питање о услову „слободно склопљен уговор за одабир меродавног права“. Овај проблем се јавља из самог карактера уговора о франшизи као адхезиони уговор и потреба за заштитом слабије странке- франшизанта.

2.1. Квалификација појма „слободно склопљен“ као услов за пуноважност ex ante одабира меродавног права за вануговорне обавезе- генерички механизам

Данас, највећи део научне јавности за сукоб закона признаје могућност да саме уговорне стране могу да се договоре самостално у односу на то које ће се право примењивати у њиховом односу, а као једно од неколико неспорних питања у односу ове максиме је да се аутономији уговорних страна да већа предност.¹³ Када причамо о могућности одабира меродавног права за вануговорне односе, најпре сматрамо да услов „слободно склопљен“ је генеричан механизам који своју обраду налази у различитим условљавањима и ситуацијама које законодавци после предвиђају да се прихвати страначки одабир меродавног права за вануговорне обавезе. Ни у једном случају не смемо да подразумевамо да је услов сам по себи довољан да обезбеди заштиту слабије странке.

Неоспорна је чињеница то шта се као слабије стране сматрају потрошачи, радници и осигураници. Сви ти су искључени из могућности одабира

¹¹ Carruthers, M. J., Crawford, B. E., *Variations on a Theme of Rome II. Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non-Contractual Obligations: Part I*, Edinburgh Law Review, (2005), Vol. 9, стр. 87.

¹² Hartley, C. T., *International Commercial Litigation, Text, Cases and Materials on Private International Law*,

¹³ Carpinello F. George, *Testing the Limits of Choice of Law Clauses: Franchise Contracts as a Case Study*, 74 Marq. L. Rev. 57 (1990), стр. 57.

меродавног права за вануговорне обавезе пре него се деси догађај из кој произлази штета преко услова „обављање трговинских послова“. Али такође, као слабије странке које нису у истој преговарачкој позицији су и неке странке које обављају трговинске послове, као на пример, страна која добија франшизу или лиценцу за обављање послова. Из тих разлога јавља се потреба за тачним одређивањем онога шта у суштини означава „слободно склапање“ уговора за одабир меродавног права? Да ли обухвата и оне клаузуле садржане у општим условима рада или их не обухвата.

Као полазна оцена на то шта је сам садржај услова „слободно склапање“ уговора одабира, опет узимамо Рецитал 31 Регулative Рим II. Сам цитат ствара обавезу да се предвиђају механизми о заштити слабијих страна а као што смо навели то је механизам „слободног склапања“. Овим механизмом ствара се стање у коме се обраћа пажња кључном питању - дали „слободно склапање“ уговора подразумева да ли исти треба да буде индивидуално договорен, да ли стране требају саме да уговоре клаузулу о одабиру меродавног права и да ли треба да се прихвати избор који је садржан у општим условима рада, или па одабир садржан на пример у уговору о франшизи. У овом делу задржаћемо се само на питању да ли је уговор „слободно закључен“ у смислу да ли је исти узајамно уговорен и прихваћен између странака а не да ли постоје одређени недостаци у односу на сам уговор. Питање да ли постоји на пример заблуда у процесу „слободног склапања“ уговора за избор меродавног права за вануговорне односе, сматрамо да је питање које се решава по правилима о меродавном праву о пуноважности направљеног избора (путативно изабрано право).

Ово питање нам се јавља као кључно, из саме природе општих услова рада. Општи услови рада су израђени унапред и примењују се на неограничени број уговора из одређене врсте и исти нису индивидуално договорени између странака. Спорно је питање да ли је потребно индивидуално договарање да резултира допуњавањем предложених општих услова рада, или уколико се услови не промене, да се сматра да је индивидуално договарање испуњено све док су примењене одредбе биле јасно саставан део преговора, за које страна која их предлаже може обезбедити доказ.¹⁴

Са једне стране, свакако најпожељније је стање када би две стране које обављају трговинске послове узајамно саставиле клаузулу за избор меродавног права, али у највећем броју случајева то је јако компликован процес. На пример, хајде да анализирамо један сложен пројекат који обухвата стварање новог лека. О овом процесу, фармацеутске компаније закључују велики број уговора код којих се примењују општи услови рада. Тако, код ових формалних уговора (*formal bioprospecting contract*), можемо забележити директно плаћање које се обавља од стране фармацеутских компанија биодиверзитетским продавачима (или

¹⁴ Micklitz, W. H., *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, Journal of Consumer Policy 27, 2004, стр. 349.

добављачима примерака), у облику накнаде за примерке, аванса, исплате након обављеног посла и накнаде ауторских права.¹⁵

Имајући на уму колико много лица су укључена код овакве врсте уговора, чак и само регулисање исплате је по општим условима рада фармацеутских компанија, а не само избор меродавног права за вануговорне обавезе. Ако све стране обављају трговинске послове, у том случају још на самом почетку поступка о стварању новог лека, дозвољено би било да стране изаберу меродавно право за њихове вануговорне обавезе. За договорне обавезе то уопште није спорно. Али, исти тај избор најчешће је садржан баш у општим условима рада. Фармацеутске компаније су несумњиво снажнија страна које имају и јачу преговарајућу позицију, за разлику од свих других који су инволвирани у процес изградње новог лека.

2.2. Проблем са појмом „слободно склопљен“ и избор меродавног права за вануговорне обавезе садржан у општим условима рада или у стандардним уговорима компаније

На основи онога што смо до сада рекли са правом се можемо запитати: да ли клаузула са којом се обавља избор меродавног права за вануговорне обавезе, која је садржана у општим условима рада или у стандардним уговорима компаније испуњава услов: „слободно склопљен уговор за избор меродавног права“ шта као последицу би имало прихватање *ex ante* избора.

Да бисмо могли да разумемо услов, потребно је да погледамо у *travaux preparation* регулативу Рим II, у смислу члана којим се регулише *lex voluntatis* (чл. 14). Услов да уговор треба да буде слободно склопљен за први пут се среће у амандманима нацрт-текста регулативе Рим II са стране Европског Парламента у 2005 години.¹⁶ Првим читањем коментара амандмана 25, датог са стране извођача *Diana Wallis* (Дајана Волс), извлачи се закључак да клаузула садржана у адхезионим договорима, не испуњава услов уговора да је „слободно склопљен“. Тако по *Wallis* (Волсу), језик амандмана је састављен на такав начин што искључује потрошачке уговоре и уговоре који нису слободно договорени (као на пример адхезионе уговоре - *contracts d'adhésion*), где уговорне стране немају исту моћ и позицију преговарања (на пример: уговори о осигурању, уговори о франшизи и лиценци).¹⁷

¹⁵ Ding H., Nunes P. A. L.D., Onofri L., *An Economic Model for Bioprospecting Contracts*, текст доступан на следећем линку: <http://ssrn.com/abstract=1033352>, 2007, стр. 6-7.

¹⁶ Текст амандмана предложених са стране Европског Парламента заједно са кратким коментаром истих доступан је на :<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2005-0211+0+DOC+PDF+V0//EN>.

¹⁷ Wallis, D., *нав. дело*, стр. 17

На тај начин произлази да у све те ситуације где имамо адхезионе уговоре, стране не могу да користе слободу договарања у односу на то које ће се право применити за њихове вануговорне обавезе које би могле да настану убудуће те су у вези са уговором којег закључују. Оправдање се своди на то што код ових уговора, они су увек унапред припремљени и се нуде другој страни а она нема могућност да се противи условима. Противљење садржаја услова који су наведени у адхезионим уговорима резултирало би несклапањем уговора.

Али, као што стране имају могућност да склопе уговор такође имају могућност да одбију његово склапање. Ни у једном случају не желимо тумачити да стране имају једнак преговарачки положај. И ми се прикључујемо томе да код оваквих уговора врло често постоји јача страна. Они се заснивају на принципу „узми или остави“, тако што супротна страна има малу могућност маневрисања при формулисању неког правила. Ако се прихвати ово тумачење, по коме у преговорима адхезионих уговора стране имају чврсте позиције и исте не договарају индивидуално одредбе, већ једна страна само прихвата да ли приступа уговору или не, у том случају може се рећи да уговор за избор меродавног права о вануговорним обавезама који би био саставни део ових адхезионих, стандардних уговора, не може се сматрати слободно склопљеним. Не само што се не може рећи да је слободно склопљен већ и да исти није чак ни слободно договорен.

Механизам кога налаже Рецитал 31 Регулative Рим II, а који има своју разраду у члану 14 ставу (1) тачка (б) из поменуте регулативе („уговор да је слободно склопљен“), по овом тумачењу искључује све адхезионе уговоре, а нарочито уговоре о франшизи. *Symeonides* (Сименоидес) сматра да је механизам којег истичемо такође је недовољан да би заштитио слабију страну код оваквог типа уговора.¹⁸ Зато што овакав механизам је недовољан да заштити слабију страну, по овом схватању сви адхезиони уговори су искључени из могућности да буду подведени режиму *lex voluntatis*-а. Реч је о генералисању адхезионих, стандардних уговора као и уговора који нису резултат договарања већ приступања. Само код таквог генералисања може да се оправда очекивање по коме *ex ante* избор меродавног права за вануговорне обавезе садржан у адхезионим, стандардним уговорима се не прихвата.

Али, као што је свако генералисање погрешно, такође је погрешно да се генералишу ствари у односу категоризације свих адхезионих и стандардних уговора као уговора који нису резултат преговарања. Тако, у продужетку ми ћемо понудити модел по коме и адхезиони уговори могу да буду предмет слободног договарања, а самим тим и да се прихвати избор меродавног права за вануговорне обавезе садржан у њима, зато што испуњени услови намећу члан 14 став (1) тачка (б) из Регулative Рим II.

¹⁸ Symeonides, C. S., *Rome II and Tort Conflicts*, FESTSCHRIFT FÜR ERIK JAYME, 2004, стр. 44.

3. Проблем појма „слободно склопљен“ и избор меродавног права за вануговорне обавезе садржане у уговорима о франшизи

Уговори о франшизи важе као уговори „о којима се не преговара“. Али ово није сасвим тачно. Многе одредбе у уговорима о франшизи су предмет преговора, и то одредбе које могу да изазову велику промену на страни приматеља франшизе. Тако, одредбе које имају утицај у односу жељене униформности код франшизног система су одредбе које су изван преговора, а одредбе које су специфичне у односу приматеља франшизе су у игри.¹⁹ Утолико више што *Mark Abell* (Марк Абел) и *Victoria Hobbs* (Викторија Хобс)²⁰ у коментару судске одлуке у спору *CPC Group Ltd. v Qatari Diar Real Estate Investment*²¹ истичу, између осталих сегмената као што су добра вера, деловање по трговинским стандардима фер поступања, искреност и оправдана очекивања странака код уговора о франшизи као суштински елемент уговора. Ми смо већ поменули да циљ аутономије воље је да постигне испуњавање оправданих очекивања странака.

Сматрамо да у овом тренутку је потребно истакнути стање око избора меродавног права за договорна права и обавеза код уговоре о франшизи, све са једним циљем да покажемо колико да баш одредбе за избор меродавног права, су одредбе које могу слободно да се договарају.

Уговор о франшизи је само један елемент франшизинга као делатност. Док франшизинг укључује све аспекте формулисања, имплементисања и интеракције франшизинг делатности на тржишту, уговор о франшизи задржава се само на релативну облигацију која настаје између учесника у франшизинг делатности, као субјекти ове облигације. Уговор је, значи у најелементарнијем смислу, правни оквир односа међу франшизора и франшизанта.²² Баш уговори о франшизи најчешће превазилазе границе држава и уобичајено садрже одредбе за избор меродавног права.

Са циљем да се задржи униформност, даватељ франшизе одређује једно право као меродавно за све уговоре које закључује независно где се странка, која прима франшизу, налази, а уобичајено као меродавно, се одређује право државе

¹⁹ Joyner, M., *Negotiating Franchise Agreements*, текст доступан на следећем линку: http://0101.nccdn.net/1_5/33d/255/266/Franchise-Agreements.pdf, параграф 2.

²⁰ Погледај Abell, M., Hobbs, V., *The Duty of Good Faith in Franchise Agreements – A Comparative Study of the Civil and Common Law Approaches in the EU*, *International Journal of Franchising Law* Volume 11 – Issue X – 2013, стр. 15.

²¹ *CPC Group Ltd v Qatari Diar Real Estate Investment Company* [2010] EWHC 1535 (Ch)

²² Дабовић-Анастасовска, Ј., Коевски, Г., Пепељугоски, В., Гавриловић, Н., *нав. дело*, стр. 76.

где се налази главно седиште даватеља франшизе.²³ Тако код уговорних односа уопште се не доводи у питање могућност за избор меродавног права код уговора о франшизи.

Поставља се питање, ако адхезиони уговори су уговори код којих једна страна само приступа условима које поставља друга страна, онда зашто се прихвата избор меродавног права за уговорне односе? Одговор је јасан, суд примењује одабрано право са циљем да се аутономија и оправдана очекивања странака заштите. Поштовање страначке речи помаже у унапређењу правне сигурности и предвидљивости код уговорних односа.²⁴ Ми сматрамо да исто то важи и код вануговорних односа, зато што баш код уговора о франшизи (које неки аутори сматрају адхезионим уговорима, а неки уговорима које су предмет преговора) странке хоће да знају до најситнијег детаља њихова права и обавезе и у сваком случају хтели би да знају и право које регулише њихове вануговорне обавезе са чим би могли лакше да планирају и спроведу своје будуће поступке. Утолико више што у највећем броју уговора о франшизи се уносе и арбитражне погодбе, са циљем да се предвиди арбитража као механизам за решавање спорова са којима странке слободно располажу. Али, за да се прихвати и арбитражна клаузула као пуноважна, свакако иста треба да буде слободно договорена. Тако и по *Kevin M. Kennedy* (Кевин М. Кенеди) у највећем броју случајева позивање на непуноважност арбитражне клаузуле се догађа јер иста није узајамно договорена, не носи као резултат проглашавање клаузуле непуноважном.²⁵ Сматрамо да ако смо већ показали да клаузуле за избор меродавног права за договорне обавезе и арбитражне клаузуле садржане у уговорима о франшизи су одредбе које исто тако могу да су предмет договарања и не сматрају се одмах „одредбама о којима се не преговара“, онда зашто исто тумачење да не применимо и у односу на избор меродавног права за вануговорне обавезе. Не постоји нити једно логично оправдавање по коме би се ограничило слободно договарање само код избора меродавног права за вануговорне обавезе. Зар би се прихватио избор меродавног права за договорне обавезе или арбитражна клаузула садржана у уговору о франшизи а при томе не буду испитане све околности у којима је закључена и дали је супротна страна упозната са садржајем одредби? Свакако да не, јер смо рекли да генералисање свих питања је погрешно.

Можда, као право питање које се поставља код уговора о франшизи је да ли је реч о правим адхезионим уговорима, или је стање другачије? Из одговора на ово питање зависиће и сам резултат у односу на подобност адхезионих уговора

²³ Pitagoff, T.M., *Choice of Law in Franchise Agreements*, Franchise Law Journal, Vol. 9, No. 1 (1989), стр. 15.

²⁴ Исто, стр. 16.

²⁵ О овоме види Kennedy, K. M., *Drafting an Enforceable Franchise Agreement Arbitration Clause*, Franchise Law Journal, Vol. 22, No. 2, Arbitration In Franchising: A Symposium (2002), стр. 112.

да садрже *ex ante* избор меродавног права за вануговорне обавезе. Ово радимо са циљем да укажемо да искључење потрошачких уговора као адхезионих уговора је сасвим оправдано, али не и за остале врсте адхезионих уговора. Уговори о франшизи, нити су потрошачки уговори нити су обични трговачки уговори. Приматељи франшизе не склапају уговор вођени истим мотивима као што су обични потрошачи који потписују адхезионе уговоре (на пример корисник рента-кар који не може да преговара и мора да потпише стандардизовани уговор са циљем да добије ауто). Странке слободно закључују оговоре о франшизи вођени од њихове жеље да обављају одређену форму трговинског посла. Реч је о сасвим различитим условима од оних који су карактеристични за типичне адхезионе уговоре, као што су полисе осигурања.²⁶ Баш из тих разлога ми се залажемо за одбацивање генералисања свих адхезионих уговора као неподобних уговора који би могли да садрже клаузулу за избор меродавног права за вануговорне обавезе.²⁷ Ми предлажемо такозвани приступ случај до случаја (*case by case analysis*) тако што у сваком случају се треба утврдити да ли одредба за *ex ante* избор меродавног права за вануговорне обавезе је „слободно договорена“ међу странкама. При томе за да буде задовољен услов „слободног договарања“ сматрамо да је довољно да супротна страна буде упозната са садржајем права који се предлаже меродавним и иста да не покаже изричиту несагласност да буде обавезана истим. Такође сматрамо да уколико странка буде принуђена да прихвати једнострано предложено решење у односу на меродавно право за вануговорне обавезе, само са циљем да закључи уговор о франшизи, у том случају мислимо да судови треба да сматрају услов „слободно склопљен уговор“ неиспуњеним и да се не прихвати избор направљен од странака.

Основ одговорности представља одговор на питање зашто, због чега неко лице одговара.²⁸ Тако, сматрамо да терет доказивања када је урађен избор меродавног права треба пасти оној страни која је предложила то меродавно право, са циљем да се смањи терет странке која и поред манифестираног противљења у односу на избор меродавног права, је склопила уговор о франшизи само са циљем да се закључи уговор, јер је била силно заинтересована за обављање франшизне делатности. Иако се у литератури срећу тврдње по којима терет доказивања треба пасти на страну која се позива на непуноважност клаузуле зато што иста није слободно договорена, ми сматрамо неоправданим да странка која у току преговора истакла неспремност да буде обавезана избором меродавног права за вануговорне обавезе да преузме терет доказивања да је

²⁶ Jordan, J. V., Gitterman, J. B., *Franchise Agreements: Contracts of Adhesion?*, Franchise Law Journal, Vol. 16, No. 1 (1996) стр. 41

²⁷ Слични аргументи у односу на уговоре о осигурању који у одређеним случајевима могу да се не сматрају адхезионим уговорима види код: Dzien, K. E., Turner, K. J., *Not All Insurance Policies are Adhesion Contracts: A Case Study of the Alta Loan Title Policy*, Tort & Insurance Law Journal, Vol. 33, No. 4 (1998), стр. 1123-1146.

²⁸ Караникић-Мирић, М., *Објективна одговорност за штету*, 2013, стр. 9.

избор непуноважан, нарочито ако одабрано право предвиђа вануговорне обавезе за ту странку. Странка која приговара потребно је да докаже да је истакнула неспремност да буде обавезана клаузулом и то на нивоу *prima facie evidence* са циљем да терет доказивања буде пренесен на супротну страну.

У овом делу сматрамо да је потребно истакнути и забринутост *Symeonides* (Симеонидес), у односу могућности уговора о франшизи да се спроведу као уговори који су адхезиони, а који испуњавају услов „слободно склопљени“, да проузрокују проблеме и потешкоће у односу на слабију страну, Наиме, *Symeonides* (Симеонидес) наводи следећи пример: Уговор о франшизи закључен међу Старбакса (*Starbucks*), корпорација која има главно седиште у држави Вашингтон и корисник франшизе за Старбакс (*Starbucks*) у Француској која има седиште у Француској, садржи „слободно договорену“ клаузулу за избор меродавног права по којој право пријатељског Краљства Тонга је меродавно право за сва права и обавезе које су у вези са уговором, тако да је клаузула довољно широк опсег да обухвати и вануговорне обавезе. Хајде да претпоставимо да је Старбакс (*Starbucks*) извршио грађанскоправни деликт према француском кориснику лиценце и да за разлику од права Француске и Вашингтона, право Тонга је у корист Старбакса (*Starbucks*). Ова клаузула ће испунити иницијални услов члана 14 и на тај начин пребацује терет доказивања кориснику франшизе да избор није пуноважан сугласно ставовима 2 и 3 из члана 14 или по члановима 16 и 26 Регулative Рим II²⁹. Али ово сматрамо да би било случај само уколико корисник франшизе, у току преговора са Старбаксом (*Starbucks*) није истакао никакав приговор па чак ни најмањи ниво забринутости у односу на избор права Тонга као меродавног права за све односе из уговорне и вануговорне природе који ће настати између даватеља и корисника франшизе. У прилогу нашем тумачењу истакнућемо и став *Kozyris* (Козириса) који обраћа пажњу раду *Symeonides* (Симеонидеса) у његовом делу *Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity*. Као што Козирис каже, *Symeonides* (Симеонидес) изражава одређену забринутост у односу заштите слабијих странака код трговинских послова (корисници франшизе, дистрибутери итд.) али, њихови интереси могу да буду значајније заштићени применом услова за „слободно договарање“ код адхезионих уговора и применом одредбе из члана 14 става 2 Регулative Рима II која предвиђа примену нормe непосредном применом државе која је најближе повезана са односом између странака.³⁰

Као посебно занимљива ситуација коју анализира **Коевски**, у односу на уговоре о франшизи и њиховог карактера као адхезиони уговори који траже већи степен заштите, наводимо и стање у Аустралији. Па тако у Аустралији постоји такозвани франшизан кодекс понашања (*Franchising Code of Conduct*), са

²⁹ Symeonides, C. S., *нав. дело*, стр. 104.

³⁰ Kozyris, P. J., *Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "Missed Opportunity"*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 2 (2008), стр. 484.

изменама и допунама из 2008 и 2010 године. Ради се о правно обавезујућем акту у сектору франшизинга. Оно што је занимљиво је то да у 2013 години започиње јавна расправа о изменама и допунама овога акта, са циљем да корисницима франшизе пружи додатну правну заштиту у погледу обелодањивања што више информација кориснику франшизе (из аспекта ризика о којима корисник треба да буде свесан пре него уђе у адекватан уговоран ангажман), увођење јасне одредбе о поштовању начела добре воље у свим фазама склапања уговора, каква права има корисник након престанка уговора, начине решавања спорова као и веће новчане санкције за повреду уговорних обавеза.³¹

Тако опет долазимо до главног закључка, да уместо генерализања неподобности адхезионих уговора у односу на њихову способност да садрже клаузуле о избору меродавног права за вануговорне обавезе, потребан је индивидуални приступ анализи слободног договарања спорне одредбе. Ово би било случај само уколико једна од странака (а то би била страна која је приступила уговору) се позове на то да уговор за избор меродавног права (који најчешће обухвата не само избор меродавног права за уговорне већ и за вануговорне обавезе) је непуноважан јер исти није слободно склопљен. Судија у конкретном адхезионом уговору требао би да утврди да ли је странка која је приступила уговору имала могућност да се упозна са садржајем права које је одабрано да буде меродавно, затим да ли је предложила неко друго право, да ли је био поднесен приговор у току преговора који ће указати на то да уговор о избору није слободно склопљен. Све треба да буде процењено по намери странака.

Такође сматрамо да не постоји могућност позивања на неважност уговора о избору меродавног права од стране странке која има разрађено адхезиони уговор и која има унесено одредбу о избору меродавног права. Та странка у сваком ће се случају сматрати јачом страном и увек коначно уношење одредбе зависи искључиво од те стране. Преко примене принципа *contra proferentem*³² даје се добар основ клаузула да се тумачи на штету стране која је предложила клаузулу, а код адхезионих уговора то најчешће је страна која саставља адхезиони уговор.³³ Једино у овим случајевима, када у адхезионом уговору ће бити унесена клаузула која је израђена од слабије стране (што сматрамо да је стање за које се не очекује да настане), онда наведени принцип ће се користити према слабијој страни. Али,

³¹ Опширније погледај у: Коевски Г., *Договорите на автономната трговска практика и нивното нормирање – споредбено правни аспекти*, Деловно право (Business Law) – магазин о теорији и пракси права, бр. 30/2014, стр. 221-265.

³² Опширније о овом принципу види код: Duncan Ed E., *The Demise of "CONTRA PROFERENTEM" as the Primary Rule of Insurance Contract Interpretation in Ohio and Elsewhere*, Tort Trial & Insurance Practice Law Journal Vol. 41, No. 4 (2006), стр. 1121-1140.

³³ Такође и Coderch, S., Garcia, P. R., Antonio, J., *The Principle contra proferentem in Standard Form Contracts. In particular, the Spanish Case*, Global Jurist Topics 1, (2): IV.

као што смо навели, уношење одредбе састављене искључиво од стране странке која приступа адхезионом уговору је ситуација која је скоро непозната у праву.

4. Закључак

Међународни трговински уговори, као и уговори о франшизи, најчешће се састављају по примеру енглеских или америчких уговора. Ова договорна комуникација очито је започела зато што комуникација између страна у међународним трговинским односима најчешће се одвија на енглеском језику. Из тих разлога природно је да и сам уговор буде написан на енглеском језику. Али, употреба једног језика не значи да правни систем који припада језику треба бити примењен као меродаван правни систем.³⁴ Потребно је разгледати саму клаузулу из аспекта намере страна.

По *Adrian Briggs* (Адријану Бригс), приликом састављања клаузуле за избор меродавног права, нарочито код типских уговора потребно је кренути из објективних околности који се вежу са клаузулом за избор меродавног права.³⁵ Иако са овим ставом *Andrew Dickinson* (Андреј Дикинсон) се потпуно саглашава, ипак сматра да је потребно постојати још већа прецизност у односу на језик који се употребљава у клаузулама са којима се обавља општи избор меродавног права.³⁶ Несумњиво произлази да код уговора о франшизи, као и код свих адхезионих уговора, је потребно имати потврду у сваком конкретном случају да су странке стварно постигле сагласност о избору меродавног права, т.ј да ли исти је слободно постигнут. Овај закључак извлачимо непосредно из Рецитала 31 из регулативе Рим II³⁷, који у свом другом параграфу каже да приликом утврђивања постојања уговора, суд треба да поштује намеру странака и да је потребно да да заштиту слабијој страни постављањем одређених услова у погледу избора. Када овај цитат повежемо са чланом 14 став (1) тачка (б)³⁸ из поменуте регулативе који као услов да се прихвати *ex ante* избор меродавног права наводи да је потребно уговор да буде слободно договорен пре него се деси догађај из ког произлази штета, неоспорно можемо закључити да је потребно *in concreto* утврђивање чињенице да ли је сагласност о избору меродавног права узајамно постигнута или је резултат јаче преговарачке позиције једне од стране исказан путем типских уговора.

³⁴ Moss, C. G., *Tacit Choice of Law, Practical Choice and Closes Connection, The Case of Common Law Contract Models Governed by a Civilian Law*, текст је доступан на следећем линку: <http://folk.uio.no/giudittm/Tacit%20choice.pdf>, стр. 369.

³⁵ Briggs, A., *Agreements on Choice on Jurisdiction and Choice of Law*, op. cit. стр. 158.

³⁶ Dickinson, A., *нав. дело*, стр. 555.

³⁷ Погледај Рецитал 31 од Регулотивата Рим II.

³⁸ Упореди чл. 14 ст. (1) тач. (б) Регулative Рим II са Рециталом 31 од наведене Регулative.

*Toni Deskoski, Ph.D., Full-time Professor
Vangel Dokovski, Ph.D., Associate
Faculty of Law "Justinianus Primus"
University "Ss. Cyril and Methodius", Skopje*

PARTY AUTONOMY IN FRANCHISE AGREEMENTS - CONTEMPORARY PRIVATE INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS -

Summary

Party autonomy is a choice of law doctrine that permits parties to choose the law of a particular country to govern their relations that involves two or more jurisdictions. The influence borne by party autonomy in PIL is discernible not only in scholarly argument that explicitly favors or frets about the prioritization of private choices of law and forum. Party autonomy offers a great opportunity to rethink traditional choice of law approaches for non-contractual obligations.

This paper presents a comprehensive examination of the party autonomy regarding the "protection of weaker parties" as provided for in the Rome II Regulation. Choice-of-law clauses are a relatively standard feature of most franchise agreements and are generally enforced. But in the franchise context, determining the eventually applicable law for non-contractual obligation is much more complex than just assuming that the parties would be subject to the law designated in the franchise agreement. Thus, special attention is given to the role of the party autonomy in contemporary private international law regarding non-contractual obligation.

Key words: *franchise agreements, ex ante, Rome II Regulation, choice of law, non-contractual obligations.*

Литература

- Abell, M., Hobbs, V., *The Duty of Good Faith in Franchise Agreements – A Comparative Study of the Civil and Common Law Approaches in the EU*, International Journal of Franchising Law Volume 11 – Issue X – 2013.
- Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., Павић, В., *Међународно приватно право*, десето издање, Београд, 2010.
- Гавроска, П., Дескоски, Т., *Међународно приватно право*, Скопље, 2011.
- Дабовић-Анастасовска Ј., Коевски, Г., Пепељугоски, В., Гавриловић, Н., *Договори на автономна трговска практика*, 2012.

- Ding, H., Nunes, P. A.L.D., Onofri, L., *An Economic Model for Bioprospecting Contracts*, текст доступан на следећем линку: <http://ssrn.com/abstract=1033352>, 2007.
- Duncan, E. E., *The Demise of "CONTRA PROFERENTEM" as the Primary Rule of Insurance Contract Interpretation in Ohio and Elsewhere*, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* Vol. 41, No. 4/2006.
- Dzien, K. E., Turner Keith Jonathan, *Not All Insurance Policies are Adhesion Contracts: A Case Study of the Alta Loan Title Policy*, *Tort & Insurance Law Journal*, Vol. 33, No. 4/1998.
- Jordan, J. V., Gitterman, J. B., *Franchise Agreements: Contracts of Adhesion?*, *Franchise Law Journal*, Vol. 16, No. 1/1996.
- Joynes, M., *Negotiating Franchise Agreements*, текст доступан на следећем линку: http://0101.nccdn.net/1_5/33d/255/266/Franchise-Agreements.pdf
- Караникић Миркић, М., *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013.
- Караникић Миркић, М., *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд, 2009.
- Kennedy, K M., *Drafting an Enforceable Franchise Agreement Arbitration Clause*, *Franchise Law Journal*, Vol. 22, No. 2, *Arbitration In Franchising: A Symposium*, 2002.
- Коевски, Г., *Договорите на аутономната трговска практика и нивното нормирање – споредбено правни аспекти*, *Деловно право (Business Law) –магазин о теорији и пракси права*, бр. 30/2014.
- Kozyris, P. J., *Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "Missed Opportunity"*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 2/2008.
- Micklitz, W. H., *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, *Journal of Consumer Policy* 27/2004.
- Pitegoff, T. M., *Choice of Law in Franchise Agreements*, *Franchise Law Journal*, Vol. 9, No. 1/1989.
- Salvador, C., Ruiz Garcia, P., Antonio, J., *The Principle contra proferentem in Standard Form Contracts. In particular, the Spanish Case*, *Global Jurist Topics* 1, (2): IV.
- Symeonides, C. S., *Rome II and Tort Conflicts*, *FESTSCHRIFT FÜR ERIK JAYME*, 2004.
- Hartley, C. T., *International Commercial Litigation, Text, Cases and Materials on private International Law*, Cambridge University Press, 2009.
- Hodges, C.r, Benohr I., Certuzefeld-Banda, N., *Consumer ADR in Europe*, 2012.
- Carpinello, F. G., *Testing the Limits of Choice of Law Clauses: Franchise Contracts as a Case Study*, 74 *Marq. L. Rev.* 57/1990.
- Carruthers, M. J., Crawford, B. E., *Variations on a Theme of Rome II. Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non-Contractual Obligations: Part I*, *Edinburgh Law Review*, Vol. 9/2005.
- Cordero-Moss, G., *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, 2014.
- Cordero-Moss, G., *Tacit Choice of Law, Practical Choice and Close Connection, The Case of Common Law Contract Models Governed by a Civilian Law*, текст је доступан на следећем линку: <http://folk.uio.no/giudittm/Tacit%20choice.pdf>;

Др Велисав Марковић, ванредни професор
Пословног факултета из Ваљева
Универзитета "Сингидунум" у Београду

УДК: 745/749:334.7

НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ ДЕЛАТНОСТИ СТАРИХ И УМЕТНИЧКИХ ЗАНАТА И ДОМАЋЕ РАДИНОСТИ

Резиме

Стари и уметнички занати и домаћа радиност прописани су Правилником о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима односно пословима домаће радиности начину сертификаковања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата. У праву Србије нису прописани услови за обављање наведене делатности (стручна спрема, занимање, радно искуство, лиценца, простор и опрема и сл.). Прописана је само могућност сертификације код Министарства привреде која не даје задовољавајуће ефекте. У раду аутор представља нормативно уређење делатности старих и уметничких заната и домаће радиности а користећи историјски и упоредноправни метод указује на неадекватну и недовољну правну уређеност. Ове делатности се могу подстаћи и унапредити, посебно квалитет производа и услуга, само образовањем занатских комора, увођењем и издавањем мајсторских писама (лиценци) и детаљним правним регулисањем.

Кључне речи: занат, уметнички занат, домаћа радиност, мајсторско писмо.

1. Увод

Реч занат потиче од арапске речи *saḥat*, односно турске речи санат што значи мајсторија, вештина, обрт.¹ Занат означава вештину, али и професију која укључује процес израде уникатних производа, уз коришћење једноставног алата. Традиционална знања и технологије у обради природних материјала употпуњује мајсторска креативност и иновативност. Занатске делатности у Србији могу се поделити у четири основне категорије: 1. *уметнички занати* (сликање на стаклу, керамици, дрвету, камену..., уметничка израда накита од метала), 2. *традиционални занати* (лончарски, коларски, јорганџијски...), 3. *домаћа радиност* (махом текстилна радиност за потребе домаћинства:

¹ Вујаклија, М., *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 2014, стр. 95.

плетење, хеклање, израда народних ношњи) и 4. *услужне делатности* (одржавање и поправка претходно произведених производа у оквиру истог заната).² Ове делатности су уређене Правилником о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима односно пословима домаће радиности начину сертификавања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата.³ У раду је аутор обрадио нормативно уређење занатства у Србији посматрано историјски, упоредноправно као и позитивноправно. Уочава се да занатство у Србији позитивноправно није добро регулисано и да постоје бројни проблеми који се истичу у раду.

2. Историјат старих заната, уметничких заната и домаће радиности

2.1. Нормативно уређење занатства у Србији у средњем и новом веку.

- У току развоја српске феудалне државе у периоду од XII до XV века друштвени и правни односи регулисани су различитим нормама. Почетком XII века ти односи су регулисани претежно нормама обичајног права мада се у том периоду појављују и повеље, као владаочеве наредбе која се односе на поједина лица, али и међународни уговори углавном са Дубровником.

О занатима и занатству као привредној грани сведоче бројни писани и материјални извори, међу којима праву драгоценост представљају домаћи извори, а посебно повеље манастирима, као најбројнија група сачуваних аката. Као најобимније и најдетаљније међу сачуваним истичу се Светостефанска, односно Бањска повеља (БХ 1313–1316), Дечанска (ДХ I 1330, ДХ II 1330/31, ДХ III после маја 1343–пре краја децембра 1345) и Светоарханђеловска (СХ 1349/50).

У манастирским актима, као и у документима из свакодневног живота, разна занатска занимања везана за тзв. ручни рад углавном су одређивана именицом мајстор (пл. мајсторије), грецизмом латинског порекла (магистер), који је путем средњегрчког, односно преко Византије, доспео у српски, у којем се, могло би се рећи, устаљује као ознака за делатника обученог за стручни рад, који не може свако да обавља.

Законом о мајсторијама, сачуван у оквиру БХ и ДХ I–III, регулисане су радне обавезе, давања и права занатлија, као и питање наслеђивања њиховог статуса.⁴

Правни положај трговаца и занатлија који су били трећи сталеж у то доба, поред властеле и сељака, уређен је први пут Душановим закоником из 1349.

² Срећковић, С., *Занати - подела и врсте*, у Душковић, В., *Стари занати у Србији*, 2009, стр. 12-13.

³ *Сл. гласник РС*, бр. 56/2012

⁴ Види Фостиков, А., *Занатство средњовековне Србије у светлу три повеље из XIV века*, Београдски историјски гласник бр. 4/2013, стр. 51-69.

године. Душанов законик утемељен је на начелима римско-византијског права. Из рецепције тог обичајног права цар Душан је умео да извуче његова најбоља и најлепша начела, да их присвоји и да им да егзактну форму.

Овај трећи сталеж у Душановом царству уживао је посебно гарантоване повластице. Била му је зајемчена слобода трговине, а утврђена је нарочито заштита од осине властеле (члан 118-122 Душановог законика).⁵

Падом наших земаља под турску власт настају значајне промене у области градске занатске производње. Нови занати источњачког типа, настали према начину живота муслиманског грађанства и потребама турске војске, потискују старе заостале занате хришћанског становништва. У Србији се у то време помињу занати: казанцијски, кујунцијски, екмецијски, налбантски, тибачки, туфегцијски, ножарски и др. У већим местима Турци оснивају еснафску организацију која се налазила у рукама јаничара и имала је за циљ да поједине занате монополише у корист муслиманског живља и да се спречи конкуренција. У таквој неравноправној борби хришћани занатлије баве се врло малим бројем заната или траже повољније услове на неисламизованом селу.

Село ће у Србији послужити као основа за развој занатства. Сељак је градио брвнаре, оправљао рала, воденице, израђивао многе предмете у свакодневном животу. После другог српског устанка велике промене захватају село. Сељаци занатлије ће по иселјењу Турака насељавати вароши замењујући дотадашње занатлије. Такође, по угледу на дотадашње турске еснафе оснивали су своје властите еснафе. Писана правила за рад ових еснафа била су доста ретка. Поштовали су се наслеђени обичаји. Скупштина занатских организација „Лонца“ доносила је статуте у којима су се налазиле одредбе инспирисане обичајним правом. „Лонца“ је имала и судске функције. Она је решавала спорове кривичног карактера. Поред кривичних „лонца“ је решавала и спорове у вези са уговорима закљученим између чланова занатлијске организације. Она је имала право да изриче кривичне санкције против својих чланова окривљених за нелојалну конкуренцију.

Непосредно пред устанак и у току устанка у Србији се развијала трговина. Спорове међу њима решавали су сами трговци. Постојали су трговачки судови који су расправљали трговачке спорове, отварали трговачке и занатске радње, отварали и скидали стечајеве, штитили и подизали занате и трговину.⁶ Ово није био суд као институција правосуђа већ би се могло рећи да се ради о стручном мишљењу трговаца што бисмо данас назвали мишљењем судских вештака.

Тек 1847. године донета је Уредба о еснафима са циљем да створи што повољније услове занатлијама и трговцима за рад и омогући напредак занатства и трговине. Члановима еснафа могли су постати само занатлије које су припадале еснафским занатима. За оснивање еснафа било је потребно

⁵ Милутиновић, С., *Корени правосудног законодавства у Србији до почетка XIX века*, у Ђукић-Вељовић, З., *Право, правда и правосуђе у Подрињу, Шабац*, 2000, стр. 22.

⁶ Павловић, Љ., *Из живота града Шатца*, Гласник географског друштва, 1923, стр. 62.

најмање 12 чланова који су се бавили истом врстом заната и живели на истом подручју. Оснивање еснафа одобравало је најпре Министарство унутрашњих дела, а касније Министарство финансија, а од 1882. године Министарство народне привреде. Непосредну контролу над сваким еснафом вршила је месна или надлежна полицијска власт.

Право да самостално обавља занат, односно да постане члан еснафа имао је само мајстор. Звање мајстора стицао је само онај који је претходно положио мајсторски испит пред еснафском испитном комисијом.⁷

Изучавање заната трајало је по неколико година. Кандидат за мајстора морао је да изради предмет из своје струке. Сви који положи испит постајали су мајстори и имали су право да отворе радионицу уколико су имали новца. Они који су и даље остајали код мајстора постајали су његови помоћници – калфе.

Александар Карађорђевић донео је 28. фебруара 1857. године Устројеније Трговачког одбора у Београду. Њиме су утемељене коморе у Србији само неколико година након доношења закона у многим европским државама којима се регулише правни положај трговинских, индустријских и занатских комора. Овај докуменат биће узор за доношење Закона о устројству Трговачко-занатлијског одбора 12. октобра 1870. године. У поређењу са сличним законима у другим европским земљама, овај се закон може сматрати најнапреднијим, посебно када је у питању систем избора и самосталност одбора.⁸

Поновним повратком у Србију кнез Милош је 1859. године донео Указ о Устројенију Трговачког суда у Београду а 1860. године донет је Законик трговачки.

Даљи развој занатства, ширење бесправног рада, прилив страних фабричких производа довео је до доношења Закона о радњама 1910. године који је регулисао односе у занатству у складу са тадашњим степеном развоја капитализма у Србији. Законом о радњама из 1910. године⁹ прво је извршена подела радњи на *индустријске, занатлијске и трговачке*. Уређено је оснивање радње. Одредбом члана 4. је било прописано да основати радњу може свако пунолетно или за пунолетно оглашено лице, без разлике пола, које може слободно да располаже својом имовином кад испуни пропис овог или осталих закона. Даље је чланом 5. прописано да се пре отварања радње подноси захтев надлежној комори, са доказима о испуњавању законских услова (спремности радње). Комора ће му најдаље у року од 15 дана од дана пријема пријаве,

⁷ Види Трипковић, М., *Од првих помена до 1945. године*, у Ранковић, З., *Занатство у ваљевском крају и друге самосталне привредне делатности*, Ваљево, 1987, стр. 7-9.

⁸ Монографија 45. година Регионалне привредне коморе Ужице, 2007. стр. 9.

⁹ Види Никетић, Г., *Закон о радњама са уредбом о суду добрих људи*, Београд, 1926. у коме је дат текст Закона о радњама од 29.06.1910. године са изменама и допунама од 24.06.1921. и 30.12.1921. године као и текст Уредбе о суду добрих људи донете 16.04.1912. године.

издати одобрење, ако испуњава све законске погодбе. У противном случају, по истеку овог рока, може отворити радњу и упражњавати је без овога одобрења. При отварању радње власник је дужан о томе написмено известити месну полицијску власт, а уз акт приложити или одобрење коморе у препису или рецепис о благовременој предаји пријаве комори.

У чл. 11. Закона о радњама је уређено шта се сматра као доказ спремности радње еснафских заната:

а) сведоџба о свршеној стручној школи у земљи или на страни коју Министар Народне Привреде, по саслушању индустријске и занатске коморе, као довољну призна. За упражњавање индустријских предузећа признаће све сведоџбе како трговачких тако занатских и других средњих и виших школа, а за упражњавање занатских радњи сведоџбе занатских школа;

б) мајсторски испит.

За остале индустријске и занатске радње, као доказ спремности служиће, ако дотично лице докаже да се занимало том врстом рада најмање шест месеци.

Наведеним законом као еснафски занати сматрани су: абацијски, кројачки, терзиски, јорганџиски, са памуклијашким, ћурчиски са кожуарским, опанчарски, обућарски са папучарским, сарачко-седларски, столарски, коларски са ковачким, браварски, лимарски, казанџиски, часовничарски са златарским, ужарски са мутавџиским, лецедерско-воскарски, бојаџиски, зидарски са тесачким, молерски са фарбарским, штампарско-литографски са књиговезачким, лончарски, ножарски, сапуџински, тапетарски, димничарски, берберски, кобасичарски, хлебарски са пекарским и посластичарским, качарски, предузимачки са грађевинарским, пушкарски, ткачки и стаклорезачки.

Имало је послова који се могу сматрати и као занати и као индустрија. Такве су се радње сматрале као индустријске ако су имале више од петнаест квалификованих радника и употребљавале мотор, или више од двадесет и пет квалификованих радника а нису употребљавале мотор. Ако су имале мањи број радника сматрале су се за занатске радње.¹⁰

Закон је даље уређивао услове и начин полагања мајсторског испита, састав комисија и др. Мајсторско писмо је имало статус јавне исправе.

Трговачким радњама су сматране механске, кафанске, гостионичарске, ликерџијске, продавнице животних намирница и у опште предмета за исхрану, радње апотекарске и дрогеријске, радње за забаву публике, радње извозничке, комисионо-шпедитерске и томе сличне за које је надлежни Министар, по саслушању трговачке коморе прописивао и нарочите услове.¹¹

¹⁰ Начелна одлука Занатске коморе у Никетић, Г., *нав. дело*, стр. 10.

¹¹ Чл. 22. Закона о радњама из 1910. Начелном одлуком Трговачке коморе од 3. маја 1911. године одређено је да машинисти, аласи, кречари, камењари и баштовани не сматрају се као трговци, а старинари и ликерџије, сматрају се као трговци.

Мајстори еснафских заната по овом закону су имали право да образују принудне корпорације (еснафе). Они су се оснивали тако што су се еснафски мајстори једног среза односно једне вароши удруживали ради заједничког циља. За образовање еснафа било је потребно најмање двадесет мајстора који у дотичном срезу, односно вароши, имају еснафске радње. Као највиши представници ових професионалних удружења образовале су се коморе.¹²

Исте 1910. године основана је Трговачка комора. Чланови Трговачке коморе били су трговачка удружења као професионалне асоцијације чије оснивање је било на добровољној основи. Такође, 1910. године основана је Индустриска комора Београд као и Занатска комора Београд. Почетком тридесетих година еснафи су претворени у удружења занатлија са обавезом чланства у њих.

2.2. Нормативно уређење занатства у праву Прве Југославије. - Балкански ратови и Први светски рат нанели су Србији огромне људске и материјалне жртве. Велики број занатлија је изгинуо у ратовима, сировине су се тешко набављале и по високим ценама, куповна моћ становништва је била смањена. Највећи проблем занатлија је тада био недостатак капитала због чега су излаз потражили у стварању Занатлијске кредитне задруге која је основана 1926. године. Основни циљ задруге био је да члановима омогући што повољнији кредит ради набавке алата, машина и репроматеријала.

Нови Закон о радњама донет је 1931. године. На основу овог закона оснивана су Удружења занатлија као занатске задруге.¹³ Удружења су радила по Правилима која је Занатска комора Београда одобрила 1932. године.

Према Закону о радњама из 1931. године радње се деле на:

- 1) радње које се обављају на основи овлашћења опште управне власти;
- 2) радње које се обављају на основи дозволе опште управне власти.

Радње за које је због посебних особина пословања или с обзиром на нарочиту вештину ручног рада потребна стручна спрема могу се обављати само на основу претходног доказа спремне стечене учењем и практичним радом по наређењима овог Закона.

По дозволи опште управне власти првог степена могу се обављати радње које су овим Законом нарочито означене.¹⁴ У параграфу 60 Закона наведене су радње које се могу обављати уз дозволу и то 36 врста радњи (на пример: израђивање и трговина оружјем; производња вештачких минералних вода; банкарски, мењачки и осигуравајући послови; јавна складишта; опкладионице (заводи за опкладу); бирои за посредовање купопродаје некретнина; бирои за

¹² Чл. 98. и 99. Закона о радњама.

¹³ У Ваљевском крају су радиле: Ваљевска занатска задруга, Прва ваљевска столарска задруга (1931), Прва обућарска задруга и Среска занатско-набавно-продајна задруга (1941), Трипковић, М., *нав. дело*, стр. 20.

¹⁴ § 3 Закона о радњама из 1931. Текст закона се може видети у Никетић, Г., *Закон о радњама, објашњења, пракса, споредно законодавство*, књига прва, Београд, 1936.

посредовање женидбе; угоститељске радње ма које врсте, предузећа за редован превоз путника и робе итд.). За одређене радње се дозвола давала под условом да буде положена кауција (јамчевина) која је прописана дозволом. Висина кауције је износила према врсти и обиму радње од 5.000 до 500.000 динара. Кауција је служила првенствено као гаранција за правилност рада односно радње, за обавезе које за предузеће настану по Закону или по правилницима, као и за измирење потраживања из ових обавеза (§ 64).

Овај закон се примењивао и на правна и на физичка лица. Реч „радња“ се по овом закону односила на делатност.

На подручју Краљевине Југославије дозвољено је свакоме обављање радње ко испуњава услове прописане овим Законом. Једно исте лице може обављати истовремено више врста радња ако испуњава све законске услове за сваку од њих.

По овом Закону све радње су се делиле на:

- трговачке радње,
- занатске радње,
- индустријске (фабричке) радње,
- грађевинске радње,
- електротехничке радње.

За сваку од наведених врста радњи прописани су услови за обављање. На пример, за обављање трговачких радњи као доказ спреме важило је двогодишње учење као ученик (шегрт) и двогодишње упослење као помоћник у трговачкој радњи. За потпуну спрему сматрала се и свршена средња и њој равна стручна или виша школа. Свршена четири разреда грађанске, средње или њој равне стручне школе замењивало је рок учења и једну годину упослења. Лице које није имало посебну спрему могло је трговачку радњу обављати преко оспособљеног пословође. За обављаје пиљарских и сличних ситних трговачких послова није се тражила посебна спрема (§ 19).

Право обављања радњи било је чисто лично право и наследници су могли наставити са радом само ако су испуњавали услове за самостално обављање радње изузев одређених случајева (удовица која је у време смрти имаоца радње имала право на издржавање и малолетна деца (унуци) која имају права наследства – удовици до преудаје, а деци до пунолетства) и жена кривично осуђеног мужа за време док муж издржава казну лишења слободe или меру безбедности скопчану са лишењем слободe (§ 8, § 14 и § 15).

Пре почетка рада обраћало се поднеском надлежној општинској управној власти на чијем подручју је оснивана радња са доказима о условима а општинска управна власт је издавала овлашћење у року од 15 дана, односно дозволу.

За радње за које је издато овлашћење, односно дозвола, општинске управне власти су водиле четири регистра:

- 1) регистар радњи за које је потребна дозвола;
- 2) регистар занатских радњи;

3) регистар индустријских (фабричких) радњи;

4) регистар осталих радњи.¹⁵

Закон је детаљно уредио и рад помоћног особља, помоћника (калфе), трговачког и осталог вишег помоћног особља, индустријских предузећа, Избраног одбора (суда добрих људи), стручних организација и комора.

Према Трговачком законнику Краљевине Југославије из 1937. године (који никад није ступио на снагу), као учесници у трговинском промету јављају се физичка лица (индивидуални трговци) и правна лица (трговачка друштва). Према одредбама параграфа 1. овог Закона, трговац је лице (правно или физичко) које у своје име (али није нужно и за свој рачун) обавља (лично или преко заступника, прокуристе, пуномоћника) неки од следећих послова: прибављање и отуђивање покретних ствари...и хартија од вредности; пријем на обраду или прераду покретних ствари – преко обима мањег заната; осигурање; банкарске, мењачке или берзанске послове; превоз; комисион; шпедицију и ускладиштење; заступање и посредовање; издавачке послове; штампање преко обима мањег заната. Закон разликује и „омање трговце“ (§3). То су трговци чија делатност не прелази обим мање трговине и који не могу бити организовани као трговачко друштво. На ову врсту трговаца нису се примењивала нека правила (о фирми, трговинским књигама, прокури) због малог обима пословања и опасности којима би се они могли изложити због недовољног познавања трговачких правила. Постоји законска презумција (§4), да својство трговца има лице чија је фирма уписана у трговачки регистар (тзв. „трговац по самом упису у трговачки регистар“, „привидни трговац“). Постоји, дакле, необорива претпоставка за лица чија је фирма уписана у трговачки регистар да имају својство трговца.¹⁶

2.3. Нормативно уређење занатства у праву друге Југославије. - До почетка 1945. године самосталне занатске радње су радиле нерегистроване. Наредбом повереништва за привреду Занатске коморе НР Србије извршена је код те привредне организације нова реорганизација свих самосталних занатских радњи.

Међутим, поред последица Другог светског рата, број занатских радњи је био све мањи и из разлога укључивања самосталних занатлија у друштвени сектор привређивања тадашњег социјалистичог уређења. Број самосталних занатских радњи је 1950. године износио 60% од броја који је био регистрован 1939. године.¹⁷

¹⁵ § 99 Закона о радњама из 1931. године.

¹⁶ Миленовић, Д., *нав. чланак*, стр. 83.

¹⁷ О стању у занатству види више у Јевтић, Ж., *Развој самосталног занатства у послератном периоду*, у Ранковић, З., *Занатство у ваљевском крају и друге самосталне привредне делатности*, Ваљево, 1987, стр. 110-136.

У нашем праву после Другог светског рата предузетништво и предузетник замиру, јер нису одговарали духу, смислу и садржини нових друштвених односа.¹⁸

Законом о занатству од 1949. године предвиђено је оснивање занатских комора на среском и републичком нивоу.

Законом о занатским коморама НР Србије из 1950. године ликвидирана су удружења занатлија а основане су занатске коморе.

Самоуправним споразумима између привредних комора и самосталних занатлија формирана су 1970. године Удружења самосталних занатлија, угоститеља и ауто превозника за подручја више општина са својством правног лица.

Крупне промене у организацији привреде спроведене су Уставом СФРЈ од 1974. године. Након њега, донет је Закон о удруженом раду 1976. године. Устав је јемчио слободу самосталног личног рада на средствима за производњу у својини грађана. Њиме је дата могућност оснивања задруга, удруживања рада и средстава са организацијама удруженог рада или са радом других лица у оквиру уговорних организација удруженог рада.

Законом о удруженом раду било је предвиђено да радни људи, који личним радом самостално у виду занимања обављају професионалну делатност, имају у начелу исти друштвено-економски положај и у основи иста права и обавезе као и радници у организацијама удруженог рада.

1978. године донет је Закон о трговинским радњама који је регулисао услове промета робом у личној својини.

Године 1979. оснивана су Општа удружења радних људи и њихових задруга, у складу са Законом о удруживању у привредне коморе, а некадашња удружења самосталних занатлија наставила су рад али као удружења грађана са добровољним чланством.¹⁹

Што се тиче слободних професија после Другог светског рата неке слободне професије су биле изричито забрањене (јавно бележништво),²⁰ друге су постепено и посредно укидане (лекари, стоматолози, фармацеути, ветеринари), а само је адвокатура „преживела“ и наставила своје постојање до данас.²¹

¹⁸ Бајаловић, Љ., *Трговачко право*, Београд, 1950, стр. 10.

¹⁹ О организацијама занатлија у овом периоду види више у Јевтић, Ж., *Организације занатлија 1944-1986*, у Ранковић, З., *Занатство у ваљевском крају и друге самосталне привредне делатности*, Ваљево, 1987, стр. 144-164.

²⁰ Одлука о укидању јавних бележника и јавно-бележничких комора, *Сл. лист ДФЈ*, бр. 1/1945, чл. 1.

²¹ Види Одлука о постављењу делегата у адвокатским коморама, *Сл. лист ДФЈ*, бр. 1/1945, Закон о потврди и измени Одлуке о постављању делегата у адвокатским коморама, *Сл. лист ДФЈ*, бр. 24/1946, Закон о адвокатури, *Сл. лист ФНРЈ*, бр. 102/1946

По протеклу четрдесет година од забране приватне лекарске и ветеринарске праксе у праву Републике Србије донет је Закон о личном раду²² којим је поново омогућена приватна пракса. Осим посебног услова у погледу захтеваних квалификација (школска спрема и положен стручни испит), законодавац није уважио ниједну од великог броја специфичности и особености слободних професија здравства и ветерине.²³

Закон о личном раду је индивидуалног предузетника називао „радни човек“ који је могао самостално да обавља привредне и друштвене делатности као и друге послове личним радом и средствима у личној својини оснивајући радњу. Чак је могао да оснива заједничку радњу путем уговора са другим радним људима или да буде оснивач радње са статусом правног лица, ако запошљава више од 10 радника. За обавезе преузете поводом делатности које обавља преко радње, радни човек је, као оснивач радње, одговарао целокупном својом имовином. А за обавезе које проистичу из радње која има статус правног лица, одговарала је радња својом имовином.²⁴ Мада је два пута мењан и допуњаван,²⁵ Закон о личном раду није одговарао духу процеса који су се одвијали на пољу својинских и тржишних односа. Због тога је током 1995. године донет нови закон²⁶ којим је Закон о личном раду преименован у Закон о приватним предузетницима са бројним изменама и допунама које су представљале савременија решења у циљу развијања приватне иницијативе односно предузетништва. Замисао законодавца је да правно уреди положај малог предузетника, кога је назвао приватни предузетник, чији је обрт мањег обима а који се бави бројним привредним делатностима, као и оним пословима од користи за развој привредног живота, а који по традицији не спадају у привредне делатности, као што су: занатство, народна радиност, уметничко обликовање предмета и слично.²⁷

Доношењем Закона о предузећима²⁸ 1996. године уводи се предузетник као нови субјект привређивања, чији је правни положај скоро изједначен са правним положајем друштва лица. Закон дефинише приватног предузетника као „физичко лице које ради стицања добити, оснива радњу и самостално обавља делатност“ (члан 1а). Израз радња употребљен је као заједнички назив за радњу у њеном правом значењу, као и за друге облике преко којих приватни

²²Сл. гласник СРС, бр. 54/1989, 9/1990, Сл. гласник РС, бр. 19/1991, 46/1991, 31/1993, 39/1993, 53/1993, 67/1993, 48/1994

²³ Дабић, Љ., *Професионална одговорност носилаца слободних професија*, Право и привреда, бр. 7-9/2010, стр. 45.

²⁴ Чл. 1, 4-7. Закона о личном раду

²⁵ Сл. гласник СРС, бр. 9/1990 и Сл. гласник РС, бр. 46/1991

²⁶ Закон о изменама и допунама Закона о личном раду, Сл. гласник РС, бр. 53/1995

²⁷ Спиrowић-Јовановић, Л., *Предузетник и приватни предузетник у нашем правном систему*, Економски анали, бр. 141/1999, стр. 188.

²⁸ *Службени лист СРЈ*, бр. 29/1996, 33/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999 и 36/2002

предузетник обавља своје пословање, у које закон набраја: радионице, канцеларије, бирое, сервисе, пансионе, апотеке, ординације и слично.

3. Позитивноправно уређење занатства у Србији

Стари и уметнички занати и домаћа радиност прописани су Правилником о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима односно пословима домаће радиности начину сертификавања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата.

Старим занатима у смислу овог Правилника сматрају се послови израде и дораде предмета на начин, под условима и од материјала којима се чува и одржава израз традиционалног народног стваралаштва.

Старим занатима, сматрају се: 1) лончарски (грнчарски), црепуљарски; 2) казанџијски (котларски); 3) коларски; 4) бачварски, пинтерски и качарски; 5) ткачки (ткање на ручном разбоју ћилима, тепиха, крпара, платна, свиле и др.); 6) терзијско-абаџијски; 7) израда народних ношњи и др.

Старим занатима сматрају се и занати којима се припрема и производи храна, на традиционалан начин и то: 1) бомбонџијски; 2) содаџијски; 3) бозаџијски; 4) млевење житарица преко воденица - поточара; 5) припрема биљних производа на традиционалан начин; 6) припрема хлеба под сачем и у црепуљи и др.²⁹

Старим занатима сматрају се и грађевински занати чији су производи у целини (или већим делом) грађевински објекти. Овим занатима одржавају се и/или обнављају споменици традиционалне културе који су под посебном заштитом државе. То су: 1) градња и/или реконструкција у техници сухозида; 2) градња и/или реконструкција у техници набоја, набијача; 3) градња и/или реконструкција техником бондрука; 4) израда шиндре (за покривање кућа, привредних зграда и цркава брвнара); 5) производња ћерпича и зидање ћерпичем.

Уметничким занатима сматрају се послови обликовања племенитих материјала, камена, метала, дрвета, текстила, стакла и других материјала, при чијој изради долази до изражаја лични укус и вештина произвођача по његовој замисли или нацрту, односно по замисли или нацрту другог лица.

Уметничким занатима се сматрају: 1) израда таписерија и других уметничких ткања; 2) уметничка обрада дрвета, камена, стакла, глине, гипса и сличних материјала; 3) уметничка обрада племенитих метала (кујунџијско-филигрански; златарско-јувелирски и сл.) и др.

Домаћом радиношћу сматрају се послови израде и дораде предмета код којих преовлађује ручни рад и који имају естетско обележје изражено

²⁹ Чл. 3. Правилника о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима односно пословима домаће радиности начину сертификавања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата.

народном уметношћу и то: 1) плетење; 2) кукичање - хеклање и нецовање (израда чипке, столњака, украсних детаља, одевних предмета и сл.); 3) вез разних текстилних производа; 4) премотавање и упредање (цвирновање) конца и вуне; 5) израда сувенира; 6) израда предмета са народним везом; 7) израда производа дрвне домаће галантерије (вретена, преслице, оклагије, дрвена корита, карлице, чиније и сл.); 8) ручна израда предмета од ситних отпадака од коже и текстила (пачворк), клирита и сличних материјала.

4. Сертификовање старих и уметничких заната и послова домаће радиности

Производи старих и уметничких заната и домаће радиности, поред декларација и ознака прописаних посебним прописима за ту врсту производа, могу бити посебно означени називом: "производ старог заната", "производ уметничког заната" или "производ домаће радиности", као и стилизованом ознаком отворене шаке.

Посебно означавање врши се на основу претходно прибављеног сертификата министарства надлежног за послове привреде.

Посебно означавање и изглед стилизоване ознаке отворене шаке одређује носилац сертификата, по својој замисли, а у складу са врстом сертификованог производа.

Ако су предмети истовремено и предмети опште употребе намењени за јавну потрошњу, ти предмети, пре стављања у промет, морају бити снабдевени и исправом произвођача да, на основу лабораторијских испитивања, одговарају прописима о здравственој исправности.

Ако је храна намењена за јавну потрошњу, пре стављања у промет, та храна мора бити снабдевена и исправом произвођача да, на основу лабораторијских испитивања, одговара прописима о безбедности хране.

Произвођач може производе означити и својим знаком - знаком произвођача, чију садржину, облик и димензије сам одређује, у складу са прописима.

Сертификовање се врши по захтеву предузетника, односно другог субјекта, који уз захтев прилаже доказ да је регистрован код надлежног органа, као и доказ о уплати прописане административне таксе.

Услов за сертификовање јесте да је предузетник, односно други субјект активан, као и да сертификовање тражи за делатност наведену Правилником, која је регистрована као претежна у седишту субјекта или у простору ван седишта, односно у простору регистрованог огранка.

Када се на основу достављене документације (канцеларијска провера), утврди да су испуњени услови из Правилника, приступа се непосредном увиду на лицу места код подносиоца захтева (теренска провера), ради проверавања испуњености услова за издавање траженог сертификата.

Министарство издаје и свечану форму сертификата који важи десет година од дана издавања.

Важност сертификата престаје и пре истека рока на који је издат, уколико дође до престанка обављања делатности предузетника, односно другог субјекта, или уколико дође до промена у обављању делатности које су од значаја за стицање сертификата, као и у другим случајевима прописаним законом и овим правилником.

Када предузетник и други субјект нису у активном статусу (привремени престанак обављања делатности и сл.), немају права да остварују погодности по основу издатог сертификата.

Време трајања неактивног статуса предузетника и другог субјекта урачунава се у време важења издатог сертификата³⁰.

По протеклу рока важења издатог сертификата предузетник, односно други субјект, може Министарству да поднесе захтев за продужење важења сертификата.

Уколико није било промена од значаја за стицање сертификата коме је истекло време за које је издат, Министарство, по поднетом захтеву предузетника, односно другог субјекта, може и без посебног поступка теренске провере издати сертификат о продужењу времена важења сертификата за време од наредних десет година.

О издатим сертификатима води се евиденција на интернет страни Министарства, као јединствена, централна, јавна база података, која се редовно ажурира и која је доступна заинтересованим субјектима.³¹

Подаци из Евиденције евидентирају се и у одговарајућем регистру Агенције за привредне регистре и објављују се на интернет страни Агенције, у складу са законом.

Евиденција садржи податке о: врсти производа који се сматрају производима старог и уметничког заната, односно производима домаће радиности; предузетнику, односно другом субјекту носиоцу сертификата (назив, лично име и презиме предузетника, седиште са адресом субјекта, ПИБ и матични број субјекта, као и друге податке: број телефона, *e-mail* и сл.); броју издатог сертификата у свечаној форми; службеном броју из евиденције Министарства, са датумом издавања сертификата.

Министарство финансија и привреде Републике Србије актом број 313-00-59/2012-09 од 01.08.2012. године донело је Предлог³² могућих шифара

³⁰ Чл. 12. Правилника Правилника о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима односно пословима домаће радиности начину сертификавања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата.

³¹ Евиденција сертификованих старих и уметничких заната и послова домаће радиности може се видети на интернет страници Министарства привреде: <http://www.privreda.gov.rs/wp-content/uploads/2015/05/Registar-Sertifikovanih-Zanata-Kraj-Decembra-2015.pdf> (14.01.2016).

делатности према Правилнику о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима, односно пословима домаће радиности, начину сертифицивања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата у односу на шифре делатности из Уредбе о класификацији делатности („Службени гласник РС“ бр. 54/10).³³

Добијањем сертификата предузетник може да оствари одређене погодности и значајне подстицаје, како у складу са републичким, тако и са прописима локалне самоуправе. Министарство привреде је својом Информацијом о начину сертифицивања производа старих и уметничких заната, односно послова домаће радиности, посебном обележавању истих стилизованом ознаком отворене шаке и вођењу посебне Евиденције тако издатих сертификата³⁴ указало на неке од њих.

Законом о финансирању локалне самоуправе³⁵ (чл. 15. ст. 3) било је прописано да се локалне комунална такса не уводи за истицање фирме на пословном простору привредног субјекта (предузетника) који као претежну делатност обавља старе и уметничке занате и послове домаће радиности, за које је издат одговарајући сертификат овог министарства (такозвана „фирмарина“). Даљим изменама Закона о финансирању локалне самоуправе³⁶ (чл. 15а) овом погодностима обухваћени су, поред носиоца сертификата, предузетници и правна лица која су према закону којим се уређује рачуноводство разврстана у мала правна лица (осим предузетника и правних лица која обављају делатности: банкарства; осигурања имовине и лица; производње и трговине нафтом и дериватима нафте; производње и трговине на велико дуванским производима; производње цемента; поштанских, мобилних и телефонских услуга; електропривреде; казина, коцкарница, кладионица, бинго сала и пружања коцкарских услуга и ноћних барова и дискотека), а имају годишњи приход до 50.000.000,00 динара.

Уредба о одређивању делатности код чијег обављања не постоји обавеза евидентирања промета преко фискалне касе³⁷ прописује у чл. 3. да не постоји обавеза евидентирања промета преко фискалне касе за делатности из Правилника о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима, односно пословима домаће радиности, начину сертифицивања истих

³² На Предлог могућих шифара делатности сагласност је дао Републички завод за статистику својим актом 24 Број: 313-428 од 20.07.2012. године

³³ Наведене шифре делатности се могу видети на интернет страници Министарства привреде: <http://www.privreda.gov.rs/ministarstvo/javnost-u-radu/usluge/serifikacija-starih-zanata/> (14.01.2016).

³⁴ http://www.privreda.gov.rs/UserFiles/File/1_PRIVREDA/Stari%20Zanati/Nova%20informacija%20za%20stare%20zanate.pdf (30.01.2015).

³⁵ Сл. гласник РС, бр. 62/06, 47/11.

³⁶ Сл. гласник РС, бр. 93/12, 99/13, 125/14, 95/15.

³⁷ Сл. гласник РС, бр. 61/10, 101/10, 94/11, 83/12, 59/13, 100/14.

и вођењу посебне евиденције издатих сертификата, осим каменорезачког заната.

Уредба о ближим условима, критеријумима и елементима за паушално опорезивање обвезника пореза на приходе од самосталне делатности,³⁸ на основу које се, уз сертификат Министарства привреде, предузетник сврстава у погоднију групу, са нижом основицом за паушално опорезивање. Сходно овој Уредби и то чл. 3. ст. 1. тач. 1. делатности старих заната и домаће радиности сврстани су у И групу ради утврђивања висине паушалног прихода, као основице пореза на приходе од самосталне делатности. Полазна основица за утврђивање висине паушалног прихода, одређује се у односу на просечну месечну зараду по групама делатности и за прву групу износи 25% од просечне месечне зараде што је најповољније у односу на осталих шест група.

Посебно се указује да је 2011. године Фонд за развој Републике Србије први пут отворио посебну кредитну линију намењену искључиво за финансирање сертификованих старих и уметничких заната и послова домаће радиности. Ова пракса на жалост није настављена и у Програму Фонда за развој за 2015. годину нису као приоритет у коришћењу средстава наведени сертификовани стари и уметнички занати и домаћа радиност.³⁹

Поред тога, одређене погодности и подстицаји су предвиђени, како код већине конкурса за бесповратна средства из буџета и донација, тако и код скраћења процедуре за добијање пословног простора од стране већине локалних самоуправа (одређивање непосредног корисника пословног простора без лицитације и прикупљања писмених понуда), ниже закупнине тако закупљеног простора, бољи пласма производа на домаћем и иностраном тржишту и др.

Значајна погодност сертификацијом би требало да буде повећање конкурентности производа на тржишту с обзиром на могућност обележавања истих ознакама "производ старог заната", "производ уметничког заната" или "производ домаће радиности", као и стилизованом ознаком отворене шаке.

5. Удружења занатлија

Србија је једина у окружењу без правног оквира организације занатства. Јављају се иницијативе да се формира Занатска комора (самостално или у оквиру Привредне коморе Србије) која би окупљала предузетнике и на прави начин заступала њихове интересе. Од 2006. године постоји иницијатива за доношење Закона о занатству, формирана је и радна група која је радила на изради нацрта закона. Међутим, 2008. године повучен је предлог Закона о занатству и занатским коморама из процедуре. Затим је текст Преднацрта

³⁸ *Сл. гласник РС*, бр. 65/01....135/14.

³⁹ Види Програм Фонда за развој Републике Србије <http://www.fondzarazvoj.gov.rs/files/Program2015.pdf> (02.02.2015).

Закона о занатству, објављен од стране Министарства економије и регионалног развоја, 15. априла 2010. године наишао на велики отпор Заједнице општинских удружења предузетника Привредне коморе Београда⁴⁰ и Привредне коморе Србије. Предлог доношења Закона о занатству се најављује сваке године.

Хрватска је донела Закон о обрту.⁴¹ По овом закону Удружење обртника, подручне обртничке коморе и Хрватска обртничка комора чине јединствени састав организираности обрта. Ради промицања, усклађивања и заступања заједничких интереса више обртника оснива удружење обртника на подручју једне или више јединица локалне самоуправе. Удружења обртника могу се оснивати и на струковном принципу. Чланство у Хрватској обртничкој комори је обавезно. Чланови су обртници и трговци појединци. Обртник у смислу овог Закона је физичка особа која самостално и трајно обавља једну или више допуштених господарских дјелатности сврхом постизања дохотка или добити која се остварује производњом, прометом или пружањем услуга на тржишту, у своје име и за свој рачун, а притом се може користити и радом других особа.

По овом закону постоје три врсте обрта:

1. слободни обрти за обављање којих се као увјет не тражи испит о стручној оспособљености или мајсторски испит,

2. везани обрти за обављање којих се као увјет тражи испит о стручној оспособљености, везани обрти за обављање којих се тражи одговарајућа средња стручна спрема и везани обрти за обављање којих се као увјет тражи мајсторски испит,

3. повлаштени обрти које обртник смије обављати само на темељу повластице, односно дозволе коју издаје надлежно министарство, односно друго тијело чија је надлежност прописана посебним прописом о зависно о дјелатности.⁴²

Комора има следећа јавна овлашћења:

- издавање дозволе (лиценције) обртнику и правној особи који изводе практичну наставу и вјежбе науковања у складу с овим Законом,
- издавање увјерења о положеном испиту о стручној оспособљености,
- издавање дипломе о мајсторском звању,
- оснивање Суда части.

Црна Гора је донела Закон о занатству⁴³ којим је прописала могућност да се занатлије могу удруживати у Занатску комору Црне Горе.⁴⁴

Република Српска је донела Закон о занатско-предузетничкој дјелатности.⁴⁵ Предузетник, у смислу овог закона, јесте физичко лице које

⁴⁰ Види http://www.kombeg.org.rs/aktivnosti/udr_opste/Detailnije.aspx?veza=2272 (02.09.2015).

⁴¹ *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 143/2013.

⁴² Чл. 6. Закона о обрту Хрватске.

⁴³ *Сл. лист ЦГ*, бр. 54/2009, 64/2009.

⁴⁴ Види више на <http://www.zanapredak.me/index.php?lang=me&Itemid=104> (02.09.2015).

⁴⁵ *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 117/2011, 121/2012, 67/2013.

обавља предузетничку дјелатност у своје име и за свој рачун ради стицања добити, и као такав уписан је у регистар предузетника. Предузетник може обављати једну или више дјелатности од којих је једна претежна, ако испуњава услове за њихово обављање. Предузетничке дјелатности одређују се по шифри и називу дјелатности, а према најнижем хијерархијском нивоу важеће класификације дјелатности.

Комора је самостална, стручно-пословна, невладина и непрофитна асоцијација која заступа и усклађује заједничке интересе предузетника на подручју Републике Српске и којој је овим законом повјерено вршење јавних овлашћења.

Предузетници постају чланови Коморе уписом у регистар предузетника.

Чланство је обавезно а чланарина не може бити већа од 24 КМ на годишњем нивоу.

Федерација БиХ је донела Закон о обрту и сродним дјелатностима.⁴⁶ Облици удруживања обртника и особа које обављају сродне дјелатности јесу: удруга обртника, удруга особа које обављају сродне дјелатности, опћа удруга, обртничка комора кантона и Обртничка комора Федерације Босне и Херцеговине. Чланство је обавезно плаћати чланарину.

Словенија има организоване предузетнике у Обртно-подјетничку зборницу Словеније. Рад је уређен Обртним законом.⁴⁷ Чланство није обавезно. Да би обављао делатност старих и уметничких заната предузетник мора имати лиценцу. Услови за добијање лиценце прописани су чл. 9. Обртног закона Словеније.

6. Закључна разматрања

Министарство привреде истиче да се поступак сертификације односи на статусна питања предузетника, којим поступком се кроз прецизирање регистроване претежне делатности, са одговарајућом шифром из Класификације делатности, долази до података о заступљености традиционалних заната у Србији, као и да се поступком сертификације постижу вишеструко позитивни ефекти, а нарочито:

1) превођење субјеката из сиве зоне (сиве економије) у легалне токове, јер је основни услов за сертификацију да је субјект регистрован као привредни субјект у Агенцији за привредне регистре;

2) усаглашавање пословања са законом (одређивање претежне делатности у складу са шифром делатности из Класификације делатности, прецизирање седишта и издвојеног места за предузетнике, односно огранака за привредна

⁴⁶ *Службене новине ФБиХ*, бр. 35/2009, 42/2011.

⁴⁷ *Uradni list RS*, št. 40/2004 z dne 20. 4. 2004: 2. - *ObrZ*, *Uradni list RS*, št. 40/04 - *uradno prečiščeno besedilo*, 117/06 - *ZDavP-2*, 102/07, 30/13 in 36/13 - *popr.*: *ObrZ-NPB8*.

друштва, регулисање статуса запослених који раде на изради производа за које се тражи сертификација и др.);

3) стварање услова за обуку за већину старих и уметничких заната и послова домаће радиности, а који образовни профили данас нису обухваћени позитивним школским-образовним системом, односно за које у образовном, школском систему нема одговарајућих програма;

4) повећавање запошљавања у области личног рада: преузимање технолошких вишкова из великих система, у поступцима приватизација и реструктурирања, самозапошљавање, запошљавање чланова породица предузетника;

5) задржавање становништва, посебно младих у планинским и пограничним, мање насељеним местима, јер се у овим подручјима углавном налазе сировине за област старих и уметничких заната и домаће радиности (вуна за ручно ткање, глина за грнчарску делатност, дрво и пруже за корпарско-плетарске производе и израду сувенира и сл.).⁴⁸

Мишљења сам да се само сертификацијом старих и уметничких заната и послова домаће радиности не могу постићи наведени позитивни ефекти.

Из изнетог о правном уређењу наведене делатности произилази да нису прописани услови за обављање делатности (стручна спрема, занимање, радно искуство, простор и опрема и сл.). Значи свако ко хоће може да се региструје као предузетник са шифром делатности старих или уметничких заната или послова домаће радиности. Да би се сертификовао пролази само теренску контролу од стране Министарства привреде чији представници изласком на лице места, врше непосредан увид у начин израде производа привредног субјекта, након чега се, уколико су испуњени сви прописани услови, као и услови струке за конкретне делатности издаје сертификат у форми званичног документа државног органа. Међутим, сам начин контроле није правно уређен. Није прописано ко су представници Министарства који врше контролу, које струке и квалификација треба да буду, који су то услови струке за конкретну делатност које кандидат треба да испуни и др. Није прописано ни право на жалбу кандидата коме захтев не буде прихваћен. Дакле, комплетна процедура је спорна.

Једино би било исправно да сертификат или мајсторско писмо, које сматрам да треба увести, треба да издају еснафска удружења или занатске коморе по правилима струке.

Посебан проблем је неопостојање у школском образовном систему образовних програма за старе и уметничке занате и домаћу радиност. То се можда може бранити малом потребом тржишта за тим кадром. Међутим, отворен је проблем обуке и изучавања наведених заната као и адекватног верификовања да ли је неко научио занат или не. То је данас препуштено стихији и није правно уређено.

Имајући у виду изнети исоријат и упоредно-правна решења наведена делатност се може подстаћи и унапредити, посебно квалитет производа и услуга,

⁴⁸ <http://www.privreda.gov.rs/ministarstvo/javnost-u-radu/usluge/serifikacija-starih-zanata/> (14.01.2016).

само образовањем занатских комора, увођењем и издавањем мајсторских писама, односно лиценци и детаљним правним регулисањем.

*Velisav Marković, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Business in Valjevo
Singidunum University of Belgrade*

NORMATIVE REGULATION OF THE OLD AND ARTISTIC CRAFTS AND HOMECRAFTS

Summary

Old and artistic crafts and home crafts are regulated by the Ordinance on the identification of occupations regarded as old and artistic crafts and home craft activities of certifying them and keeping special records of issued certificates. Under Serbian law there are no specific conditions that are required to conduct such activities (qualifications, occupation, work experience, license, premises and equipment, etc.). The Ordinance introduced the possibility of certification by the Ministry of Economy, which does not give satisfactory results. In this article, the author presents the normative regulation of old and artistic crafts and home crafts and by using of historical and comparative method indicates inadequate and insufficient legal organization. These activities can be encouraged and improved, particularly the quality of products and services, only through establishing of craft chambers, the introduction and release of master letters (licenses) and detailed legal regulation.

Key words: *craft, artistic craft, home craft, master letter.*

Литература

- Бајаловић, Љ., Трговачко право, Београд, 1950.
Дабих, Љ., Професионална одговорност носилаца слободних професија, Право и привреда, бр. 7-9/2010.
Јевтић, Ж., Развој самосталног занатства у послератном периоду, у Ранковић, З., Занатство у ваљевском крају и друге самосталне привредне делатности, Ваљево, 1987.

- Јевтић, Ж., Организације занатлија 1944-1986, у Ранковић, З., Занатство у ваљевском крају и друге самосталне привредне делатности, Ваљево, 1987.
- Миленовић, Д., Предузетник (индивидуални трговац) у нашем праву, Правни живот бр. 11/2012.
- Милутиновић, С., Корени правосудног законодавства у Србији до почетка XIX века, Зборник: Право, правда и правосуђе у Подрињу, Шабац, 2000.
- Монографија 45. година Регионалне привредне коморе Ужице, 2007.
- Никетић, Г., Закон о радњама са уредбом о суду добрих људи, Београд, 1926.
- Никетић, Г., Закон о радњама, објашњења, пракса, споредно законодавство, књига прва, Београд, 1936.
- Павловић, Љ., Из живота града Шапца, Гласник географског друштва, 1923.
- Спировић-Јовановић, Л., Предузетник и приватни предузетник у нашем правном систему, Економски анали, бр. 141/1999.
- Срећковић, С., Занати - подела и врсте, Зборник: Стари занати у Србији, Етнографски музеј у Београду, 2009.
- Трипковић, М., Од првих помена до 1945. године, у Ранковић, З., Занатство у ваљевском крају и друге самосталне привредне делатности, Ваљево, 1987.
- Фостиков, А., Занатство средњовековне Србије у светлу три повеље из XIV века, Београдски историјски гласник, бр.4/2013.
- Вујаклија, М., Лексикон страних рачи и израза, Београд, 2014.
- Душанов законик из 1349. године.
- Закон о радњама из 1910. године.
- Закон о радњама из 1931. године.
- Закон о потврди и измени Одлуке о постављању делегата у адвокатским коморама, Сл. лист ДФЈ, бр. 24/1946.
- Закон о адвокатури, Сл. лист ФНРЈ, бр. 102/1946.
- Закон о личном раду, Сл. гласник СРС, бр. 54/1989, 9/1990, Сл. гласник РС, бр. 19/1991, 46/1991, 31/1993, 39/1993, 53/1993, 67/1993, 48/1994.
- Закон о предузећима, Службени лист СРЈ, бр. 29/1996, 33/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999 и 36/2002.
- Закон о финансирању локалне самоуправе, Сл. гласник РС, бр. 62/06, 47/11, 93/12, 99/13, 125/14, 95/15.
- Закон о обрту, Народне новине Републике Хрватске, бр. 143/2013.
- Закон о занатству, Сл. лист ЦГ, бр. 54/2009, 64/2009.
- Закон о занатско-предузетничкој дјелатности, Сл. гласник Републике Српске, бр. 117/2011, 121/2012, 67/2013.
- Закон о обрту и сродним дјелатностима, Службене новине ФБиХ, број 35/2009, 42/2011.
- Обртни закон, Урадни лист РС, шт. 40/2004 з дне 20. 4. 2004: 2. - ОбрЗ, Урадни лист РС, шт. 40/04 - уратно пречишчено беседило, 117/06 - ЗДавП-2, 102/07, 30/13 ин 36/13 - попр.: ОбрЗ-НПБ8.
- Уредба о еснафима из 1847. године.
- Уредба о класификацији делатности, Сл. гласник РС, бр. 54/10.
- Уредба о одређивању делатности код чијег обављања не постоји обавеза евидентирања промета преко фискалне касе, Сл. гласник РС, бр. 61/10, 101/10, 94/11, 83/12, 59/13, 100/14.

Зборник радова „Услуге и услужна правила”, Крагујевац, 2016.

Уредба о ближим условима, критеријумима и елементима за паушално опорезивање обвезника пореза на приходе од самосталне делатности, Сл. гласник РС, бр. 65/01...135/14.

Правилник о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима односно пословима домаће радиности начину сертификавања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата, Сл. гласник РС, бр. 56/2012.

Одлука о укидању јавних бележника и јавно-бележничких комора, Сл. лист ДФЈ, бр. 1/1945.

Одлука о постављењу делегата у адвокатским коморама, Сл. лист ДФЈ, бр. 1/1945.

<http://www.privreda.gov.rs/wp-content/uploads/2015/05/Registar-Sertifikovanih-Zanata-Kraj-Decembra-2015.pdf> (14.01.2016).

<http://www.privreda.gov.rs/ministarstvo/javnost-u-radu/usluge/serifikacija-starih-zanata/> (14.01.2016).

http://www.privreda.gov.rs/UserFiles/File/1_PRIVREDA/Stari%20Zanati/Nova%20informacija%20za%20stare%20zanate.pdf (30.01.2015).

<http://www.fondzarazvoj.gov.rs/files/Program2015.pdf> (02.02.2015).

http://www.kombeg.org.rs/aktivnosti/udr_opste/Detaljnije.aspx?veza=2272 (02.09.2015).

<http://www.zanapredak.me/index.php?lang=me&Itemid=104> (02.09.2015).

*Др Мирослав Милосвљевић, ванредни професор
Факултета за правне и пословне студије
"Др Лазар Вркатић", Нови Сад*

УДК: 336.76

БЕРЗЕ И БЕРЗАНСКЕ УСЛУГЕ

Резиме

У овом раду аутор разматра веома актуелну тему која се односи на берзе и берзанске услуге. Пре свега, дато је више дефиниција са којима се појмовно одређују берзе, као и кратак историјски приказ настанка и развоја берзе. Посебно је обрађена област подела берзи, узимајући као критеријум предмет трговине, затим организациону форму, рок извршења обавезе и др. Изучена је област оснивања и регистрације берзи и берзанских услуга и то како оне које пружају саме берзе, као специјализована тржишта на којима се, у одређено време, окупљају њени чланови ради закључивања одређених послова, тако и услуге које на берзама пружају берзански посредници, као што су брокерско-дилерска друштва и банке. У раду није обрађен део који се односи на „правни статус“ берзанских посредника, тј. њихово оснивање, организација и регистрација, већ само део који се односи на услуге које они пружају у вези са берзанским пословањем.

Аутор је изучавајући наведену област користио, пре свега, нормативни метод, желећи да сазна садржину правних норми са којима се уређује област берзи и услуга које она пружа као и услуге које дају посредници на берзама, пре свега у Републици Србији. У мањој мери коришћен је и упоредно-правни метод, посебно код приказа берзи у државама које су настале од бивших република СФРЈ. Заступљен је и историјски метод у делу који се односи на историјски приказ развоја берзе.

Кључне речи: *берза, услуге, инвестициона друштва, брокери, дилери, банке.*

1. Уводна разматрања

За сваку државу која има тржишну привреду значајно је да има развијено тржиште робе и капитала, као механизам који омогућује крајњим корисницима да директно или индиректно преко посредника, тргују предметима пословања у циљу обављања домаћег или међународног промета. Тржиште има значајну покретачку снагу и ефикасне механизме за адекватно усмеравање робе и капитала.

Промене у привредном и финансијском систему у свету и код нас значајно су утицале на промене на робним и финансијским тржиштима, на њихову стабилност и динамику, као и на развијеност националних привреда и развој берзи.

Берза је значајан барометар привредних кретања у свакој земљи тржишне привреде и постојање берзе, односно берзанске трговине на неком тржишту, указује да је то тржиште сигурно и да није под утицајем нетржишних ризика у пословању. Јачање берзанског пословања указује на пораст сигурности, у најширем смислу, у одређеној привреди.

2. Појмовно и историјско одређење берзе

У стручној литератури, пословној пракси и правној теорији наилази се на велики број различитих дефиниција, мишљења и ставова по питању оснивања берзе, њеног правног положаја, начина пословања и др.

Берза представља специјализовано тржиште на коме се, у назначено време, окупљају њени чланова или посредници чланова, ради закључивања одређених послова, наводи проф. Васиљевић¹

Проф. Јанковец, берзу дефинише као акционарско друштво које у унапред одређено време и по одређеним правилима организује састанке на којима се окупљају посредници ради продаје и куповине робе, новца или хартија од вредности., односно то је тржиште на којем се обавља трговина на велико.²

У стручној литератури наводи се да су берзе место где се производи и услуге продају и купују директно или преко посредника, односно место где се формира цена производа и услуга,³ те да је берза акционарско друштво које организује састанке на којима се окупљају посредници ради продаје и куповине робе, новца, племенитог метала или хартија од вредности.⁴

Законом о тржишту капитала, берза се утврђује као субјект који организује и управља пословањем тржишта и који поседује дозволу издату од Комисије за хартије од вредности.⁵

У нацрту Закон о робним берзама, берза се дефинише као организатор тржишта стандардизованих тржишних материјала, и то тржишта робе, односно тржишта терминских уговора.⁶

¹ Васиљевић, М., *Компанијско право*, Београд, 2005, стр. 381

² Јанковец, И., *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 95.

³ Радовић, М., *Финансијска тржишта-институције и инструменти*, Нови Сад, 2009, стр. 4.

⁴ Милосављевић, М., *Право привредних друштава*, Нови Сад, 2011, стр. 159.

⁵ Чл. 95. Закона ("Сл. гласник РС", бр. 31/2011 и 112/2015)

⁶ Стручна радна група коју је основало Министарство за спољну и унутрашњу трговину и телекомуникације, у чијем су саставу били представници овог министарства, те узели учешће представници Комисије за хартије од вредности, Министарства финансија и привреде, Компензационог фонда, Продуктне берзе, академске заједнице и Пројекта за

Према енциклопедијској дефиницији, берза је тржиште за робу, новац и хартије од вредности, на коме се закључују послови уз учешће и под надзором овлашћених посредника (сензали, брокери, агенти), при чему се роба продаје по типу и узорцима, према утврђеним правилима пословања (берзанске узансе).⁷

Дакле, берза представља организовано тржиште, на којем овлашћени берзански посредници тргују стандардизованим тржишним материјалом, по унапред познатим правилима, и на основу стандардизоване документације.⁸ Берза, једноставно речено, репрезентује, тачно одређено место на коме се сусрећу понуда и тражња за робом, новцем, капиталом, финансијским дериватима итд, са тачно дефинисаним предметима трговине, при чему тај предмет трговине мора бити подложен типизацији и стандардизацији. Организованост је главна особина која је разликује од свих других неформалних, сусретања понуде и тражње.

Битно је знати да се у пословној пракси појмови брокери и дилери не користе искључиво као називи за брокерско-дилерске организације (као правна лица), већ и за физичка лица која су запослена код ових организација и која непосредно обављају послове трговања на берзама и која су стекла лиценце и дозволе за рад.

Прва трансакција, коју бисмо могла назвати берзанском, била је везана за одређену писмену обавезу која је доспевала на наплату у будућем временском периоду а која је променила власника пре рока доспећа на наплату. Претечом робних берзи могли бисмо сматрати велики сајмови и вашари на којима се продавала роба.

Уколико бисмо хтели да направимо разлику између сајмова и берзи онда се та основна разлика налази у томе што се на сајмовима тргује на основу узорка, односно робе која се налазила на лицу места, док се на берзи тргује на поверење. Са развојем трговине “поверење” се институционализује и замењује се са правилима на основу којих се тргује.

По питању времена настанка берзе, не постоји јединствен став. Сматра се да је прва берза настала крајем 14. и почетком 15. века и њено име се везује се за фламанску породицу *Van der Beures*, која је живела у Белгији у граду Брижу, која је имала „*Hotel des Bursene*“ у коме су се окупљали пословни људи. На зиду хотела биле су исклесане три кесе са новцем а које се на латинском зову *burse*.

боље услове пословања (*USAID/BEP*), сачинила је радну верзију овог закона, који до сада није усвојен.

⁷ Група аутора: *Правна енциклопедија*, Београд, 1985, стр. 108.

⁸ Стандардизацијом постиже се да предмет трговине на берзи по својим особинама буде идентичан у малим и у великим количинама. Стандардизацију је лако постићи са робама ниског степена прераде али је то проблем са финалним производима, због тога што постоји велика разноликост међу њима..

Овај назив је постао синоним за место окупљања трговаца.⁹ У свету а нарочито у Европи постоје различити модификовани називи за берзу.¹⁰

Постоји мишљење да је прва берза основана у Анверсу 1460. године.¹¹

Као прва берза која је имала међународни значај истиче се берза у Антверпену из 1531. године, док је касније њену улогу преузела берза у Амстердаму, затим следе берзе у Лондону (1566),¹² Паризу (1724).¹³ Настанак Њујоршке берзе везује се за 1792. годину, у време када су се 24 брокера окупила и потписала споразум, који је представљао оснивачки акт ове берзе.

Са индустријском револуцијом берза добија елементе који јој омогућују савремено пословање, као што су: пословни простор, уређена правила пословања, органе управљања, арбитражу и др. Са развојем електронске комуникације и рачунара, место берзанског трговања губи на значају, с обзиром да се може трговати електронским путем у било које време и са било ког места.¹⁴

У Србији је први Закон о берзама усвојен 1886. године а прва берза је била Београдска, која је основана 1894. године и која и данас постоји, као берза хартија од вредности.¹⁵ Прва робна берза је основана у Новом Саду 5. марта 1921. године, у циљу унапређења, олакшања и регулисања трговинског промета. Њен службени назив био је Новосадска продуктна и ефектна берза, а предмет трговине на берзи била је разна роба, нарочито пољопривредна. Оснивање берзе у ондашњој Србији имало је, пре свега, економски као и велики национални значај, пошто је то било време када се будила национална свест и стварале институције самосталне државе. После рата, тј. 1958. год. оснвана је продуктна берза у Новом Саду.

У Хрватској, пошто су њени делови у XIX веку потпадали под влашћу Хабсбуршке монархије и нису имали економску и привредну аутономију, почели берзанског трговања везани су за почетак XX века. У Хрватској, привредници су започели окупљања и удруживања како би олакшали и увећали своје пословне активности. Значајнији развој берзи у Хрватској остварио се тек са распадом Хабсбуршке монархије и формирање Краљевине СХС. У току 1919. године,

⁹ Бејатовић, М., *Привредно право*, 2009, Нови Сад, стр. 113.

¹⁰ У Португалији и Шпанији берза носи назив: *Bolse*, у Аустрији и Немачкој: *Borse*, у Француској и Белгији: *Bourse*; у Италији: *De Borsa*; у Холандији: *Beurs* итд. У САД, Аустралији и Великој Британији користи се назив: *Stock exchange*.

¹¹ Ханжековић, М., *Вредносни папири и њихово тржиште*, Загреб, 1990, стр. 40-103: Према Васиљевић, М., *нав. дело*, стр. 381.

¹² Проф. Васиљевић у својој књизи *Компанијско право*, стр. 381, наводи да је Лондонска берза основана 1570. године.

¹³ Група аутора: *Правна енциклопедија*, стр.108; Бејатовић М., *нав. дело*, стр. 113

¹⁴ Види више: Пурић С., *Чланови Београдске берзе у улози пружаоца услуга електронског трговања хартијама од вредности*, Зборник: Право и услуге, Крагујевац, 2012, стр. 223.

¹⁵ Васиљевић, М., *нав. дело*.

Загребачка берза отпочела је са радом и постојала је до 1945. године када ју је укинула тадашња власт. Оживљавање рада Загребачке берзе почело је крајем 80их година прошлог века. Данас на Загребачкој берзи тргује велики број субјеката са могућношћу да учесници у трговини, тргују електронским путем.

Осијек је седиште Прве берзе пољопривредних производа у Хрватској под називом „Бурза Агро Осијек”

Берзанско тржиште Босне и Херцеговине је најкасније настало од земаља бивше Југославије и самостално постоји у два посебна ентитета. Берза у Републици Српској са седиштем у Бањалуци, основана је 2001. године, док је прво трговање обављено марта 2002. године. Истовремено одвијао се поступак оснивања берзе Федерацији БиХ са седиштем у Сарајеву. Крајем 2001. године осам брокерских кућа основало је Сарајевску берзу, да би се прва аукција одржала наредне године

У Црној Гори постоје две берзе, Монтенегроберза, која је основана у јуну 1993. године и НЕХ (Нова берза хартија од вредности), која је основана 2001. године. Постоји иницијатива да Монтенегроберза преузме НЕХ и да се на тај начин реши проблем постојања две берзе у Црној Гори.

У Словенији прва берза основана је у Љубљани 1924. године, али је због Другог светског рата престала са радом 1942. године када је укинуто трговања на берзи, а у послератном периоду берза је била забрањена. Рад берзе је обновљен 1989. године. Данас Словенија, као чланица Европске уније, има и најразвијеније берзанско тржиште од свих држава које су настале од бивше СФРЈ.

Македонска берза је започела са радом септембра 1995. године када је одржана седница Оснивачке скупштине ове берзе.

3. Врсте берзи

Постоји више врста берзи, зависно од критеријума који се прихвати и користи.

Берзе се могу поделити према организационом облику, према предмету трговине, према систему оснивања итд.

Према предмету трговине, берзе се деле на: робне (продуктне), финансијске (ефективне) и мешовите.

На робним берзама продају се, односно купују пољопривредни и индустријски производи, као што су жито, кромпир, месо, кафа, нафта, обојени метали, неметали, памук, шећер, вуна, злато, калај, итд.. Робне берзе се могу поделити на опште, на којима се продају све врсте робе и специјализоване на којима се врши промет само одређене врсте робе. Посебно издвајамо неколико специјализованих берзи, као што су за трговину шећером у Хамбургу, Њујорку и Лондону, за трговину кафом у Амстердаму, за трговину памуком и вуном у Бремену, Ливерпулу и Њујорку, за обојене метале у Лондону итд.

Према нацрту Закона о робној берзи, на делатност робне берзе сходно се примењују прописи који уређују тржиште капитала, и то, нарочито, у односу на:

услове за одобрење рада робне берзе, као организатора тржишта стандардизованих тржишних материјала, транспарентности рада и обавезе вођења евиденције и извештавања; укључења у трговину стандардизованих тржишних материјала и привремену обуставу трговања и искључење стандардизованог тржишног материјала; учешће у капиталу и контролу учешћа; сукобу интереса, кадровским, организационим и техничким захтевима опремљености; акционаре робне берзе и њихово учешће у капиталу.

На финансијским берзама се тргује хартијама од вредности, као што су акције, обвезнице, девизе, жирални новац и др. Ове берзе се деле на специјализоване на којима се тргује само са једном врстом тржишног материјала и на универзалне на којима се тргује са више врста тржишног материјала. Најпознатије финансијске берзе налазе се у Њујорку,¹⁶ Франкфурту, Паризу, Цириху, Милану, Лондону. Овде је реч о финансијском тржишту у ужем смислу које представља амбијент (тачно одређено време, место, правила) у коме се емитују и преносе финансијска потраживања (обавезе) и изражава и реализује понуда и тражња за финансијско-новчаним средствима и тако формира цена тих средстава.¹⁷

Мешовите берзе су оне које имају, у исто време, функцију финансијске и робне берзе. Овакве берзе нису честе.

Према територијалној локацији, постоје домаће берзе које су организоване у границама националне економије и интернационалне берзе.

Према року извршења обавезе, берзе се деле на терминске берзе, на којима се обавезе по закљученим уговорима извршавају у дужем временском периоду (дужем од 5 радних дана од датума трансакције) и промптне берзе, на којима се обавезе по закљученим уговорима извршавају одмах или најкасније у року од 5 дана.¹⁸

Према организационој форми, берзе могу бити:

-Непрофитног типа, на којима се тргује између оснивача берзе или лица који могу бити оснивачи и циљ им није стицање профита као код других врста берзи.¹⁹ Ради се о посебним привредним субјектима који су организовани као акционарска друштва.

-Удружење чланова непрофитног типа, где су чланови берзе у исто време и берзански посредници, који пословањем на берзи остварују одговарајуће приходе који су им потребни за пословање.²⁰

¹⁶ Енглески: *New York Stock Exchange* (NYSE)

¹⁷ Радовић, М., *нав. дело*, стр. 5.

¹⁸ *Исто*, стр. 9.

¹⁹ Овако су биле некада организоване берзе код нас у Немачкој и Аустрији.

²⁰ Овде је реч о брокерима и дилерима. Некада је на овакав начин функционисале берзе у Великој Британији.

4. Оснивање и регистрација берзе

Анализом упоредног берзанског права може се закључити да постоји више система оснивања берзи.

Први и најчешћи систем оснивања јесте нормативни систем који се огледа у томе што су законом прецизно прописани услови за оснивање берзе и свако ко жели да оснује берзу и испуњава унапред утврђене законске услове, то може да учини и исту региструје код надлежног органа. Надлежни регистрациони орган је, у том случају, дужан да региструје берзу.

Други систем оснивања берзи јесте систем дозволе (тзв. „германски систем“), у коме надлежни државни орган даје дозволу за оснивање берзе, уколико су испуњени законом прописани услови за оснивање берзе и када процени да је целисходно да се берза оснује и послује.²¹

Трећи начин оснивања је по систему државне одлуке, где држава по слободној процени, пре свега, оцењује потребу и целисходност да берзу оснује.²²

У упоредном праву могућност оснивања берзи решено је на различите начине и зависи од правног положаја берзе.²³

Тамо где је прихваћен концепт оснивање берзи по нормативном систему, као што је то у англосаксонском праву, оснивачи могу бити правна и физичка лица која испуњавају услове који су утврђени у закону.

Код концепта несамосталних берзи (тзв. „романски“) оснивач може бити само држава и нико више.

Решење које представља компромис између англосаксонског и романског је тзв. „германски“ систем у коме оснивачи могу бити правна лица али не директно, већ посредно преко својих гранских удружења и комора.

Германски концепт оснивања прихваћен је и у нашем законодавству, те берзе ХОВ могу основати држава и правна лица која су добила дозволу да се баве брокерско дилерским пословима.

Код нас, берза као организатор тржишта, односно регулисано тржиште је правно лице које је основано као акционарско друштво у складу са Законом о привредним друштвима,²⁴ ако посебним законом није другачије одређено.

Дакле, на берзе се примењују аналогно одредбе Закона о привредним друштвима које се односе на оснивање, заступање, индивидуализацију (фирму, делатност, седиште), оснивање и регистрацију, стицање својство правног лица, одговорност за обавезе и др.

²¹ Овај систем је прихваћен код нас и у Немачкој.

²² Систем је прихваћен у Италији и Француској. У француској министар који води привреду и финансије доноси одлуку о оснивању берзе, с тим што претходно прибавља мишљење од Комисије за берзанске послове и Савета берзе.

²³ Васиљевић, М., *нав. дело*, стр. 382.

²⁴ Закон је објављен у „Сл. гласнику Р.Србије“, бр.36/2011 и чл. 5. нацрта Закона о робним берзама Р. Србије.

Акционарско друштво које има својство берзе, у свом пословном имену мора да садржи ознаку „берза“ или други израз из којег се несумњиво утврђује ово својство.

Берза има оснивачки акт, статут и правила берзе, и друге опште акте у складу са законом. Правила берзе, као аутономни општи акт, обавезно садрже правила о: чланству; листингу; трговању; клирингу и салдирању; берзанском суду; информисању и чувању пословне тајне; тарифнику; заштитном фонду и друга правила.

Берза је акционарско друштво чији је основни капитал подељен на акције које има један или више акционара који не одговарају за обавезе друштва, осим ако акционар, злоупотреби правило о ограниченој одговорности када одговара за обавезе друштва.²⁵

Злоупотреба постоји ако акционар: употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен; користи имовину друштва или са истом располаже као да је његова лична имовина; користи друштво или његову имовину у циљу оштећења поверилаца друштва; ради стицања користи за себе или трећа лица умањи имовину друштва, и ако је знао или морао знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе.²⁶

Што се тиче одговорности берзе као акционарског друштва, она одговара за своје обавезе целокупном својом имовином.

Оснивачи имају обавезу да обезбеде услове за рад и пословање берзе и то како у новчаном износу, тако и у стварима и правима. Оснивач има посебну обавезу да обезбеди пословни простор, као и техничке и кадровске услове и др. што се огледа у: обезбеђењу најмање три физичка лица са дозволом²⁷ за пружање инвестиционих услуга и других берзанских активности; затим опремљености за управљање ризицима по своје пословање у циљу умањења тих ризика; поседовању процедуре за стабилно управљање техничким функционисањем својих система; поседовању процедура са којима се омогућује ефикасно закључење и извршење трансакција и др.²⁸

У нашем праву број оснивача није ограничен али је потребно да се прибави одговарајућа дозвола за оснивање берзе.²⁹

²⁵ Чл. 245. Закона о привредним друштвима Р. Србије. Према нацрту Закону о робним берзама предвиђен је минимални новчани улог у основном капиталу робне берзе износи 30.000.000 динара.

²⁶ Чл. 16. Закона о привредним друштвима Р. Србије

²⁷ Дозвола се стиче у складу са Правилником о стицању звања и издавању дозволе за обављање брокера, инвестиционог саветника и портфолио менаџера ("Сл. гласник РС", бр. 10/2012, 68/2012 и 3/2016). Из назива Правилника уочава се да у брокерско-дилерским друштвима постоје три врсте стручњака који обављају послове брокера, инвестиционог саветника и портфолио менаџера.

²⁸ Чл. 106. Закона о тржишту капитала РС.

²⁹ Правилник о давању дозволе за обављање делатности инвестиционог друштва ("Сл. гласник РС", бр. 89/2011 и 3/2016).

Минимални капитал организатора тржишта не може бити мањи од 1.000.000 евра у динарској противвредности, док минимални капитал мора у целости бити уплаћен у новцу, а акције се не могу издати пре него што се уплати пун износ.³⁰

Акционари организатора тржишта могу да буду домаћа и страна лица.

Када физичко или правно лице, односно лица која су блиско повезана, изузимајући Републику донесе одлуку да посредно или непосредно стекне, односно увећа квалификовано учешће у организатору тржишта, тако да проценат акција са правом гласа или учешћа у капиталу достигне или пређе 10%, 20%, 33% или 50% учешћа у капиталу тог организатора тржишта, дужно је да Комисији за хартије од вредности поднесе захтев за давање претходне сагласности за стицање квалификованог учешћа, наводећи висину намераваног учешћа, као и остале прописане податке.³¹

Физичко или правно лице које донесе одлуку да посредно или непосредно смањи проценат квалификованог учешћа у организатору тржишта испод 10%, 20%, 33% или 50% учешћа у укупном капиталу тог организатора тржишта, дужно је да о томе претходно обавести Комисију за хартије од вредности и да наведе висину намераваног смањења учешћа.³²

Комисија за хартије од вредности, на основу документације, утврђује испуњеност услова и доноси одговарајућу одлуку. Када Комисија разматра два или више захтева за стицање или увећање квалификованог учешћа у истом организатору тржишта, иста је дужна да се према предложеним стицаоцима равноправно опходи.³³

После добијања одобрење за рад које је издато од стране Комисије за хартије од вредности,³⁴ неопходно је да се берза упише у привредни регистар, како би стекла својство правног лица и сва права и обавезе с тим у вези.

Поступак уписа у регистар врши се подношењем регистрационе пријаве која представља поднесак са којим се покреће регистрација. Регистрациона пријава се подноси непосредно или поштом. Када се пријава подноси поштом, као датум и време подношења пријаве узимају се датум и време пријема пријаве у Агенцији. Електронска пријава подноси се путем корисничке апликације за пријем електронске пријаве којом се обезбеђује пријем електронских докумената и доказа о уплати накнаде за регистрацију. Потписивање електронске пријаве и

³⁰ Чл. 99. Закона о тржишту капитала.

³¹ Чл. 100. Закона о тржишту капитала Р.Србије. Сагласност се даје у складу са Правилником о давању сагласности на стицање квалификованог учешћа у капиталу берзе, брокерско-дилерског друштва и Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности, који је донела Комисија за хартије од вредности 2011. год. под бр. 2/0-01-656/1-11

³² Исто.

³³ Чл. 101. Закона о тржишту капитала Р.Србије

³⁴ Дозвола се издаје на основу Правилника о давању дозволе за рад и условима за обављање делатности организатора тржишта ("Сл. гласник РС", бр. 89/2011, 44/2012, 94/2013 и 3/2016).

докумената, као и овера електронских докумената, врши се у складу са прописима којима се уређује електронски потпис и електронски документ.³⁵ У пријави се наводе подаци, као што су: назив регистра коме се пријава подноси; предмет и врста регистрације; идентификациони подаци подносиоца пријаве; на који начин подносилац жели да му се достави одлука регистратора.

Уз пријаву се прилажу прописани документи у оригиналу, овереном препису или овереној фотокопији, као и доказ о уплати накнаде за вођење поступка регистрације. Уколико је документ поднет на страном језику, прилаже се и превод тог документа сачињен од стране овлашћеног судског тумача.³⁶

Након што се утврди испуњеност услова за регистрацију берзе, доноси се решење са којим усваја пријава, у противном пријава се одбацује и утврђује који услови за регистрацију нису испуњени.³⁷ Уколико Агенција не одлучи о пријави у законском року, сматраће се да је пријава усвојена, о чему доноси решење и тражену регистрацију спроводи у регистар.³⁸

Одлука о регистрацији се објављује, као и регистровани подаци и документи на основу којих је донета одлука о регистрацији. Регистрација производи правно дејство према трећим лицима наредног дана од дана објављивања. Регистрација производи правно дејство за будуће.³⁹

5. Органи управљања берзом

Берза, као организатор тржишта, има органе и то: скупштину акционара, управни одбор и директора.

Код органа берзе појављује се један проблем. На име у Закону о финансијским тржиштима Републике Србије предвиђено је да берзе имају управни одбор. У истом закону утврђено је да се на берзе примењују аналогно одређене одредбе Закона о привредним друштвима. Пошто у Закону о привредним друштвима више не постоји управни одбор, питамо се да ли то значи да ни берзе немају управни одбор. Ако нисмо у праву, онда у Републици Србији не постоји јединствен систем управљања у привредним субјектима, што се огледа у селективном приступу у смислу да код неких привредних друштава егзистирају управни одбори, као органи управљања радом и пословањем, а код других не.

Мандат директора и чланова управног одбора траје четири године и могу бити поново бирани. Управни одбор има председника и најмање четири члана и директор не може бити председник управног одбора.

³⁵ Чл. 11. Закона о упису регистар привредних субјеката ("Сл. гласник РС", бр. 99/2011 и 83/2014).

³⁶ Чл. 6. Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре

³⁷ Исто, чл. 17.

³⁸ Исто, чл. 19.

³⁹ Исто, чл. 22.

У Закону је прописано да директор и члан управног одбора берзе, не може бити: лице које подлеже примени правних последица осуде; лице које је на руководећој позицији или запослено у државним органима, осим у случају када Република има власничко учешће у организатору тржишта; лице које је директор, члан управног одбора, запослени, или лице са квалификованим учешћем у другом организатору тржишта који има дозволу за рад према овом закону; лице које је директор, члан управног одбора или запослен у Централном регистру; лице које је директор, члан управног одбора или запослен у брокерско-дилерском друштву, кредитној институцији са овлашћеном банком, јавном друштву или инвестиционом фонду чије су хартије од вредности укључене у трговање на тржиште хартија од вредности, осим у случају када има власничко учешће у организатору тржишта, као ни лице које је блиско повезано са њима.⁴⁰

Пословна репутација и искуство директора и члана управног одбора берзе треба да обезбеде добро и поуздано управљање берзом, ова лица морају да имају одговарајућу пословну репутацију и најмање три године радног искуства у вези са хартијама од вредности.

Берза мора имати најмање два лица која заступају то друштво у складу са својим општим актима. Директор организатора тржишта мора бити запослен са пуним радним временом у берзи, као и најмање један члан управног одбора мора да говори српски језик.

6. Берзанске услуге

Берзанске услуге или прецизније речено услуге које се пружају на берзи, могу се поделити на услуге које пружају саме берзе, као специјализована тржишта на којима се, у одређено време, окупљају њени чланова или посредници чланова, ради закључивања одређених послова и на услуге које на берзама пружају посредници на берзи, као што су брокерско-дилерска друштва и банке.

6.1. Услуге које пружају берзе

Основна и најзначајнија улога берзе јесте да организује тржиште хартија од вредности и робе, тако да оно ради непрекидно, у противном настао би проблем, како на тржишту робе, тако и на тржишту хартију од вредности, било да се ради о примарном тржишту (приликом издавања ХОВ), или да је реч о секундарном тржишту (на коме се продају ХОВ које се емитују јавим позивом).

Проблем се огледа у томе што неке, законом предвиђене радње, као што су јавна купопродаја новоиздатих хартија од вредности итд, не би могле да се изврше. Даље, у недостатку јавне продаје не би могле да се утврде, на реалним основама, берзанске цене производа и хартија од вредности.

⁴⁰ Чл. 107. Закона о тржишту капитала РС.

Континуирани рад берзе, као организованог тржишта, омогућује да се брзо и на олакшан начин прикупе средства дугорочног финансирања,⁴¹ као и прода, односно купи одређена роба. На берзи се само закључују послови, док се испоруке и плаћања врше ван берзе.

Берза не може сама да тргује, већ је њена улога да организује трговину. Дакле, берза не може да обавља послове које врше брокерско - дилерска друштва и делови банака који су овлашћени да врше одређене послове на берзи. Берза, ни било који члан управе берзе, не може да саветује о питањима која се односе на трговину на берзама, као и на избор овлашћене банке или брокерског, односно дилерског друштва и о избору тржишног материјала, с обзиром да су сви они (посредници на берзи) испунили једнаке услове за пословање и имају равноправан статус.

Услуге које пружају берзе су: повезивање или олакшавање повезивања различитих интереса трећих лица за куповином и продајом финансијских инструмената на тржишту и робе а у складу са обавезујућим правилима тржишта и на начин који доводи до закључења уговора. Даље, значајне услуге јесу чување и обелодањивање информација о тражњи, понуди, котацији и тржишним ценама предмета продаје и других информација значајних за трговање, као и услова који су потребни за трговање оних који су укључени у трговање на регулисаном тржишту. Берзе обављају тржишни надзор, у циљу откривања и спречавања не поступања по правилима у вези са регулисаним тржиштем које се односе на злоупотребе на тржишту. Даље активности, које се могу подвести под категорију услуга у најширем смислу, односе се на покретање дисциплинских поступака против инвестиционих друштава и овлашћених физичких лица, као и у инвестиционом друштву који се понашају супротно одредбама општег акта регулисаног тржишта, односно организатора тржишта.

Берзе су овлашћене да покрећу процедуре за решавање спорова између инвестиционих друштава која су чланови на регулисаном тржишту, а у вези са трансакцијама на тржишту.

Унапређење промоције и развоја тржишта у Републици и едукација инвеститора је веома значајан посао који би могао да се сврста у домен услуга које пружа берза.

У нацрту Закон о робним берзама⁴² послови робне берзе, обухватају унапређење промоције и развоја робно-берзанског тржишта у Републици, продају и лиценцирање тржишних података, едукацију учесника на робно-берзанском тржишту; стандардизација и креирање стандардизованих тржишних материјала; израда и вођење листинга; повезивање или олакшавање повезивања различитих интереса трећих лица за куповином и продајом стандардизованих тржишних материјала, а у складу са обавезујућим правилима тржишта и на начин који доводи до закључења уговора у вези са стандардизованим тржишним

⁴¹ Васиљевић, М., *нав. дело*, стр. 384.

⁴² Чл. 8. и 9.

материјалом укљученим у трговање; клиринг и салдирање трансакција, у оквиру засебних организационих делова робне берзе; чување и обелодањивање информација о тражњи, понуди и тржишним ценама стандардизованих тржишних материјала, као и других информација значајних за трговање стандардизованим тржишним материјалом, како пре, тако и после извршене трансакције.

6.2. Услуге које пружају берзански посредници

Берзански посредници, као инвестициона друштва, представљају значајне учеснике на берзанском тржишту. У Републици Србији се они могу сврстати у две основне категорије и то: брокерско-дилерска друштва и овлашћене банке. Брокерско-дилерска друштва су организована као посебна правна лица, док овлашћене банке стичу правни статус берзанског посредника формирањем посебног организационог дела банке. Пословање банке, у делу који се односи на брокерско-дилерске послове, посебно се води и евидентира у пословним књигама, дакле води се посебно књиговодство које је подложно контроли.

Брокерско-дилерска друштва могу обављати различите врсте послова зависно од тога какву дозволу имају и за шта су регистровани. То су послови брокера, дилера, маркет мејкера, портфолио менаџера, агента емисије, покровитеља емисије и инвестиционог саветника и др, односно наведена друштва могу наступати као: брокери, дилери, маркет мејкери итд.⁴³

Разлика између брокера и дилера је у томе што брокер наступа на берзи (купује и продаје) у своје име а за рачун клијента (као комисионари) или у име и за рачун својих клијената (као заступници) и наплаћује провизију која се, по правилу плаћа по извршењу трансакције, док дилер тргује у своје име и за свој рачун (као принципали) и остварује зараду на разлици у цени онога што продаје (препродаје), ризикујући да направе губитак. Дилер врши препродају а дозвољени су му и други правни послови, као што су: поклон, завештање, размена, оптерећење и др.

Маркет мејкер је посебна врста дилера, с обзиром на то да он има обавезу да откупљује или продаје хартије од вредности по цени која је унапред јавно наведена. Маркет мејкер, поред свог интереса, дужан је да чува и интерес целог тржишта пошто, када је то неопходно, мора и на сопствену штету, да купује или продаје хартије како би одржао њихову ликвидност и спречио веће осцилације у цени. Дакле, он снабдева тржиште недостајућим хартијама од вредности, када им је цена у порасту, односно недостајућом количином новца, када је цена хартија одређеног емитента у паду.⁴⁴

⁴³ Ковачевић, С., *Начин пословања брокерско-дилерског друштва на тржишту капитала Р.Српске, са освртом на Р.Србију*, Правна Ријеч, Бања Лука, 2015. стр. 549.

⁴⁴ *Исто*, стр. 552.

Законом о тржишту капитала утврђено је да је маркет мејкер инвестиционо друштво које је стално присутно на финансијским тржиштима и тргује за сопствени рачун куповином и продајом финансијских инструмената користећи сопствену имовину по ценама које сам одреди.⁴⁵

У редовне активности или пословање брокерско-дилерског друштва спада и пружање једне или више инвестиционих услуга трећим лицима, односно професионално обављање једне или више инвестиционих активности, док у редовне активности или пословање организационе јединице овлашћене банке спада пружање једне или више инвестиционих услуга трећим лицима, односно професионално обављање једне или више инвестиционих активности у вези са једним или више финансијских инструмената.⁴⁶

Дакле, закључујемо да је инвестиционо друштво лице у чије редовне активности или пословање спада пружање једне или више инвестиционих услуга трећим лицима, односно професионално обављање једне или више инвестиционих активности.⁴⁷

Инвестиционе услуге и активности које се односе на све финансијске инструменте, Законом о тржишту капитала Републике Србије су: Пријем и пренос налога који се односе на продају и куповину финансијских инструмената; извршење налога за рачун клијента; управљање портфолиом; инвестиционо саветовање; услуге покровитељства у вези са понудом и продајом финансијских инструмената уз обавезу откупа; услуге у вези са понудом и продајом финансијских инструмената без обавезе откупа; управљање мултилатералним трговачким платформама; чување и администрирање финансијских инструмената за рачун клијената (укључујући чување инструмената и са тим повезане услуге, као што је администрирање новчаним средствима и колатералом); одобравање кредита или зајмова инвеститорима како би могли да изврше трансакције једним или више финансијских инструмената када је друштво зајмодавац укључено у трансакцију; савети друштвима у вези са структуром капитала, пословном стратегијом, спајањем и куповином друштава и сличним питањима; услуге девизног пословања у вези са пружањем инвестиционих услуга; истраживање и финансијска анализа у области инвестирања или други облици општих препорука у вези са трансакцијама финансијским инструментима; услуге у вези са покровитељством.⁴⁸

Покровитељ је инвестиционо друштво које врши услуге покровитељства у вези са понудом и продајом финансијских инструмената уз обавезу откупа, док је

⁴⁵ Чл. 2. тач. 13.

⁴⁶ Чл. 2. Закона о тржишту капитала Р.Србије

⁴⁷ Ковачевић, С., *нав. чланак*, стр. 549.

⁴⁸ Ковачевић, С., *нав. чланак*, стр. 552; Чл. 2. ст. 1. тач. 13. Нацрта Закона о робним берзама.

агент инвестиционо друштво које врши услуге у вези са понудом и продајом финансијских инструмената без обавезе откупа.⁴⁹

Послови портфолио⁵⁰ менаџера представљају управљање хартијама од вредности на основу посебног уговора са клијентом на основу којих остварује права из клијентових хартија од вредности према емитентима, као што су наплата камате, главнице, дивиденде итд. Управљање се мора нарочито уговорити у противном се сматра да су хартије од вредности дате само ради чувања и управљања.

Послови агента емисије су послови организовања дистрибуције хартије од вредности, без постојања обавезе да се исте откупе уколико не буду непродате, односно организовања да се хартије укључе на организовано тржиште.

Посебно треба истаћи значајне услуге које се односе на пружање инвестиционих савета, што представља давање личне препоруке клијенту, било на захтев клијента или на иницијативу инвестиционог друштва у погледу једне или више трансакција финансијским инструментима. Инвестициона друштва могу давати и инвестиционе препоруке или друге информације које су намењена јавности са којима се изричито или прећутно препоручује или предлаже стратегија улагања у вези са једним или више финансијских инструмената, односно издавалаца.⁵¹

Постоје код нас брокерско-дилерска друштва која послују ван организованог тржишта у Србији, односно која послују на међународном финансијском тржишту. Овде је реч о брокерима који раде на *Forex* маркету, односно клијентима пружају услуге за трговање на *forex* тржишту.

7. Етика и одговорност у берзанском пословању

Учесници у берзанском пословању морају поштовати одговарајуће кодексе пословне етике, кодексе корпоративног управљања као и друге пословне кодексе и да одговарају за њихову повреду и за прикривање неетичког понашања других.⁵²

Кодексом се утврђују принципи и правна правила пословне етике који обавезују учеснике берзанског пословања, као и све оне који обављају одређене послове у вези са берзанским пословањем и чланове органа берзи и све учеснике у берзанском пословању. Дакле, ради се о скупу основних моралних начела и правила по којима се управљају посредници на берзанском тржишту, њихови органи и запослени приликом обављања послова на берзи, односно у пословању са

⁴⁹ Чл. 2. т.12. и 15. Закона о тржишту капитала.

⁵⁰ Назив „портфолио“ представља скуп разних хартија од вредности са којима располаже једно лице.

⁵¹ Ковачевић, С., *нав. чланак* стр. 552.

⁵² Кодекс пословне етике („Сл. гласник РС“, бр. 1/2006), Кодекс корпоративног управљања („Сл. гласник РС“, бр.1/2006).

клијентима, другим овлашћеним учесницима на берзи, те другим институцијама на тржишту и у пословном окружењу

Заштиту пословне етике могу тражити сви они који имају интерес, а пре свега, они субјекти који учествују у берзанским пословима.

Одговорност за непоштовање кодекса пословне етике постоји независно од одговорности која је предвиђена законом. Укратко, кодекс пословне етике не утиче на примену закона са којима су регулисана права и обавезе учесника на берзи.

Сврха кодекса је да допринесе обављању пословне активности у духу пословног морала, добрих пословних обичаја и начела савесности и поштења, као и да омогући транспарентност пословања.

Постоји већи број начела пословне етике и посебно се истичу следећа:

Начело личне одговорности подразумева да сваки субјект одговара за повреду кодекса пословне етике, може одговарати и у ситуацији кад други субјект не поштује начела пословне етике. Прикривање неетичног понашања других за последицу има одговорност оног који прикрива друге.

Начело законитости пословања, значи да субјект на берзи своје пословање морају заснивати, не само на закону, већ и на другим прописима, као и на закљученим уговорима и обичајима и не смеју прикривати повреде закона, нити на повреде подстрекавати.

Начело савесности и поштења са којим се налаже поштовање пословних партнера, вођење пословних преговора са намером да се закључи уговор, као и дужност одговорног извршења обавеза са пажњом доброг стручњака и мирно решавање спорова путем преговора, посредовањем и мирењем.

Поред наведених начела позната су и начела: Поступања са пажњом доброг стручњака, једнаког третмана свих клијената, осигурања права и интереса клијената, обавештавања клијената, као и начело поверења.

Принципима и правилима пословне етике ограничава се и онемогућава:

- нарушавања професионалног обављања пословања,
- коришћење недопуштених средстава за постизање пословних циљева, као што је коришћење политичких утицаја и притисака,
- непоштовање прописа о неспојивим пословима и сукоб између личних и интереса привредног субјекта.

Надзор над применом етичких кодекса, врше поред интерних органа субјектата пословања на берзи, и екстерни органи као што је суд части привредне коморе или другог удружења. Мере које се могу изрећи су најчешће: опомена, јавна опомена која се објављује у штампаним или електронским медијима и др.⁵³

Поред тога што правила понашања и одговорност учесника на берзи утврђена пословним кодексима, правила понашања су утврђена и законима и другим правним прописима, као и одговорност и санкције за непоштовање тих правила.

⁵³ Види више: Милосављевић, М., *Кодекс корпоративног прављања*, Право-теорија и пракса, бр. 3 - 4/2007, стр. 19. и *Кодекс пословне етике*, Право-теорија и пракса, бр. 5 - 6/2008, стр. 47.

Санкције могу бити прекршајне, привредно-преступне и кривичне.⁵⁴ Као кривична дела утврђена су: Забрана манипулације на тржишту; Коришћење, откривање и препоручивање инсајдерских информација; Неовлашћено пружање инвестиционих услуга. Сматрамо да је кривична дела требало предвидети у Кривичном законнику а не у посебним законима, јер то ствара правну несигурност.

Нарочито је значајан надзор над радом и пословањем инвестиционих друштава од стране Комисије за хартије од вредности. Комисија је овлашћена да изрекне инвестиционом друштву и физичком лицу са дозволом за рад одговарајуће мере и санкције и осигура законито и уредно трговање на берзи, заштиту интереса инвеститора, обезбеђење праведног, ефикасног и транспарентног тржишта и смањење системског ризика на тржишту капитала.⁵⁵ Уколико Комисија у поступку надзора утврди незаконитости и неправилности, тада даје налог за њихово отклањање или изриче одговарајуће мере надзора. Комисија може изрећи јавну опомену; привремену забрану обављања појединих или свих послова; дати налог за привремену забрану располагања средствима с новчаних рачуна, рачуна хартија од вредности и другом имовином; привремено забранити инвестиционим друштвима држање и располагање финансијским инструментима и новчаним средствима клијената и др.

8. Закључак

Постоји велики број дефиниција, мишљења и ставова по питању берзе, њеног правног положаја, начина пословања и др. Ипак, заједнички именитељ је, да је берза представља организовано тржиште, на којем овлашћени берзански посредници тргују стандардизованим тржишни материјалом, по унапред познатим правилима, и на основу стандардизоване документације. Берза је одређено место на којем се сусрећу понуда и тражња за робом, новцем, капиталом, финансијским дериватима итд, дакле, са тачно дефинисаним предметима трговине, при чему тај предмет трговине мора бити подложен типизацији и стандардизацији. Организованост је главна особина која разликује берзе од свих других неформалних, сусретања понуде и тражње.

Не постоји јединствен став по питању времена настанка берзе. Преовладава мишљења да је прва берза основана у Анверсу 1460. године, док је у Србији прва берза основана у Београду 1894. године.

Зависно од критеријума који се прихвате и користе берзе се могу поделити према организационом облику, према предмету трговине, према систему оснивања итд, а најзначајнија је подела на робне и финансијске берзе.

Постоји више система оснивања берзи и то: нормативни, систем дозволе и систем државне одлуке. У упоредном праву могућност оснивања берзи решено је на различите начине и зависи од правног положаја берзе. Тамо где је прихваћен

⁵⁴ Од чл. 281. до чл. 296. Закона о тржишту хартија од вредности РС.

⁵⁵ Чл. 203. Закона о тржишту хартија од вредности РС.

концепт оснивање берзи по нормативном систему, као што је то у англосаксонском праву, оснивачи могу бити правна и физичка лица која испуњавају услове који су утврђени у закону. Код концепта несамосталних берзи (тзв. „романски“) оснивач може бити само држава и нико више, док код „германског“ система оснивања, оснивачи могу бити правна лица али не директно, већ посредно преко својих гранских удружења и комора

Добрим прописима са којима се регулише берзанско тржиште, у знатној мери, елиминишу се ризици у пословању, подиже степен правне сигурности и успоставља се боља организација система подршке учесницима берзанског пословања посредством тржишних механизма.

У Републици Србији донет је Закон о тржишту капитала и више подзаконских прописа са којима је уведен савремени тржишни механизми берзанског пословања и оправдано се може очекивати смањење ризика у пословању и могућност ефикасног пословног планирања и даљи развој.

Кад је у питању робна берза, можемо констатовати да ова област није законом уређена, што треба учинити у што краћем временском периоду. На име, сачињен је нацрт Закона о робним берзама од стране добрих познаваоца ове области, који је прошао јавну расправу на којој је добио општу подршку, Влада је утврдила предлог Закона, који никада није разматран, нити усвојен у Народној скупштини Републике Србије, а када ће бити усвојен и са каквом садржином, не зна се, пошто није уврштен у скупштински списак, међу законе у процедури за усвајање.

Усвајањем закона о робним берзама би се остварила амбиција да се први пут посебно уреди област робно-берзанског пословања у Србији. Циљ који је требао да се постигне је да се омогући организовано, транспарентно и ефикасно трговање стандардизованим тржишним материјалом, који подразумева робу и терминске уговоре. Усвајањем закона створио би се правни амбијент који је неопходан да се унапреди трговина, нарочито пољопривредних производа, развој робне берзе као посебне тржишне институције, и први пут створи могућност трговања посебним тржишним материјалом, обезбеди правна сигурност, извесност планирања и инвестирања свих учесника на тржишту роба, и уопште већу инвестициону активност. Посебну корист су требали да остваре пољопривредници чија је зарада изложена великом ризику услед честих и наглих промена цена и услова продаје.

Берзанске услуге или прецизније речено услуге које се пружају на берзи, могу се поделити на услуге које пружају саме берзе, као специјализована тржишта на којима се, у одређено време, окупљају њени чланова или посредници чланова, ради закључивања одређених послова и на услуге које на берзама пружају посредници на берзи, као што су брокерско-дилерска друштва и банке.

Учесници у берзанском пословању морају поштовати одговарајуће пословне кодексе и законе и друге правне прописе, у противном могу им се изрећи санкције, које су моралне или статусне природе, односно прекршајне, привредно-преступне или кривичне. Комисија за хартије од вредности, такође

има значајну улогу у изрицању мега за отклањање утврђених незаконитости и неправилности, као што су: јавна опомена; привремена забрана обављања појединих или свих послова и др.

На крају, можемо констатовати да у Републици Србији постоји солидна законска и подзаконска регулатива са којом се регулише тржиште капитала, коју још треба надограђивати и усавршавати. Међутим, неопходно је да се донесе закон са пратећим прописима са којим би се уредила робна берза и њено пословање.

*Miroslav Milosavljević, Ph.D., Associate Professor,
Faculty of Legal and Business Studies
"Dr. Lazar Vrkatić" in Novi Sad*

STOCK EXCHANGE AND STOCK EXCHANGE SERVICES

Summary

The author discusses a current topic relating to stock exchanges and stock services. First of all, given the multiple definitions that define the conceptual Stock Exchange, as well as a brief historical account of the origin and development of the stock exchange. Special attention was given power distribution of the stock market, taking as a criterion the subject of trade, followed by organizational form, period of performance of duties and others. Trained the area of the establishment and registration of stock exchange and stock exchange services and how those provided by the exchanges, as well as specialized markets on which, at a certain time, bring together its members or members of the intermediaries in order to reach certain jobs, and services that provide stock exchange brokers such as broker-dealers and banks. The paper has not been processed part that refers to the "status part" stockbrokers, ie. their establishment, organization and registration, but only the part that relates to the services which they provide in connection with stock exchange business

The author is studying the said area of use primarily normative methods, wanting to know the content of the legal norms regulating the area of stock exchanges and services that it provides and services that give brokers on stock exchanges, primarily in the Republic of Serbia. To a lesser extent, was used, and comparative legal methods and historical methods.

Key words: *Exchange, services, investment firms, brokers, dealers, banks. stock exchange business.*

Литература

- Бејатовић, М., Привредно право, Нови Сад, 2009.
Васиљевић, М., Компанијско право, Београд, 2005.
Група аутора, Правна енциклопедија, Београд, 1985.
Јанковец, И., Привредно право, Београд, 1999.
Ковачевић, С., Начин пословања брокерско-дилерског друштва на тржишту капитала Р.Српске, са освртом на Р.Србију, Правна Ријеч, Бања Лука, 2015.
Милосављевић, М., Право привредних друштава, Нови Сад, 2011.
Милосављевић, М., Кодекс корпоративног прављања, Право-теорија и пракса, бр. 3-4/2007.
Милосављевић, М., Кодекс пословне етике, Право-теорија и пракса, бр. 5-6/2008.
Пурић, С., Чланови Београдске берзе у улози пружаоца услуга електронског пословања хартија од вредности, Зборник: Право и услуге, Крагујевац, 2012.
Радовић, М., Финансијска тржишта-институције и инструменти, Факултет за правне и пословне студије Нови Сад, 2009.
Ханжековић, М., Вредносни папири и њихово тржиште, Загреб, 1990.

Прописи

- Закон о тржишту капитала („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011 и 112/2015).
Закон о привредним друштвима („Сл. гласник Р. Србије“, бр. 36/2011).
Закон о упису регистар привредних субјеката ("Сл. гласник РС", бр. 99/2011 и 83/2014).
Нацрт Закона о робним берзама Р. Србије.
Правилник о стицању звања и издавању дозволе за обављање брокера, инвестиционог саветника и портфолио менаџера("Сл. гласник РС", бр. 10/2012, 68/2012 и 3/2016).
Правилником о давању сагласности на стицање квалификованог учешћа у капиталу берзе, брокерско-дилерског друштва и Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности, која је донела Комисија за хартије од вредности 2011- год. под бр. 2/0-01-656/1-11.
Правилник о давању дозволе за рад и условима за обављање делатности организатора тржишта ("Сл. гласник РС", бр. 89/2011, 44/2012, 94/2013 и 3/2016).
Правилник о давању дозволе за обављање делатности инвестиционог друштва ("Сл. гласник РС", бр. 89/2011 и 3/2016).
Кодекс пословне етике („Сл. гласник РС“, бр. 1/2006).
Кодекс корпоративног управљања („Сл. гласник РС“, бр.1/2006).

*Др Драгана Ђорић, доцент
Правног факултета Универзитета у Новом Саду*

УДК: 328.184:[17+340]

ДЕСЕТ ПРИНЦИПА ЗА ПОСТИЗАЊЕ ТРАНСПАРЕНТНОСТИ И ИНТЕГРИТЕТА У ЛОБИРАЊУ

Резиме

Лобирање није уопште нова врста услуге коју пружају овлашћени професионалци. Ту услугу све чешће пружају и невладине организације, које су по својој природи непрофитног карактера и лобирањем постижу резултате и мењају курс рада државних органа због своје личне убеђености да нешто треба и може другачије и боље. Такве невладине организације су представници одређених група грађана, који су осетили неправду или немоћ система, те су удруживањем постигли бољи ефекат и њихова прича и покушај промене су добили већи легитимитет. У раду се нећемо бавити самим процесом лобирања, већ пре минималним етичким и правним оквиром за пружање услуге лобирања.

Кључне речи: лобирање, принципи.

1. Уводне напомене

Сви текстови, научни радови, публикације које се баве тематиком лобирања почињу са објашњењем појма lobby- као предворја, у коме се обављају најзначајнији разговори пре уласка у нпр. судницу, простор парламента за одлучивање и слично. Тај ходник, или предворје, постао је прилично значајан фактор приликом дефинисања самог лобирања као друштвене делатности, услуге и саме професије. У ходнику се врши припрема за улазак у просторију; у лобију као таквом се врши последња припрема доносиоца одлука, последњи брифинг пре његовог изласка за говорницу унутар парламента, владе или другог државног органа. Тако је лобиста она особа која заправо, момента пре уласка у салу, лобира, подсећа доносиоца одлука на оно што би требали бити његови приоритети приликом изношења неких ставова или чак и приликом пуког подизања руке у току гласања.

Лобирање се дакле третира као „процес информисања представника државе и регулативних тела у вези одлука, које има за циљ да редукује потенцијалне негативне ефекте или обезбеди подршку решењима која имају позитиван

ефекат“ за ¹неку групу лица, или саму државу као организацију. Лобирањем се заправо врши концентровани „притисак на законодавца и његове ставове“, ² што за последицу има промену ставова законодавца или другог доносиоца одлука и поступање у складу са датом сугестијом и информацијама које је пружио лобиста.

Лобирање даље неки аутори сматрају својеврсним маркетингом, јер се често у сврху популаризације одређеног лобистичког става користе медији и други комуникациски канали (интернет, друштвене мреже, ређе и *door to door* кампање). Тако, према овим ауторима, лобирање подразумева два момента: “заступање неког интереса или става, засновано на пажљиво реализованом истраживању, обично праћено преговарањем са централном или локалном влашћу, те системски рад на мобилизацији јавног или медијског мишљења у коме се тежи да влада реагује против своје воље или где теме треба позиционирати вишње“.³

Начини на које се обавља сама активност лобирања су најчешће непосредни разговори, неформални или формални сусрети самих лобиста са доносиоца одлука, али и са другим заинтересованим групама, као и разне друге друштвене активности: медијски наступи, плаћени маркетиншки текстови или и посебна интернет кампања. Сви ови механизми својим ефектима треба да гарантују остваривост циља који је постао клијент- онај ко је унајмио лобисту, за чије име и рачун лобиста и ради. Али заједничко свим овим комуникацијским каналима јесте да се путем свих њих заправо пружају специфичне или нове информације, чија доступност може променити мишљење доносиоца одлука и навести га да донесе друга чију одлуку; или се пружа ново или другачије тумачење већ постојећих чињеница. Посредни циљ сваког лобисте, поред овог директног, јесте и успостављање сопственог кредибилитета: да сваког следећег пута, доносиоци одлука поверују лобисти и информацијама које им он обезбеђује.⁴

Успостављање поверења је један од кључних сегмената утицаја који ће лобиста остваривати надаље у свом раду и убеђивању доносилаца одлука.⁵ Тиме се постиже утицај, који се користи у свим другим случајевима убеђивања доносилаца одлука да поступе другачије. Међутим успостављање поверења је дуготрајан процес. Чак и када буде успостављен однос поверења, не постоји ниједна гаранција, сем евентуално етичке гаранције, да то поверење неће бити у неком моменту изневерено, њиме манипулисано или у потпуности урушено.

¹ Митровић, М., *Основе лобирања*, Београд, 2015, стр. 15.

² Исто.

³³ Дефиниција Andrews, L., *The Relationship of political marketing to political lobbying*, *European Journal of Marketing*, No 30(1996) стр. 76-99, наведено према цитату у књизи: Митровић, Мн, *Основе лобирања*, стр. 17.

⁴ Митровић, М., *наведено дело*, стр. 25.

⁵ Михајловић, Б., *Манипулација- вештине утицаја, преговарања и читање говора тела*, Београд, 2015, стр.

Ценећи потребу да се регулишу детаљније односи између лобисте и клијента, дефинише сама делатност, успоставе механизми контроле прилива средстава и спречава трговине утицајем, нелојалне конкуренције, и други могући прекршаји права, велики број држава је донео чак законе који се баве управо овом тематиком. Неки су то имплементирали у оквиру свог већ постојећег антикоруптивног законодавства (нпр Словенија),⁶ док су у неким државама усвојени специјални закони о лобирању (нпр. у Македонији).⁷ Регистар лобиста постоји у Канади,⁸ Литванији, Македонији, Мађарској, САД,⁹ док је у Европском парламенту лобистима уз пропусницу, коју добијају на основу свог уписа у регистар, омогућено и да уђу у сам парламент.¹⁰ У Републици Србији је рад на припреми закона о лобирању започет оснивањем Друштва лобиста Србије 2009. године, међутим сем неких неформалних сусрета, као и подељених ставова да ли се одредбе о лобирању требају укључити у антикоруптивно законодавство или не, нема значајнијих помака.

2. Принципи Организације за економску сарадњу и развој о постизању транспарентности рада лобиста и култури интегритета истих

Ценећи растући значај лобирања као делатности, лобиста као професије али и свакако значајног протока новца који је у овим активностима ангажован, те имајући у виду константну бојазан од коруптивних потеза, нелојалне конкуренције и ново препознатог кривичног дела трговине утицајем, Организација за економску сарадњу и развој је 2010. године створила Принципе за успостављање транспарентности и одржање културе интегритета у лобирању.¹¹ Стварајући ове принципе, ОЕЦД сматра да су они добар путоказ свим државама приликом регулисања лобирања као делатности, те да се путем тога стварају бољи услови за постизање „јаче, праведније и чистије економије“.

⁶ Закон о integriteti in preprečevanju korupcije, Uradni list RS, št. 69/2011, према подацима из истраживања које је урадила библиотека Народне Скупштине Републике Србије 2011 године под називом: Законски оквир за лобирање у Македонији, Словенији и Црној Гори).

⁷ Законот за lobiranje, Sl. vesnik na R. Makedonija, br. 106/2008, Законот за dopolnuvanje na Законот за lobiranje, Sl. vesnik na R. Makedonija, br. 135/2011.

⁸ <http://www1.toronto.ca/wps/portal/contentonly?vgnextoid=cf1fb7537e35f310VgnVCM10000071d60f89RCRD>

⁹ База свих лобиста у САД, кампања у којима су учествовали, по изборним периодима доступна је на : <https://www.opensecrets.org/lobby/>

¹⁰ Више информација на : <http://lobbyfacts.eu/>

¹¹ <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>, приступ сајту април 2016. године.

Сматрамо да се лобирање неоправдано повезује само за токове новца, остваривање економских интереса приватних предузетника. Лобирање све више узима маха и у области промоције и промене друштвених вредности и механизма заштите неких рањивих категорија лица. Финансијске користи и интереса ту нема, већ говоримо о употреби техника лобирања било из убеђења и постизања неког друштвено корисног циља који није нужно финансијски исплатив. Убеђење у исправност и праведност предложеног решења нас доводи до стварања и подгрупе лобиста, који свој ангажман не наплаћују у новцу, већ у остварењу принципа.¹²

Стварање прецизног оквира за лобирање, према искуствима и истраживањима које је ОЕЦД извршио, зависи од следећих фактора:¹³

- прецизно и уједначено дефинисање лобисте и лобирања као активности;
- дефинисање услова и околности за обављање лобирања, као што су објекти лобирања, потенцијални клијенти;
- прецизна правила и упутства за обављање делатности лобирања (унутрашња организација);
- спољни правни и етички оквир за обављање делатности лобирања (принципи, вредности, етички кодекси);
- стално усаглашавање теорије и праксе, правила са потребама и реалним стањем на терену.

Десет принципа је подељено у четири групе:

1. принципи који помажу изградњи ефикасног и правичног оквира за постизање пуног приступа и отворености
2. постизање транспарентности
3. очување културе интегритета
4. механизми за примену, прихваћеност принципа и ревизију

У оквиру одељка који се бави принципима изградње оквира за обављање делатности лобирања, налазе се четири принципа:

1. Држава мора да обезбеди свим заинтересованима за доношење одлука правичан и једнак приступ развоју и имплементацији јавних политика које се односе на њих саме

Државни органи су дужни да обезбеде слободан проток информација према свим учесницима заинтересованима процес доношења одлука. Пружањем информација релевантних за доношење одлука грађанима и другим

¹²12 Ангажмани невладиних организација у области очувања права деце или промоција родитељства те самим тим и свих пронаталитетних популационих мера није само остваривање бољитка и профита за једну категорију лица; већ је остваривање цивилизацијских постулата, обезбеђивање достојанственог и безбедног живота.

¹³13 Transparency and Integrity in Lobbying, <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>, стр. 2.

заинтересованим лицима, са једне стране, подстиче се и ствара поверење грађана у институције система, чува интегритет донетих одлука (јер су донете као најбоље могуће решење, не зато што то одговара рецимо одређеној политичкој опцији и слично). Са друге стране, грађанима и другим заинтересованим лицима се пружа - привид демократије. Сами државни органи треба први да промовишу једнако и правично представљање и заступање друштвених и економских интереса у земљи, без дискриминације или неоправданог давања приоритета некој категорији лица¹⁴.

2. Правила и упутства за обављање делатности лобирања треба да буду усаглашена са друштвено – политичким и административним контекстом у свакој држави и треба да оцртавају интерес и бригу државе за обављање ове делатности

Правила о лобирању морају бити национално специфична, да одговарају степену поверења грађана у институције система у њиховој држави или мерама које се морају предузети да би се исто то поверење поново изградило или учврстило. Увек треба изабрати ону опцију која највише одговара једном одређеном државном и друштвеном систему, без праксе чистог и пуког копирања правила о лобирању која добро функционишу у другој држави, али која има другачији политички, правни, друштвени и историјски контекст. Савремени тренд „правних транспланта“ - копирања одређених концепата, појмова, односа и механизма из једног правног система у други не мора увек дати добре резултате, већ само направити контраефекат. Државе у складу са својим системом, треба да успоставе систем јавних слушања (као фазу законодавног поступка) или јавних расправа¹⁵ или консултативних састанака¹⁶

¹⁴ Transparency and Integrity in Lobbying, <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>, стр. 4.

¹⁵ Јавно слушање се увек спроводи у самом парламенту, док се јавне расправе махом одигравају ван зграде дома парламента. Но суштина и јавног слушања и јавне расправе је иста: прикупљање информација, ставова мишљења и критика од јавности, било стручне или лаичке о неком законском предлогу. На законодавцу је, наравно, одлука, да ли ће, и у којој мери исте те сугестије прихватити.

¹⁶ У поступку доношења Стратегије за остваривање подстицајног окружења за рад невладиних организација, Канцеларија за сарадњу са невладиним организацијама Републике Србије је организовала низ консултативних састанака, по регионалном кључу, са свим невладиним организацијама са седиштем у том региону. Консултативни састанци су врста припремних састанака, неформалног карактера, и често се организују у Републици Србији у последњих неколико година, и то управо са релевантним невладиним организацијама, етаблираним у одређеној области друштвеног деловања. Консултативни састанци некад претходе чак стварању и прве верзије неког текста прописа, а понекад, као у случају споменуте Стратегије, пред учесницима консултативног састанка се налазила прва верзија текста Стратегије. Невладине

3. Правила и упутства о лобирању треба да буду усклађена са широм политиком и правним оквиром

Ефективна правила и упутства за постизање транспарентности и интегритета морају бити интегрални део правног система у делу који се односи на успостављање добре управе као концепта. Државе морају да размотре на које начине све могу подржати културу транспарентности у лобирању унутар сопственог система, нпр. основна начела навести и у самом уставу, или одредити посебан закон који би се бавио искључиво тематиком лобирања.

4. Државе треба јасно да дефинишу термин лобирања и лобиста када почну са израдом правила и упутстава за лобирање

Те дефиниције треба да буду довољно и прецизне али и опширне, и довољно експлицитне да би се избегле погрешне интерпретације или правне празнине. Такође, треба да садрже и технике лобирања које су доступне лобистима у оквиру неког правног система¹⁷.

У другом поглављу овог акта, под насловом *Поспешивање транспарентности*, налазе се два принципа:

5. Државе треба да обезбеде довољан степен транспарентности рада лобиста, да би јавни званичници, грађани али и привредници стекли увид у лобистичке активности

Својеврсно обелодањивање информација које су лобисти, које их је унајмио, како, када и колико су плаћени као и за шта лобирају повећава правну и друштвену сигурност и дефинитивно смањује ризик од трговине утицајем. Наравно, ово се не доноси на необјављивање података који се због осетљиве своје садржине ни не могу нити смеју објављивати¹⁸. Тиме се не крши ниједно начело лобирања нити правног система као таквог

организације, организоване по својим циљним групама су тачно циљан, на тачно одређене делове нацрта Стратегије уложили примедбе при којима су остале све до краја самог поступка доношења Стратегије, чиме су обављале управо- лобистичку делатност.

¹⁷ Да ли је у питању: лобирање путем личног контакта, писаним путем, електронским путем и сл. Детаљан приказ сваке од техника се налази на: <http://www.preservationnation.org/information-center/law-and-policy/lobbying-101/Lobbying-Techniques.html>

¹⁸ Ако су у питању подаци који представљају службену тајну.

6. Државе треба да дозволе свим заинтересованима за процес доношења одлука да проучавају и критички посматрају ове активности, укључујући ту и невладине организације, бизнис сектор и представнике медија

Јавност има право да зна шта се ради унутар институција система и како државни органи доносе одлуке, укључујући наравно и информације о томе ко је и за шта лобирао. Државе треба да размотре и различите комуникационе канале и користе их доступним информација што ширем кругу људи.¹⁹

Треће поглавље, под насловом ***Очување културе интегритета***, садржи још два принципа.

7. Успостављање културе интегритета лобиста је могуће само са успостављањем јасних правила и упутстава за рад јавних службеника

У питању је двосмерни однос дакле, битно је регулисати права и обавезе лобиста са једне стране, као и јавних службеника са друге стране који ступају у контакте са лобистима. Препоручује се израда посебних правилника који ће регулисати у свакој бранши контакт са лобистима, услове сарадње и друга значајна питања.

8. Лобисти треба да се усагласе са стандардима професионализма и транспарентности, јер деле заједничку одговорности за очување културе транспарентности и интегритета у лобирању са свима за које ће обављати ове послове

Од њиховог понашања зависи и степен разумевања и прихваћености професије којом се баве. С тим у вези је и степен поверења који ће изградити њихови потенцијални клијенти према њима.

И у последњем поглављу под насловом ***Механизми за примену, усвајање и ревизију***, имамо још два принципа:

¹⁹ Министарство државне управе и локалне самоуправе Републике Србије, као и Министарство правде имају своје налоге на друштвеним мрежама Фејсбук и Твитер, међутим не постоји интерактивна комуникација са лицима које воде ове налоге. Са друге стране лица која воде налог Министарства просвете на Твитеру често ступају у непосредну електронску комуникацију са корисницима ове мреже, који постављају питања, обавештавају о проблемима на терену и сл.

9. Државе треба да укључе велики број кључних актера у примену кохерентног спектра стратегија и пракси у циљу постизања пуне усаглашености

Усаглашеност свих актера је кључна посебно када треба постићи транспарентност у лобирању. Транспарентност се овде не односи само на стални приступ и контролу рада, већ и транспарентност казненој политици - јавно објављивање свих правоснажно осуђених лобиста, и других који су учествовали у трговини утицајем, или на неки други начин, током поступка лобирања прекршили закон. Принципи ОЕЦД говоре о транспарентном систему казни: новчаним казнама, чак и одузимању лиценце за обављање лобирања.

10. Државе треба периодично да проверавају функционалност и ефикасност својих правила о лобирању и да их периодично и мењају у светлу практичних искустава

Наравно све је ово потребно радити уз учешће цивилног сектора и представника самих лобиста, неких њихових специјализованих комора и слично. Тиме ће се теорија више усклађивати са праксом и више ће се излазити у сусрет очекивањима јавности, лобиста и самим клијентима. Лобирање је изузетно динамична грана, у фази експанзије и потребна је константна контрола.

3. Закључне напомене

Као што смо на почетку рада навели, циљ рада је подсећање на принципе којих се државе морају придржавати приликом стварања правних и етичких оквира за обављање делатности лобирања. Овај списак принципа није свакако коначан, али представља довољно полазиште за рад. Друштво лобиста Србије је већ у својим циљевима приликом оснивања навело управо неке од наведених принципа:²⁰ спречити корупцију као незаконито деловање у поступку доношења одлука, развити и подржати праксу високих стандарда као и личног и професионалног понашања међу лобистима, стално пружати прилике лобистима и онима који желе тиме да се баве размену мишљења, саветовања и едукација..

На крају треба имати виду да поред нових-старих професија извршитеља и нотара, и професија лобисте добија све више на значају, посебно у институцијама ЕУ. Стога овај рад треба схватити као подсећање надлежних органа на започети посао и подршку колегама у овој младој професији код нас да наставе констатуисање ове професије као такве у Републици Србији.

²⁰ <http://www.drustvolobistasrbije.org/eticki-kodeks.html>

*Dragana Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, iUnoversity of Novi Sad*

THE TEN PRINCIPLES FOR TRANSPARENCY AND INTEGRITY IN LOBBYING

Summary

Lobbying is not that new kind of service provided by certified professionals. Lately, lobbying is more done by non-governmental organizations, even their influence is somewhere bigger and greater than other lobbyists. In this paper we will not deal with the actual process of lobbying, but rather with minimal ethical and legal framework for the lobbying. The list of principles set in The Ten principles for Transparency and Integrity in Lobbying is not over, but this list is surely adequate for beginning.

Key words: *lobbying, principles.*

Литература

- Етички кодекс Друштва лобиста Србије, <http://www.drustvolobistasrbije.org/eticki-kodeks.html>
- Законски оквир за лобирање у Македонији, Словенији и Црној Гори, истраживања библиотеке Народне Скупштине Републике Србије 2011, www.parlament.gov.rs
- Крсмановић, Д., Водич кроз лобирање, Београд, 2013.
- Лековић, В., Поверење као институционални фактор економске успешности, Економски хоризонти, Мај - Август 2012, Годиште XIV, Свеска 2.
- Митровић, М., Основе лобирања, Београд, 2015
- Михајловић, Б., Манипулација - вештине утицаја, преговарања и читање говора тела Београд, 2015
- Transparency and Integrity in Lobbying, доступно на : <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>
- The Ten principles for Transparency and Integrity in Lobbying, доступно на : <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>
- Остали извори:**
- <http://www.preservationnation.org/information-center/law-and-policy/lobbying-101/Lobbying-Techniques.html>, начини лобирања као и лобирање за очување друштвене и историјске баштине
- <http://lobbyfacts.eu/>, база лобиста у ЕУ
- <https://www.opensecrets.org/lobby/>, база лобиста у САД
- <http://www1.toronto.ca/wps/portal/contentonly?vgnextoid=cf1fb7537e35f310VgnVCM10000071d60f89RCRD>, база лобиста у Канади

*Др Слободан Симовић, доцент
Факултета за дипломатију и безбедност у Београду*

УДК: 35.74/.75

УСЛУГЕ КОРПОРАТИВНЕ БЕЗБЕДНОСТИ – НЕМИНОВНОСТ УСПЕШНОГ ПРИВРЕЂИВАЊА

Резиме

Корпоративна безбедност представља савремену пословну функцију заштите лица, имовине и пословања унутар организационе структуре великих пословних система. Обављајући своју основну делатност у домену заштите корпоративних интереса и дефинисаних циљева, корпоративна безбедност даје свој допринос и у ширем контексту. Кроз промоцију одговорног корпоративног понашања у области безбедности у свом окружењу и друштвеној заједници у којој послује, позитивно утиче на повећање укупног нивоа националне безбедности конкретне државе. По природи својих активности, имајући у виду власничку структуру организационог контекста функције, корпоративна безбедност припада сегменту приватне безбедности, и као таква формално проналази своје место у систему националне безбедности.

Кључне речи: *корпоративна безбедност, национална безбедност,, услуге и стандарди, заштита имовине и лица, ризици.*

1. Увод

Анализирајући сектор приватне безбедности у државама Европске уније, у последњих тридесет година, запажамо да је исти доживео велики напредак, како у погледу пораста броја компанија за приватно обезбеђење, повећања квалитета услуга које оне пружају, тако и у погледу пораста броја запослених. Број запослених је у многим државама чланицама давно изједначен са бројем припадника полиције, док у неким државама, пример је Србија, према неким подацима и премашује тај број. У државама ЕУ на 500 становника, према подацима из 2004. Године, у просеку постоји један радник компаније за приватно обезбеђење.¹ То представља снагу која не сме бити занемарена када је реч о укупном систему безбедности. Приметно је да се током деведесетих година прошлог века јавила потреба да овај сектор буде регулисан. Већина тадашњих

¹ *Panoramic Overview of Security Industry in the 25 Member States of the European Union CoESS/UNI-Europa, 2004*

држава чланица ЕУ усвојила је одговарајуће посебне законе којима се регулише ова област. Иста је ситуација и са оним државама које су приступиле ЕУ током последња два круга проширења. Изузеци су Аустрија, Немачка и Кипар, које сектор приватне безбедности регулишу одредбама других закона, углавном у области привреде и индустрије, као и Чешка која још увек није регулисала ову област. Осим ових држава, изузетак представљају и Италија и Шведска, које су 1931. и 1973. године увеле посебне законе о овој области.²

Данас, приватне безбедносне компаније, пружају веома широк списак услуга на европском тржишту, посебно када је у питању обезбеђење објеката, укључујући и нуклеарна постројења (нпр. у Немачкој и Румунији), војних постројења (нпр. Аустрија, Естонија и Немачка), аеродрома (Аустрија, Немачка, Румунија, УК, Шведска, Холандија, Грчка, Француска), лука (Бугарска, Холандија), па чак и парламената (Румунија, Бугарска). Затим, ове компаније обезбеђују транспорт новца и других драгоцености, пружају услуге обезбеђења лица, итд. Њихова тачна улога у конкретној држави зависи од великог броја фактора, те је стога и искуство у правном регулисању доста различито. Такође, варирају и модели успостављених односа између ових предузећа и јавног сектора безбедности.

Сагледавајући досадашњи развој недржавног сектора безбедности на простору ЈИ Европе, евидентно је да постоји знатна неуједначеност. Наиме, док је корпоративна безбедност у већини земаља тог подручја релативно неразвијена, нарасли сектор приватне безбедности, који се по моделу *outsourcinga*³ често ангажује за вршење појединих безбедносних функција у компанијама, прате бројни проблеми, који су због заједничког правног, политичког, економског и културног наслеђа карактеристични за ове државе. Међу њима су најважнији изостанак одговарајућих стандарда и професионалне етике у раду, неадекватна обученост кадра и недовољна материјално-техничка опремљеност фирми за приватно обезбеђење. С тим у вези, треба имати у виду да приватизација безбедности доводи до настанка нове мреже безбедносних субјеката, у којој је власт државе и приватних актера расподељена кроз нове технологије управљања, контроле и принуде. Посебан проблем у државама западног Балкана, које се налазе у различитим фазама процеса придруживања Европској унији, представљају нетранспарентне везе субјеката приватне безбедности са државним безбедносним структурама. Проблеми у функционисању недржавног сектора

² Исто.

³ "*Outsourcing*" услуге су услуге треће стране, при чему специјализоване фирме за другу страну обављају оне послове за које друга страна нема потребна знања, вештине или ресурсе, а најчешће се ради о пословима или услугама које нису темељ пословања стране која *outsorsing* услуге тражи. Тиме се смањују трошкови и штеди време, јер фирма која услуге тражи не мора улагати додатна средства у проширење властитих капацитета или запошљавати нове раднике, а с друге стране осигурава се квалитет и стручност. Више на: <http://www.ekapija.com/website/sr/page/431590/Znacaj-outsourcinga-Smanjenje-troskova-povecanje-produktivnosti-veca-konkurentnost-firm>

безбедности су присутни и у чланицама Европске уније са простора ЈИЕ – Румунији и Бугарској. Тако се оцењује да је у Румунији присутан сукоб интереса између јавног и приватног сектора безбедности, као и изражена корупција. Иако је недржавни сектор безбедности у Бугарској можда и најразвијенији у региону, и даље су присутне појаве које се тичу повезаности делова тог сектора са организованим криминалом, нелегалног пружања услуга приватног обезбеђења те конкуренције између државног и недржавног сектора у овој области.

2. Историјат услуга обезбеђења у Србији

На основу спроведених истраживања релевантне архивске грађе и проверених посредних извора од стране једног (од два) оснивача "Приватне полиције доо" доказано је постојање и функционисање установа приватне безбедности (полиције) у Србији још од почетка прошлог, 20. века.⁴ Делатност тих првих установа приватне безбедности (полиције) између два светска рата била је свеобухватна и целовита. Она се испољавала у две кључне области приватне безбедности:

1/ обезбеђењу лица, имовине и пословања предузећа и других правних лица и

2/ детективској делатности.

Ова сазнање, у вези хронологија процеса настанка приватне безбедности, је значајна због заблуде у нашој научној и стручној јавности, која се преноси и у едукативну праксу, да приватна безбедност у развијеним земљама има давнашње корене (да је настала још средином XIX века) а да је приватна безбедност у Србији новијег датума и тек се сад успоставља. Супротно овој тврдњи стоји податак да је Тополивница у Крагујевцу (основана 27. октобра 1853, сада „Застава оружје“) те исте године излила прве топовске цеви, чиме је ондашња Кнежевина Србија успела да обезбеди сопствени производњу оружја и војне опреме, и да је већ тада Тополивница имала своју унутрашњу службу обезбеђења. Тако да се тај датум може сматрати зачетком приватног обезбеђења у Србији.⁵

Сазнања о приватној безбедности (полицији) у Србији између два светска рата⁶.- Прва (почетна) сазнања спроведених истраживања казују да је у периоду између два светска рата (углавном у Београду) основано и/или деловало десетак установа приватне безбедности (полиције). За претпоставити је да су прве службе приватне безбедности и заштите при предузећима и установама у извесним облицима успостављене још почетком 20. века у време настанка првих

⁴ Талијан, М., *Прве установе приватне безбедности (полиције) у Србији*, Зборник: Приватна безбедност-стање и перспективе, Нови Сад, 2008, стр. 40-60.

⁵ Јовановић, Д., *Основна стручна обука службеника обезбеђења*, Београд, 2014.

⁶ Талијан, М., *нав. дело*, стр. 40-60.

приватних предузећа и других институционалних облика у којима се остваривала производња и услуге у Србији.

Међутим, неспорно је да је осмишљавање функција и организације служби за безбедност и заштиту при предузећима и установама, те њиховог менаџмента подстакнуто и развијано после Првог светског рата (1918), од када у Србију допиру сазнања и идеје прве тзв. Класичне школе менаџмента систематизоване (подељене) у две области: (теоријску) научну школу менаџмента и (инструктивну) административну школу менаџмента. Конкретно, о теоретичару Фредерику Тејлору и тејлоризму, и о Анри Фајола и његовој административној школи, у Србији се зна још из времена настајања ових учења. Илустративно о томе говори садржај предговора првом издању на српском језику приручника Анри Фајола, "Општи и индустријски менаџмент". Управо ова књига (прво издање – 1920. година, Београд) учи да се "сви радови који постоје у предузећу могу поделити у шест група. За нас је интересантна четврта група: радови безбедности (имовине и личне). У поднаслову ове књиге "Функција безбедности" пише: "Ова делатност на обезбеђењу има као задатак, да заштити имовину и личности од крађе, пожара, да отклони штрајкове, атентате и уопште: да отклони све сметње социјалне природе, које би омеле послове, рад и живот предузећа. Ово је стражарско око које бди, ово је пас чувар у предузећу, то је исто што је полиција, што је и војска у Држави. Уопштено речено, то је скуп свих мера предохране и предострожности, које стварају имовну и личну безбедност у предузећу, а уводе душевни мир, потребан за рад предузећа."

Ова чињеница недвосмислено илуструје да су скоро у исто време као и у Европи (и Америци) и код нас у Србији започета промишљања и едукација о организацији и менаџменту те у оквиру њих и функцији и организацији *приватне безбедности и безбедносног менаџмента*.

Конкретно, резултати спроведених истраживања кажују да је прва установа приватне безбедности (полиције) установљена 1922. године у Београду. Њено име је било "МИКТОН" (прва детективска установа у нас) Оснивање ове установе одобрило је Министарство унутрашњих послова, највероватније Управа Града Београда. Овде се примећује да је установљење прве приватне установе безбедности (полиције) обављено у време и готово паралелно када и структурисање државе – Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Ова држава створена је 01. децембра 1918. године. Иста је, 08. маја 1919. године, донела Уредбу о устројству Министарства унутрашњих послова, а 18. фебруара 1922. године Закон о жандармерији.

Формирање прве организације за приватну безбедност "Миктон" условиле су безбедносне потребе тога времена: поратни период; тек се формирају и успостављају институције државног сектора безбедности у новој (заједници) држави, а поготово покретање и оснивање индустријских предузећа, трговине и банкарства, те друштвених делатности.

У априлу 1924. године у Београду је основан Полицијско – детективски биро "Безбедност". Овај приватни полицијски биро је основао Живојин Симоновић,

бивши полицијски чиновник. „Безбедност“ је вероватно била прва установа приватне безбедности (полиције) у Србији која је обављала функцију обезбеђења и заштите објеката и имовине. Из реда послова ове функције полицијско-детективски биро „Безбедност“ је била првенац у обављању послова физичког обезбеђења и заштите (зграда, приватних радњи и банака), као и противпожарне заштите путем спровођења задатака на обезбеђивању зграда, приватних радњи и банака од злонамерних паљевина.

Следећа установа приватне безбедности (полиције) у Србији, чије је постојање, између два светска рата (1928 – 1941. године) неспорно идентификовано на основу архивске грађе, носила је назив "Кредит – информ, трговачки обавештајни и инкасо завод". Само име ове установе казује да се ради о фирми специјализованој да прикупља, обради и корисницима њених услуга доставља обавештења и информације које ће им омогућити, односно помоћи да идентификују и предупреду ризична улагања и пласман финансијског капитала, као и промета индустријских роба куповином на кредит.

У време овог завода постојале су још две установе приватне безбедности (полиције) и то: Завод „Хермес“ у Београду. Та фирма "Безбедност" – Завод за чување безбедности станова и просторија у Београду, основано је 10. јула 1934. године. Напред изложено можемо завршити констатацијом да је на територији Србије између два светска рата, основано и/или деловало десетак установа приватне безбедности (полиције).

3. Процес приватизације сектора безбедности у Србији

Процес приватизације сектора безбедности отпочет је крајем осамдесетих година прошлог века доношењем првог Закона о предузећима (1989) а свој пуни замах добио је средином деведесетих година прошлог века, у јеку свеопште друштвене кризе настале распадом бивше СФРЈ. Створена је огромна зона сиве економије, чије је учешће у друштвеном производу 1994. године износило чак педесет посто. Дакле, настала је „сива држава” која је обављала оне функције система које званична држава није могла да обавља, јер послови у сивој економији не уживају заштиту полицијских и правосудних органа, те се онда ослањају на приватно обезбеђење. Ратно окружење створило је и снажну „кадровску базу” новонасталим организацијама за обезбеђење. Иако нису све организације за обезбеђење", деведесетих година имале везу са криминалом, доминација фирми које су биле укључене у организовани криминал утицала је на то да јавност и данас целокупан сектор приватне безбедности види као дубоко криминализован.

Посебна форма приватизације безбедносних услуга током деведесетих последица је укидања Закона о друштвеној самозаштити 1993. Године, који је прописивао задатке и одговорности привредних актера у систему безбедности. Проблем је настао јер се укидањем друштвене самозаштите појавила празнина у

сектору безбедности, коју државни актери нису попунили, па је у тај простор дошао приватни капитал.

Делујући по захтевима тржишта, а у одсуству законске регулативе, овај се сектор није интегрисао у безбедносни систем Србије - све до усвајања Стратегије националне безбедности, 2009, када је приватно обезбеђење сврстано у део структуре система националне безбедности.

У другој фази транзиције и даље су присутни синдроми прошлости (корупција и организовани криминал), који су резултат похлепе појединаца, а не прокламоване одлучности државе да се са њима обрачуна. Већина организација за обезбеђење доживела је свој процват уласком страних предузећа на српско тржиште крајем 2000. године. Најзначајнији клијент организација за обезбеђење постале су стране банке, а пар година касније и нафтна индустрија. Бројне стране компаније су приватизацијом српских предузећа обезбеђење компаније повериле некој организацији за обезбеђење, често уз клаузулу о преузимању до тада запослених властитих „чувара“. Експанзији приватног сектора безбедности допринео је и прелазак вишка војног и полицијског кадра у приватни сектор безбедности, услед смањивања бројног стања војске и полиције.

Присутан је тренд да се сви велики послови склапају у Београду. Клијенти, нпр; велике банке расписују тендере тражећи одређену врсту услуга за одређен износ новца, а организација за обезбеђење која је у стању да испуни те захтеве добија посао на нивоу целе банке, што значи да ће обезбеђивати и све експозитуре у унутрашњости Србије. Организација за обезбеђење, потом, обезбеђују експозитуре клијентских фирми по Србији, и то регрутовањем локалног особља, за мизерне плате, или преузимањем већ постојећег особља, али по новим условима који одговарају само новим послодавцима.

На српском тржишту данас је присутно неколико мултинационалних *security* компанија (*G4S, Securitas*) које су постале већински власници највећих српских организација за обезбеђење (Прогард, ДМД Систем, Гордон, *SCP International*, Систем ФТО...) те већи број страних лица којима безбедност није основна делатност, а којима су власници наших фирми за обезбеђење продали, и то за добре паре део власништва. Неки и до 55%.

Ови страни држављани куповином наших безбедносних фирми преузели су и већину српског тржишта и ресурсе и то преко 80%, што је изазвало и одређени револт код „домаћих“ организација за обезбеђење. Оне с једне стране, подржавају постојање слободног тржишта, као и могућност да клијент безбедносних услуга одлучи о томе хоће ли купити „мерцедес или југо“. Али, с друге стране, постоји, реално, велика бојазан да ће српске, приватне безбедносне фирме, нестати са тржишта и да ће “трећом оружаном силом у држави” потпуно управљати странци како у условима мира, тако и у ванредним ситуацијама, што засигурно није безбедносно повољна ситуација за нас. Постоји и трећа страна, можда и најважнија, а то је чињеница да ни данас не постоје тачни подаци о организацијама за обезбеђење, и поред доношења Закона о приватној

безбедности јер смо се увек тиме оправдавали, што указује да сектор приватне безбедности није у довољној мери под институционалном контролом.

Све ово представља последицу неколико фактора, и то:

- недостатка закона (од 1993 до 2013) који би регулисао опште и посебне услове регистрација и пословања организација за обезбеђење;
- недостатка органа који би се искључиво бавио надзором над радом организација за обезбеђење;
- слабог функционисања тржишних механизма контроле и самим тим постојања системских могућности корупције и нелојалне конкуренције.

Да би се надоместило, тада, недостатак закона у овој области безбедности, испоштовали се корисници услуга приватног обезбеђења, приступило се одређеним међународним документима који постављају стандарде за функционисање компанија приватног обезбеђења.

4. Међународни стандарди за функционисање компанија приватног обезбеђења

Прихватање међународних стандарда је био изнуђен, али у ситуацији када нема законског регулисања овако значајне области безбедности, користан и неопходан потез, иако ни на нивоу Европске уније не постоји хармонизовани правни оквир који регулише приватни сектор безбедности. Зато одређени, широко прихваћени стандарди представљају основне смернице.

*Montreux Dokument*⁷ је Један од основних међународних докумената који поставља стандарде за функционисање компанија приватног обезбеђења. Настао је као резултат заједничке иницијативе Швајцарске и Међународног комитета Црвеног крста (ICRC), покренуте 2006. године, која подсећа на обавезе држава, компанија које пружају услуге приватног обезбеђења и њихових запослених у складу са међународним правом, када су компаније приватног обезбеђења (из било ког разлога) ангажоване током оружаног сукоба. Иако можда на први поглед то није потпуно применљиво на контекст у којем се одвијају покушаји регулације приватног сектора безбедности у Србији, документ у свом другом делу садржи 70 примера добре праксе које су формирали стручњаци из 17 земаља, представници цивилног друштва и индустрије приватног обезбеђења. Међу примерима добре праксе у *Montreux Dokumentu* истиче се Први део, Глава Е и њен чл. 22, који одређује: „да су компаније које пружају услуге приватне безбедности обавезне да делују у складу са међународним хуманитарним правом

⁷ *United Nations General Assembly, Annex to the letter dated 2 October 2008 from the Permanent Representative of Switzerland to the United Nations addressed to the Secretary General, Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict, Montreux, 17 September 2008. Doc. no. A/63/467-S/2008/636*

или људским правима које налаже државни закон, као и другим националним законима попут кривичног права, закона о порезу, имиграционог закона, радних права, и специфичних регулатива које се тичу приватног сектора безбедности“. Дакле, приватни сектор безбедности се тако поставља у шири законодавни оквир. Па чак и ако недостаје конкретан и јасан правни оквир специфично намењен приватном сектору безбедности он ипак постаје уређен путем примене других закона који уређују области са којима приватни сектор безбедности има додирних тачака. Такође, посебно се истиче Други део, Поглавље III које одређује критеријум за селекцију компанија које пружају услуге „приватне војске“ и услуге обезбеђења. Између осталог, чл. од 5. до 13. позивају на адекватне безбедносне провере, посебно у случају коришћења оружја приликом обављања дужности; потребну обуку и лиценцирање; дефинисање начина набављања и употребе опреме; поштовање ширег законодавног оквира и постојање надзорних унутрашњих механизма одговорности; као и поштовање права службеника у складу са законом о раду, посебно у виду уговора, плата, безбедности на раду и анти-дискриминаторних мера. Коначно, чл. 21. у ставу (ф) позива на одговарајуће административне и друге механизме за праћење како би се осигурало правилно извршење уговора и одговорност у случају неправилног и незаконитог понашања, између осталог, позивајући на сарадњу компанија које пружају услуге приватне војске и услуге обезбеђења, држава одакле компанија долази и државе у којој послује, струковних удружења, цивилног друштва и других актера како би се осигурала размена информација и развили овакви механизми. Међу *CoESS* (Конфедерација европских безбедносних служби) публикацијама најпре се истичу принципи минималних услова за рад приватних безбедносних компанија на европском нивоу. Тако *CoESS*-ов Приручник за организације које додељују уговоре за услуге приватног обезбеђења,⁸ развијен у сарадњи са *UNI Europa*⁹ (Европска федерација синдиката за услуге и комуникације), служи као извор почетних информација и као средство за обуку лица одговорних за склапање уговора у правном лицу, дефинишући техничке заслуге и критеријуме квалитета који помажу при идентификацији компаније која пружа висок квалитет услуга приватног обезбеђења.¹⁰ Приручник служи као водич за образложење процеса, док Анекс садржи оквир за бодовање који касније може служити и као референтни алат. Главни циљ Приручника је да образложи све услове потребне за додељивање уговора компанији која пружа услуге приватног обезбеђења, наглашавајући и потребу за квалитетом поред

⁸ CoESS (1999) *Selecting Best Value -A Manual for Organisations Awarding Contracts for Guarding Services*, доступно на [http://www.coess.org/_Uploads/dbsAttachedFiles/Best_Value_Manual_EN\(1\).pdf](http://www.coess.org/_Uploads/dbsAttachedFiles/Best_Value_Manual_EN(1).pdf)

⁹ UNI Europa, доступно на http://www.uniglobalunion.org/Apps/uni.nsf/pages/reg_europaEn

¹⁰ CoESS i UNI Europa су, 2011. године, доставили заједнички став са захтевом да Европска комисија донесе Директиву по којој би у јавним набавкама избор понуђача обавезно морао бити по критеријуму „економски најповољније понуде“.

потребе за прихватљивом ценом. Приручник истиче опасност тренда додељивања уговора понуђачу са најнижом ценом због уочених последица које тај тренд има по приватни сектор безбедности које укључују слабљење инфраструктуре система у виду обуке особља, надзора и управљања квалитетом. Избор понуђача са најнижом ценом значи избор понуђача који ће стремити да смањи трошкове још више, најчешће коришћењем јефтине радне снаге, што има штетан утицај на мотивацију запослених. Смањење плате и социјалних трошкова (порези и доприноси) запосленима такође није страно, бар код нас. Прелазак на уговоре о раду на одређено време и/или скраћено радно време, као и избегавање колективних уговора честа су појава. У трци за пружањем што јефтиније услуге, сигурносни механизми постају луксуз и режијски трошак, што повећава безбедносни ризик како за клијента тако и за јавност. Приручник истиче да постоје случајеви неплаћања пореза и социјалних накнада од стране компанија за приватно обезбеђење, непоштовање првобитног уговора у односу на предвиђени број запослених и случајеви непријављеног рада.

Као такав, Приручник са Анексом за бодовање може служити као основни водич за одабир компаније за приватно обезбеђење како би се изабрао најбољи квалитет, што је свим заинтересованим странама у дугорочном интересу посебно имајући у виду да су сви наведени проблеми присутни и у приватном сектору безбедности у Србији.

Наиме, у Србији се развила пракса понуде такозваних „дампинг цена“, односно понуде цена рада којима се у реалности не могу исплатити ни минималне зараде запосленима или покрити други трошкови пословања. У складу са препорукама у Приручнику, Удружење за приватно обезбеђење ПКС од 2009. организовано промовише европске стандарде у методологији набавки услуга обезбеђења по критеријуму економски најповољније понуде, уместо најниже понуђене цене. Међународно правило службе за приватни сектор безбедности (*International Code of Conduct for Private Security Service Providers ICoC*).¹¹ Такође, ту је и Међународно правило службе(кодекс) за приватни сектор безбедности, промовисан од стране Владе Швајцарске као вишестрана иницијатива која за циљ има разјашњавање међународних стандарда на основу којих приватни сектор безбедности послује, као и побољшање и јачање одговорности тих компанија и надзора над њима.

Кодекс позива на принципе базиране на људским правима за одговорно пружање услуга приватног обезбеђења. То су правила за употребу силе, забране мучења, трговине људима и друге злоупотребе људских права, као и специфичне обавезе у погледу управљања компанијама, укључујући избор запослених, руковање оружјем и интерну обраду жалби. *ICoC* су до фебруара 2013. године потписале 592 компаније које пружају услуге приватног обезбеђења. Између

¹¹ *International Code of Conduct for Private Security Service Providers* 2010, доступно на http://www.icosp.org/uploads/INTERNATIONAL_CODE_OF_CONDUCT_Final_without_Company_Names.pdf

осталог, Кодекс позива, у Глави Г, конкретним обавезама у погледу управљања и руковођења, на поседовање адекватне дозволе (лиценце) за обављање послова приватног обезбеђења, менталну и физичку спремност и безбедносне провере. За запослене који рукују оружјем, Кодекс одређује потребу посебне обуке. Кодекс такође позива и на оснивање посебних механизма за жалбени поступак у случају кршења прихваћених уредби. Ово подразумева процедуре за пријаву непрописног или незаконитог понашања службеника приватне безбедности, јавно доступне детаље и информације о механизмима жалбеног поступка, истрагу и сарадњу у званичним истрагама, дисциплинске мере и заштиту узбуњивача, односно лица која пријаве непрописно или незаконито понашање.

Ова начела су увршћена и у српски Кодекс професионалне етике приватног обезбеђења усвојеног 2006. године. У циљу да се одступања процесуирају у судовима части у коморском систему Србије, формирана је 2012. и Комисија за надзор и имплементацију Кодекса¹².

4.1. Значај стандарда на квалитет услуга приватне безбедности

Стандарди представљају први покушај у Србији систематизовања услова, процедура и послова у оквиру сектора алтернативне безбедности. Мада се поједина решења могу са разлогом подврћи критичкој анализи и преиспитивању, ови стандарди у сваком случају представљају напредак и покушај увођења реда у овој, тада, потпуно правно неуређеној области у којој влада изразито велики степен ентропије.¹³

Увођење стандарда није се десио сам по себи већ је условљен доласком иностраних компанија на српско тржиште и то од почетка 2000. године, па надаље.

Иностране фирме отварају банке, фабрике, разна предузећа и агенције. Стране фирме које долазе на српско тржиште уводе и своје стандарде организације обезбеђења и безбедносног менаџмента. Поред тога, стране фирме нуде послове обезбеђења домаћим фирмама које могу да испуне међународне стандарде безбедности. Ова појава снажно утиче на унапређење сектора приватне безбедности. Домаће фирме почињу да прихватају међународне стандарде који се тичу организације, технике, обуке својих кадрова. На тај начин домаће фирме специјализоване за приватно обезбеђење добијају на отвореним тендерима послове заштите амбасада, обезбеђивања међународних спортских такмичења, захваљујући, пре свега, квалитету услуга које нуде. Овај процес је битно утицао на гашење, тј. немогућност одржавања на све отворенијем

¹² Комисија за надзор и имплементацију Кодекса професионалне етике приватног обезбеђења, доступно на <http://www.pks.rs/ONama.aspx?id=254>

¹³ Кешетовић, Ж., Симоновић, Б., *Сектор корпоративне и приватне безбедности у Србији*, Годишњак факултета безбедности, Београд, 2009, стр. 147.

тржишту, полукриминалних приватних агенција за обезбеђење, које су биле формиране у току деведесетих година прошлог века. На овај начин долазак страних компанија на српско тржиште битно утиче на подизање квалитета и обим услуга обезбеђења¹⁴

Подизањем стандарда и квалитета услуга неке приватне агенције за обезбеђење из Србије шире своју професионалну делатност и у друге земље у региону, отварајући у њима своје испоставе (на пример, у Хрватској, Црној Гори, Македонији).

Најновије тенденције у области сектора корпоративне и приватне безбедности у Србији огледају се у томе да су у Србију почеле да пристижу иностране компаније специјализоване за сектор приватне безбедности. Оне откупљују постојеће (домаће) агенције за обезбеђење и на тај начин страни капитал, са међународним стандардима, директно утиче на формирање нових или реструктурирање постојећих фирми које се баве услугама обезбеђења лица и имовине. На пример, највећа светска компанија у области индустрије обезбеђења Г4С (<http://www.g4s.com/>), која запошљава више од 530.000 људи у око 110 земаља света, дошла је и на српско тржиште. Централа и извршни одбор компаније налазе се у Кролију, В. Британија. Компанија Г4С сада у Србији има 937 запослених радника и на српском тржишту се бави услугама заштите лица и објеката, уградњом безбедносних система, заштитом транспорта новца, итд.¹⁵

На овај начин процес глобализације у области приватне безбедности незадрживо продире и на српско тржиште, битно утичући на ширење међународних стандарда и квалитет услуга у овој области у ситуацији када је држава била апсолутно пасивна и незаинтересована за правно и финансијско уређење сектора приватне безбедности.

Закон којим се коначно уређује сектор приватне безбедности донет је 2013. Године, а стандарди из области приватног обезбеђења лица и имовине Институт за стандардизацију је донео почетком 2009. године. Стандарди дефинишу основне елементе које мора да испуни организација давалац или прималац услуга. Поменути елементи којима се дефинишу стандарди дају могућност за проверу усаглашености конкретне праксе са дефинисаним стандардима. Стандарди пружају могућност за рангирање процене квалитета услуга како би се могао вредновати степен одступања од дефинисаних стандарда. Намењени су приватним предузећима која пружају безбедносне услуге и њиховим корисницима услуга и у овоме је и њихов значај.

¹⁴ Давидовић, Д., Кешетовић, Ж., *Професионализација и партнерство јавног и приватног сектора безбедности у Србији*, Наука, безбедност, полиција, бр. 3/2007, стр. 17–31

¹⁵ http://www.g4s.com/home/g4s_worldwide/serbia.htm. Датум посете, јануар 2016.

5. Корпоративна безбедност - значај и функција

Већина савремених, углавном Мултинационалних компанија (у даљем тексту МНК) у свом саставу имају издвојену функцију корпоративне безбедности. Служба, у склопу својих могућности, пружа допринос свим функцијама, односно, одељењима МНК. Посебно је у функцији у случајевима када се пословање одвија у земљама које имају нестабилну војно-политичку ситуацију или земљама у транзицији које су, посебно, у блиској прошлости имале оружаних сукоба, што је случај са Србијом. Ова подручја, посебно, нпр; Ирак, Авганистан, Сирија, Украјина итд; проглашавају се ризичним за пословање МНК и заштитна улога корпоративне безбедности је неопходна у свим својим сегментима.

Разлог такве пословне одлуке је логичан и лежи у реалним потребама да се заштити пословање; претње на време уоче и идентификују, ризици смање, пренесу или, од зависности одлуке топ менаџмента поднесу. Уколико компанија послује у иностранству непознавање правне регулативе, а посебно ситуације непознавања, нпр; међунационалних културолошких разлика, иде у прилог постојања функције безбедности. Претње савременог пословања, поред тога што су многобројне имају особеност да мутирају, преливајући се у други облик угрожавања. Да би се одговорило и супротставило ризицима из окружења неопходно је организовати одговарајући систем безбедности, који мора бити ефикасан, брз, адаптиван на нове видове претњи, али ни сувише формалан, оптерећен бирократијом и скуп. Ефикасан систем корпоративне безбедности мора да штити бизнис од свих агресивних деловања, формира платформу за доношење важних управљачких одлука повезаних, нпр; са новим партнерима и скупим пројектима, обезбеђује топ менаџмент поверљивим информацијама и формира бизнис-процесе, на начин који онемогућава отицање информација. Због свега овога корпоративна безбедност је.¹⁶

- и режим заштите поверљивих информација,
- и рад са сарадницима у циљу спречавања негативних појава,
- и унутрашња контраобавештајна делатност,
- и економска безбедност,
- и истраживање сигнала и чињеница које указују на угрожавање безбедности,
- и информационо-аналитички рад у интересу пословања и безбедности,
- и на крају крајева, техничка и физичка заштита имовине и личности.

Значи, основна делатност корпоративне безбедности је заштита људских ресурса, корпоративних средстава и пословних процена ризика губитка или оштећења од стране криминалних, непријатељских, злонамерних или терористичких деловања.¹⁷

¹⁶ <http://www.dex.rs/sr/korporativna-bezbednost.html>. Датум посете: јануар, 2015.

¹⁷ <http://www.tehpro.rs/delatnosti/korporativna-bezbednost>. Датум посете: март, 2015.

Корпоративна безбедност јесте, а и мора бити, стална едукација и тренинг извршног и средњег менаџмента из области корпоративне безбедности упознавање са ризицима и креирање алата и процедура за превазилажење истих

5.1. Савремени концепт корпоративне безбедности

Савремени концепт корпоративне безбедности у многоме је условљен модерним геополитичким и економским трендом какав је глобализација¹⁸. Глобализација одступа од традиционалног схватања националног суверенитета и као интеграциони процес сарадње између држава садржи и извесне противуречности и многе нерешене проблеме које није једноставно пратити и на њих благовремено реаговати. Све ово се негативно одражава на угрожавање појединих аспеката безбедности, а ако се узму у обзир сви присутни елементи нужни за изградњу адекватног система безбедности, онда они заједно представљају извесну претњу за националну и глобалну безбедност.¹⁹

Фактори који битно утичу на обликовање корпоративне безбедности и успостављање њених функција су: привредна делатност компаније, природа и начин пословања на тржишту, и већ смо навели, реалне претње савременом пословању ТНК. Из ових разлога, логично је, да се корпорацијске службе безбедности разликују, али свима њима мора бити заједничка особина адаптивност. Односно, могућност супротстављања новим видовима претњи који се евентуално појаве у пословању ТНК. Самим тим, функција безбедности у компанији се не може посматрати као елаборат једном и за свагда дефинисан, већ као континуирана делатност сталног побољшавања и унапређења система безбедности, на свим нивоима Службе безбедности.

Нећемо рећи ништа ново констатацијом, да је основни циљ сваког пословног ентитета, профит. Ниједна компанија нема дилему у избору између раста кроз напредак или смањење профита кроз стагнацију. Стратегија раста је једини избор и у тој неминовности пословања корпоративна безбедност добија

¹⁸ Термин глобализација потиче од латинске речи *globus*, француске *global* што означава целокупан, укупан Извор: Вујаклија, М., *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1980, стр. 176.

За англосаксонско говорно подручје глобализација потиче од речи *the globe* (земљина кугла, свет). Глобализација је синоним мондијализације, која потенцира неминовност ширења на читаву земљину куглу у најзначајнијим сферама производње, трговине и финансијама, јер се стварање све већег дела друштвеног производа у свету омогућава путем међународне размене (бржи раст светске трговине од раста светске производње), међународне производње (производње у мрежи појединачних ТНК чији су делови лоцирани у различитим земљама) и проширења и убрзања међународних токова новца и капитала. Више: Петковић, Ј. Т., *Пословна итхијунаџа и економско ратовање*, Београд, 2006, стр. 141.

¹⁹ Бошковић, М., *Организовани криминал*, магазин ПСС, бр. 3/1993, стр. 9.

на значају, и јавља се све већа потреба за корпоративном безбедношћу као управљачком функцијом компаније.

Овакав приступ одређује корпоративну безбедност у ужем смислу, декларише је као пословну функцију.

Посматрање корпоративне безбедности у ширем смислу је виђење у склопу националне безбедности где пружа одређени учинак, онолико колико је то могуће. Посматрано са аспекта националне безбедности, овај скуп безбедносних система ван државног сектора, у функцији је заштите укупне безбедности земље, како кроз заштиту економских интереса својих компанија, тако и кроз сарадњу са службама безбедности, пружање асистенција.²⁰

Посматрано са ширег аспекта, савремене безбедносне претње све више су усмерене према привредној и политичкој елити, које везују међусобно усклађени интереси. Што показује, да је међусобна веза између привреде и бизниса са једне, и политике са друге стране, условило и интеграцију корпоративне безбедности у оквир националне безбедности".²¹

Пример, који ће најреалније илустровати повезаност привредних ентитета и безбедносних, пре свега обавештајних структура је, обавештајни елемент Министарства енергетике САД. Извршна наредба 12333 гласи:²²

Министар је дужан да:

- ❖ учествује са Министарством спољних послова у прикупљању информација о страним државама које се тичу свих стратешких и енергетских потенцијала;
- ❖ производи и уступа обавештајна сазнања о страним земљама неопходним за извршења свих дужности министарства;
- ❖ учествује у планирању, прикупљању обавештајних података и анализама прикупљених података;
- ❖ обезбеђује стручну техничку, аналитичку и истраживачку помоћ другим службама унутар *IC (Inteligens Community)*

Из ових задатака прво, јасно се види која је улога обавештајне заједнице САД, и друго, обавеза министарства да са домаћим енергетским компанијама размењује информације, што њима даје кључну предност при склапању пословних аранжмана у иностранству.

У нашој земљи, интеграција корпоративне безбедности у оквиру националне безбедности, још је у повоју Узајамна повезаност и кооперација државног и недржавног сектора безбедности испољава се, за сада, само када испоље

²⁰ Кооперација и узајамна повезаност државног и недржавног сектора безбедности, јасно се види на примерима, лучког и аеродромског обезбеђења, регулисања саобраћаја, чувању затвора, итд.

²¹ Кековић, З., *Управљање ризицима у недржавном сектору безбедности*, Безбедност, бр. 4/2004, стр. 560.

²² Савић, А., Делић, М., Бајагић, М., *Безбедност света од тајности до јавности*, Београд, 2002, стр. 73.

одређене репресивне активности, нпр; након извршења кривичног дела на штетуштићеног објекта, ухвати и задржи починиоца кривичног дела до доласка полиције. Односно, пружи помоћ органима унутрашњих послова у обезбеђивању лица места, обезбеђивању евентуалних доказа и откривању непознатог починиоца кривичног дела.²³

Констатација да у нашој земљи још нема, напред наведена интеграције, стоји. Разлог, јер нам је, и поред дуге традиције у области приватне безбедности, савремени концепт корпоративне безбедности у повоју. Домаћи привредници још нису свесни неопходности увођења корпоративне безбедности, а још мање потребе очувања својих поверљивих информација, пословних тајни, уопште имовине и лица. Уз ово, до скоро нису имали ни адекватну подршку државе, Закон који регулише област приватног обезбеђења донет је скорије (у примени од 05.12.2013) и њиме је, по мом мишљењу, само покушано и то површно регулисање статуса приватног обезбеђења, његово укључивање у концепт националне безбедности.

Без обзира на нашу инертност, долази време када привредни субјекти морају да искажу параметре не само свог пословања, већ и своје безбедности, а да би гарантовали за своју безбедност, потребне су активности у два правца.

Први је унутар компаније, али се прво мора схватити да у свакој земљи постоји директна веза између заштите страног интелектуалног власништва и нивоа страних инвестиција. Другачије речено, што боље штитимо интелектуално власништво, утолико ћемо више имати страних улагања и бржи економски развој. Ово нам указује на просту чињеницу да наши привредни ентитети не смеју губити време, морају улагати у мере заштите и то улагање мора бити пропорционално вредности услуге или производа, односно информације која се жели заштитити. Код нас, а и у другим земљама са сличном безбедносном (не)културом менаџери праве, и то често, две исте грешке: мисле, нпр; да не могу бити жртве индустријске шпијунаже, јер не држе у својим рукама никакву револуционарну формулу попут Кока-коле, нпр; ...Зато је потребно унапредити заштиту на следеће начине: поставити унутар привредног ентитета особу задужену за физичко-техничку и информациону заштиту; спроводити општу или специјализовану едукацију запослених о важности корпоративне безбедности, уопште заштите лица, имовине и информација; стално бити у току и пратити дешавања и нове трендове на тржишту код конкуренције и унутар сопствене компаније, те бити информисан о свим видовима ризика који могу угрозити пословање исте. Корисно је и разговарати са поузданим пословним партнерима и размењивати искуства с њима, као и са релевантним владиним телима или стручним особама које могу помоћи у овој безбедносној области, а то на крају значи заштита и обезбеђење имовине и очување пословних тајни – без обзира да ли су оне технолошке, производне и сл.

²³ Симић, Р., Бошковић, М., *Физичко техничка заштита објекта*, Београд, 1991, стр. 49.

Други је много сложенији, јер пред корпоративну безбедност поставља проблем заштите компаније од безбедносних ризика споља, а то значи бити информисан о стању на тржишту и мерама које предузимају директни конкуренти, али и о потенцијалној економској политици сваке нове владе. Које ће законе донети, које ће се промене усвојити и какве реперкусије ће све то имати на пословни субјект. Сви ти елементи пословне климе не зависе од конкретног субјекта. Они су једноставно извори информација које се могу оптимално користити, а могу и да се уопште не користе. Обезбеђивање квалитетних, актуелних информација је, међутим, јако важан елемент заштите у функцији корпоративне безбедности. Ове се информације користе, углавном, за доношење важних одлука од стране привредног субјекта.²⁴

Данас, широм света велике корпорације имају посебне структуре задужене за корпоративну безбедност. Спроведена су многа истраживања о томе, како би та структура требало да изгледа и у којим је случајевима заиста потребна. Према многим експертима, компаније које остварују више од 500.000 долара годишњег обрта обавезно морају имати структуре задужене за корпоративну безбедност. Други пак тврде, да у савременом свету чак предузећа са 30 радника треба да обрађају озбиљну пажњу том проблему.²⁵

Термин корпоративна безбедност још увек није у потпуности заживео код нас, а да он треба да представља управљачку функцију у предузећу прихвата, бар за сада, мали број привредних ентитета.

Корпоративна безбедност се бави питањима сигурности било ког економског субјекта, али је најчешће у својој примарној функцији у великим пословним системима, ТНК, МНК и др. Корпоративна безбедност, у развијеним земљама света, је део опште, националне безбедности тих земаља, а имајући у виду значај и јачину појединих ТНК, сигурно је да њихова корпоративна безбедност има признату друштвену делатност, а самим тим и признату друштвену улогу.

У прошлости, бар што се тиче нас, мали ризици иницирали су и организацију служби заштите у предузећима, тзв; "портирску службу". Данас, свет, па и ми суочени смо са развитком нових ризика и претњи по безбедност привредних ентитета. Убрзавају се друштвени односи и међународно пословање. Све то иницира и адекватан одговор корпоративне безбедности на такве тенденције.²⁶ Улога корпоративне безбедности није да нешто "чува" (чувају се овце, козе итд;) већ да штити и заштити, управља безбедносним ризицима, влада безбедносном ситуацијом²⁷. Што значи, да се зна:

²⁴ <http://www.bnr.bg/print.htm?id=%> од 19.03.2009.

²⁵ Исто

²⁶ Анђелковић, С., *Савремени концепт корпоративне безбедности*, специјалистички рад, ФПН, Београд, 2005, стр. 8.

²⁷ Симовић, С., *Индустријска шпијунажа и заштита пословне тајне*, Крагујевац, 2012, стр. 213.

- ❖ који видови угрожавања су активни и које вредности компаније су на удару,
- ❖ које методе и средства се користе,
- ❖ шта је примарно заштитити, процена ризика, анализа грешака у циљу брзог и ефикасног предузимања ефикасних мера откривања и заштите како не би дошло до ескалације ризика,
- ❖ које карице у систему укупне безбедности треба ојачати, које системе интензивно контролисати,
- ❖ да се зна све о запосленима, а посебно о лицима који су имаоци пословних тајни,
- ❖ како едуковати запослене да буду у функцији безбедности, итд.

Ако се све ово зна, значи да се поседују правовремене информације и да је правилно процењен (анализиран) њихов значај. То омогућава да се благовремено, јасно и стручно, руководство компаније упозори на претње и ризике који су актуелни. Ово је значајно, чак и онда када се ризик и претња по безбедност компаније не може у потпуности избећи, јер је самим обавештавањем спречено изненађење. Предузимају се благовремене и адекватне мере за санацију евентуалне штете у случају да претња оствари своје дејство. Пример: "кртица" из компаније је одао пословну тајну конкурентској компанији, али до реализације пословне тајне у виду новог производа још није дошло. Компанија захваљујући својој служби безбедности правовремено је дошла до података о деловању "кртице" и своју пословну тајну штити тако, што нови производ патентира.

На овом једноставном примеру, исказаној улози корпоративне безбедности, исказан је и значај исте.

5.2. Управљачка функција корпоративне безбедности

Шта је основна карактеристика безбедности савременог пословања у Србији - да нема безбедности. Није само у питању економско стање у земљи, дугогодишња изолација (пословало се и тада), "скупе" савремене технолошке компоненте које се морају увести у систем заштите. Основно је непостојање безбедносне културе, "истицање Бога као заштитника" и неспремност нашег пословног човека, власника капитала, па чак и кад је то држава, да ангажује и плати стручњаке за безбедност. Зато су код нас, директори, шефови општих и правних послова и даље руководиоци и служби заштите у предузећима.²⁸

Пример: добро стојећа фирма, без консултације стручњака, одлуком свог директора општих и правних послова, ангажује приватну фирму која продаје и инсталира видео опрему. Једино што је делимично погођено то је број инсталираних камера на објекту, али не и у објекту и пословном кругу. Видео камере су погрешно постављене, са великим "мртвим" угловима. Нису у функцији упозорења, а још мање у функцији идентификације евентуалних

²⁸ Исто, стр. 214

починитеља, нпр; оружане пљачке. Постоје и сигурносна врата са шифром, која су више отворена него затворена, итд. Шта овај пример показује. Показује да новац није увек у питању, већ организација система безбедности, нестручност руководиоца и заштитара, непостојање безбедносне културе код свих запослених.²⁹

Зато је оправдано и нужно увођење пословне (управљачке) функције корпоративне безбедности.

Данашњи услови пословања, у периоду глобализације, обележени су низом локалних и глобалних претњи. Примера ради, процењује се да 200 милијарди америчких долара представља годишњи губитак од превара кредитним картицама.³⁰

Чињеница да постоји велики број ризика што доводи до проблема уочавања и дефинисање ризика и њиховог раздвајања на безбедносне и небезбедносне. И једни и други утичу на пословање компаније, а њихово рано откривање смањује фактор изненађења. Идентификација је, у том случају, само први корак који неће смањити опасност по пословање компаније, али ће активирати одговарајуће безбедносне механизме у циљу неутралисања постојећих ризика и претњи.

Постојање корпоративне безбедности оправдано је, чак и ако су издавања за послове безбедности, једнака спреченим губицима имовине. Ово из разлога што ова функција анализом ризика и претњи указује на облике угрожавања и смер одакле опасност долази. Компаније је тиме, бар добро информисана за поступање у будућности, јер има могућности да исправи своје безбедносне грешке, и ако није у датом тренутку потпуно била заштићена.

Имајући у виду процес приватизације, глобализацију као светски тренд, те "ноторну чињеницу да је економска безбедност основ националне безбедности", мора се, законски, од стране државе иницирати "одговорност послодавца" (без обзира на облик власништва, приватно или државно), односно формално правног власника предузећа, да обезбеди адекватну заштиту и да у складу с тим спроведе потребне мере и процедуре засноване на процени степена угрожености и спровођења активних радњи у циљу поспешења безбедности лица, имовине и пословања у оквиру предузећа.³¹

Адекватни положај корпоративне безбедности у нашим компанијама не сме, као до сада, да буде у рукама појединаца, било да су они власници компанија, политичари на власти. Безбедносна свест мора да буде одлучујући фактор за процес имплементације и даље функционисање и развој корпоративне безбедности. Зрелост и стабилност једне компаније огледа се и кроз начин на који се компанија односи према ризицима који могу да угрозе њено пословање и имовину. Да ли се делује проактивно, улажу напори у превенцију,

²⁹ Исто.

³⁰ Мандић, Г., *Системи обезбеђења и заштите*, Београд, 2004, стр. 18.

³¹ Исто, стр. 30.

предупредујући, умањујући или преносећи ризике, или компанија реагује ретроактивно, након настале штете.

Да би се деловало проактивно мора се корпоративна безбедност схватити као савремени концепт пословне функције у компанији. Само тада ће власник компаније бити добро информисан, пратити и анализирати промене у пословном окружењу, што указује на озбиљност и свеобухватност пословних активности конкретне компаније.

5.3. Послови у надлежности функције корпоративне безбедности

Основни задатак менаџера безбедности, као одговорног лица за ниво безбедности у компанији и за дешавања у оквиру своје функције је, да организује службу безбедности као и радне функције запослених. Мора да буде рационалан, што подразумева да не сме да дозволи да корпоративна безбедност као функција постане гломазна и скупа по компанију. Сходно овоме, његов приоритетан задатак је идентификовање кључних вредности компаније којима треба посветити највише пажње. Предмет овакве анализе су материјалне и нематеријалне вредности, облици имовине и личности руководиоца који су од великог значаја, те би се њихов губитак одразио погубно за компанију. Примери за кључне вредности:

1. Компанија је у својој истраживачкој лабораторији развила нов производ. Потрошила је неколико година рада, своја и позајмљена средства. Резултати истраживања су још увек пословна тајна компаније. Кључни задатак корпоративне безбедности је, у овом случају, заштита пословне тајне од индустријске шпијунаже.

2. Водећи инжењер компаније је кључна личност за даљи напредак компаније, њену доминантну улогу на тржишту. Многа битна питања развоја зависе искључиво од њега. Анализом прикупљених информација установљено је постојање ризика од нарушавања личне безбедности инжењера., нпр. отмица. Кључни задатак корпоративне безбедности је заштита кључних вредности компаније, а у овом случају то је главни инжењер. Своју функцију корпоративна безбедност мора да остварује рационално и ефикасно, а надасве професионално и стручно. Ово значи, да су радно време запослених у служби и финансијска средства усмерена у правом смеру и да је тиме максимизирана корисност функције кроз одржавање високог нивоа сигурности компаније. Да су професионалним методама и средствима, стручно идентификоване кључне вредности компаније, на основу чега се избегава непотребно расипање ресурса, како финансијских тако и људских, а самим тим може да се поклати адекватна безбедносна пажња кључним вредностима компаније.

Рационалност и ефикасност корпоративне безбедности огледа се и у редоследу поступања. Прво се врши прецизно дефинисање ризика у окружењу и

претњи по сигурност компаније, па се тек онда приступа успостављању система заштите.

Савремени концепт корпоративне безбедности предвиђа системе заштите који могу успешно одговорити на савремене претње које угрожавају компаније, имовину и лица, а то су :

- анализа ризика и претњи (дефинисање анализе ризика је одређивање детаљног прегледа који укључује испитивање ризика, оцену ризика и управљање алтернативама ризика, које се изводе да би се разумела природа нежељених, негативних последица по људски живот здравље, имовину или животну средину. То је аналитички процес који омогућава информације за сагледавање непожељних догађаја. То је процес квантификације вероватноће и очекиваних последица идентификованог ризика).³²

Дефинисање ризика и претњи и њихова анализа спроводи се у циљу добијања што више прецизних информација од којих се саставља база података са свим релевантним догађајима из поља безбедности. Анализа ризика је један од основних задатака специјализованих служби корпоративне безбедности, чиме оне пружају основну помоћ менаџеру безбедности у доношењу најоптималнијих одлука.

Анализа ризика у безбедности је сложен процес, захтева систематичност и доступност у предузимању одређених радњи, а то су:

- ❖ идентификација ризика,
- ❖ утврђивање нивоа ризика,
- ❖ праћење ризика, и
- ❖ утврђивање нивоа прихватљивости.

Јасно је да се одређени ризици у пословању, а тако и у безбедности, не могу у потпуности неутрализовати, с тога се заједно са директорима осталих пословних функција мора дискутовати о прихватљивом нивоу ризика. То је онај ниво који компанија свесно преузима на себе. Мора се напоменути да одређени ризици немају ниво прихватљивости, односно толеранције.

Као мере редукције јављају се:

- ❖ смањење ризика, а односи се на угуцање и деловање од стране компаније на извор ризика, релевантне чиниоце на тржишту, органе безбедности, како би се интензитет претњи редуковао;
- ❖ трансфер се примењује уколико није могуће смањити ниво ризика;
- ❖ осигурање се јавља као метод трансфера ризика улагањем финансијских средстава као вида заједничког сношења ризика. Послове осигурања обавља специјализована финансијска институција. Наши привредници сматрају да су заштитили своју имовину, ако су исту осигурали. Погрешан прилаз, јер се уговарањем осигурања имовина не штити, већ се само надокнађује настала штета од насталих последица неким деловањем на осигурану имовину. И на Западу се имовина осигурава, али се премија осигурања одређује у

³² *General Security risk assessment, ASIS international, 2003, стр. 5.*

зависности од предузетих мера заштите објекта и имовине која се осигурава.

Заштита већа – обавеза осигурања мања³³

Прихватање ризика је крајња солуција уколико су све друге могућности исцрпљене. Функција корпоративне безбедности се у том случају посебно припрема за могуће негативне последице са намером да издржи опасност када претња испољи своје деловање.

Прихватање ризика као крајња солуција је релативно прихватљиво решење за компанију, али само у изузетним ситуацијама. Функција корпоративне безбедности је да предупреди све врсте ризика који могу настати деловањем конкуренције или, нпр; индустријских шпијуна, а не да се "носи" са последицама свог неуспеха.

Ипак, неспорна је чињеница, да потпуно заштићено пословно окружење не постоји. У пословању по тржишним законима сваки независни економски субјект, у већој или мањој мери, трпи последице ризика (политички, правни, економски, безбедносни). Међутим, као олакшавајућа околност узима се чињеница, да не прерастају сви ризици у претње, а потом у опасност која се испољава негативним утицајем на пословање компаније. Одређени број ризика се угаси, или напорима корпоративне безбедности неутрализује, смањи, трансферише.

На основу изнетог може се закључити: "Да свака претња јесте и ризик, док није сваки ризик претња".³⁴

Када се једном претња идентификује и препозна поклања се много већа пажња анализи која је по својствима идентична анализи ризика уз битну разлику да претња реално поседује могућност негативног утицаја по пословање компаније. Кораци у анализи претње су такође: идентификација, утврђивање нивоа претње, праћење или мониторинг, утврђивање нивоа прихватљивости (уколико постоји ниво прихватљивости за такав вид претње). Посебан значај има аналитичка функција у правовременом извештавању о променама и тренутном статусу идентификованих ризика и претњи.³⁵

Након прецизног дефинисања ризика у окружењу и претњи по сигурност компаније, идентификовања кључних вредности, приступа се успостављању система заштите. Савремени концепт корпоративне безбедности предвиђа системе заштите који могу успешно одговорити на савремене претње које угрожавају виталне интересе компанија, имовину и лица, те безбедност поверљивих информација.

³³ Симовић, С., *нав. дело*, стр. 217.

³⁴ Анђелковић, С., *нав. дело*, стр. 12.

³⁵ *Исто*.

6. Закључак

У савременом пословању не може се говорити само о профиту, и о начину на који се до њега долази, већ се морају поштовати одређене вредности. То чини суштинску разлику између савременог и класичног топ менаџмента у свакој корпорацији. Да би се то и спровело потребно је створити јединствен државни систем формирања безбедносне културе, користити савремена технолошка средства и активно едуковати запослене у области безбедности. Едукација, међутим треба да се спроводи на нивоу читаве организације (од власника до сваког запосленог) и мора бити усаглашена са пословном политиком привредног ентитета, циљевима и начинима њиховог остваривања. Корпоративна безбедност представља озбиљну делатност у коју морају бити укључене државне институције, пре свега припадници јавне безбедности, преко које држава врши надзор над сектором приватног обезбеђења. Ово значи да корпоративна безбедност треба да буде прихваћена као уобичајена пословна функција, где је успостављена добра сарадња међу службама. Земље западне Европе и САД су још почетком прошлог века почеле нормативно да уређују област корпоративне безбедности. При томе се водило рачуна да њихова овлашћења никада не буду већа од овлашћења јавне безбедности. Нарочито се пазило да не буду конкуренција једна другој. Да би се све ово и код нас остварило треба озбиљно радити на образовању и усавршавању свих учесника у корпоративној безбедности кад је реч о новим технологијама, како би се избегле грешке и брзо реаговало на могуће изазове.

Имајући у виду да се сектор корпоративне и приватне безбедности у Србији, до скоро, развијао у правном вакуму јер држава није, и то дуго, показивала интерес да регулише ову, итекако важну, материју. С отварањем државе према свету и уласком страног капитала и иностраних фирми на српско тржиште долазе и нове идеје и нови стандарди који се тичу пружања услуга сектора алтернативне безбедности. Тржишна утакмица постепено одбацује оне који су криминализовани и оне који немају и не поштују стандарде квалитета.

У научној и пословној јавности све више постаје јасно да су питања безбедности у привредним организацијама део шире безбедносне проблематике, у оквиру које се сложене и динамичне појаве безбедности узајамно преплићу. Глобални безбедносни ризици, попут тероризма, индустријске шпијунаже и организованог криминалитета, до те мере су секторе јавне и приватне безбедности учинили међусобно зависним да је готово и немогуће одвојити националне од аутономних садржаја и интереса безбедности и заштите.³⁶ Због тога је важно што су створени законски услови за јачање партнерства између

³⁶ Кековић, З., *Савремени трендови у не-државном сектору безбједности*, Зборник: Сузбијање криминалитета – деценија после смрти професора Водинелића, Крагујевац, 2004, стр. 585-602.

сектора јавне, корпоративне и приватне безбедности и што је влада ,коначно,прихватила одговорност за безбедност као јавно добро.³⁷

*Slobodan Simović, Ph.D; Assistant Profesor
Faculty for diplomacy and security Belgrade*

CORPORATE SECURITY SERVICES – INEVITABLE PART OF SUCCESSFUL BUSINES

Summary

Corporate security represents conterporary businbes function and it aims to protect security of individuals, property and business itself within the organisational structure of big busines systems.Apart from the primary role of protegting corporate interests and defined goals, corporate securityu is providing its coneribition in a wider context as well. By promoting social corpotate responsibility in the community where it operates, it can positive by affect on the level of national security of a state due to its nature corporate security belongs to segment of private security and as such it fuids its place in the system of national securityu.

Key words: *corporate security, national security, services and standards, protection of property and individuals, risc.*

Литература

- Анђелковић, С., Савремени концепт корпоративне безбедности, специјалистички рад ФПН, Београд, 2005.
Бошковић, М., Организовани криминал, магазин ПСС, бр. 3,1993.
Давидовић, Д., Кешетовић, Ж., Професионализација и партнерство јавног и приватног сектора безбедности у Србији, Наука, безбедност, полиција, 3/2007.
Кековић, З., Управљање ризицима у недржавном сектору безбедности, Безбедност, бр. 4/2004.

³⁷ Кешетовић, Ж., *Реструктурирање полиције и тешки облици криминала*, Зборник: Тешки облици криминала, Будва, 2004, стр. 243.

- Кековић, З., Савремени трендови у не-државном сектору безбједности, Зборник: Сузбијање криминалитета – деценија после смрти професора Водинелића, Крагујевац, 2004.
- Кешетовић, Ж., Реструктурирање полиције и тешки облици криминала, Зборник: Тешки облици криминала, Будва, 2004.
- Кешетовић, Ж., Симоновић, Б., Сектор корпоративне и приватне безбедности у Србији, Годишњак факултета безбедности, Београд, 2009.
- Мандић, Г., Системи обезбеђења и заштите, Београд, 2004
- Милошевић, М., Заштита пословних података и докумената, Правни информатор, www.Informator.co.yu.
- Петковић, Л. Т., Пословна шпијунажа и економско ратовање, Београд, 2006
- Првуловић, В., Економска дипломатија, Београд, 2001.
- Савић, А., Делић, М., Бајагић, М., Безбедност света од тајности до јавности, Београд, 2002
- Симић, Р., Бошковић, М., Физичко техничка заштита објеката, Београд, 1991.
- Симовић, С., Индустриска шпијунажа и заштита пословне тајне, Крагујевац, 2012,
- Талијан, М., Прве установе приватне безбедности (полиције) у Србији, у: Зборник радова: "Приватна безбедност-стање и перспективе" Факултет за Правне и Пословне студије, Нови Сад, 2008
- General Security risk assessment, ASIS international, 2003.
- Стандард ИСО 17799, Информационе технологије - Правила праксе за управљање безбедношћу информација, ИСО/ИЕС, 2000.
- <http://www.dex.rs/sr/korporativna-bezbednost.html>
- <http://www.tehpro.rs/delatnosti/korporativna-bezbednost>
- <http://www.bnr.bg/print.htm?id=%> od 19.03.2009

Ана Тимчић, докторанд
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 334.73(497.11)

НОРМАТИВНА ОДРЕЂЕЊА И ОГРАНИЧЕЊА УСЛУЖНИХ ДЕЛАТНОСТИ ЗАДРУГА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Резиме

Подстицајни утицај правних прописа на пословање привредних субјеката подразумева усклађеност истих са актуелним социо-економским условима, решењима усвојеним савременим комунитарним правом и препорученим концептима регулација од стране релевантних међународних организација и правне науке. Побројаним разлозима се објашњава досадашње маргинализовано „учешиће“ задруга у тржишној привреди Србије. Због наведеног, неопходно је било доношење новог задружног закона који би садржао решења која су у сагласности са тенденцијама нормативног уређивања правног положаја задруга у упоредном праву, али и измена других правних прописа којима су предвиђена ограничења у вези са делатностима које задруге могу да обављају. Осим превазилажења деценијске „застарелости“ претходног Закона о задругама, применом новодонетих и измењених одредаба би се омогућило задругама да пружају све врсте финансијских услуга и да као једнаковажни привредни субјекти са привредним друштвима допринесу привредној активности земље и атракцији инвестиција. Аутор се у раду бави критичком анализом одредаба Закона о задругама о делатности задруга које су од недавно у примени и истовремено разматра могућности за обављање финансијских услуга од стране задруга у односу на императивне одредбе прописане Законом о банкама и Законом о заштити корисника финансијских услуга.

Кључне речи: задруга, услужне делатности, ограничења услужних делатности, финансијске услуге, итедно - кредитна задруга.

1. Уводне напомене

Задруга квалификована као „творевина“ капитализма¹ у домаћој правној теорији, уопштено се дефинише као организационо правни облик привредног

¹ Маричић, Б., *Задругарство: Чинилац економије или жртва у времену транзиције 2012*, доступно на адреси: <http://sindikalizam.org/wp-content/uploads/2014/09/Mari%C4%8Di%C4%87-Branko.-2012.-Zadugarstvo-%C4%8Cinilac-ekonomije-ili-%C5%BErtva-u-vremenu-tranzicije.pdf>, 10.04.2016, стр. 536.

субјекта, а не као правна форма непривредне организације.² Затим, Законом о задругама иста се дефинише као правно лице и представља посебан облик организовања физичких лица, задругара која пословањем на задружним принципима остварују своје економске, социјалне, културне и друге интересе и која управљају и контролишу пословање задруге.³ Дакле, задруга као привредна организација обављањем делатности остварује приходе и расходе, односно добитак и губитак. На остваривање прихода и расхода, осим тржишних и других друштвено - економских услова, значајно утичу и нормативне претпоставке конкретног правног система за пословање ове врсте привредних субјеката. Због недовољне бројчане заступљености, утврђено у односу на државе чланице Европске уније, као и дугогодишње стагнације у привредној „активности“ у Републици Србији, поставља се питање утврђивања и отклањања узрока наведеном. За разлику од теоретичара упоредног права који не разматрају питање опстанка задругарства, већ се у сопственим радовима опредељују за позната одређења задруга као трговачког друштва, трговца или задруге детерминишу као удружења *sui generis*,⁴ домаћи правни теоретичари би требало да утврде разлоге за поражавајуће стање српског задругарства у садржини важећих правних прописа, препоруче одговарајуће методолошке „приступе“ у регулисању правног положаја задруга *de lege ferenda* и анализирају потенцијалне последице примене новодонетог Закона о задругама.

Иако задруге као привредна друштва не теже максимирању профита, већ остваривању интереса задругара, циљ обављања задружне делатности није ни остваривање губитака и на тај начин умањење вредности задружне имовине.⁵ С обзиром да је предуслов за остваривање добитка у пословању, остваривање прихода обављањем делатности, неопходно је усвајање правних прописа којима се регулишу задружне делатности тако да доприносе развоју задружног сектора, одсуство правних празнина и тешкоћа у тумачењу истих, као и правилна примена од стране адресата.

2. Услужне делатности задруга по ЗОЗ-у

Неспорно је да задругари као физичка лица у правној форми задруге остварују на тржишту разноврсне сопствене интересе под повољнијим условима, неко када индивидуално, у правној форми предузетника, нуде производе и услуге и тако учествују у „тржишној утакмици“. С обзиром да

² Витез, М., *О неким елементима правног положаја задруге у нашем привредном праву*, Право и привреда, бр. 3-6/1995, стр. 449.

³ Закон о задругама - ЗОЗ, *Службени гласник РС*, бр. 112/2015, чл. 2.

⁴ Витез, М., *Задруга и наше привредно право*, Право - теорија и пракса, бр. 5-6/1998, стр. 23.

⁵ Серјевић, В., Серјевић, В., *Правно - економски основи задруга у домаћем законодавству и законодавству Европске уније*, Зборник: Право Републике Србије и право Европске уније - стање и перспективе, Ниш, 2009, стр. 437.

услугне делатности чине 70 процената свих делатности,⁶ у формулисању правних норми чији су предмет регулисања услужне делатности задруге, неопходно је да употребљене језичке формулације од стране законодавца буду такве, односно да садржина правних норми омогућава екстензивно тумачење.

Сагласно наведеном, у набрајању појединих врста задруга, делатности задруга уопште и услуга које пружају задруге, законодавац не примењује принцип *numerus clausus*. Тако, осим земљорадничких или пољопривредних, стамбених, потрошачких, занатских, радничких, студентско-омладинских, социјалних, здравствених, ученичких, законским одредбама се дозвољава и оснивање других врста задруга за обављање производње, промета робе, вршења услуга и других делатности у складу са ЗОЗ-ом. Затим, прописујући да студентско-омладинске задруге, на организован начин обезбеђују задругарима обављање привремених и повремених послова код привредних субјеката у складу са прописима којима се уређује област рада, а у циљу стицања допунских средстава за школовање и задовољење основних социјалних, културних и других личних и заједничких потреба⁷ и да здравствене задруге пружају помоћ задругарима и члановима њихових породица кроз помоћ за добровољно здравствено осигурање, набавку лекова, финансирање трошкова лечења и друге видове помоћи⁸, може се констатовати да се новим ЗОЗ-ом осим детаљног регулисања које услужне делатности обављају ове врсте задруга, предвиђа и да се услуге не пружају само задругарима већ и другим лицима. Сагласно томе, послодавцима услуге пружају студентско - омладинске задруге, а корисници здравствених услуга су и чланови породица задругара. Такође, прописивањем које делатности обављају поједине врсте задруга законодавац омогућава и задругама које у правној теорији нису квалификоване као претежно услужне (здравствене, омладинске, студентске),⁹ бављење услужним делатностима. Тако, пољопривредне задруге врше промет роба и услуга задруге, задругара и за задругаре и пружају услуге домаћинствима пољопривредника у организовању и развоју сеоског туризма,¹⁰ потрошачке задруге обезбеђују заједничку набавку услуга и роба за своје задругаре,¹¹ а занатске задруге обављају занатске услуге.¹²

Утврдивши правни основ у претходно побројаним одредбама ЗОЗ-а за обављање бројних и разноврсних услужних делатности од стране задруга,

⁶ Мићовић, М., *Прилози за услужно право*, Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015, стр. 3.

⁷ ЗОЗ, чл. 11. ст. 8.

⁸ ЗОЗ, чл. 11. ст. 13.

⁹ Серјевић, В., Серјевић, В., *нав. чланак*, стр. 441.

¹⁰ ЗОЗ, чл. 11. ст. 2.

¹¹ ЗОЗ, чл. 11. ст. 5.

¹² ЗОЗ, чл. 11. ст. 6.

може се оправдано приметити интенција законодавца за успостављањем „равнотеже“ између „самопомоћне“ и „тржишне“ функције задруге. Међутим, предвиђањем првенственог пружања услуга задругарима, односно принципа „ексклузивитета“ у пословању, ипак одредбама новодонетог закона није у потпуности редефинисан „концепт“ задруге садржан у одредбама претходног задружног закона.¹³ Такође се може у утврдити да се у регулисању правног положаја задруга у Србији није „угледало“ на препоручени концепт „еврозадруге“, као и да се још увек принципом „ексклузивитета“ потенцира „самопомоћна“ функција уместо функције привредног субјекта.¹⁴

Осим изричитог дефинисања услужних делатности, питање које се поставља у вези са обављањем истих јесте и питање обезбеђивања потребних средства. Законодавац је наведено питање делимично успешно решио. Омогућавањем уписа задружне својине над непокретностима у друштвеној својини и регулисањем поступка уписа,¹⁵ одредбама ЗОЗ-а обезбеђена је правна заштита задругама као постојећим титуларима права коришћења непокретности које су катастрима непокретности уписане као непокретности у друштвеној својине, иначе непостојећој врсти својине у садржини Устава Републике Србије.¹⁶ Међутим, одређујући задругара као физичко лице које је члан задруге и у целости или делимично послује преко задруге, односно које преко задруге продаје своје производе односно услуге, набавља производе или користи услуге потребне за обављање своје делатности или на други начин непосредно учествује у обављању делатности ради којих је задруга основана,¹⁷ индиректно се закључује да су задруге неоправдано „лишене“ чланства правних лица и финансијске подршке истих пословању задруга.

3. Нормативна ограничења за обављање услужних делатности задруга

Почетна констатација у вези са могућностима обављања услужних делатности била би да је задругама на основу одредаба садржаних у ЗОЗ-у дозвољено обављање бројних услужних делатности. Међутим, наведену констатацију би требало кориговати тако да задругама није дозвољено обављање свих услужних делатности које могу бити обављане од стране привредних друштава у правном и привредном систему Републике Србије.

¹³ Закон о задругама - ЗОЗД, *Службени лист СРЈ*, бр. 41/1996 и 12/1998 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 - др. закон и 34/2006.

¹⁴ Витез, М., *Задруга...*, стр. 23 - 24.

¹⁵ ЗОЗ, чл. 108 – 114.

¹⁶ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 86. ст. 1.

¹⁷ ЗОЗ, чл. 3.

Корекција је првенствено у вези са пружањем штедно - кредитних услуга као врсте финансијских услуга.

Наиме, правним прописима ЗОЗ-а предвиђено је опште ограничење да задруге могу обављати законом дозвољене делатности,¹⁸ а приликом дефинисања врсте делатности и набрајања истих за поједине врсте задруга, прописано је да се задруге могу оснивати и за обављање других делатности које нису забрањене законом.¹⁹ За разлику од претходног задружног закона на основу кога су у Републици Србији могле бити осниване и штедно - кредитне задруге, које нису биле део банкарског система и чија се делатност састојала у заједничком обезбеђивању новчаних средстава и кредитирању задругара,²⁰ из садржине ЗОЗ-а изостављена је ова врста задруга. Претходно наведеним је постигнута усаглашеност са императивним одредбама Закона о банкама на основу којих депозитне послове, послове давања кредита и издавања платних картица могу обављати искључиво банке²¹ и одредбама о основним појмовима Закона о заштити корисника финансијских услуга које упућују на одговарајуће одредбе ЗОБ-а.²²

Оваквим изостављањем штедно – кредитних задруга, окончан је „поступак“ изопштавања задруга из пружања ове врсте финансијских услуга, започет још 2005. године доношењем и применом правних прописа тадашњег Закона о банкама²³. Поменути закон била је предвиђена обавезна промена правне форме штедно – кредитне задруге у банку или припајање некој од постојећих пословних банака. Опредељивање за прву могућност, значило је повећање основног капитала до минималног износа прописаног за пословне банке од 10.000.000,00 ЕУР-а, док је припајање некој од постојећих пословних банака значило губитак правног субјективитета. Због неприхватљивости законским одредбама понуђених алтернатива над већином штедно - кредитних задруга отворени су поступци ликвидације.²⁴ На овај начин је законодавним регулисањем у Републици Србији занемарена традиција у оснивању и пословању штедно – кредитних задруга, иако је познато да је првооснована задруга 1870. године била Произвођачко – занатска и кредитна задруга.²⁵ Осим наведеног занемаривања традиције,

¹⁸ ЗОЗ, чл. 9. ст. 1.

¹⁹ ЗОЗ, чл. 11. ст. 14.

²⁰ Серјевић, В., Серјевић, В., *нав. чланак*, стр. 442.

²¹ Закон о банкама - ЗОБ, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015, чл. 5.

²² Законом о заштити корисника финансијских услуга - ЗОЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014, чл. 2.

²³ Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005.

²⁴ Извештај о задругама и задругарству, УГ Равноправност Зрењанин, 2006, доступно на адреси: http://www.uciteljneznalica.org/upload/ebook/928_Izve%C5%A1taj%20o%20zadrugarstvu.pdf, 12.04.2016, 7.

²⁵ Поповић, В., *Задруге као субјект пословног права*, Зборник: Актуелна питања савременог законодавства, Будва, 2012, стр. 277.

побројаним нормативним ограничењима омогућен је апсурд. Тако, док се задруге основане сагласно одредбама ЗОЗ-а морају „задовољити“ пружањем финансијских погодби као врсте финансијских услуга²⁶, задруге основане у државама чијим правним прописима је предвиђена као задружна делатност и штедно – кредитна делатност могу наведену врсту финансијских услуга пружати и корисницима у Републици Србији, попут *Credit Agricole Bank* и *Raiffeizen Bank*²⁷.

4. Закључна разматрања

Забрињавајуће стање задругарства у Републици Србији непосредна је последица незаинтересованости и неангажовања државе у овој области привреде. Сагласно томе и дугогодишња „застарелост“ задружног права и „неуспели“ покушаји доношења новог задружног закона, само су рефлексивна претходно наведеног става. Када је и коначно усвојен задружни закон, општи утисак је да истим није предвиђено озбиљно редефинисање елемената правног положаја задруга. Такође, онемогућавањем правних лица да стекну статус задругара, чини се да су задруге без оправдања ускраћене за средства истих за обављање делатности и тиме у „подређеној“ тржишној позицији у односу на привредна друштва.

Ипак, правне претпоставке за пословање задруга предвиђене ЗОЗ-ом, а нарочито правни прописи којима се дефинишу услужне делатности задруга, не заслужују у потпуности негативну оцену правне теорије. Наведеним правним претпоставкама компатибилна је могућност доношења *lex specialis*-а за поједине врсте задруга, као и подзаконских аката, чиме би се подстакло оснивање задруга, омогућило улагање у руралну инфраструктуру и бављење бројних домаћинстава услужним делатностима, као и запошљавање у неразвијеним и недовољно развијеним општинама.

Међутим, препорука и допринос правне теорије будућем реформисању задружног права, били би да је неопходно имплементирање проверених концепата регулисања упоредног права у садржину домаћег задружног права. Такође, уклањање постојећих неоправданих ограничења за пружање услуга или допуњавање истих додатним условима које би задруге требало да испуне, правне су претпоставке *conditio sine qua non* за успешно пословање ове врсте привредних субјеката. Иако овакве претпоставке значе додатно ангажовање државних институција, попут Народне банке Србије, као и законодавне власти, могу се очекивати значајни „бенефити“ за привреду Србије. Правни теоретичари ће конструктивном критиком само убрзати реформе задружног права које су отпочеле недавним доношењем ЗОЗ-а.

²⁶ ЗОЗКФУ, чл. 2. ст 1. тач. 5. и 8.

²⁷ Извештај о задругама и задругарству, УГ Равноправност Зрењанин, 7.

*Ana Timčić, student of Ph.D. studies
Faculty of Law, University of Kragujevac*

NORMATIVE DEFINITIONS AND LIMITATIONS OF SERVICE ACTIVITIES OF COOPERATIVES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Incentive effect of legal regulations on the operations of economic entities implies their conformity with the current socio-economic conditions, the solutions adopted by contemporary community law and recommended concepts to regulation by the relevant international organizations and legal doctrines. These above reasons explaining the current marginalized 'participation' cooperatives in the market economy of Serbia. Because of this, it was necessary adoption of a new cooperative law which would include solutions that are consistent with the tendency of normative defining the legal status of cooperatives in comparative law, and amendments of other legal regulations are anticipated restrictions on the activities that cooperatives can perform. In addition to overcoming decades of "obsolescence" of the previous Law on Cooperatives, the application of newly amended provisions and to allow cooperatives to provide all kinds of financial services and as an equally economic entities with companies contribute to the economic activity of the country and attraction of investments. The author is an analysis of the provisions of the Law on Cooperatives of the activities of cooperatives that have recently been made in the application at the same time considering options for financial services by cooperatives in relation to the imperative provisions laid down in the Banking Law and the Law on Protection of Financial Services.

Key words: *cooperatives, service activities, restrictions of service activities, financial services, savings - credit cooperatives*

Литература

Витез, М., Задруга и наше привредно право, Право - теорија и пракса, бр. 5-6/1998.
Витез, М., О неким елементима правног положаја задруге у нашем привредном праву,
Право и привреда, бр. 3-6/1995.

- Мићовић, М, Прилози за услужно право, Услуге и заштита корисника (уредник Миодраг Мићовић, Крагујевац, 2015.
- Поповић, В., Задруге као субјект пословног права, Актуелна питања савременог законодавства (уредник Слободан Перовић), Будва, 2012.
- Серјевић, В., Правно - економски основи задруга у домаћем законодавству и законодавству Европске уније, Право Републике Србије и право Европске уније - стање и перспективе, Ниш, 2009.

Правни прописи

- Закон о банкама, Службени гласник РС, бр. 107/2005
- Закон о банкама, Службени гласник РС, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015
- Закон о задругама, Службени гласник РС, бр. 112/2015
- Закон о задругама, Службени лист СРЈ, бр. 41/1996 и 12/1998 и Службени гласник РС, бр. 101/2005 - др. закон и 34/2006
- Закон о заштити корисника финансијских услуга - ЗОЗКФУ, Службени гласник РС, бр. 36/2011 и 139/2014
- Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006

Извори са интернета

- Извештај о задругама и задругарству, УГ Равноправност Зрењанин, 2006, доступно на адреси:
http://www.uciteljneznalica.org/upload/ebook/928_Izve%C5%A1taj%20o%20zadugarstvu.pdf
- Маричић, Б., Задругарство: Чинилац економије или жртва у времену транзиције 2012, доступно на адреси: <http://sindikalizam.org/wp-content/uploads/2014/09/Mari%C4%8Di%C4%87-Branko.-2012.-Zadugarstvo-%C4%8Cinilac-ekonomije-ili-%C5%BErtva-u-vremenu-tranzicije.pdf>

**ФИНАНСИЈСКЕ И БАНКАРСКЕ
УСЛУГЕ**

*Др Хрвоје Качер, редовни професор
Др Бланка Иванчић Качер, доцент
Правног факултета Свеучилишта у Сплиту*

УДК: 336.77/.78"2016"

ПРОБЛЕМИ ПОЗНАТИ КАО *CHF CASE* У 2016. ГОД. – *QUO VADIS CHF*

Резиме

*У овом тексту аутори су најприје приказали кратку повијест догађања у свези уговора о кредиту уз валутну заштитну клаузулу у швицарским францима (колоквијално то је *CHF CASE*). За разлику од стања у свибњу 2015, актуално стање је промијењено јер је Врховни суд Републике Хрватске правомаћно пресудио на начин потврђивања пресуде Високог трговачког суда Републике Хрватске., а то је довело до нових поступака, али и реакција заинтересираних. Актуални су поступци пред Уставним судом РХ и Међународним судом за рјешавање инвестицијских спорова (*ICSID*) у *Washington*-у са неизвјесним како временом одлучивања тако и садржајем одлуке. Док се те одлуке чекају, јача притисак јавности на надлежна тијела Републике Хрватске да подузму драстичне мјере, у првом реду посебни порез на активу банака.*

Кључне речи: *банке, кредит, швицарски франак, штета, одговорност, поступци.*

1. Увод

Наш прошлогодишњи текст смо почели ријечима „За велику већину правних проблема гледе којих се из године у годину (од савјетовања до савјетовања, од текста у једној тисковини до текста у другој тисковини) понављају врло слични наслови и размјерно сличан садржај логичан и често оправдан закључак је да се ту баш и нема што новог писати, односно да је свако ново писање у својој бити само рециклирање већ написаног, да се ради о нечему чему је својствено размјерно опасно балансирање на граници плагирања (у мање благим случајевима) или (у блажим случајевима) понављања. Нама се, уз пуну свијест о напријед наведеном, ипак учинило да се ради о теми која је још увијек не само актуална него и прикладна за указивање на неке или слабо истражене или потпуно неистражене аспекте. Истодобно, максимално је минимализиран дио садржан у ранијим радовима једног од коаутора, уз упућивање на те радове

када је то корисно за тему.“ У том тренутку ни сањали нисмо како ћемо и овогодишње традиционално мајско савјетовање (2016. год.) имати текст који ће се бавити са СНФ и поново (по нашем мишљењу) имати што новог и актуалнога додати ономе што је већ писано.

Предмет овога текста је покушај аутора не само кратко описати што се то догађало у посљедњих нешто мање од годину дана од претходног савјетовања (а много тога се догодило), него и анализирати једну ипак потпуно нову ситуацију у којој постоји не само правомоћна пресуда у СНФ CASE него и праворијек највишег хрватског суда (Врховни суд Републике Хрватске) што значи како је судовање пред редовним судовима у Републици Хрватској (јер Уставни суд Републике Хрватске не само да није редовни суд него ње ни суд у класичном смислу тога појма) окончано. Анализирали смо и могуће посљедице одлука како Уставног суда РХ, тако и арбитраже у САД на хрватски „случај СНФ“.

Сигурни смо и овај пут како ће изведени закључци, иако се ради о анализи хрватске легислативе и праксе, бити јако корисни и далеко шире од подручја Републике Хрватске, а нарочито рачунамо на примјењивост на подручју бивше државе, посебно обзиром на то што између темељног прописа који се бави уговорима и нема неких већих разлика, што је и логично обзиром на то да сви имају исти закон као неку врсту узора¹, као и што је феномен кредита у СНФ баш на том подручју изразито наглашен.

2. Правна врела

Обзиром на предмет овог рада правна врела су сва она која се, мање или више изравно, баве уговорима. Наравно, највише правно врело је Устав Републике Хрватске² у складу с којим морају бити сви законски³ и подзаконски

¹ Ради се о Закону о обвезним односима бивше државе из 1978. године (Службени лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85 и 57/89, НН 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99. и 88/01 – даље: ЗОО 78 или Закон о обвезним односима 78). Управо том пропису је посвећено не само међународно савјетовање него и зборник радова са истог у којему су оба коаутора овог текста имала част судјеловати са посебним – одвојеним радовима: Међународно знанствено савјетовање "30 година Закона о обвезним односима – *de lege lata u de lege ferenda*", Крагујевац, Зборник радова 24-27. септембра 2008. год, Њемачка организација за техничку сурадњу (GTZ) GmbH, Отворени регионални фонд за југоисточну Еуропу – Правна реформа, Београд, 2009, стр. 1-470.

² Устав Републике Хрватске, НН 56/90, 135/97, 8/98 – прочишћени текст, 113/2000, 124/2000 – прочишћени текст, 28/2001, 41/2001 – прочишћени текст, 55/2001 – исправак, те Промјена Устава Републике Хрватске објављена у НН број 76/2010, 85/10 – даље: Устав.

³ Гледе свих закона у РХ упућујемо не само на чињеницу да су исти објављени у службеном гласилу које носи назив Народне новине, него и гратис и неограничено доступни на www.narodne-novine.nn.hr.

акти. Уколико нису у складу, у поступку пред Уставним судом Републике Хрватске (ако се ради о закону) или Високим управним судом Републике Хрватске (ако се ради о подзаконском акту) ће бити стављени ван правне снаге, у правилу укинута, поништење је јако, јако ријетка изнимка⁴. При томе треба признати релативност која понекад постоји код третирања међународних уговора као прописа који не само да имају надзаконску правну снагу (што им изријеком признаје Устав) него морају бити у складу с Уставом⁵. Наиме, међународни уговори имају правну снагу надзакона, а доста често су имплементирани (на мање или више транспарентан начин) и у конкретне законске текстове који се на њих и формално позивају или не позивају. Уколико је то тако и када је то тако, могућа посљедица је и да се више не ради о актима исте разине, јер један остаје на разини закона, а други добија обиљежја надзакона. Међутим, непријепорна је чињеница да Уставни суд Републике Хрватске одбија прихватити – признати своју надлежност за оцјењивање је ли неки међународни уговор у цјелини или његов дио у складу са Уставом⁶.

У односу на уговорна питања темељни хрватски закон (*sedes materiae*) је Закон о обвезним односима⁷, а треба само споменути да, иако би било и боље и логичније да је друкчије, актуални Закон о заштити потрошача⁸ није правно врело зато што се не односи на финансијске услуге⁹. Међутим, ранији истоимени закони нису имали то ограничење па гледе свих уговора склопљених у то

⁴ Видјети врло занимљиве тезе гледе укидања и/или поништења у: Гиунио, М. А., *Укидање или поништење неуставнога и незаконитог прописа*, Нови Информатор бр. 5909 од 23. листопада 2010, стр. 1-3. (исти текст је објављен и у часопису *Право у господарству – ПУГ 5/10*, исти аутор: Примјена неуставног закона и тумачење права ЕУ у арбитражи, ПУГ 5/14 стр. 953 - 978. (реферат на XXI. Хрватским арбитражним данима, просинац 2013).

⁵ То понекад може бити ријетка појава, али је треба уочити како би се правилно извело одговарајуће закључке. Прави примјер је наравно приступни уговор за Еуропску унију, али исто тако и онај са НАТО-ом – зар стварно итко као реалну може замислити ситуацију у којој се ти акти прилагођавају (хрватском) Уставу. За оно супротно имамо више него јасан примјер промјене Устава како би се провело референдумско изјашњавање о приступању ЕУ у увјетима који омогућавају (не у смислу јамства какав ће бити исход, него у смислу *fair* утакмице, па нека „побиједи“ онај тко добије не само већи, него истодобно и довољан број гласова) и негативан и позитиван исход.

⁶ То је тема која би захтијевала посебну елаборацију и практично самостални текст. За сада се на овом мјесту ограничавамо на начелни став према којему је то сигурно јако практично рјешење, али на томе очито и престају похвале истоме.

⁷ Закон о обвезним односима (НН 35/05, 41/08, 125/11, 78/15-даље: ЗОО или Закон о обвезним односима).

⁸ Закон о заштити потрошача (НН 41/14, 110/15. -даље: ЗЗП14 или Закон о заштити потрошача). Претходно је био на снази закон истог назива (НН, бр. 79/07, 125/07, 75/09, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12. и 56/13. – даље: ЗЗП07).

⁹ Према чл. 40. тога закона који у том дијелу гласи: *Одредбе главе I. и главе III. одјељка I. овога дијела Закона не примјењује се на уговоре: 4. о финансијским услугама*

вријеме исти представљају правно врело, с тим да се по законској дефиницији свих тих закона појам потрошач односи само и искључиво на физичке особе. У набрајању правних врела нужно је посебно навести и Закон о потрошачком кредитирању¹⁰, Закон о Хрватској народној банци¹¹, Закон о девизном пословању¹² и Закон о кредитним институцијама¹³. Уопће, правна врела су и прописи који су били на снази прије напријед наведених (неовисно о томе имају ли исти назив или не), посебно у свези правила да на конкретну ситуацију треба примијенити прописе који су вриједили у то (раније) вријеме настанка неког правног односа, па и унаточ томе што је увијек могуће да каснији пропис донесе промијене, било да конвалидира¹⁴ нешто што почетно није било ваљано, било да нешто што је било ваљано у почетку друкчије уреди, с учинком и на та ранија стјецања.

Изнимно је важно нагласити да хрватски законодавац НИЈЕ (иако је према Уставу то могао) у формалном смислу ИСКОРИСТИО МОГУЋНОСТ ДОНОШЕЊА ДИЈЕЛА ЗАКОНА¹⁵ СА ПОВРАТНИМ ИЛИ РЕТРОАКТИВНИМ УЧИНКОМ. По нарави ствари то је јако релативизирало учинке нових, „поправљених“ прописа. Иако је повратни учинак нешто што само по себи значи угрозу правне сигурности и владавине права, у конкретним случајевима ипак може имати различито или чак и потпуно супротно значење и разумно је сматрати да се ради о пригоди допринијети тим важним темељима сваке правне државе. Ипак, јасно је да и није одлучно је ли или није формално прописан повратни учинак, одлучна је бит законског рјешења јер тај повратни учинак ипак може произлазити и из нарави ствари.

Значење правног врела имају и обичаји, и то посебно темељем врло јасне изричите одредбе садржане у чл. 12. Закона о обвезним односима. Према том чланку, потребно је разликовати трговачке обичаје, правне обичаје и обичаја, све са одговарајућим специфичностима, али без довођења у питање да све три

¹⁰ Закон о потрошачком кредитирању (НН 75/09, 112/12, 143/13, испр. 147/13, 9/15, 102/15 - даље: ЗОПК).

¹¹ Закон о Хрватској народној банци (НН 75/08, 54/13 - даље: ЗОХНБ или Закон о Хрватској народној банци)

¹² Закон о девизном пословању (НН 96/03, 140/05, 132/06, 92/09, 145/10, 76/13. - даље. ЗОДП или Закон о девизном пословању).

¹³ Закон о кредитним институцијама (НН 159/13, 19/15, 102/15.- даље: ЗОКИ или Закон о кредитним институцијама).

¹⁴ Тешко се при спомену конвалидације не сјетити тако једноставне и тако јасне реченице великог правника са ових простора (то што га многи својатају само потврђује његову неупитну величину) Балтазара Богишића коју је унио у Опћи имовински законик Црне Горе: *Што се грбо роди вријеме не исправи.*

¹⁵ А то потпуно сигурно јесу новеле, или барем њихов дио, што у формалном смислу није тешко постићи уношењем још барем једне измјене која нема повратни учинак.

наведене категорије спадају под правна врела која имају предност пред диспозитивним правним нормама¹⁶.

Поред прописа законске снаге, значење правних врела имају и подзаконски прописи. Поред изријеком наведених, то значење има и било који други пропис законске или подзаконске разине који се или изравно или неизравно бави проблематиком којом се бави овај текст.

Иначе, гледе законских и подзаконских аката, али и међународних уговора и коначно Устава, битно је указати барем на основна правила о рјешавању колизија или антиномија прописа. Гледе могућих колизија било којих прописа примјењују се правила о рјешавању сукоба закона или колизији закона, као једно од најзначајнијих питања правних поредака уопће. У правилу се као критерији за рјешавање сукоба између двије инкомпатибилне правне норме или за рјешавање антиномије правних норми прихватају критерији а) хронологије, б) хијерархије и ц) специјалности¹⁷.

Критериј хронологије или временски критериј се позива на вријеме почетка егзистенције правне норме (дакле ступање на снагу), што је лако установљива чињеница, барем када је у питању *ius strictum*. Иако све изгледа јасно морамо упозорити на један спецификум хрватског права које познаје чак и примјер закона који је службено ступио на снагу 03.травња 2003.год., а у пријелазним и завршним одредбама је прописано како је почетак примјене шест мјесеци послје ступања на снагу¹⁸, слиједом чега је настала ситуација у којој постоји закон који је на снази, али се не примјењује, па се поставља питање чему онда такав закон уопће служи¹⁹.

Критериј хијерархије се темељи на разини на којој дјелује доносиатељ прописа. Према овом критерију виши доносиатељ је Хрватски сабор него што је опћинско вијеће неке јединице локалне самоуправе. По том истом критерију је виши доносиатељ жупанијска скупштина од опћинског или градског вијећа. То је јасно по тзв. критерију подријетла²⁰, али статус више и ниже норме може произлазити и из а) учинака (једна норма се сматра вишом, а друга нижом ако прва може дерогирати другу), б) обвезе адресата (од два извора права сматра се нижим онај чијем је титулару изричито забрањено издавати норму супротну нормама које издаје други титулар, ц) посљедицама (сматра се вишом она норма чије кршење од друге норме може покренути поступак за утврђивање недозвољености или неваљаности или легитимности ове друге норме).

¹⁶ Више: Горенц, В., *Коментар ЗОО*, Загреб, 2005, стр. 24-27., Горенц, В., *Коментар Закона о обвезним односима*, Загреб, 2014, стр. 26.29.

¹⁷ Bobbio, N., *Eseji iz teorije prava*, Split, 1988, стр. 125.

¹⁸ Ради се о Закону о наслеђивању, (НН 48/03, 163/03, 125/11, 35/05, 127/13, 33/15 - даље: ЗН или Закон о наслеђивању).

¹⁹ Више: Bobbio, N., *нав. дјело*, стр. 128-135.

²⁰ Исто, стр. 126.

Критериј специјалности се разликује од критерија хронологије или временског критерија и критерија хијерахије и по томе што је за примјену неопходно истражити предмет регулативе, док је за критериј хронологије довољно утврдити датум објаве у службеном гласилу и садржај пријелазне и завршне одредбе која одређује ступање на снагу, а за критериј хијерархије је довољно у тзв. преамбули правне норме утврдити тко је доноси, све без обзира на предмет регулативе²¹.

Уобичајен је поједностављен приступ према којему се антиномије рјешавају једноставном примјеном једноставних правила. Ради се о правилима а) *lex posterior derogat legi priori* (каснији закон дерогира ранији) б) *lex superior derogat legi inferiori* (виши закон или правна норма дерогира нижу) и ц) *lex specialis derogat legi generali* (специјални пропис дерогира опћи).

Све је размјерно једноставно све док нам наведени критерији дају исти резултат, дакле када дају предност истој правној норми. Међутим, проблеми настају када један критериј даје предност једној, а други критериј другој правној норми. У том случају је нужно истражити какав је хијерархијски однос између наведена три критерија за рјешавање антиномија. Може се казати како у знаности превладава став према којему је у односу између временског и хијерархијског критерија први увијек слабији, а други јачи, гледе критерија специјалности ствари нису ни приближно толико јасне. Тај критериј може бити и најјачи²² и најслабији, а до одговора се долази путем интерпретације, с испитивањем праведности или правила да треба једнако поступати с једнакима, а неједнако с неједнакима²³.

Уобичајено је под правна врела сврставати и судску праксу и правну знаност²⁴. Међутим, након стјечања пуноправног чланства Републике Хрватске у ЕУ хрватска судска пракса је добила потпуно нови значај. Наиме, иако је и тијekom преговарања постојала обвеза уважавати еуропску судску праксу и тумачити хрватске прописе у складу с тзв. *community acquis* или *acquis communautaire* или еуропску правну стечевину²⁵, након 01.07.2013. то је обвеза

²¹ Исто, стр. 127.

²² Нпр. у првим годинама праксе Уставног суда Италије можемо утврдити тенденцију да се признаје важење обичном закону, а то значи хијерархијски нижем закону /и то неовисно је ли ранији или каснији/ ако је могуће добрим разлозима доказати да тај закон, који регулира временски и просторно ограничене случајеве, дерогира врло опћените уставне принципе ради задовољавања посебних захтијева – тј. ако је могуће доказати да је његова изузетност оправдана у име правичности и да је толико малог домета да не затамњује или не угрожава важење опћег принципа важења.

²³ Bobbio, N., *нав. дјело*, стр. 134-135.

²⁴ Потребно је нагласити како ово значење могу имати и (квалитетни) стручни уратци који су понекад и кориснији и бољи од знанствених, али немају неке формалне елементе који би их учинили знанственим.

²⁵ Према чл. 249. ст. 3. Уговора о оснивању Еуропске заједнице – прочишћени текст из Нице (Treaty establishing the European Community – Nice consolidated text) OJ

једнака поштовању Устава. Хрватски судцац је постао и еуропски судцац, али не (само) по називу него по томе што мора примјењивати еуропске правне норме и тумачити их у складу с *acquis communautaire*. Чињеница је да је судска пракса, што се тиче предмета овог текста, још увијек размјерно сиромашна, иако се то стање ипак на дневној разини мијења и пресуда је све више (макар, више би значила одлука уставног суда РХ, ма каква била, него тисуће и тисуће не само првоступањских него и правомоћних одлука). Доста велики публицитет доживјела је пресуда првоступањског суда у Осијеку којом је поништен цијели уговор о кредиту (а не само одредба о каматама)²⁶.

Што се пак тиче правне знаности, формално чланство у ЕУ је довело и до тога да више нема ни међудржавних граница унутар ЕУ, што значи да знанствени радови њемачких, талијанских, аустријских и других знанственика из ЕУ равноправно конкурирају онима хрватских знанственика (и обрнуто), а једини критериј би морала бити снага аргумената. Иначе, по нарави ствари само и једино знаност може дати праве одговоре на низ питања која се постављају гледе једног тако великог правног проблема као што је онај којим се бавимо у овом тексту. Претенциозно би било овај проблем назвати глобалним зато јер је географски ипак ограничен на подручје Еуропе и то не баш цијеле Еуропе. Највећи проблеми се могу лоцирати на подручје бивше СФРЈ, али исти проблем²⁷ постоји и у бројним другим државама, нпр. Пољској, Аустрији, Мађарској итд.

2002 С 325, који прописује да су домаћи судови, када тумаче прописе домаћег права држава чланица, дужни, у мјери у којој је то могуће (а практично је увијек могуће).

²⁶ У образложењу пресуде суткиња Гргић Радојчић истакнула је да је уговор довео „до несразмјера и неједнакости у правима и обвезима, па тако и до неправедности судионика у обвезном односу, што је противно начелу савјесности и поштења. По оцјени овог суда није савјесно ни поштено истовремено уговарање одредница које и главницу и камату чине промјењивима и то зависнима о непредвидивим и неизвјесним чимбеницима, као што су однос течаја швицарског франка и куне те понуда и потражња на финансијском тржишту, стопа инфлације, међувалутарна кретања те други макроекономски параметри те да каматну стопу мијења банка једностраном одлуком на коју корисник кредита не може утјецати. У конкретном случају исто је довело до тога да се рата кредита повећала изнад границе коју налаже начело савјесности и поштења, будући је повећањем рате мјесечног анuitета, а услијед повећања течаја франка у односу на куну, те повећањем каматне стопе отежана егзистенција тужитеља. Уговор је противан темељним начелима обвезног права, исти је противан и присилним прописима, начелу савјесности и поштења те моралу друштва. Како тужитељу није појашњења могућа промјена главнице, а везано уз швицарски франак, те му није појашњен могући пораст камате, а по одлуци банке, суд је оцијенио да се није довољно водило рачуна о заштити интереса тужитеља, а што је противно моралу друштва - истакнула је суткиња.“ – видјети на: www.jutarnji.hr – увид 03.04.2015.

²⁷ Не нужно и по интензитету, односно броју таквих кредита и износу у истима.

Темељно гледе знаности као правног врела је једна негативна чињеница. Наиме, унаточ томе што је предмет овог рада већ више година права хит тема у Републици Хрватској (а након тога све више и у ширем окружју) није се (још) створила критична маса која би организовала велико међународно савјетовање (или барем велики округли стол) на ову тему. Да се само хтјело (а могло се, то иде на терет свих свеучилишта и правних и економских факултета посебно, али и законодавне и извршне власти који су понекад или чак и често преинертну правну знаност с лакоћом могли мотивирати односно потакнути) скуп врхунских стручњака из овог подручја би сигурно изњедрио рјешења која би омогућила и судовима и законодавцима лакше поступање. Нажалост, умјесто таквог рјешења и поступања добили смо низ размјерно некоординираних ставова и иступа који нису изложени аргументираној критици, ма како утемељени или неутемељени били. На крају, догодило се да (и) о овој (изнимно важној) теми полемизирају и позвани и непозвани, и стручњаци и *quasi* стручњаци, а проблем је из дана у дан све већи и очито је да је „вода дошла до грла“. Једног дана, прије или касније, нетко ће морати бити позван на одговорност зато што је лоше радио, а лоше се ради и када се не ради иако би се морало радити (то је онај познати гријех нечињења). Сада се (непосредно пред предају овог текста) понавља исто, али некако у још горем облику. Наиме, сада се појавила вијест како су неке банке затражиле арбитражу пред Међународним судом за рјешавање инвестицијских спорова (*ICSID*) у *Washington*-у. Будући банке ту вијест нису демантирале (а Хрватска удруга банака или ХУБ) је иступила у медијима са ставом који формално ништа не негира нити потврђује, али је у својој бити, „читањем између редака“ јасна потврда да је до покретања поступка дошло. Одмах је (12. 04. 2016) дошло до емисије на ту тему на државној телевизији у којој су се сукобили некадашњи ресорни министар финансија Иван Шукер (раздобље 2007.-2011.) и челни човјек Одбора за Устав, Пословник и политички сустав (Пеђа Грбин) у претходном сазиву Хрватског сабора који је (пазите – једногласно, чак и из глас Ивана Шукера !!!), дакле један економист и други са (опћом²⁸) одвјетничком праксом, дакле и један и други далеко од тако важне и тако уско специјалистичке теме о важењу међународних уговора након настанка околности као што је приступ Републике Хрватске у ЕУ чији акти обвезују на рјешавање спорова унутар ЕУ ако су странке са припадношћу некој од држава ЕУ. Будући су све банке које су укључене у *CHF case* са банкама мајкама из Аустрије, Италије и Мађарске то би значило да арбитража у САД не долази у обзир. У емисији је Пеђа Грбин изнио податак о одлуци надлежног тијела и суда ЕУ баш са тим садржајем, али Иван Шукер је изнио једна супротан преседан у спору Ирска vs. правни субјект из Низоземске.

Гледе знаности је значајно указати и на основно о циљном или телеолошком тумачењу, као тумачењу које има апсолутну предност у *acquis communautaire*.

²⁸ Нигдје нема спомена о некој специјализацији па ваља закључити да никакве специјализације нема.

Свака правна норма (не само закон, не само подзаконски акти, него и уопће сваки правни документ) представља скуп ријечи које имају одређено значење или одређена значења која треба утврдити. Услијед читавог низа узрока (при чему богатство неког језика, као и граматика имају значајну улогу) том склопу ријечи (знакова) је често доста сложено дати право значење и баш на том задатку се види врсноћа онога тко примјењује (тумачи) правну норму. Постоје опће прихваћена правила тумачења, у доста великој мјери је прихваћен и њихов међусобни однос, али ипак у пракси (пре)често долази до проблема. То је својство које није посебност само континенталноевропског права (којем и припада хрватски правни сустав) него вриједи и као својство прецедентног права, што проблем свакако чини још значајнијим. Циљна (телеолошка) метода тумачења је метода којом се испитује улога правне норме у друштву и закључује да је њено право значење у одређеном правном односу оно значење које најбоље изражава владајуће друштвене циљеве. Управо циљна метода се (како смо већ нагласили) сматра одлучном у свим оним случајевима постојања више могућих (вјеројатних) правих значења, па њена употреба мора открити оно (једино) право значење те правне норме. Због тога је циљно тумачење најважније, одлучно и завршно у поступку тумачења (разумијевања) правних норми, а сва друга правила тумачења њему су подређена и њему служе²⁹. Иначе, разликују се субјективно циљно и објективно циљно тумачење.

Оно што треба нагласити је вјечна двојба смије ли се (и, за случај да смије, у којој мјери смије) циљном методом ићи изван онога што допушта језично тумачење. Једни сматрају да циљна метода служи баш да би исправила нејасноће језичне (у првом реду, али не само те, него и других) методе, па то нема сврхе ако јој се поставе таква ограничења. Други пак сматрају да нормотворац увијек може норму промијенити ако њом није задовољан (па чак и с повратним учинком³⁰), па нема ни потребе ни оправдања тако тешко повриједити правну сигурност као што је случај ако се циљном методом утврђује значење које није једно од оних које даје језична метода. Чак и ако се допусти овакво поступање као изнимка (што је барем двојбено) опће правило би морало бити да се циљна (али и свака друга) метода морају кретати у оквирима које одређује језична метода, а изнимка би само стварно јако изнимно смјела доћи у обзир.

3. Кратак преглед догађања до свибња 2016.

Није спорно да су се кредити у швицарским францима појавили као новота у понуди банака и других финансијских институција негдје 2004. год., без да је дошло до промјене и једног јединог

²⁹ Видјети тако у: Висковић, Н., *Теорија државе и права*, Загреб, 2001, стр. 250, више о томе и у: Мандић, О., *Систем и интерпретација права*, Загреб, 1971. год., стр. 201 и даље.

³⁰ Осим ако се ради о казненом и прекршајном праву.

прописа. Једнако тако није споран ни читав низ других, по нашем мишљењу јако правно релевантних чињеница:

1. За корисника су увјети кориштења кредита³¹ или *leasing*-а уз валутну заштитну клаузулу у швицарским францима били битно повољнији у смислу каматне стопе од оних који су били тзв. кунски или пак уз валутну заштитну клаузулу у некој другој валути (у правилу еуру, али не увијек);

2. Више је него јасно и како је једини критериј корисника кредита за одабир кредита уз валутну заштитну клаузулу у швицарским францима била нижа мјесечна рата или оброк;

3. Више је него јасно и како (ријетке изнимке само потврђују правило) банке и друге финансијске институције ни приближно нису удовољиле захтјевима који би одлуку корисника сврстало у тзв. информед цонсент³² - при томе мислимо на објективно недовољну информираност, а никако не на пријевару;

4. Иако се радило о кредиту уз валутну заштитну клаузулу у швицарским францима нитко није бивао исплаћиван у тој валути него у кунској протувриједности, а податак о томе је ли финансијска институција уопће прибавила швицарске франке или не је остао резервиран за саму институцију и Хрватску народну банку, а тајна за кориснике (макар је једнако тако точно да се корисници за тај податак нису ни интересирали)

5. Ни банке ни друге финансијске институције нису имале утјецаја на правило да се корисницима неће исплаћивати страна валута, то је искључиво и одлука и одговорност законодавца.

6. Швицарска народна банка је у рујну 2011. год. донијела административну мјеру којом је одредила течај на 1,20 *CHF* за *EUR*, чиме је практично та средишња банка учинила далеко више него хрватски законодавац и ХНБ заједно (ако то није било јасно тада постало је јасно када је исти доносиатељ укинуто то ограничење 15. сирјечња 2015. након чега је истог дана течај ЦХФ према хрватској куни порастао за више од 30 %³³).

7. Законодавац је на догађања у свези швицарског франка реагирао на начин да је новелом Закона о потрошачком кредитирању из 2013. год.³⁴ прописао да се за грађане који су склопили уговор о кредиту у валути чија је вриједност у

³¹ По нашем мишљењу нема разлога да се исто не примијени и на уговоре о *leasing*-у.

³² Термин долази из медицинског права. Англоамерички правници за пристанак пацијента на лијечење користе термин “*informed consent*” - видјети тако у: Linzbach, M., *Informed Consent – Die Aufklaerungspflicht desArztes im amerikanischen und deutschen Recht*, Frankfurt am Main, 1980, стр. 15; Linden, A., *Canadian Tort Law*, third Edition, Toronto, 1982, стр. 64-68. О информираним пристанку у њмачком праву видјети у: Geilen, G., *Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht*, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1963.

³³ Слично и према другим свјетским валутама.

³⁴ Објављеној у НН 143/13.

односу на куну у међувремену порасла за више од 20 %, примјењује каматна стопа од 3,23 % - гледе свега осталог за законодавца проблем као да није постојао.

8. Хрватска народна банка, као регулатор укупног хрватског финансијског тржишта и као тијело које је најодговорније за стабилност домаће валуте, била је (по нашем мишљењу и остала) потпуно пасивна и НИЈЕ УЧИНИЛА АПСОЛУТНО НИШТА. Иако је баш ХНБ (као регулатор финансијских тијекова који на располагању има читав низ учинковитих инструмената који све друге финансијске институције ставља у положај више него јасне овисности) онај тко је могао и морао не само пратити догађања, него и доносити и проводити одлуке које ће дјеловати и превентивно и санкционирати све оно што може утјецати на стабилност финансијског тржишта (чак и не бавећи се формалним забранама изношења новог производа на тржиште било је много тога што постиже исти или сличан учинак и без формалне забране), ипак на примјеру швицарског франка није учинио НИШТА³⁵. Још горе, дапаче поразније је то што су били и формално упозоравани, поред осталог баш и од стране коаутора овог текста на ништетне одредбе у финансијским уговорима којима се даватељу финансијске услуге даје право једнострано мијењати каматну стопу према властитим актима, дакле једнострано и без објективних критерија који би искључили самовољу односно арбитражност³⁶.

³⁵ Можда је точније навести ГОТОВО НИШТА. Наиме, актуални гувернер ХНБ је своједобно јавно указао на могуће ризике од уговарања валутне заштитне клаузуле у швицарским францима. Међутим, то је било у вријеме када није био гувернер и није ни заступао ни представљао ХНБ, а гувернер је шутио. Гувернерова шутња је била и шутња ХНБ, а његов тадашњи замјеник није се због тога ни дистанцирао, ни отишао, чак ни понудио оставку.

³⁶ „...Међутим, Хрватска народна банка не рјешава појединачне приговоре потрошача, односно клијената кредитне институције, те стога није овлаштена нити утврђивати ваљаност односно неваљаност одредби појединих уговора.... „ – (цитат из одговора Хрватске народне банке Хрвоју Качеру од 09. ожујка 2009. год. – наравно да је наведено у цитату точно, али је још точније да се допис ни једном ријечју није бавио неким појединачним случајем, него баш темом којом се бави и овај текст, дакле начелним питањима која би морало бити битна свакоме, баш свакоме тко на било који начин судјелује у обнашању власти у најширем смислу тога појма).

9. Осјећајући се угроженим, дужници су основали УДРУГУ ФРАНАК³⁷ која је јако брзо заузела једно од кључних мјеста у медијима свих врста. Уз почетне неспретности брзо су успјели потакнути тзв удружну или колективну тужбу³⁸ и исходити велики успјех првоступањском пресудом Трговачког суда у Загребу који је средином 2013. год.³⁹ усвојио тужбени захтјев и пресудио како су и валутне клаузуле у швицарским францима и уговорне одредбе о праву на једнострану промјену камата ништетне.

10. Медији су препуни детаљних извјешћа са деложација дужника који више нису враћали кредите и у јавности је мало по мало створена слика која одговара ликовима ВУКА (банке) и ЦРВЕНКАПИЦЕ (дужници), а право је (као и много пута раније) остало или постало небитно, на снази је паушални став у којему се подржавају судови и правосуђе, али само под увјетом да је пресуђено како једној или другој интересној групацији одговара, захтјеви које би се могло назвати разумним или компромисним (а искуство учи да су једино такви реални, крајности се некако међусобно искључују) у увијек не у другом него у неком далеком плану.

11. Струка и знаност су овом проблему посветили позорност, али објективно се ипак ради о активностима које су занемариве обзиром на потребе које захтијевају специјално савјетовање са више позваних или пријављених реномираних аутора који ће приказати могућа рјешења различитих проблема чији је заједничко исходиште оно што се често назива *CHF CASE*⁴⁰.

³⁷ Не би требало искључити могућност трансформације у странку. Наиме, када се узме у обзир да се ради о цца 60 000 само кредита и да уз један кредит иду најмање двије пунољетне особе, дакле гласача, то је број од далеко више од 100.000 гласова. Када се овај број стави у однос са бројем особа са правом гласа у Републици Хрватској и просјечном излазношћу на изборе види се да би таква странка са лакоћом прешла изборни праг, чак га и двоструко премашила. То је тим битније ако се зна да по редовним мјесечним истраживањима изборни праг поред двије велике странке (ХДЗ и СДП) нитко не прелази са сигурношћу.

³⁸ Проблеми са активном легитимацијом су ријешени тако да је тужбу поднијело ДРУШТВО ПОТРОШАЧ.

³⁹ Ради се о пресуди објављеној 04.07.2013. год. под бројем 26.П-1401/2012. (доступна на *web* страници коју има УДРУГА ПОТРОШАЧ).

⁴⁰ Видјети нпр. баш текстове који су реферирани у Крагујевцу и објављени у зборнику савјетовања: Качер, Х., *Девизна клаузула и каматна стопа-неке новоте у хрватској нормативи и судској пракси*, Зборник: Услужно право, Крагујевац 2013, стр. 191-214, Качер, Х., Иванчић, Б., *Девизна клаузула и каматна стопа – је ли се ишта промијенило у односу банака и кредитних дужника*, Зборник: Услужни послови, Крагујевац, 2014, стр. 217-250, Качер, Х., *Да ли су ништетне одредбе у уговорима о кредиту које вјеровнику дају право једнострано и без образложења мијењати каматне стопе*, Правни живот, бр. 13/2009.

12. У шестом мјесецу 2014. год. Високи трговачки суд Републике Хрватске је⁴¹ пресудио на начин да је одлучио како је заштитна валутна клаузула у швицарским францима законита, али да су незаконите уговорне одредбе којима даваатељ финансијске услуге има право једнострано и без унапријед уговорених објективних критерија.

13. И једна и друга парнична страна су уложиле ревизију Врховном суду Републике Хрватске који је са надневком 9. травња 2015. донио одлуку којом је потврдио правоћну одлуку Високог трговачког суда.

14. Већ у 2014. струка и знаност су у монографији посвећеној Вилиму Горенцу (једном од великих ауторитета хрватског обвезног права) велику пажњу посветили случају *CHF*⁴².

15. Хрватска народна банка, као регулатор укупног финансијског тржишта и као тијело које је најодговорније за стабилност домаће валуте, и у овом раздобљу била је потпуно пасивна и ЈОШ УВИЈЕК НИЈЕ УЧИНИЛА АПСОЛУТНО НИШТА, осим што се јавности појављују приопћења према којима конверзија кредита у кунске значи и уништење хрватских девизних резерви.

16. ХНБ је објавио (боље речено признала) податке из којих је развидно како се банке које су давале кредите уз заштитну валутну клаузулу у ЦХФ углавном нису ни задуживале у тој валути него су склапале посебне уговоре са банкама – мајкама на начин да су саме биле у неутралном положају, а минуси и плусеви од промјене течаја припадају мајци – ноторно је да о томе корисник у вријеме склапања уговора ништа није знао⁴³.

⁴¹ Ради се о пресуди донесеној под ознаком Пж-7219/13-4 од 13.06.2014. (доступна на *web* страници коју има УДРУГА ПОТРОШАЧ). У сваком случају треба похвалити изнимну ажурност тог другоступањског суда јер је пресуда донесена у року битно краћем од годину дана.

⁴² Качер, Х., *Je li „случај CHF“ само врх ледене санте у хрватском позитивном праву*, стр. 61-76, Гиунио, М. А., *Валутна и каматна ревалоризација новчане обвезе у актуалној регулативи и у „случају франак“*, стр. 395-414, обоје у: *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, Ријека, 2014, стр. 1-439.

⁴³ Уговором о валутном свапу двије стране узајамно се обвезују прво размијенити, односно једна другој исплатити, новчане своте у двјема различитим валутама исте почетне вриједности, односно, уз примјену службеног течаја у вријеме исплате. Након уговореног времена обвезују се поновно размијенити, односно исплатити, исте вриједности у истим валутама, сада у обрнутом смјеру. При другој размјени тих различитих валута примјењује се исти течај који се примјењивао при првој размјени. Валутним свапом отклања се ризик промјене течаја стране валуте. Видјети текст на www.tportal.hr под насловом Јесу ли банке биле покривене швицарцима за кредите – увид 03.04.2015. Иначе, јако је знаковито што је уговор о валутном свапу као један од терминских уговора, јако „стидљиво“ споменут чак и у вјеројатно најпотпунијем дјелу у хрватској правној знаности из ове области – видјети: Гиунио, М., *et. al.*, *Банковни и финансијски уговори*, Ријека, 2007, стр. 978.

17. Швицарска народна банка је 15. сијечња 2015. одустала од мјере коју је донијела у рујну 2011. год. административно одређујући течај на 1,20 *CHF* за *EUR*, након чега је истог дана течај *CHF* према хрватској куни порастао за више од 30 %.

18. Законодавац је на сва догађања у свези швицарског франка реагирао још једном на начин да је по хитном поступку донио новелу ЗОПК која је прописала увјете за конверзију кредита у *CHF* у кунске или еурске:

19. Банке које нису задовољне са ставовима првоступањског, жалбеног и ревизијског суда покренуле су поступак код Уставног суда Републике Хрватске који до закључења овог текста није донио одлуку (или је донио, али је није обзнанио јавности), али су и провеле поступке по ЗОПК на начин да су практично сви који су се на то одлучили и остварили право на конверзију, све на начин да су овисно о времену склапања уговора и износу остварили мање или веће смањење кредитне рате, као и износа који су до тренутка конверзије преплатили;

20. Неке од банака су у provedби обвезне конверзије покушале у понуђени текст анекса уговора унијети одредбе којима се законодавац није бавио, што је узроковало праву побуну како јавности, тако и ресорног министарства – арбитража је коначно Уставни суд Републике Хрватске својом одлуком која је објављена у службеном гласилу НН 128/15 гдје се налази доступан интегрални текст исте, а кључни дио цитирамо и исти гласи како слиједи:

„35. На крају, с обзиром на двојбе које постоје у јавности о учинцима одлука Уставног суда у поступцима оцјене уставности закона, Уставни суд дужан је нагласити: анекси уговора о кредиту или друге врсте двостраних правних аката склопљених између банака (кредитора) и кредитних дужника (дебитора), који служе као правна основа за provedбу, у сваком конкретном случају, законске мјере конверзије кредита у ЦХФ у кредите у ЕУР, односно конверзије кредита у кунама с валутном клаузулом у ЦХФ у кредите у кунама с валутном клаузулом у ЕУР (у даљњем тексту: анекси), тешико би се могли сматрати »обичним« приватноправним уговорима којима се установљују »обични« обвезноправни односи за које би у цијелости вриједила правила Закона о обвезним односима («Народне новине» број 35/05., 41/08., 125/11. – чл. 9. Закона о роковима испуњења новчаних обвеза, 78/15.), како то погрешно сматрају банке предлагатељице (в. тачке 11. и 12. образложења овог рјешења).

Склапање тих анекса је законска обвеза наметнута банкама као адресатима ЗИД-а ЗПК-а/102-15 и ЗИД-а ЗоКИ-ја/102-15. Другим ријечима, склапање тих анекса за банке је државна присилна мјера, иза које стоје и одговарајући државни присилни механизми њезине provedбе, укључујући и прописане санкције за непоштовање законом прописаних обвеза. Ти анекси нису израз редовитог или уобичајеног банкарског пословања у подручју кредитирања грађана и других субјеката нити се темеље на слободној вољи обију уговорних

страна. То је јасно истакнула и ЕСБ у поглављу 2. точки 2.2. свога мишљења, наглашавајући »да ће конверзија кредита у ЦХФ у кредите деноминирани или везане уз еуро бити на добровољној основи само за дужнике« (в. точку 30. образложења овог рјешења).

Стога ти анекси, донесени на темељу ЗИД-а ЗПК-а/102-15 и ЗИД-а ЗоКИ-ја/102-15, имају за банке – адресате оспорених закона – и јавноправну димензију, која пријечи да их се сагледава искључиво кроз институте обвезног права.

36. У том свјетлу, не прејудуцирајући коначну одлуку у овим предметима, Уставни суд дужан је подсјетити на учинке уставносудских одлука којима се укидају закони или поједине њихове одредбе. Уставни закон јасно прописује да одлуке Уставног суда вриједу про футуро, од дана укидања закона будуће. Другим ријечима, закон се сматра уставним све док га Уставни суд не укине. До тог тренутка вриједи пресумпција његове уставности. Сукладно томе, и сви (за банке присилни) анекси склопљени по сили и за вријеме важења ЗИД-а ЗПК-а/102-15 и ЗИД-а ЗоКИ-ја/102-15 такођер потпадају под пресумпцију законитости и уставности.

Уз опетовано истицање да не прејудуцира коначну одлуку у овим предметима, Уставни суд наглашава да његова (евентуална) одлука којом би се укинули ЗИД ЗПК/102-15 и ЗИД ЗоКИ/102-15 односно поједине њихове одредбе не би имала учинак на ваљаност тих анекса. Те би анексе било могуће само поново мијењати или утврђивати да од тог дана више не вриједу, али никако не би било основано тврдити да су ти анекси били неуставни »од самог почетка« (односно од 30. рујна 2015., као законског термина), па да се стога има сматрати као да нису ни склопљени, односно да се у том случају међу њиховим потписницима (кредиторима и кредитним дужницима) примјењују искључиво правила обвезног права, укључујући и она која вриједу за стјецање без основе.

Јуриспруденција Уставног суда која би евентуално могла бити истакнута као аргумент за другачије тумачење (примјерице, одлука број: У-ИИИИ-731/1994 од 22. травња 1997., објављена у »Народним новинама« број 53/97, или рјешење број: У-ВИИИИ-1057/1997 од 22. просинца 1997., објављено у »Народним новинама« број 2/98.) није примјењива у предметима који се разматрају у овом уставносудском поступку.“

21. Бивши ресорни министар Борис Лаловац и даље инзистира на кривњи банака. Недавно је у Сабору навео примјер највеће америчке банке Голдман Сацхс која се, објаснио је заступницима, договорила с Министарством правосуђа да ће ризници исплатити пет милијарди долара јер је на тржиште пустила кредите “типа наших швицараца”. Значи, договор. Они чак нису хтјели ићи на

суд јер су рекли, изгубит ћемо још. Код нас су се дрзнули рећи ‘тужит ћемо државу’. Гледајте бахатости! - згражао се Лаловац⁴⁴.

22. Очито немајући стрпљења чекати одлуку Уставног суда РХ неке банке су се обратиле за заштиту Међународном суду за рјешавање инвестицијских спорова (*ICSID*) у *Washington*-у. Према билатералним инвестицијским уговорима које Хрватска има с многим земљама, укључујући Аустрију и Италију, стране улагаче мора третирати у складу с међународним правним стандардима. Ако дође до њихова кршења, инвеститори имају право тужити Хрватску за претрпљену штету. Притом морају доказати да су им нарушена права, примјерице на стварање добити због експропријације или национализације или право на поштен и једнак третман. Искуство говори да ти судски процеси обично трају око три године. Према неслужбеним информацијама, случај би ускоро могла покренути и Еуропска комисија пред судом у Страсбоургу због кршења еуропских норми. Еуропска средишња банка прозвала је хрватске власти због тога што се нису консултирале, премда су то морале зато јер закон задире у валутну проблематику и на то их обвезује Уговор о функционирању ЕУ, као и Пословник ЕЦБ -а. Позивајући се на Директиву 2014/17/ЕУ, ЕЦБ је навела да закон о конверзији има ретроактивни учинак, а то није у складу с њезиним статутом јер поткопава правну сигурност улагача и принцип легитимних очекивања⁴⁵.

23. У јавности се појавила вијест како је своједобно аустријска народна банка забранила кредите уз девизну клаузулу у *CHF* као (увјетно речено) „покварени“ банкарски производ – ако би се ово показало као точно то би, барем за оне банке које у Аустрији имају банку мајку, била изузетно отеготна околност у било којем просуђивању.

24. Будући да су поступци пред Уставним судом РХ и наводно у САД у тијеку потребно је одговорно и знанствено утемељено анализирати будућу ситуацију за случај да било Уставни суд РХ било арбитража у САД доведу у питање ЗОПК односно одлуку хрватског законодавца да дужницима који су се код банака задужили у *CHF* омогући конверзију са учинком *ex tunc* коју банке нападају тврдећи да је то забрањени повратни учинак.

25. јача притисак јавности на надлежна тијела Републике Хрватске да подуму драстичне мјере, у првом реду посебни порез на активу банака, што је мјера коју су већ донијеле неке еуропске државе⁴⁶,

⁴⁴ Видјети Јутарњи лист од 23. 03. 2016.

⁴⁵ Исто.

⁴⁶ То је иначе позната мјера коју је на разне начине од 2009. до 2015, према анализи ОЕЦД-а, користило 12 држава: Белгија, Финска, Француска, Њемачка, Мађарска, Исланд, Јужна Кореја, Низоземска, Португал, Словачка, Словенија и Велика Британија, с тим да Грчка порез на активу банака има од 1975, а Аустралија од 1998. Извор: Слободна Далмација од 02.10.2015.

26. истодобно са свим напријед наведеним на тржишту влада права битка банака које се (у ситуацији када је класичних тражитеља кредита ипак све мање и та задужења падају) на тржишту надмећу са понудама кредита онима који су извршили конверзију кредита узетих уз ЦХФ клаузулу на начин да нуде кредите уз кунску и еурску клаузулу, са фиксном, промјенљивом или мјешовитом каматом⁴⁷

4. Постављање и анализа проблема

4.1. Опћенито

Како смо уводно навели, овим текстом смо наставили истраживање и текст с прошлогодишњег савјетовања. То значи како се нисмо посебно бавили оним што је детаљно обрађено у прошлогодишњем тексту, дакле посљедицама а) могућег раскида уговора због промијењених околности, б) поништења цијелог уговора или његовог дијела (конституција) ц) утврђења ништетности цијелог уговора или његовог дијела (декларација). Додатно, нисмо се бавили ни д) прецизном идентификацијом одговорних правних субјеката, е) основним о правилима по којима ће се утврдити удјел евентуално суодговорних правних субјеката (ради се о кориснику кредита⁴⁸, даватељу кредита, Хрватској народној банци као регулатору и Републици Хрватској), ни ф) једним потпуно новим виђењем могућег рјешења *de lege ferenda* које би осигурало да се више никада не понови оваква криза као што постоји сада у свези драстичне промјене течаја и другог (да за случај екстерних догађања као што је раст течаја изнад одређене разине корисник кредита има право одлучити о раскиду уговора на начин да постаје сувласник са банком у омјеру који овиси о до тада извршеним плаћањима (према критеријима важећим у тренутку сваког појединог плаћања) и нема више никаквих обвеза према банци која своју тражбину претвара у сувласништво).

A contrario, у овом тексту смо истражили посљедице могуће одлуке одлука како Уставног суда РХ, тако и арбитраже у САД на хрватски „случај ЦХФ“, али

⁴⁷ Видјети велики текст са подацима о чак девет хрватских банака у: Банкарски „рат“ за клијенте, Слободна Далмација од 21.03.2016, стр. 14.-17. Поред осталог ту стоји податак о 124,5 милијарди куна кредита грађана у просинцу 2015, од чега 59 милијарди куна стамбених кредита, 35,8 милијарди куна стамбених кредита везаних уз еуро, 17,6 милијарди куна стамбених кредита везаних у *CHF* и 5,6 милијарди куна кредита без валутне клаузуле.

⁴⁸ Иако није правнотехнички најисправније одлучили смо се (у првом реду из разлога једноставности) за појам кредита иако се у стварности ради о више финансијских уговора, посебно и уговору о *leasing*-у. Уколико се укаже потреба за посебном обрадом, то ћемо на одговарајућем мјесту и нагласити. У противном све наведено за кредите се на одговарајући начин примјењује и на друге уговоре.

и указали на (још) један размјерно једноставан, али и јако учинковит начин постизања споразума са банкама.

4.2. Могуће одлуке Уставног суда Републике Хрватске

Прво и основно што би требало нагласити је како је права штета што се није нашло dostatно снаге и одлучности да се одлука по поднесеним уставним тужбама против одлуке Врховног суда Републике Хрватске донесе у кратком року. Ово посебно зато што је већ у тијек додатних шест мјесеци након истека мандата за толики број судца да ће у случају да се не донесе одлука о избору нових (или истих) судца (а чињеница је да од промјене нормативе на начин да се суди бирају двотрећинском већином укупног броја заступника није изабран ни један судца) прије истека тог рока⁴⁹ наступити својеврсна уставна криза⁵⁰. Истина, својом одлуком (коју смио у битном цитирали у дијелу означеном са III под арапским бројем 20) којом је одбио суспендирати provedбу ЗОПК Уставни суд је заузео став сукладно којему практично брзина одлучивања, па ни то каква ће одлука бито донесена, за кориснике кредита уз ЦХФ клаузулу није ни значајно. „Уз опетовано истицање да не прејудуцира коначну одлуку у овим предметима, Уставни суд наглашава да његова (евентуална) одлука којом би се укинули ЗИД ЗПК/102-15 и ЗИД ЗоКИ/102-15 односно поједине њихове одредбе не би имала учинак на ваљаност тих анекса. Те би анексе било могуће само поново мијењати или утврђивати да од тог дана више не вриједе, али никако не би било основано тврдити да су ти анекси били неуставни »од самог почетка« (односно од 30. рунја 2015., као законског термина), па да се стога има сматрати као да нису ни склопљени, односно да се у том случају међу њиховим потписницима (кредиторима и кредитним дужницима) примјењују искључиво правила обвезног права, укључујући и она која вриједе за стјецање без основе.“

Наиме, велики дио тих кредита је узет у раздобљу од 2004.-2008. и доста уобичајени рок за поврат (за купњу некретнине, код покретнина је то готово увијек или барем најчешће до 5 година) је 15 година (истина, може бити и краћи и дуљи). То значи како је за очекивати да највећи дио тих кредита у вријеме будуће одлуке Уставног суда Републике Хрватске буде закључен, што значи и да неће постојати никакве рате, никакви оброци који би се још требали враћати и на које би се односила евентуална одлука која би била *in favorem* банака.

Иако је за разумјети јако значајка и политички и социјални и сваки други аспект који има *CHF CASE* ипак морамо исказати доста велику резерву према наведеном ставу Уставног суда Републике Хрватске, ако не *de lege lata* тада барем *de lege ferenda*. Наиме, овако како је то сада постављено дужницима је

⁴⁹ 07.06.2016.год.

⁵⁰ Ако нема кворума у том суду онда нема никога тко би могао бити надзор и контрола осталих власти у тродиоби која постоји у хрватском политичком саставу.

свеједно каква ће се одлука донијети, а то нема баш пуно везе с правном сигурношћу и владавином права⁵¹. Међутим, треба навести да Уставни суд Републике Хрватске није за друге случајеве везан овим својим ставом и слободан га је мијењати. У неким уобичајеним случајевима ово се може третирати као теорију, али како је сада у тијек поступак избора чак 10 судца сигурно је да кадровске промјене битно повећавају изгледе за употребу ове могућности или права.

4.3. Одлуке Међународног суда за рјешавање унвестицијских спорова (ICSID) у Washington-у

Тај међународни суд ће морати као прво ријешити велики и значајан проблем који је настао приступом Републике Хрватске ЕУ у контексту ситуације да су банке мајке свих (осим једне)⁵² великих банака у Републици Хрватској из држава ЕУ. ЕУ, наиме, сматра како су то њезини интерни пријепори који се морају рјешавати унутар ЕУ. Са друге стране, америчка надлежност је призната међународним уговорима који се у прописаном поступку могу и раскидати. Међутим, ма што се ту догодило треба признати да се ради о проблему и пријепору који је далеко прешао границе класичног правног проблема или пријепора. То значи како се ради и о значајном политичком питању па је доста отворено питање који ће критерији ту превладати. У сваком случају (ма тко одлучивао) ради се или радит ће се о пријепору међународног јавног права чије ће штетне учинке (ако их буде) сносити држава, а не они који су узимали кредите уз девизну клаузулу у *CHF*.

4.4. Зашто се држава не одлучи на ову мјеру

Практично од када се појавио *CHF CASE* редају се и приједлози како тај проблем ријешити. Тренутачно су најгласнији они који заговарају посебан порез на активу банака и то аргументирају тиме што су тај потез већ подuzeле неке друге државе. Ми желимо посебно упозорити како ипак није исто ако се тај порез донесе у некој уобичајеној ситуацији коју се не може оцијенити као реваншизам који је (барем начелно) свугдје забрањен. У конкретној хрватској ситуацији било би доста тешко бранити тезу да то није учињено зато што су се банке обратиле

⁵¹ Нешто слично је имао Закон о обвезним односима 78 у чл. 216. за случајеве када је нешто плаћено по правомоћној судској одлуци која је касније стављена ван снаге у поступку изванредних правних лијекова или извансудски на име накнаде штете због повриједије тијела, нарушења здравља или смрти, ако је исплата извршена савјесном прибавитељу (а савјесност се предмњева и не треба је доказивати).

⁵² То је СБЕРБАНК (а раније је и она под називом ВОЛКСБАНК имала мајку у Аустрији).

Међународном суду за рјешавање инвестицијских спорова (*ICSID*) у *Washington*-у. Када то већ није учињено до сада (а могло се, можда и морало) било би мудро, барем на неко вријеме, суздржати се од такве активности.

Ипак, постоји нешто што не захтијева ништа што би се могло оцијенити као реваншизам и што нитко не би могао с правом оцијенити као нешто негативно или чак и забрањено. Ради се о нечем јако једноставном и не видимо разлог зашто се то не би искористило као врло јак аргумент у пријепору. У овом тренутку (а са аспекта струке и знаности усудимо се казати како ће тако и остати, ма тко и ма када буде одлучивао о томе) сватко тко је имао или има кредит узет уз девизну клаузулу у *CHF*, али и било који други кредит на начин да је у уговору садржана и клаузула о праву банке једнострано мијењати каматну стопу без унапријед одређених критерија (ЛИБОР нпр.). Будући је Врховни суд Републике Хрватске о овоме заузео врло јасан (вјерујемо и правилан) став сваки судски поступак који покрене било који правни субјект који има или је имао овакав кредит има врло извјестан тијек и врло извјестан исход. Свакоме суцу и свакоме суду би то било (односно ће бити) једноставан рутински поступак са два једноставна и кратка рочишта. Исход таквих поступака ће у финансијским учинцима бити сличан ономе што је постигао законодавац, а банке би теретио још и терет судских трошкова. Да се то користило у преговорима са банкама оне би биле јако заинтересирани да се донесе закон (са повратним учинком) који би их ослободио неизвјесности хоће ли се и ако хоће о којем ће се броју радити, нетко искористити ову могућност. На држави је само не спрјечавати струку у апелима да се овакви поступци спајају гдје је то год могуће и да се призна како и те како заслужују приоритетно рјешавање. Питање је само зашто се понекад ОД СТАБЛА НЕ ВИДИ ШУМА ?

5. Закључак

У овом тексту аутори су приказали актуална догађања у свези уговора о кредиту уз валутну заштитну клаузулу у швицарским францима (колоквијално то је *CHF CASE*) до којих је дошло након прошлогодишњег савјетовања, дакле у последњих 12 мјесеци. Треба признати како се ситуација у битном промијенила. Врховни суд Републике Хрватске је потврдио правоћну одлуку, потврђено је како је девизна клаузула легална (па и она у *CHF*), али им како је једнострана промјена каматне стопе без унапријед утврђених критерија нелегално. Чека се још став Уставног суда Републике Хрватске (што се и очекивало), али потпуно нова околност се појавила у виду Међународног суда за рјешавање инвестицијских спорова (*ICSID*) у *Washington*-у. У тексту је заузет став како обје те одлуке (ма какве оне биле) на оне који су узимали те кредите неће имати никакве учинке (осим као на сваког порезног обвезника јер оно што терети Републику Хрватску у коначници терети њезине порезне обвезнике), али смо и указали на још једну могућност доприноса поједностављењу цијелог пријепора.

Hrvoje Kačer, Ph.D., Full-time Professor
Blanka Ivančić Kačer, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Split

PROBLEMS KNOWN AS THE CASE CHF IN 2016. - QUO VADIS CHF

Summary

In this paper, the authors first show a brief history of events regarding the loan agreement with foreign currency safeguard clause in Swiss francs (CHF colloquially it's CASE). Unlike the situation in May 2015., the current situation has changed because the Croatian Supreme Court finally ruled by confirming the judgement of the High Commercial Court of the Republic of Croatia, and this has led to new procedures, but also the reaction of interested parties. Current are procedures in the Constitutional Court and the International Court for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in Washington with uncertain both time and content of the decision. While these decisions are waiting, public pressure on the Croatian authorities to take drastic measures gets stronger, primarily a special tax on bank assets.

Key words: *banks, credit, Swiss franc, damage, liability, actions.*

Литература

- Актуалности хрватског законодавства и правне праксе, Годишњак 21/2014, Загреб.
Bobbio, N., Eсеји из теорије права, Split, 1988.
Висковић, Н., Теорија државе и права, Загреб, 2001.
Geilen, G., Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1963.
Гиунио, М. А. Валутна и каматна ревалоризација новчане обвезе у актуалној регулативи и у „случају франак“, Зборник: *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, Ријека, 2014.
Гиунио, М. А., Укидање или поништење неуставнога и незаконитог прописа, Нови Информатор бр. 5909/2010.
Гиунио, М. А., Примјена неуставног закона и тумачење права ЕУ у арбитражи, Пут 5/14.
Гиунио, М. А., *et. al.*, Банковни и финансијски уговори, Ријека, 2007.

- Горенц, В., *et al.*, Коментар Закона о обвезним односима, Загреб, 2014.
- Јаковина, Д., Раскид уговора, Зборник: Актуалности хрватског законодавства и правне праксе, Годишњак 21/2014, Загреб.
- Качер, Х., Девизна клаузула и каматна стопа - неке новоте у хрватској нормативи и судској пракси, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013.
- Качер, Х., Иванчић, Б., Девизна клаузула и каматна стопа – је ли се ишта промијенило у односу банака и кредитних дужника, Зборник: Услужни послови, Крагујевац 2014.
- Качер, Х., Да ли су ништетне одредбе у уговорима о кредиту које вјеровнику дају право једнострано и без образложења мијењати каматне стопе, Правни живот бр. 13/2009.
- Качер, Х., Је ли „случај *CHF*“ само врх ледене санте у хрватском позитивном праву, Зборник: *Liber amicorum in honorem Vilim Gorenc*, Ријека, 2014.
- Кларић, П., Ведриш, М., Грађанско право, Загреб, 2014.
- Linden, A., *Canadian Tort Law*, third Edition, Toronto, 1982.
- Linzbach, M., *Informed Consent – Die Aufklaerungspflicht desArztes im amerikanischen und deutschen Recht*, Frankfurt am Main, 1980.
- Мандић, О., Систем и интерпретација права, Загреб, 1971.
- Међународно знанствено савјетовање 30 година Закона о обвезним односима – *de lege lata* и *de lege ferenda*, Крагујевац, Зборник радова 24.-27. септембра 2008. год., Њемачка организација за техничку сурадњу (GTZ) GmbH, Отворени регионални фонд за југоисточну Еуропу – Правна реформа, Београд, 2009.
- Миладин, П., Промјениве камате, девизна клаузула и клизна скала, Зборник: Актуалности хрватског законодавства и правне праксе, Годишњак 21/2014, Загреб.
- Радоловић, А., Качер, Х., Слакопер, З., Коментар ЗОО, Загреб, 2005.
- Стојчевић, Д., Ромац, А., *Dicta et regulae iuris*, латинска правна правила, изреке и дефиниције са пријеводом и објашњењем, четврто допуњено издање, Београд, 1984.
- Тесић, З., *et al.* Коментар ЗОО, Загреб, 2005.

*Др Данче Манолева Митровска, редовни професор
Правног факултета „Јустинијан Први“
Универзитета „Св Кирил и Методиј“ у Скопљу
Мр Владимир Митревски, Советник у адв. канц.*

УДК: 336.77/.78

МЕНИЦА КАО СРЕДСТВО ОБЕЗБЕЂЕЊА ДАВАОЦА КРЕДИТА

Резиме

Средства обезбеђења потраживања по основу договора за кредит, имају значајну улогу у реализовању обавеза које произилазе из договора за кредит. То су правни инструменти чија потреба је јасно уочљива гледано и низ дуги историјски развој који су помогли ова правна инструмента.

Меница у македонском позитивном праву, је инструмент за обезбеђивање потраживања који зачврстава обавезу дужника и учврстаје потраживање повериоца.

Меница као инструмент за обезбеђивање има велики број предности, што је праве посебно и које сваком повериоцу треба да донесу јачање потраживања и увећава му шансе наплате. Ово посебно долази до израза увећањем броја кредитно способних и имотних потписника менице.

Главни недостаци менице као средства обезбеђења потраживања су, строгост поступка и немогућност директне наплате са рачуна банке. Наиме, меница је лично-правни инструмент за обезбеђење потраживања и њен основни недостатак је оно што је карактеристика за све лично-правне инструменте, а то је, што је усмерена на целокупну имовину дужника, а не ка одређеној ствари или ствари од које би се поверилац намирио с предносћу пред другим повериоцима.

Кључне речи: *меница, договор за зајам, акредитив на чекању, поверилац, дужник.*

1. Вовед

За пристапот кон средствата за обезбедување и примената, во нашето право на нивната функција, неопходно е првенствено да ја утвриме целта за нивното постоење.¹

¹ Потребата за договарање на средствата за обезбедување јасно е воочлива од долгиот историски развој низ кој поминале инструментите за обезбедување. Од т.н.

Имено, средствата за обезбедување се каузално поврзани со постоењето на одредени побарувања. Во нашето право и теорија, па и воопшто, побарувањето скоро и секогаш како право му припаѓа на доверителот. Со оглед на фактот дека договорот за кредит претставува однос помеѓу банката од една страна во својство на доверител и корисникот на кредитот во својство на должник, во продолжение ќе биде даден краток осврт на побарувањето кое банките го имаат кон должниците.²

Воопшто познато е дека побарувањата може да бидат непарични и парични.

Кога станува збор за непарично побарување, се мисли на право на доверителот да бара од должникот да даде одреден предмет (кој не е пари, и покрај тоа што истиот може да има одредена парична вредност), да стори одредено дејствие или да не стори односно да се воздржи од сторување на некое конкретно дејствие.

Кога пак станува збор за парично побарување, тоа е секогаш побарување на доверителот кон должникот за исплата на одреден износ на парични средства.

Кај побарувањата од кредитните односи, тие побарувања се без исклучок парични побарувања. Првично, по потпишување на договорот за кредит³ настанува обврската на банката да му го исплати одобриениот кредитен износ на корисникот на кредитот. По извршување на ова дејствие, корисникот на кредитот добива својство на должник и настанува неговата обврска за враќање на кредитниот износ соодветно зголемен согласно утврденото во договорот. Следствено на истото, кредитното побарување на банката кон должникот може да се состои од следното, кредитен износ – поточно износот наведен во договорот за кредит, односно вредноста на кредитот, камати, банкарски провизии и трошоци.

Доколку дојде до доцнење на должникот, при реализација на извршната исправа настануваат и нотарски или судски трошоци, трошоци на извршител, адвокатски трошоци и други трошоци за соодветни такси и слично.

квазиобезбедувања како заколнувања во име на бог или владетел, договарање со отсекување на раце, прсти, јазик и други делови од телото, договарање ропство, убивање, па преку залог, хипотека, емство и гаранција до софистицирани модерни инструменти како што се фудицијарен пренос на сопственост, регистрирана залога или банкарска гаранција и др. Повеќе за ова: Василич, Ј., *Банкарска гаранција и акцептни налог у пракси привредних судово*, Белград, 1995, стр. 7.

² Закон за банки, Службен Весник на Р.Македонија бр. 67/2007, 88/2008, 42/2009, 26/2013, 13/2014.

³ Со договорот за кредит банката се оврзува на корисникот на кредит да му стави на располагање определен износ на парични средства на определено или неопределено време, за некоја намена или без утврдена намена, а корисникот се оврзува на банката да и плаќа договорена камата и добиениот износ на пари да го врати во времето и на начинот како што е утврдено во договорот, според чл. 1104. ст. 1. од Законот за облигациони односи, Службен весник на Р. Македонија 18/2001.

Ова се трошоци кои без исклучок паѓаат на товар на должникот од договорот за кредит и поврзаните со него договори. Сепак, за да се даде одредена сигурност за нивната наплата нашето право има утврдено средства за обезбедување на поварувањата.

2. Поим и видови на средства за обезбедување

Средствата за обезбедување, кај договорите за кредит а и воопшто во секој должничко доверителски однос, претставуваат секундарен механизам за исплатата на обврските. Имено, банката преку средствата за обезбедување на побарувањата ја создава основата за сигурна наплата доколку должникот падне во задоцнување. Во таа смисла, согласно банкарските политики, секоја поедначна банка пред да му одобри кредит на одредено лице, како е наведено и погоре, преку одредени свои анализи првенствено врши испитување, односно ја утврдува моменталната ликвидност на потенцијалниот должник, како и создава слика за идната солвентност на истиот. Преку рокот кој го дава за исплата, како и начинот на исплата кој го одобрува, банката пред се цели кон доброволно исполнување на договорните обврски од страна на Должникот, и тоа преку средствата со кои тој располага преку нивно обновување на одредени интервали (плата, пензија, месечни приходи-заработка...).

Теоријата има поделено мислење по однос на средствата за обезбедување.⁴ Но како да е усогласено мислењето дека средствата за обезбедување имаат две функции и тоа превентивна и оштетена функција.

а) Преку превентивната функција на средствата за обезбедување се остварува битната цел во должничко-доверителските односи, а тоа е влијанието врз должникот од страна на доверителот да не падне во задоцнување, поради фактот што: Должниците се свесни дека средството за обезбедување и покрај тоа што не е во сопственост на банката, сепак е во нејзини раце. Согласно истото, должниците не можат да располагаат со истото (ова најчесто во ситуации кога станува збор за договорен залог на движни и недвижни предмети). Другите средства за обезбедување создаваат друг соодветен притисок; Должниците се свесни дека доколку се активира извршната исправа во која е утврдено средството за обезбедување, дека сите дополнителни постапки придонесуваат кон настанување на дополнителни трошоци за нив; Должниците се свесни за олеснетиот и брз начин на добивање на извршна исправа која е подобна за извршување, со самото вметнување на извршна клаузула во договорот. Со истото се одбегнуваат судски постапки, и се намалува можноста должникот да

⁴ За разлика од обврската да се врати главницата на позајмениот износ со камата, средствата за обезбедување не претставуваат неопходен елемент на договорот за кредит. Но доколку се договорот нивното овозможуваат по правило претставува прва обврска на корисникот на кредит, а често и услов за пуштање на кредитот во примена, а со самото тоа и реализација на договорниот однос.

вложува приговори за неоснованост на извршната исправа, а со тоа се намалува и можноста за одолговлекување на извршувањето; Должниците се свесни дека доколку дојде до продажба на движен или недвижен имот кој го имаат дадено како обезбедување, дека продажната вредност на имотот кој е средство за обезбедување ќе биде многу помала одколку реалната; Гарантите, а воедно и сите солидарни должници се свесни дека доколку главниот должник западне во задоцнување, тие одговараат со својот имот до степен и висина како што е утврдено во договорот (најчесто солидарно за целокупниот настанат долг); Должниците се свесни дека доколку истите оттуѓат дел од имотот со кој е обезбедено побарувањето, додека трае таа забрана за располагање, дека правното дело со кое е оттуѓен имотот не произведува правно дејство.

б) Преку оштетната функција на средствата за обезбедување на побарувањето се утврдува нивната функција во обештетување на доверителот по однос на загубата – штетата која ја претрпува со задоцнување при исплата на долгот. Имено преку оштетната функција доверителот настојува : да го наплати дадениот, а неисплатен кредитен износ ; да ја наплати каматата; да ги наплати сите доспеани провизии ; да ги наплати сите трошоци кои ќе произлезат од постапките по однос на активирање на средствата за обезбедување како и од сите постапки кои ќе произлезат до целосно намирување на доверителот.

Во Република Македонија законските одредби, но и праксата познаваат многу различни видови на средствата за обезбедување на побарувањата.

Имено кога станува збор за обезбедување на побарувања произлезени од кредити, банките , преку својата банкарска политика одлучуваат како обезбедување ќе побараат за одредени кредитни производи , и во кои ситуации ќе прават комбинации од повеќето можности кои ги имаат.

Во македонското позитивно право постојат и се користат повеќе средства за обезбедување на побарувањата. Оние побарувања кои настануваат врз основа на одобрени кредити на физички и правни лица, банките скоро и без исклучок ги обезбедуваат преку следните средства за обезбедување :

- 1) Залог на недвижен имот – Хипотека
- 2) Залог на движен имот – Рачен залог
- 3) Меница
- 4) Гаранција
- 5) Административна забрана на плата

Предмет на разгледување на овој труд ќе биде меницата како средство за обезбедување на побарување од договор за кредит.

3. Меница

3.1. Општи разгледувања

За меницата се содржани позитивно правни норми во многу законски и подзаконски аки во нашето право. Покрај основните закони со кои е

регулирана како што се : Законот за меница , Законот за издавање и пуштање во оптег на менични бланкети, Законот за нотаријат, Закон за парнична постапка, Законот за извршување, за меницата се содржани одредби и во прописите кои се однесуваат на трговските друштва , стечајот, облигационите односи и други.

Што се однесува за третманот на меницата во другите земји треба да се спомене Директивата -2007/64/ЕС која се однесува на платните услуги во рамките на заедницата.⁵ Покрај другите платни трансакции базирани на следните документи кои се предмет на наш интерес :

- Хартини меници во согласност со Женевската Конвенција од 7 јуни 1930 година и хартиени меници слични на меницата од претходната точка уредени со законите на земјите членки кои не се потписници на Женевската конвенција.

Истиот третман го имаат и хартиените чекови , хартиените ваучери , патните чекови и “postal money orders”.

Оваа директива се однесува пред се на електронските плаќања и не се однесува на хартиените инструменти. Додека Директивата не се применува на нив , земјите членки се слободни да одлучат за правната рамка.

Во Република Словенија во 2009 година е донесен нов закон за платни услуги и системи⁶, со којшто е транспортирана Директивата на Европската Унија 2007/64/ЕС , за платните услуги во внатрешните пазари. Во членот 3 од законот, каде што се предвидени исклучоците од примената на законот, во ставот 2 е предвидено дека само главата 8 од законот ќе се применува на трансакциите врз основа на хартиени меници, во согласност со актот кој ја регулира меницата и другите хартиени документи кои се слични на меницата. Во главата 8 – реализација , односно впаричување на доминицилирани меници , се предвидени два члена , во кои е уредено постапувањето и употребата на меницата во платниот промет.

Притоа Република Словенија како членка на Европската Унија , којашто ја има имплементирано Директивата на Европската Унија 2007/64/ЕС, за платните услуги во внатрешните пазари и ги има имплементирано принципите за системски платни системи , ја има задржано меницата во законските прописи за платниот промет .

⁵ DIRECTIVE 2007/64/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, “Official Journal of the European Union “ L319/1, 5.12.2007.

⁶ Закон o placilnih storitvah in sistemih (ZPlaSS) (Uradni list RS, št. 58/09,34/10 in 9/11) (користен е превод на англиски јазик од веб-страницата на Министерството за финансии на РС (PAYMENT SERVICES AND SYSTEMS ACT (ZPlaSS)).

Во Република Хрватска од 1 јануари 2011 година се применуваа новиот Закон за платен промет⁷, којшто е усогласен со Директивата 2007/64/ЕС на Европската Унија. Со тоа во Хрватска платните трансакции врз основа на хартиени документи, како чекови, меници, ваучери, патнички чекови и поштенски парични упатници не се сметаат за платни услуги, според Законот за платниот промет.

Во Република Србија се применува Законот за платен промет од 2004 година, со последна измена во 2011 година, при што свое место има и меницата.⁸

3.2. Поим за меница

За меницата до денес се изнесени многу дефиниции кои повеќе или помалку наликуваат едни на други, или во основа сите имаат иста суштина. Меницата претставува облигационоправна хартија од вредност, која содржи во себе некое облигационо право, кое по правило гласи на исплата на одредена сума на пари.⁹ Законот за облигациони односи¹⁰ пак не дава конкретна дефиниција за меницата како посебен вид на хартија од вредност, но истиот ги регулира хартиите од вредност воопшто, со што можеме соодветно да ја искористиме одредбата која уредува дека хартијата од вредност е писмена исправа со која нејзиниот издавач се обврзува дека ќе му ја исполни на нејзиниот законит имател, обврската запишана на таа исправа.¹¹ Меницата претставува апстрактна хартија од вредност, бидејќи кај истата видно од нејзината содржина не може да се утврди причината поради која истата се издава. Таа претставува хартија од вредност на име, а хартии од вредност на име се такви хартии од вредност кај кои корисникот на исправата во нив е изрично наведен по име.¹²

Дефиниција на меницата дава Законот за меница, според кој “Меницата претставува безусловна наредба која ја дава трасантот на трасатот, да се исплати одреден паричен износ на ремитентот, кој е наведен на меницата или на самиот трасант.”¹³

Според изнесената дефиниција, учесници на меницата и меничниот однос, од кои секој има свое посебно значење, се трасант-налогодавач или издавач на

⁷ Закон о платном промету (НН, бр. 133 од 05 студеног 2009).

⁸ Закон о платном промету “ Службени лист СРЈ ”бр. 3/2002 и бр. 5/2003 и “Службени гласник РС” бр. 43/2004, 62/2006 и 31/2011.

⁹ Манолева-Митровска, Д., *Хартии од вредност – меница и чек*, Скопје, 1992, стр. 71; Манолева-Митровска, Д., *Хартии од вредност*, Скопје, 1996. стр. 137.

¹⁰ Закон за облигациони односи, Службен Весник на Р. Македонија бр. 18/2001, чл. 70.

¹¹ Закон за облигациони односи, Службен Весник на Р. Македонија бр. 18/2001, чл. 223.

¹² Манолева-Митровска, Д., *Хартии од вредност – меница и чек*, Скопје, 1992, стр. 30; Манолева-Митровска, Д., *Право*, Скопје, 1993, стр. 10.

¹³ Закон за меница, Службен Весник на Р. Македонија бр. 03/2002, 267/2010 чл. 3, ст. 2.

меница кој се назначува на лицето на меницата¹⁴, тасат – оној кој врши исплата по меницата од трасантовото покритие што се наоѓа кај него¹⁵, ремитент – физичко или правно лице назначено во исправата на кое му се исплатува износот наведен во меницата, односно корисник на меницата¹⁶, имател на меницата – лице кое ја поседува меницата на законит начин¹⁷ и авалист – лице кое со својот потпис на меницата или на алонжот гарантира за исплатата на износот одреден во меницата¹⁸.

Во трансакциите со меницата, односно во меничниот однос постојат уште неколку учесници, од кои секој има своја определена важност и функција од одреден аспект. Меницата во современото општество претставува можеби и најспецифичното средство користено во деловните и финансиските односи, а особено што истата може да врши повеќе функции и тоа функција на инструмент за плаќање, функција на средство за обезбедување на побарување и функција на веродостојна исправа, односно исправа со која се потврдува постоење на определен долг.

Овие три функции на меницата и даваат место на посебен пра-третман во денешните услови на стопанисување.

3.3. Видови на меници

Законот за меница во делот дефиниции посочува и одредени специфични одлики на меницата кои се применливи во нејзина улога на платежно средство. Сепак истите не секогаш се целосно применливи или битни за меницата како средство за обезбедување на побарувањата.

Меницата, според Законот за меница ,може да се јави во два основни вида ,диференцирани според начинот на кој истата се издава, и тоа како : сопствена меница и како трасирана меница.¹⁹ Како е и претходно кажано овие видови на меници се најчесто користени како платежно средство и нивните карактеристики и елементи Законот за меница детално ги уредува.

Имено , кога станува збор за сопствена меница ,издавачот на меницата со својот потпис автоматски ја презема обврската дека тој самиот ќе се јави во својство на обврзник/платец по однос на паричната обврска во времето кога ќе стаса обврската наведена во меницата. Интересен е фактот дека кај овој вид меница фактички се јавуваат двајца учесници и тоа : трасант и трасат , кои претставуваат едно исто лице односно вршат функција на издавач и платец по

¹⁴ Исто, чл. 2, ст. 1, точ. 2.

¹⁵ Исто, точ. 3.

¹⁶ Исто, точ. 4.

¹⁷ Исто, точ. 5.

¹⁸ Закон за меница, Службен Весник на Р. Македонија бр .03/2002, чл. 3, ст. 16.

¹⁹ Повеќе за видови меници види: Манолева–Митревска, Д., *Хартии од вредност*, Скопје,1996, стр. 158.

парична обврска, и ремитент, лице во чија корист се исплатува обврската од меницата. Оттука произлегува дека сопствената (соло) меница претставува таков вид меница кај која издавачот се обврзува дека тој сам во времето на пристигнување на меницата ќе ја исплати одредената сума пари на означеното лице во меницата.

Содржината на сопствената меница изрично ја утврдува Законот за меница каде е утврдено дека сопствената меница мора да ги содржи следните елементи : ознака дека меницата е отпечатена на самиот меничен слог на македонски јазик со кирилично писмо, безусловно ветување дека одредена сума на пари ќе се плати, време на пристигнувањето, место каде што треба да се изврши плаќањето, име на ремитентот, ден и место на издавање и потпис на трасантот.²⁰

Законот за меница е конкретен и укажува на фактот дека доколку меницата има недостаток на барем еден од погорецитираните елементи, дека истата меница нема да се смета за соло меница односно за сопствена. Сепак , исклучок за вака утврденото правило претставува ситуација кога се јавува недостаток од време на пристигнување, па законот упатува на фактот да истата се смета за меница по видување, а доколку има недостаток од место за плаќање , како валидно место за плаќање, ќе се смета местото на издавање на меницата. Крајно , доколку е пропуштено да се наведе во меницата местото на издавање, согласно Законот за меница ќе се смета дека истата е издадена на местото кое стои до потпиот на трасантот.²¹

Кога станува збор за трасирана меница , првенствено е битно да се нагласи дека таа е исклучително употребувана во трговијата и дека според одредени свои специфики се разликува од сопствената меница. Во теоријата е дефинирана како инструмент со кој едно лице му издава налог на друго лице во одредено време и на одредено место да му исплати определен износ на пари на лицето означено на меницата. Кај овој вид на меница се среќаваат три различни потписници односно Трасант-издавач, Трасат или лице во улога на платец и Ремитентот – лице во чија корист се исплатува износот. По однос на задолжителните елементи кои ги утврдува Законот за меница, трасираната меница се разликува од сопствената меница само во вториот елемент со што наместо безусловно ветување за плаќање , во трасираната меница мора да е наведена безусловната наредба за да се плати одредена сума пари од покритието на трасантот. Во поглед на опциите за валидност на оваа меница и покрај недостаток на некој од утврдените елементи , за трасираната меница важат истите правила како и за сопствената меница.

Треба да се наведе дека авалистите како учесници во меничните односи се од особено значење, поаѓајќи од фактот дека се јавуваат како гаранти дека должниковата обврска ќе биде исплатена, од друга страна пак Законот не утврдува дека авалистите мора да се поисповетуваат со некој од неопходните учесници , ниту пак тоа го брани. Оттука може да се заклучи дека авалистите

²⁰ Закон за меница, чл. 8, ст. 2.

²¹ Исто, чл. 9. ст. 3.

како учесници во меничниот однос имаат особено значење на сигурност кон доверителот, бидејќи тие можат да бидат солидарни должници кон главниот должник.

Кога станува збор за меничен однос каде во својство на ремитент се јавува банка – кредитен доверител, скоро и без ислучок меничниот бланкет се пополнува и со авалист.

Од овие видови на меници може да се извлечат три основни разлики и тоа : кај сопствената меница бројот на учесници е сведен на минимум два, додека кај тасираната на минимум три учесници, кај сопствената меница се впишува безусловно ветување односно клаузула “ќе платам” а кај тасираната меница се вметнува безусловна наредба односно клаузула “платете” и поврзано како и претходниот став, само по однос на начинот на плаќањето кај тасираната меница се јавува налог за плаќање кој се упатува до Трасатот, додека пак кај сопствената меница наместо налогот се јавува ветување на Трасантот дека ќе ја исплати обврската.

Ако надвор од првиот и претходно цитиран критериум за поделба на мениците кој е наведен погоре, се додадат и други критериуми како менична намена, менична функција, менична форма, меничен рок, место на употреба и други, во тој случај може да се утврдат и други видови на меници кои се применливи и соодветни за определени ситуации. Меѓу овие меници можеме да ги наброиме : бланко меницата, стокковна меница, кредитна меница, домашна меница, странска меница, повратна меница, гарантна меница и други видови.

3.4. Меници за обезбедување на кредитно побарување од банка

Меницата како хартија од вредност по својата функција ја има целта да се заштити, односно обезбеди, побарувањето на доверителот. Во конкретниот случај оваа појава на меницата ќе биде разгледана од аспект на заштитата на банките во својство на доверители при кредитните деловни односи.

Во таа смисла постојат законски одредби кои го олеснуваат уредувањето на правата и обврските од меницата. Законот за меница утврдува дека потписниците на меницата, правата и обврските по меницата можат да ги уредат кај нотар во форма на нотарски акт. Во вториот став од истиот член законодавецот му дава можност на доверителот, а во конкретниот случај банката, да може по паѓање на должникот во задоцнување да бара извршувањет и без подигање на протест.

Членот 81 од Законот за меница, е можеби и најзначајната одредба која оди во прилог на банките во својство на доверители кај договорите за кредит, бидејќи истата им дава можност при склучувањето на договорите за кредит да утврдат и менични права и обврски со должникот во нотарски акт, каде им се дава можност за потпишување на таканаречената “ бланко меница “. Бланко меницата законот не ја уредува во посебна дефиниција, но согласно цитираниот член 81 од Законот за меница, законот всушност дозволува во праксата да се користи оваа меница.

Согласно на изнесеното , и теоријата ја уредува оваа меница и истата е позната под конкретниот назив бланко меница.²²

Бланко меницата е најконзумирана во доверителско- должничките односи кои настануваат по повод банкарски кредити. Имено , таа најчесто се користи како средство со кое се обезбедуваат краткорочните потрошувачки кредити, но истото не е правило само за овој тип кредити. Особено треба да се има предвид дека банките во својство на доверители многу често меницата ја комбинираат заедно со уште некое средство за обезбедување како залогот на движен и недвижен имот за обезбедување на кредити со повисок одобрен кредитен износ. Бланко меницата, својот назив го добива поради фактот што таа во моментот кога се издава не ги содржи сите битни елементи кои Законот ги предвидува . Имено кај бланко меницата најчесто недостасуваат : Меничниот износ- оваа состојба се јавува како последица на фактот што во моментот на издавањето на меницата однапред е утврден износот на одобрениот кредит, но со оглед на фактот што кредитниот износ заедно со каматите и провизиите должникот ги уплатува по однапред утврдена динамика и временски период, секако дека во моментот на издавањето на меницата не би можело да се претпостави кога и во колкав износ должникот би западнал во задоцнување. Исто така, во таква ситуација не може да се предвиди и фактот дали должникот воопшто ќе западне во задоцнување или според утврденото , ќе го намира својот долг во целост. Рокот на достасаност – Рокот на достасаност е вториот елемент кој може да недостасува во меницата во моментот на нејзиното издавање и тоа поради фактот што во моментот на издавање на меницата не може да се предвиди дали и кога должникот ќе западне во задоцнување.

Фактот што Законот за меница дозволува да се утврдат овие два елементи подоцна, односно доколку и откако би се исполниле условите за истото, автоматски му дава можност на имателот на меницата – банката во својство на ремитент тие податоци да ги наведе подоцна, односно во некое идно и однапред неодредено време. Сепак вака утврдените елементи мора да се наведени во нотарскиот акт.

Треба да се наведе фактот што преку утврдување на договорните права и обврски од меницата во нотарскиот акт , страните можат да утврдат по настапување на должниковото доцнење да може банката и без протест да побара извршување , со што од процедурален аспект многу се олеснува и упростува постапката. Всушност клаузулата без протест го ослободува имателот на меницата – во овој случај банката во својство на ремитент, од обврската да подигне протест, поради целосно или делумно одбивање за исплата. Протестот претставува јавен документ и истиот се подига пред надлежен нотар. Поради трошоците и времето кое може да го чинат самиот доверител – барем во прво време , олеснувачки е фактот што Законот за меница дозволува банката како

²² Повеќе за ова Манолева-Митровска, Д., *Хартии од вредност –меница и чек*, Скопје, 1992, стр. 94; Манолева-Митровска, Д., *Хартии од вредност*, Скопје, 1996, стр. 160.

ремитент и без соодветно акцептирање на меницата да може да ги остварува своите менични права. Од значење е фактот дека клаузулата без протест може да биде ставена од било кој меничен должник и тоа како од трасантот, така и од страна на индосантот и авалистот. По однос на дејството на одредбата без протест и без трошоци истото делува во зависност од страната од кого е ставена : доколку трасантот го наведе – дејството се протега кон сите учесници во меничниот однос, доколку индосантот или авалистот ја наведат одредбата – дејството се протега само врз нив.

Согласно фактот што бланко меницата ја пополнува доверителот – или во конкретниот случај ремитентот кога ќе утврди дека се јавиле условите за извршување , односно во некое идно време, различно од времето на нејзиното фактичко издавање и потпишување, овој вид на меница во теоријата со право се нарекува идна меница.

Сите погорецитирани фактиза овој вид на меница се утврдуваат во нотарски акт. Нотарскиот акт со дефиниција , содржина и елементи е уреден во Законот за нотаријатот на Р. Макеонија.²³ Со оглед на формата во која мора да се даде меницата, особено е битно да се земе предвид начелото на менична писменост, а особено поради фактот што и ова начело утврдува дека меницата мора да биде дадена во писмена форма. Ниту една дадена усна изјава со која се утврдуваат права и обврски од меницата нема да произведе правно дејство. Доколку меничните изјави се дадени во писмена форма тие се правно обврзувачки.

4. Постапка пред извршител за реализирање на извршна исправа со утврдено обезбедување по основ на меница

Онака како што самата меница беше презентирана во погорните делови од овој труд, соодветно беше дадено објаснување на начинот како таа претставува средство за обезбедување. Би требало сепак уште еднаш да се потенцира нејзината улога , која и без тоа премногу се разликува од улогата на залогот на движен и недвижен имот. Истото пред се поради тоа што меницата не се зема во владение ниту еден предмет , и не се заснова заложно право врз никаква сопственост на должникот . Но сепак, самата меница како средство кое доверителот го има во свое владение или во конкретниот случај банката, на истиот му дава можност врз основа на законито поседување на истата, да може да го намира своето побарување. Постапката за поднесување на барање за извршување во принцип не се разликува од другите начини, односно битно е да се земе правосилност и извршност²⁴ од надлежниот нотар со приложување на изјава за доспеаност и вкупност на долг, како и да се приложи нотарскиот акт за ставање на соодветните

²³ Закон за нотаријат, Службен весник на Р. Македонија бр. 55/2007; 138/2007; 8/2008; 21/2008; 86/2008; 139/2009; 135/2011.

²⁴ Закон за извршување, Службен весник на Р. Македонија бр 35/2005, чл. 101, ст. 1.

клаузули и меницата во оригинал на увид. Откако банката ќе добие во свое владение извршна исправа, поднесува барање до надлежен извршител кон кое ја приложува извршната исправа. Самата содржина, односно правата и обврските од меницата утврдени во нотарскиот акт изготвен за истото, му дава на извршителот можност побарувањето на банката во својство на доверител да го намери од целокупниот движен и недвижен имот на должникот. Сепак не смее да се занемари и фактот што при утврдување на менични права и обврски како е опишано и во самиот горен опис на меницата, во улога на солидарни должници се јавуваат и други лица – Авалисти. Потоа е битно да се нагласи дека Акцептантот кој може да е сосема друго лице од Тасантот- издавачот, исто така е должен по меницата. Солидна опција за банките во својство на доверители е и фактот што се намалува можноста за ескивирање на правните лица од обврски особено во ситуација кога поголемиот број од друштвата во нашата држава се основани како ДОО или ДООЕЛ. Ова од причина што банките скоро секогаш инсистираат оснивачите, а многу често и управителите да бидат Акцептанти, или во најмала мера Авалисти. По однос на начинот за извршување²⁵ му стојат на располагање за намирување на парично побарување и тоа :

-Извршување врз подвижни предмети - Начинот и постапката се уредени во Законот за извршување со тоа што, во ваква ситуација извршителот е должен да направи попис на предмети пред да пристапи кон нивна заплена, процена, и продажба. Одредбите за постапката за реализирање на залог на движен имот соодветно се применува и при ситуација за наплата на парично побарување и кога не е заснован залог претходно.

-Извршување врз парично побарување на должник (Забрана на дел од плата кај работодавец, побарување од сметка во банка и др.) Овој вид на извршување се спроведува преку две дејствија во Законот за извршување и тоа забрана и пренос. Иако Законот за извршување и теоријата подетално ги разработуваат овие извршни дејствија, овде ќе биде даден осврт на она што претставува парично побарување на должник. Тоа побарување кое должникот го има кон некој свој должник односно субјект од кој може да оствари некое финансиско право (исплата на одреден износ) а тоа може да биде банка, штедилница, работодавец и други субјекти кон кои тој има свое парично побарување

-Извршување врз хартии од вредност или врз удел во трговско друштво – Кога станува збор за извршување врз хартии од вредност битно е да се нагласи дека тоа извршување е само врз оние хартии од вредност кои се евидентирани во депозитарот за хартии од вредност. Извршувањето врз хартии од вредност се спроведува со преземање на следните извршни дејствија : забрана за располагање и оптоварување на хартијата од вредност, продажба на хартиите од вредност и намирување на доверителот.²⁶

²⁵ Закон за извршување, чл. 106. ст. 1.

²⁶ Јаневски, А., Зоровска-Камиловска, Т., *Извршно право*, Скопје, 2011, стр. 118.

Врз уделот во трговското друштво извршувањето се спроведува со заплenuвање на уделот, негова процена и продажба, и намирување на доверителот.²⁷

- Извршување врз други имотни права – Со оглед дека Законот за извршување на Р. Македонија извршувањето врз други имотни права го регулира сосема сумарно, тоа е дефинитивно последица на недоволната употреба и користа при ваков вид извршување. Во нашето позитивно право, како и да не се користи овој вид на извршување, а особено не за наплата на кредитно побарување на банките. Во смисла на Законот за извршување со поимот други имотни права се опфатени авторските и сродните права, правата од индустриска сопственост или други слични права на должникот.²⁸

- Извршување врз недвижноста – По однос на ова извршно дејствие, погоре стана збор во делот на реализирање на хипотека.

Во принцип сите погоре наведени извршни дејствија се преземаат со цел да се исплати парично побарување преку блокади на сметки и други побарувања или крајно да се впаричи невпаричениот имот со негова продажба. Извршителот не може и не смее повеќе дејствија да презема одеднаш и врз повеќе лица наведени во меницата. Напротив, извршувањето го спроведува врз едно од лицата, во моментот кога нема да има можност да извлекува повеќе средства од истото лице, со што го повлекува конкретниот налог изготвен за соодветното дејствие и лице и изготвува нов соодветен налог за друго лице од меницата и така се до целосно намирување.

Во овие ситуации извршителот не е должен да внимава од сите менични должници да ликвидира еднаков дел, така што доколку успее целосното банкарско побарување да го наплати од само еден од меничните должници, истиот согласно закон има право на тоа. Понатаму тој меничен должник има право да побара регрес од останатите менични должници во граѓанска постапка, но истото не е предмет на обработка.

5. Заклучок

Меницата е личноправен инструмент за обезбедување на побарувањата бидејќи меничниот доверител стекнува релативно право кое се однесува само кон меничните должници, при што не се издвојува некоја посебна ствар (имот), која би се користела за наплата на побарувањето со предност пред другите доверители, како кај хипотеката или залогот над подвижни ствари, хартии од вредност и др.

Во услови кога не постои можност за наплата на побарувањето врз основа на меница од сметките на меничниот должник директно без посредство на суд, односно нотар или извршител, тогаш доаѓаат до израз другите можности и предности кои ги овозможува меницата како средство за обезбедување. За неа се карактеристични многу кратки рокови за превземање дејствија, скратена постапка,

²⁷ Закон за извршување, чл. 150.

²⁸ Закон за извршување, чл. 153.

стогост, непосредност и солидарна одговорност, која се разликува од солидарната одговорност карактеристична за облигационото право.

Но не би ни требало да се очекува меницата да биде првокласен инструмент за обезбедување на побарувањето како хипотеката, рачниот залог над подвижни ствари, хартии од вредност или наменскиот депозит. Се смета дека хипотеката и залогот врз подвижни ствари се поквалитетни и посигурни инструменти за обезбедување, бидејќи кај нив има точно определена ствар од која доверителот ќе ги наплати своите побарувања, без разлика на промената на носителот на правото на сопственост и со предност пред другите доверители.

Но несмее да се занемари фактот дека меницата како инструмент за обезбедување има голем број други предности што ја прават посебно и кој на секој доверител ќе му донесат зацврстување на побарувањето и ќе ги зголемат шансите за наплата.

Поради различното третирање на средствата за обезбедување на побарувањата од договорот за кредит, во теоријата се водат паолемски околу прашањето кој средства се поповолни за обезбедување на доверителите. Но се чини дека најсуштински е фактот наместо дилемата кој ви инструмент за обезбедување на побарувањата е подобар треба акцент да се стави на изборот на инструмент кој најмногу одговара на околностите во конкретниот случај.

*Dance Manoleva Mitrovska, Ph.D., Full-time Professor
Law Faculty „Justinijan I“ University Sv. „Kiril i Metodij“ in Skopje
Vladimir Mitrevski, LL.M, Advisor in the Law Office*

BILL OF EXCHANGE AS A PAYMENT SECURITY UNDER THE LOAN AGREEMENT

Summary

Payment security upon the Loan Agreement has an important role in the execution of the liabilities which result from the Loan Agreement. Those are legal instruments which necessity is also clearly noticeable through the long historical development which those legal instruments have undergone.

The bill of exchange in the Macedonian law is an instrument of payment security which enhances the debtor's liability and supports the creditor's claim.

The bill of exchange as an instrument of payment security has many advantages which make it special and which should bring to every creditor enhancement of the claim and increase the chances for collection. This is especially manifested by the increase of the number of solvent and financial sound signatories of the bill of exchange.

The main shortcomings of the bill of exchange as a payment security are the severity of the procedure and the impossibility of direct collection from a bank account. Namely, the bill of exchange is personal – legal instrument for payment security and its major shortcoming is the characteristic which is common for all personal – legal instruments, that is, the fact that it is aimed to the entire property of the debtor, instead of certain tangibles from which the creditor would be able to collect the debt with a priority in relation to the other creditors.

Key words: *bill of exchange, loan agreement, stand by letter of credit, creditor, debtor.*

Литература

- Василиќ, Ј., Банкарска гаранција и акцептни налог у пракси привредних судова, Белград 1995.
- Јаневски, А., Зоровска – Камилоска, Т., Извршно право, Скопје, 2011.
- Јовановски, Т., Меѓународни финансии, Скопје, 2007.
- Манолева – Митровска, Д., Хартии од вредност- меница и чек, Скопје, 1992.
- Манолева – Митровска, Данче., Хартии од вредност, Скопје, 1995.
- Манолева – Митровска, Д., Право, II издание, Скопје, 1993.
- Рибникар, И., Банке, зајмове банака, кредити, дугови и финансиска криза, Загреб, 2008.
- Закон за облигациони односи, Службен весник на Р. Македонија бр. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009, 123/20012.
- Закон за банки, Службен весник на Р. Македонија бр. 67/2007, 88/2008, 42/2009, 90/2009, 67/2010, 26/2013, 13/2014.
- Закон за нотаријат, Службен весник на Р. Македонија бр. 55/2007, 138/2007, 08/2008, 21/2008, 86/2008, 139/2009, 135/2011.
- Закон за сопственост и други стварни права, Службен весник на Р. Македонија бр. 18/2001, 31/2008, 92/2008, 35/2010.
- Закон за меница, Службен весник на Р. Македонија бр. 03/2002, 67/2010.
- Закон за извршување, Службен весник на Р. Македонија бр. 35/2005, 44/2006, 50/2006, 124/2006, 129/2007, 08/2008, 83/2009, 50/2010, 88/2010, 167/2010, 171/2010, 148/2011, 187/2013.
- Закон о платном промету, “Службени лист СРЈ“ бр 3/2002 и бр. 5/2003 и “Службени гласник РС“ бр. 43/2004, 62/2006 и 31/2011.
- Закон о placilnih storitvah in sistemih (ZPlaSS) (Uradni list RS, št. 58/09, 34/10 in 9/11) (користен е превод на англиски јазик од веб-страницата на Министерството за финансии на РС (PAYMENT SERVICES AND SYSTEMS ACT (ZPlaSS)).
- DIRECTIVE 2007/64/EC OF THE EUROPEAN PARLAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, “Official Journal of the European Union“ L 319/1, 5.12.2007.

*Др Свето Пурић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 336.71:658.8

БАНКАРСКЕ УСЛУГЕ И СЕКТОР СТАНОВНИШТВА*

Резиме

Економска криза пред банке поставља нове услове јер конкуренција у банкарском сектору постаје све већа. Цена услуге постаје истрошена категорија а нови квалитет прека потреба. Корисник услуге и његово задовољство јесу основно питање квалитета банкарских услуга. Брзина и правременост услуживања, професионалност у изгледу и опхођењу, спремност на извињење за учињену грешку, јесу само неке али битне компоненте квалитета услуга.

Савремена технологија и електронско банкарство чине овај систем ефикаснијим али и отварају могућност злоупотребе и ризика, траже посебну заштиту. Питање тајне куповине добија на значају и тера банку на већи квалитет услуга. Банке морају знати да је лојалност корисника тешко стећи а још теже задржати. Онај ко је једном из банке незадовољан отишао, по правилу се у њу више не враћа.

Кључне речи: *банка, услуге, клијенти, конкуренција, квалитет, трошкови, информације, запослени, добит, привреда, државне институције.*

Банкарске услуге, засигурно, представљају значајан део услужне економије. Коришћење банкарских услуга је постала нужност, како за грађане, тако и за привреду, па и државне институције. Онако како се мења пословно окружење, национално па и светско, банке морају одговарати адекватним променама. Како економска криза постаје већа, то и захтеви према банкама постају већи и сложенији а конкуренција у банкарском сектору већа. Борба за постојеће али и нове клијенте постаје прека потреба банкарског сектора.

Услуге које нуде банке су врло сличне, а могућност нових услуга постаје изазов савременог банкарства. Опонашање конкуренције често није ни потребан ни довољан услов за успех. Цена банкарских услуга, као основни инструмент маркетинг микса, је истрошена јер озбиљно удара у плафон који се

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

зове нормална добит. Колико која банка у овом сегменту има простора, јесте увек питање за анализу и размишљање. Квалитет услуге банке, по многима јесте онај простор на коме увек има места за боље. То је оно што је тешко опонашати, па се управо по овом елементу услуге банке и највише разликују. У том делу остаје питање примене различитих техника које се користе у унапређењу пружања банкарских услуга.

Када је реч о квалитету услуга, а управо везаних за конкурентну предност и способност, питање реалне процене постојећег нивоа, а потом његовог унапређења, чини се да понашање банкарског особља (имајући у виду стручност али и осећај за ову врсту услуге) јесте посебно питање којим се не сме престати бавити озбиљна банка. У том правцу питање стимулације и награђивања банкарског особља и његово повезивање са квалитетом банкарских услуга добија посебан смисао. Другу страну медаље чини оно што се назива оданост корисника банкарских услуга. Ни једно, ни друго се не решава прокламацијама и празним причама. И за једно и за друго се мора добити битка на терену озбиљног рада и понашања у континуитету, корак испред свих и корисник услуге испред свега. „У све конкурентнијем пословном окружењу изградња блиских односа са потрошачима је од суштинског значаја за развој и успешност пословања. У том смислу услужно профитни ланац (Heskett и сарадници, 1994) истиче да је раст у пословању услужних организација, у које спадају и банке, подстакнут првенствено оданошћу корисника њихових услуга. Та оданост је непосредан резултат задовољства корисника услуга а ње нема без ослањања на квалитет као основну одредницу у процесу услуживања.“¹

Квалитет услуге јесте важан чинилац који опредељује корисника за коришћење банкарске услуге. Не би било тачно ако би констатовали да је и једини. Када је о дефинисању квалитета реч, почев од тога да је општи суд корисника услуге, до задовољства које може бити променљиво, питање квалитета само по себи није никако ни просто ни једноставно. Чак и да је реч о укупном утиску корисника услуге о њеној изузетности или мањкавости, свакако је реч о категорији која мора бити предмет настојања њеног непрекидног побољшања. Из тога ће произаћи и резултат пословања, оно што се назива имицом банке, па у крајњем и оно што обезбеђује нове кориснике кроз директну препоруку.

Сматра се да задовољан корисник услуге то искуство подели у просеку са пет до шест особа, а незадовољан на ових пет дода још нових десет особа, уз ону народну да се добар глас далеко чује а лош много даље. Имајући у виду да се банкарске услуге међусобно битно разликују (свака следећа се може битно разликовати од оне претходне), то се и корисници међу собом битно разликују, што само по себи може имати утицаја на укупан квалитет. Из тога може

¹ Радојевић, П., Марјановић, Д., *Квалитет услуга у банкарству*, Банкарство, 7 - 8/2011, стр. 36

произаћи становиште да има смисла квалитет услуге подешавати према појединачном кориснику. Мора се ипак нагласити, да овакав степен прилагођавања услуга кориснику није изводљив јер се пословна политика не може мењати од случаја до случаја.

Ако би квалитет банкарске услуге мерили на основу укупне понуде на тржишту, тржишног удела банке и удела њене конкуренције, не би погрешили у оцени важног фактора али не и јединог који опредељује место банке на финансијском тржишту. Квалитет растављен на поједине компоненте које га чине, јесте поље анализе за добијање важних повратних информација. Претерана обећања, са циљем остварења већег профита, по правилу рађају велика очекивања код корисника услуге. А онда, када постане јасно да иста не могу бити остварена, негативни ефекти будућих коришћења услуга, постају значајније већи, што трајно штети банкарском пословању.

Опипљивост као одредница квалитета банкарских услуга, јесте оно што представља физички изглед објекта у коме се услуга пружа, уз опрему и особље, као и промотивни материјали, јесу оно што формира први утисак. Прича ту почиње и наставља се кроз поузданост која подразумева способност банкарског особља да пружи прецизну и тачну услугу, у складу са потребама њеног корисника. Све то мора бити урађено у што је могуће краћем времену, подразумевајући уз лични контакт и друге савремене методе и средства комуницирања. Уз уважавање свега поменутог, човек остаје ипак централна фигура добре услуге, где се „под понашањем особља у смислу квалитета услуге вреднује спремност особља банке да помогне кориснику, брзина и правовременост услуживања, брига за корисникове потребе, љубазност током процеса услуживања, уредност униформи, професионалност у изгледу и опхођењу и спремност особља да се извини ако направи грешку током испоруке услуге.“²

Примена нових технологија даје могућност развоја нових производа и услуга банкарског сектора. То даље омогућује промену обима и структуре тражње на тржишту банкарских услуга. То даље појачава притисак на банке да повећавају своју продуктивност и ефикасност, на опште задовољство корисника услуга. Предност нових информационих технологија долази до изражаја у овом сектору кроз смањење трошкова пословања, уз истовремено подизање свести клијената о банкарским производима и услугама. Конкурентска предност омогућена на овој основи мора бити праћена континуираним инвестирањем у нове технологије.

Свакако је у овом делу потребно поменути електронско банкарство као вид банкарског пословања, којим се обезбеђује пружање банкарских услуга правним и физичким лицима уз коришћење рачунарских мрежа и телекомуникационих медија. Високе цене опреме, уз неусклађене законске прописе, неравномеран развој технологије уз високе трошкове маркетинга, јесу

² Исто, стр. 48

само неки али врло битни фактори, који су за резултат имали спору аутоматизацију трансакција у банкарству.

Електронско банкарство, без сумње, смањује трошкове трансакција, обезбеђује бржи обрт средстава, штеди време, даје могућност обављања трансакција са било ког места и пружа сталан увид у стање на рачуну и промет по свакој партији рачуна. Доступност информацијама је током целог дана. Банке на тај начин освајају већи тржишни простор без просторних и временских ограничења, користе интернет за оглашавање нових финансијских производа, брже реагују на промене у окружењу, па у укупном стичу већи углед и имиџ на тржишту. „За оцену стања електронског банкарства у Србији неопходно је извршити поређење са ситуацијом у овој области у развијеним земљама. У развијеним земљама проценат учешћа електронског банкарства у платном промету је веома висок (нпр. у Француској се ово учешће креће од 70% до 80% укупног платног промета), а у Србији је знатно нижи (у целини се трећина платног промета обавља кроз електронско банкарство, док је ово учешће знатно мање када се посматра активност физичких лица).“³

Мобилно банкарство даје могућност банци за бољим увидом у понашање клијената при коришћењу банкарских услуга. Банка га може обавестити о стању кредита, времену доспећа рате за плаћање и низу других информација значајних за клијента. Истовремено, клијент има увид у своје депозите и плаћања која доспевају. То је оно што банци омогућује бољу позиционираност на тржишту, персонализован контакт са клијентом, уз придобијање нових клијената и депозита, где је све то праћено смањеним трошковима пословања и повећањем тржишног учешћа. Истовремено је присутно смањење трошкова и за клијента, добра информисаност коју добија од банке кроз персонализоване поруке, уз брз увид у рачуне.

Специфична услуга ове врсте носи са собом и специфичан ризик који клијент мора да преузме и кога мора бити свестан. Од физичке сигурности мобилног уређаја (крађа), сигурност отварања банкарске апликације (непостојање лозинке), заштите података који се трансмитују и чувају на мобилном уређају, до недоступности и преоптерећености система, јесу само неке тачке које се региструју као недостаци. Нека истраживања, са тим у вези, показују да добра половина клијената нема поверење у сигурност обављања банкарских услуга на мобилним уређајима, а чак 70% верује да је коришћење мобилних канала повезано са ризиком.

Контраефекти по резултате банке стоје. Могућност злоупотреба производа или услуге од стране клијената постоје и дешавају се. Мобилним банкарством се, на одређен начин, отвара могућност избегавања закона (рецимо прање новца). Из тог разлога банка мора обратити пажњу на идентификацију клијента и његово пословање. Систем заштите и злоупотребе

³ Санадер, Д., *Мобилно банкарство: нови тренд у савременом банкарском сектору*, Банкарство, бр. 5/2014, стр. 92

на интернету, уз одсуство приватности, опомињу да банака мора процењивати ризик и заштитне мере и контролу, како би обезбедила адекватно управљање и надзор над мобилним банкарством. Са једне стране, становништво мора имати економску моћ и информатичко знање за електронско пословање, као и систем и правила електронског плаћања, а банка мора да пружи висок квалитет услуга клијенту кроз професионалан кадар.

Истраживања банкарског пословања су показала да је његов успех везан за изградњу блиских односа са клијентима, који се рефлектује у њихову оданост према банци. Конкурентска предност се управо састоји у томе да се пружи услуга високог квалитета која задовољава или чак надмашује потребе и очекивања клијената. Није спорно да задовољство корисника услуга има директну рефлексију на резултате пословања банака и добијање нових корисника кроз препоруке задовољних. Сматра се да задовољни корисници банкарских услуга своје искуство деле у просеку са шест до осам других особа, док незадовољни клијенти могу информисати преко десет других особа.⁴

Једно је питање шта услуга доноси кориснику, а сасвим друго како му се услуга испоручује. Сматра се да је *тајна куповина* добар начин да се провери квалитет банкарских услуга. Како је на банкарском тржишту велика конкуренција, квалитет услуга постаје највећа компаративна предност међу банкама. Понашање запослених у продајном разговору, без претходне најаве, јесте добар начин провере квалитета банкарске услуге. Када је реч о *тајној куповини*, предметом оцене се јавља први утисак формиран уласком у банку (правилно формирање редова, церемонија поздрављања, уредност радних места, пословно одевање запослених лична хигијена, рекламни материјал...). Сматра се да нема друге прилике за први утисак.

Разговор мобилним телефоном, вођење приватних разговора је предмет забране за запослене у банкама. Тајни купац зове банку са тачно утврђеним питањем, на које очекује тачан и прецизан одговор, љубазност и стручност са применом одређених правила. На телефон се мора јавити на максимално треће звоно, јавља се са реченицом имена институције и презимена запосленог, пита како може помоћи, захваљује се на позиву и завршава са *пријатно*. Сваки промашај у овим правилима купац оцењује као незадовољавајући.

Најтежи задатак тржишно оријентисане банке је креирање задовољних клијената. Висок степен корелације постоји на линији сатисфакција и лојалност клијената. Очекивање потрошача се мери кроз вероватноћу догађаја мерену његовим очима на основу претходног искуства о услузи и њеној испоруци. Потрошачи данас траже више од обичног производа.

Тајном куповином се најсигурније уочавају појединачни недостаци сваког запосленог. Кроз едукацију и обуку запослених они се морају у ходу елиминисати. Пажња мора бити усмерена на потребе клијената, формирање

⁴ Више о томе: Дашић, Д., Михаић, С., Супић, Д., *Квалитет услуге у банкама применом технике тајне куповине*, Банкарство, бр. 6/2014, стр. 122

личног односа са њим, покушај превазилажења његових очекивања, успешно закључење посла. „Као резултат тежње за већим профитом настао је и концепт дугорочних односа на релацији клијент-банка као и релацији лојалност-профитабилност. Истраживање потрошача се спроводи у функцији проналажења решења за стварање задовољних и лојалних клијената. Задовољан клијент доносиће банци профит. А клијент је задовољан уколико је задовољан квалитетом услуге коју му је пружио запослено особље.“⁵

Унакрсна продаја у банкама подразумева сазнање о додатним потребама и жељама клијената и изласком истима у сусрет. То захтева активно слушање клијената, ангажовање око њега, давање решења за његове проблеме. Како год да је, клијент је увек у праву. Могуће је неке небитне формалности заменити међусобним поверењем и непосредношћу са потрошачем. Суштина је увек, осетити значај везе између запосленог особља у банкама и задовољства услугом.

Посета тајног купца се ради искључиво радним данима. Запослени се понашају на један начин када знају да их неко оцењује а често сасвим другачије када су сигурни да је у питању тајни купац. То је разлог за унапређење тајне куповине у банкама, јер се сматра да би иста могла постати тајни алат који банкама помаже да унапреде целокупно пословање. Тајна куповина се не обавља у истом дану на свим радним местима у филијали банке, а непознатљивост овог вида куповине у банкама је везан за фактор време, које не треба да буде утврђено по тачно утврђеним принципима.

Банка се може издвојити од конкуренције једино ако се понаша другачије од осталих. Тајна куповина на веома објективан начин пружа информације о томе шта и где треба променити, које су то критичне тачке у пословању, и како се који запослени понаша према купцу. Поређење са другим банкама јесте потребно и неопходно, нико није сам себи мера, конкуренција ће то питање решити објективније од појединачних субјеката, овог пута банака.

Логично би било да финансијске институције показују растући интерес за унапређење односа са својим корисницима услуга. Мора бити потенцирано схватање да изградња дугорочних веза са њима смањује степен њиховог напуштања, смањује трошкове и повећава истовремено приходе. Шта је то добра веза са становишта корисника мора бити предмет процене, финансијске институције. Сматра се да је изградња везе са клијентима више од маркетинг функције, то је филозофија организације банке и њеног колектива.

Ако се разумеју и схвате како треба, корисници услуга могу представљати важан људски ресурс финансијске институције. Ако су довољно мотивисани, корисници услуга могу значајно учествовати у њеном дизајнирању, стварајући услове сарадње и партнерства. Пракса показује да дужина везе између корисника услуге и финансијске институције је у позитивној корелативној вези ове две стране. Изградња добрих односа клијената и институције омогућује

⁵ Исто, стр. 128

стицање знања везаних за жеље и потребе корисника и могућност прилагођавања услуга тим жељама и захтевима.

Постоји генерални став да финансијске институције недовољно добро разумеју финансијске проблеме и процесе доношења одлука својих клијената. То је посебно изражено код неконвенционалних и комплексних делатности, где се од банке тражи већи степен флексибилности због потребе за специфичним знањем и специфичним услугама. То би био посебан разлог да се одржи конкурентност и у сектору банкарства, где клијент може променити банку лако и једноставно. Сматра се да високоризична предузећа теже мењају банаку, јер конкуренција даје предност предузећима са малим ризиком. Пракса показује да велике корпорације сарађују са више банака. „Таква промена се чешће ради кроз повећање или смањење значаја одређених трансакција са различитим банкама, док се промена целог односа спроводи чешће од стране малих предузећа где је банкарски аранжман адекватнији са једном банком. То значи да су она предузећа која су променила банку, за то имала веома јаке разлоге. Мала предузећа више од великих цене стабилан однос са основном банком. Значајни трошкови информација и трансакција узрокују да мале фирме врше своје трансакције само са једном банком и одржавају дугорочне односе.“⁶

Мотиви изласка и напуштања клијента банке су повезани са бољим алтернативама које нуди конкуренција, а они негативни су повезани за незадовољство пруженим услугама постојеће банке. У исту се врло ретко враћа. Активно напуштање је везано за прекид уговора и пребацивање рачуна код другог даваоца финансијске услуге, а друга је ситуација када корисник престаје да користи рачун, остављајући на њему минималну суму, али га не затвара.

Најчешћи разлози напуштања постојеће банке су боље услуге нове, присуство супериорнијих производа, изградња лојалности, али и друга задовољства која нова банка пружа. Негативне баријере преласку су трошкови изласка из банке, пенали који се могу јавити по том основу, уговорни договори и тд. „Лојалан и задовољан корисник услуга је најдрагоценија ствар за сваку услужну институцију, па тако и финансијску. Лојалност није лако постићи, а још теже је задржати. Стога перманентан однос са корисницима услуга, праћење и испуњавање њихових захтева, а потом и праћење задовољства, представља главни корак у стварању лојалности.“⁷

Да се то не би дешавало, односно смањило, један од истраживача са Економског факултета из Сплита каже: „На темељу резултата истраживања индикативно је како би управе банака требале канализирати вишак средстава које улажу у „опипљиве доказе“ квалитете према учинковитијим начинима стимулације и мотивације својих запосленика. С тиме би се увелике отклонио

⁶ Јовин, С., *Људски потенцијал у процесу пружања услуге у финансијским институцијама*, Школа бизниса, бр. 4/2011, Нови Сад, стр. 166

⁷ Исто, стр. 168

недостатак жеље запосленика за помагањем клијентима, као и недостатак љубазности запосленика у односима с клијентима. Исто тако, банке би требале побољшати квалитету процеса прикупљања и селекције запосленика како би се задовољио организацијски принцип „прави човјек на право мјесто“ те организирати стручне семинаре путем којих би запосленици развијали способности знања и вјештине релевантне за обављање дотичног посла.“⁸ Све у свему, човек је основна фигура и са једне и са друге стране шалтера. Ипак су специфичне услуге у питању.

*Sveto Purić, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

BANKING SERVICES AND THE HOUSEHOLD SECTOR

Summary

The economic crisis set new conditions to bank because of constant growing in competition. The price of banking service becomes worn and innovation an urgent need. The client and his satisfaction are the basic question of the quality of banking services. The speed and timeliness of service activities, professional in appearance and behavior, a willingness to apologize for a mistake caused, are just a few, but essential components of service quality.

Modern technology and electronic banking make this system effective but also create possibility for abuse and risk, what require special attention. Issue of mystery shopping gains in importance and makes the bank to create a higher quality of services. Banks need to know that customer loyalty is difficult to acquire and even harder to keep. If one went unsatisfied, no longer returns.

Key words: *Bank, services, customers, competition, quality, information, businesses, government institutions.*

⁸ Пепур, М., *Квалитета услуга у банкарској индустрији: концепт и мјерење*, Тржиште, Економски факултет у Сплиту, стр. 63

Литература

- Дашић, Д.,
Михић, С.,
Супић, Д., Квалитет услуге у банкама применом технике тајне куповине,
Банкарство, бр. 6/2014.
- Јовин, С., Људски потенцијал у процесу пружања услуге у финансијским
институцијама, Школа бизниса, бр. 4/2011, Нови Сад.
- Пепур, М., Квалитета услуга у банкарској индустрији: концепт и мјерење,
Тржиште, Економски факултет у Сплиту.
- Радојевић, П.,
Марјановић, Д., Квалитет услуга у банкарству, Банкарство, 7 - 8/2011.
- Санадер, Д., Мобилно банкарство: нови тренд у савременом банкарском сектору,
Банкарство, бр. 5/2014.

*Др Милена Петровић, ванредни професор
Правног факултета у Крагујевцу*

УДК: 336.72 (4-672EU)

ЕВРОПСКО ТРЖИШТЕ ПЛАТНИХ УСЛУГА: ПРОМЕНА РЕГУЛАТОРНОГ ОКВИРА*

Резиме

У циљу интеграције европског платног промета 2007. године је донета Директива о платним услугама на унутрашњем тржишту, као један од најзначајнијих делова европског законодавства које се односи на финансијске услуге. Директивом је успостављен модеран и кохерентан правни оквир за платне услуге чија је неутралност требало да осигура једнака правила игре за све платне системе у којима би потрошачи имали могућност слободног избора, мање трошкове, затим лакши приступ пружалаца платних услуга тржишту, већу утакмицу међу учесницима, као и делотворност у поређењу са постојећим националним системима.

Од доношења Директиве 2007 међутим, развиле су се нове информационе и комуникационе технологије које су увеле значајне иновације у сектору платног промета. Појава интернета, електронског новца као и "пааметних" телефона, омогућила је развој читаве лепезе нових услуга и инструмената плаћања која су омогућила брже и једноставније пословање уз утрошак мање новца и времена. Постојећи правни оквир показао је бројне празнине и недостатке, па је 2015. године усвојена нова Директива о платним услугама на унутрашњем тржишту са циљем да укључи нове облике платних услуга, реши проблеме празнина и нејасноћа у појединим одредбама, олакша прекогранично пружање иновативних платних услуга, те повећа транспарентност, делотворност и сигурност платног промета унутар ЕУ.

Аутор се у раду фокусирао на један сегмент бројних питања обухваћеним Директивом, а то је подручје примене, полазећи од тога да се ради о врло комплексним одредбама, често недовољно јасним, које су кључне за примену, односно непримену ове директиве и које су претрпеле значајне измене.

Кључне речи: *платне услуге, платне институције, пружалац платних услуга, прималац платних услуга.*

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век - век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Уводна разматрања

Нове информационе и комуникационе технологије су увеле значајне иновације у сектору платног промета. Појава интернета, електронског новца као и "паметних" телефона, омогућила је развој читаве лепезе нових услуга и инструмената плаћања која су омогућила брже и једноставније пословање уз утрошак мање новца и времена. Због очигледних предности нових средстава и начина плаћања, пословни свет и потрошачи су последњих година у великој мери променили своје навике повезане са платним прометом. Све више су почели да се удаљују од традиционалних начина трговања и све више да се приближавају дигиталном пословању.

На нивоу ЕУ, све до 2007. године тржиште платних услуга држава чланица је било посебно организовано у складу са националним правилима, па је правни оквир за платне услуге био подељен на 27 националних правних система. Како би се потрошачима, трговцима и предузетницима омогућило да у целости искористе предности јединственог тржишта, било је јасно да треба интегрисати европски платни промет. Тако је 13. новембра 2007. године, од стране Европског парламента и Савета, донета Директива 2007/64/ЕЗ о платним услугама на унутрашњем тржишту (у даљем тексту Директива I),¹ која је ступила на снагу 25. децембра 2007. године са роком преношења у национално право држава чланица до 1. новембра 2009. Према уводној изјави европског законодавца, циљ доношења ове Директиве је успостављање модерног и кохерентног правног оквира за платне услуге, чија неутралност треба да осигура једнака правила игре за све платне системе како би потрошачи и даље имали могућност слободног избора, а што би требало да буде значајан корак напред у смислу трошкова за потрошаче, сигурности и делотворности у поређењу са са постојећим националним системима.²

Како је Комисија, у складу са чл.87. Директиве I, била у обавези да Европском парламенту и Савету поднесе извештај о примени ове директиве и предложи евентуалне измене и допуне, она је 2013. године то и учинила.³ У овом Извештају, који обухвата раздобље од 2009. до 2012. године, оцењено је да је Директива I довела до значајног напретка целокупне интеграције тржишта

¹ Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC of 13 November 2007, OJ L 319/1.

² Тач. 4. Преамбуле Директиве 2007.

³ Извештај Комисије Европском парламенту и Савету о примени Директиве 2007/64/ЕЗ о платним услугама на унутрашњем тржишту и о Уредби 924/2009 о прекограничним плаћањима у Заједници /*COM/2013/0549final*/ доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52013D0549>. У овом извештају се описује имплементација Директиве (одељак 2), разматра се њена примена и утицај (одељак 3), утврђују се главни проблеми који произилазе из примене Директиве (одељак 4) и доноси се низ закључака (одељак 5).

плаћања за грађанство, али да су важна подручја овог тржишта, посебно плаћање путем картица, интернета или мобилно плаћање, још увек често расцепкани националним границама што отежава делотворан развој дигиталних платних услуга које су иновативне и једноставне за коришћење.⁴ У закључку је истакнуто да очекиване погодности још нису у потпуности остварене због разлика које постоје у другим законима и прописима који се примењују широм ЕУ (борба против прања новца, заштита података, заштита потрошача), док се с друге стране, посматрано из угла корисника и потрошача, главни проблеми везују за различите приступе које користе пружаоци платних услуга и државе чланице с обзиром да им је Директива I дала маневарски простор и дискрецију у односу на примену Директиве I.⁵

Због свега овога, као и због чињенице да је од почетка примене Директиве I дошло до важних техничких иновација на тржишту платног промета, Комисија је у 2012. години дошла до закључка да је потребно предузети даље мере и ажурирати законодавство како би нови правни оквир боље служио потребама делотворног европског тржишта платног промета у коме треба да се негују тржишна утакмица, иновативност и сигурност. У том циљу, Комисија је 2013. године припремила предлог нове Директиве о платним услугама⁶ коју су Европски парламент и Савет усвојили као нову (ревидирану) Директиву о платним услугама на унутрашњем тржишту 08. октобра 2015. године (у даљем тексту Директива II), којом је стављена ван снаге истоимена Директива из 2007. године.⁷ Државе чланице би морале ову директиву да имплементирају у своја национална права најкасније до 13. јануара 2018. године.⁸ Новом Директивом, која се у потпуности базира на правилима своје претходнице, успоставља се правни режим за оне платне услуге које нису до тада регулисане, као и нови стандарди у неким кључним областима као што је област сигурности.

Генерално, постојећи законодавни оквир за услуге платног промета унутар ЕУ је много шири од наведених директива. Наиме, њега чине одредбе о услугама платног промета које се налазе у бројним директивама и уредбама које уређују ову област, тако да све оне чине део широког пакета законодавних мера којима се континуирано допуњава и ажурира постојећи правни оквир за ову врсту услуга.⁹

⁴ Извештај Комисије о примени Директиве о платним услугама (2013), стр. 5.

⁵ Исто.

⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/EU and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC, COM(2013) 547 final

⁷ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, OJL L 337/35. Види чл. 114. Директиве II.

⁸ Види чл. 109. и чл. 115. Директиве о платним услугама II.

⁹ Закључно са 2015. годином овај правни оквир чине: Директива (ЕУ) 2015/2366 о платним услугама на унутрашњем тржишту којом је стављена ван снаге

Како се Директива II у потпуности ослања на политику и циљеве Директиве I, питања о којима ће бити речи у овом раду, ће у првом реду бити разматрана са аспекта прве, а онда и друге директиве. Разлог је у томе што се Директива I ставља изван снаге са дејством од 13. јануара 2018. године, мада се сва упућивања на њу сматрају упућивањем на Директиву II и читају се у складу са корелацијском таблицом садржаној у Прилогу II ове директиве, а разлог је и у томе што желимо да укажемо на промене или допуну постојећих решења.¹⁰

У фокусу овог рада биће само један сегмент бројних питања која су предмет регулисања наведених директива. То је питање које се односи на подручје примене директиве, а разлози за овај одабир су вишеструки. Најпре, ради се о бројним одредбама од којих су неке врло комплексне. Надаље, многе одредбе су преопште или недовољно јасне, због чега су различито тумачене и примењиване. Неке одредбе су застареле, а неких одредби које су у условима нових типова платних услуга неопходне, нема. На одабир теме је утицала и чињеница да је у Србији донет нов Закон о платним услугама, чија је примена отпочела 1. октобра

истоимена директива из 2007. године, а која је донета са циљем успостављања модерног и усклађеног правног оквира за оснивање јединственог тржишта платних услуга који би омогућио брже и лакше обављање платног промета широм ЕУ, те већу тржишну утакмицу у системима платног промета (ОЈ L 337/35); Директива 2009/110/ЕЗ о оснивању, обављању делатности и бонитетном надзору пословања институција за електронски новац којом је створен правни оквир за издавање и откуп е-новца и успостављен бонитетни систем за институције за електронски новац (ОЈ L 267/7); Уредба (ЕЗ) 924/2009 о прекограничним плаћањима и стављању ван снаге Уредбе (ЕЗ) 2560/2001 којом су утврђена правила о прекограничним плаћањима унутар Заједнице. Њоме су отклоњене разлике у накнадама између националног и прекограничног електронског платног промета у еврима у ЕУ које плаћају корисници платног промета (ОЈ L 266/11); Уредба (ЕУ) 260/2012 о утврђивању техничких и пословних захтева за кредитне трансфере и директна задужења у еврима и о измени Уредбе (ЕЗ) бр. 924/2009 (ОЈ L 94/22). Овом Уредбом су прописана правила о трансакцијама кредитног трансфера и директног задужења у еврима унутар Уније када се и платиочев пружалац платних услуга и пружалац услуга примаоца плаћања налазе у Унији, односно када се једини пружалац платних услуга (ППУ) који учествује у платној трансакцији налази у Унији; Уредба (ЕУ) 248/2014 о измени Уредбе (ЕУ) 260/2012 о прелазу на кредитне трансфере и директна задужења на нивоу целе Уније; Уредба (ЕУ) 248/2014 о измени Уредбе (ЕУ) 260/2012 о прелазу на кредитне трансфере и директна задужења на нивоу целе Уније (ОЈ L 84/1); Уредба (ЕУ) 751/2015 о међубанкарским накнадама за платне трансакције на темељу картица (ОЈ L 123/1). Овом се Уредбом утврђују уједначени технички и пословни захтеви за платне трансакције на темељу картица извршене унутар Уније када се и пружалац платних услуга платиоца и пружалац платних услуга примаоца плаћања налазе у Унији

¹⁰ Види чл. 114. Директиве II.

2015. године.¹¹ Будући да је Закон концептуално потпуно ослоњен на Директиву о платним услугама, чинило се корисним указати на проблеме, недостатке, али и предности решења успостављених наведеном европском директивом. Рад је базиран на званичним документима различитих служби Европске комисије и других релевантних институција, као и на самим изворима.

2. Структура Директива I и II о платним услугама

У свим званичним документима се истиче да Директива о платним услугама I представља модеран и свеобухватан сет правила која се примењују на све платне услуге које се обављају у ЕУ, да је донета са циљем да се прекогранична плаћања учине ефикасним и сигурним у оној мери у којој су то "национална" плаћања, као и са циљем да се повећа конкуренција отварањем тржишта за нове учеснике, што све треба да доведе до мањих трошкова, а веће ефикасности у платном промету унутрашњег тржишта. Да је реч о заиста свеобухватном законодавном акту, говори и његова структура.

Директива I је подељена на пет глава чија правила уређују: предмет, поље примене и дефиниције (глава I); пружаоце платних услуга – захтеви за издавање дозвола, издавање дозвола, основни капитал, регистрација, активности и одговорност платне институције, надзор, приступ платним системима (глава II); транспарентност услова и захтева обавештавања за платне услуге – обавезе пружаоца платних услуга да корисницима платних услуга, било да се ради о једнократним трансакцијама или о трансакцијама из оквирних уговора, ставе на располагање јасно одређене информације о пружању и коришћењу платних услуга, о накнадама и каматној стопи, о комуникацијама, о променама и раскиду уговора, његовом трајању (глава III); права и обавезе у вези са пружањем и коришћењем платних услуга – одобравање платних трансакција, обавезе корисника и пружаоца платних услуга у вези са платним инструментима, одговорности корисника и пружаоца платних услуга за неодобрене платне трансакције, налози за плаћање и пренесени износи, рок извршења и датум валуте, приступ суду и вансудски поступци за решавање спорова (глава IV); мере за имплементацију и одбор за платни промет (глава V); као и завршне одредбе (глава VI).

Иако је намера била да се овом Директивом успоставе јасна и потпуно хармонизована правила у оквиру ЕУ, ипак су извесна од њих остала на различитим нивоима будући да су различито имплементирана у национална

¹¹ Закон о платним услугама, "Службени гласник РС", бр. 139/2014. Даном ступања на снагу Закона о платним услугама престале су да важе одредбе Закона о платном промету који је до тада регулисао ову област (закон о платном промету, "Службени лист СРЈ", бр. 3/02 и 5/03 и "Службени гласник РС", бр. 43/04, 62/06, 111/09-др.закон и 31/11), осим одредаба чл.2. чл. 47. до 49. чл.50, ст.1. т.6) и ст.2. и 3. чл. 51. ст. 1. т.18) и 19) и ст. 2 и чл. 57. ст. 3 тог закон.

права држава чланица. Наиме, државе чланице су могле одређена правила различито да унесу, или уопште не унесу у своје национално право.

Директива о платним услугама II је у потпуности задржала структуру успостављену Директивом I с том разликом што се глава V односи на Делегиране акте и регулаторне техничке стандарде. Осим тога, узимајући у обзир оцену деловања Директиве I и узроке проблема који су се појављивали, Комисија је новом Директивом неке одредбе или њихове делове избрисала, неке је допунила, одредила нова правила како би испунила правне празнине, са циљем да пружи више правне јасноће и осигура доследну примену законодавног оквира широм Уније. Отуда је Директива II по обиму знатно шира од своје претходнице.¹²

3. Подручје примене Директива I и II о платним услугама

Предмет, подручје примене и дефиниције појмова садржани су у глави I (чл.1-4) и прилогу Директиве I. Одредбе о овоме представљају основ на коме су изграђени услови и начин пружања платних услуга, као и права и обавезе у вези са пружањем и коришћењем платних услуга.

Када се говори о подручју примене Директиве, мора се узети у обзир његов садржајни, територијални и валутни аспект.

3.1. Садржајно подручје примене

Позитивно подручје примене. У позитивном садржајном смислу, Директива I се примењује на платне услуге, а шта се под овим пословним активностима подразумева утврђено је одредбом садржаном у прилогу Директиве I (дефиниција 3. у чл. 4. Директиве I). Према наведеној одредби, платним услугама се сматрају: 1) услуге које омогућавају уплату готовог новца на платни рачун, као и сви послови потребни за вођење тог рачуна; 2) услуге које омогућавају исплату готовог новца с платног рачуна, као и све услуге које су потребне за вођење тог рачуна; 3) пренос новчаних средстава на рачун за плаћање код пружаоца платних услуга корисника или код другог пружаоца платних услуга (другим речима, пренос новчаних средстава с једног на други платни рачун) под којим се подразумева: извршење директним задужењем, укључујући једнократно задужење, извршење путем платне картице или сличног средства, као и извршење кредитних трансфера, укључујући трајне налоге; 4) извршење платних трансакција код којих су новчана средства покривена кредитном линијом за корисника платних услуга и то директним задужењем,

¹² Поређења ради, Директива II има 117 чланова, 113 рецитала у преамбули и 48 дефиниција појмова које користи, док је Директива I имала 96 чланова, 63 рецитала и 30 дефиниција.

коришћењем платне картице или сличног средства, као и извршењем кредитних трансфера, укључујући трајне налоге; 5) услуге издавања и/или прихватања платних инструмената; 6) новчане пошиљке; 7) услуге извршавања платне трансакције за коју платилац даје сагласност употребом телекомуникационог, дигиталног или информационо-технолошког уређаја те се плаћање извршава телекомуникационом оператеру, оператеру информационо-технолошког система или мрежном оператеру који делује само као посредник између корисника платне услуге и добављача робе и услуге.

На наведене платне услуге Директива I се примењује онда када се оне пружају као редовно занимање или пословна активност,¹³ што значи да су оне суштинске и да представљају главну делатност, а не допунске или споредне активности онога који их пружа. Међутим, ово не спречава пружаоца да понуди "додатне" услуге другим пружаоцима платних услуга, али како оне нису јасно одређене и дефинисане, истакнута су мишљења да би Директива I била од веће користи када би додатне активности које нису покривене Директивом биле прецизније дефинисане.¹⁴ Сугестије везане за дефиниције и свеобухватност наведене одредбе о платним услугама односиле су се и на то да је неке услуге потребно укључити у попис платних услуга, затим да би требало узети у обзир и нова технолошка и пословна збивања, као и да би важним требало сматрати и укључивање трећих пружаоца услуга који нуде покретање платних услуга.¹⁵ Надаље, Директива се примењује на односе између пружалаца платних услуга и њихових крајњих корисника (потрошачи, трговци), а не на међубанкарске уговорне односе.¹⁶

Директивом I су врло амбициозно успостављена правила о низу питања везаних за обављање платних услуга и сва она представљају позитивно подручје њене примене. Тако су утврђене категорије пружалаца платних услуга који законито могу обављати ове послове широм Заједнице. У том смислу, поред постојећих институција, као што су кредитне институције, институције за електронски новац, поштанске жиро институције, Европска централна банка и националне централне банке када не делују у својству монетарне власти или других јавних тела, као и државе чланице или њихове јединице регионалне или локалне управе када не делују у својству јавних тела, уведена је нова категорија

¹³ Види чл. 1(2) Директиве I; чл. 1(2)(б) Директиве II.

¹⁴ iff, London Economics and PaySys, Study on the Impact of Directive 2007/64/EC on Payment Services in the Internal Market and on the Application of Regulation (EC) NO 924/2009 on Cross-Border Payments in the Community, Contract Markt/2011/120/H3/ST/OP, Final report, 2013. стр.133. Доступно на: http://ec.europa.eu/finance/payments/docs/framework/130724_study-impact-psd_en.pdf

¹⁵ Извештај Комисије, стр. 2.

¹⁶ Више: European Banking Industry- PSD Expert Group, *PSD- Guidance for the Implementation of the Payment Services Directive*, Version 1.0, August 2009., стр. 13. Доступно на: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/Brochure-%2024-08-09-PSD-Web.pdf>

пружалаца услуга платног промета, названа "институције за платни промет". У односу на ову врсту платних институција успостављен је бонитетни режим који се заснива на јединственој дозволи за чије добијање је потребно испунити строге и опсежне услове, а све у циљу да се на наведене услуге примењују једнаки услови у целој Заједници.¹⁷

У позитивно поље примене Директиве I спадају и сва правила којима се одређују транспарентност услова под којима се обављају послови платног промета, а који су од изузетне важности за кориснике платних услуга (рок за извршење платне услуге, накнаде које корисник платних услуга треба да плати, курс који се примењује и сл), као и правила којима се утврђују права и обавезе пружалаца и корисника платних услуга (одобравање платних трансакција, обавезе пружаоца платних услуга у вези с платним инструментима, одговорност платиоца за неодобрене платне трансакције, рок за извршење и датум валуте, одговорност за неизвршење или погрешно извршење платне услуге, право регреса итд).¹⁸ Тако, на пример, утврђена је обавеза пружаоца платних услуга да кориснику на јасан начин пружи све потребне информације везане за уговор о услугама платног промета, како би корисник на основу добре информисаности могао да упореди услове различитих понуђача унутар ЕУ и изврши одабир, као што је утврђено право корисника (потрошача) на примање бесплатних релевантних информација пре него што се обавезе било каквим уговором о платним услугама, те право да буде упознат са стварним трошковима и накнадама услуга платног промета.

Набројане активности под којима се подразумевају платне услуге, готово половина надлежних власти је сматрала адекватним, док је друга половина сматрала да их треба унапредити нешто строжим приступом који укључује много одређенији опис платних услуга у коме би било мање простора за различито тумачење. У том контексту, наведено је да би неки појмови, као што су "платни рачун" или "платни инструмент" морали бити јасније одређени. И док су се неки залагали за рестриктивније дефиниције, које неће укључивати услуге које не треба интегрисати, други су се залагали за широку листу која би константно укључивала нове услуге настале као резултат технолошких иновација.¹⁹

Да ли је и у којој мери Директива II изменила већ постојеће позитивно поље примене?

Услед технолошког развоја, од доношења Директиве I појавиле су се нове врсте платних услуга, посебно у подручју интернетског плаћања, па су се нарочито развиле и постале значајне услуге иницирања плаћања у подручју е-трговине. Овим услугама омогућује се пружаоцу услуге иницирања плаћања да примаоцу плаћања пружи сигурност да је плаћање иницирано како би се

¹⁷ Види т.8. и т.10. преамбуле Директиве I, као и чл.1(1) Директиве I.

¹⁸ Види чл. 1(2) Директиве I.

¹⁹ *iff, London Economics and PaySys...*, стр. xiii.

подстакао прималац плаћања да пренесе робу или изврши услугу без непотребног одгађања. Такве услуге трговцима и потрошачима нуде јефтина решења те пружају потрошачима могућност интернетске куповине чак и ако не поседују платне картице. Будући да услуге иницирања плаћања нису биле обухваћене Директивом I, надлежно тело их нужно није надзирало. Резултат тога је појава низа правних питања, попут заштите потрошача, сигурности и одговорности, те питања повезана с тржишним утакмицом и заштитом података, посебно у односу на заштиту податка корисника платних услуга, на која је, новим правилима требало одговорити.²⁰

Такође, из истих разлога, последњих година је дошло до појаве низа допунских услуга, попут услуга пружања информација о рачуну. Те услуге кориснику платних услуга пружају збирне интернетске информације о једном или више рачуна за плаћање који се воде код једног или више пружалаца платних услуга, чиме се кориснику платних услуга омогућује да у сваком тренутку има целовит преглед свог финансијског стања.

Нове платне услуге које су се појавиле на тржишту ЕУ нужно су захтевале адекватан регулаторни оквир, па је у домену утврђених платних услуга, Директивом II избрисана тачка 7. садржана у Прилогу Директиве I и уместо ње уведене су две нове тачке које означавају две нове врсте платних услуга: "услуге иницирања плаћања" (тачка 7.) и "услуге пружања информација о рачуну" (тачка 8.). Према дефиницијама датим у чл.4(15) и (16) Директиве II, под услугама иницирања или започињања плаћања подразумева се иницирање налога за плаћање на захтев корисника платних услуга у односу на рачун за плаћање који води други пружалац платних услуга, док се под услугама пружања информација о рачуну, подразумева интернетска услуга којом се пружају консолидоване информације о једном или више рачуна за плаћање које корисник платних услуга има или код другог пружаоца платних услуга или код више пружалаца платних услуга.²¹ Правно регулисање нових платних услуга учињено је са циљем пружања примерене заштите потрошачима у вези са подацима о њиховом плаћању и рачуну, као и правне сигурности у погледу статуса лица која пружају услуге информација о рачуну.

Очито да је позитивно подручје примене Директиве II проширено у односу на Директиву I и то не само увођењем правила о два нова типа платних услуга, већ и због измена и допуна оних одредби које су се показале као рестриктивне или недовољно јасне.

Негативно подручје примене. У самој преамбули Директиве I је истакнуто да није примерено да она у потпуности буде свеобухватна, па је зато у чл. 3. Директиве утврђена листа платних трансакција или услуга на које се она не примењује. Случајеви из наведене одредбе чине негативно подручје њене примене. Тако, Директива се не примењује на услуге код којих се пренос

²⁰ Види т.27. и 29. преамбуле Директиве II.

²¹ Види т.27. преамбуле Директиве II.

средстава са платноца на примаоца уплате или транспорт средстава обавља искључиво у новчаницама и кованицама или где се пренос темељи на папирнатом чеку, папирнатим меницама, ваучерима, путничким чековима или папирнатим поштанским новчаним упутницама. Такође, Директива се не примењује на платне трансакције између платноца и примаоца плаћања преко трговачког заступника овлашћеног за преговарање или склапање уговора о продаји или куповини робе или услуга у име платноца или примаоца плаћања. Из поља примене Директиве I искључене су и одређене трансакције извршене телекомуникацијским уређајима или уређајима информационе технологије када мрежни оператер не делује само као посредник за доставу дигиталне робе и услуга дотичним уређајима, већ додаје вредност тој роби и услугама. Такође, Директива се не примењује на услуге пружаоца за подизање готовине на банкоматима који делује у име једног или више издаваоца платних картица, а нису уговорне стране у оквирном уговору с клијентом који подиже новац с рачуна за плаћање, под условом да ти пружаоци не обављају друге платне услуге наведене у Прилогу Директиве.

Листа искључења је знатно шира од наведених случајева, па је потрошачима тешко разумети када су радње обухваћене регулаторним оквиром. Према анкети коју је *London Economics and PaySys* спровео у име Комисије, 82% од 24 удружења потрошача у 20 различитих држава чланица и 15 надлежних тела подржавало је измену тог негативног подручја примене.²² С друге стране, према истој анкети, пружаоци услуга платног промета често сами процењују да ли је њихово пословање обухваћено подручјем примене Директиве, што може довести до избегавања прописа или оптерећивања надлежних тела превеликим бројем захтева за информације од стране пружаоца услуга.²³ Такође, одређена правила о искључењу су се показала као преопшта или застарела с обзиром на развој догађаја на тржишту, па их државе чланице тумаче на различите начине. То се посебно односи на искључења од примене Директиве I на трговачке заступнике, ограничене мреже, платне трансакције које започињу телекомуникацијским уређајем и независне пружаоце банкоматних услуга.

Узимајући у обзир да утврђени проблеми утичу на потрошаче, трговце, нове пружаоце платних услуга и тржиште у целини, Комисија је кроз Директиву II покушала да унапреди одредбе о подручју примене, посебно оне којима се искључује њена примена.

Тако, када је реч о платним трансакцијама које се обављају преко трговачког заступника, у т. 11. преамбуле Директиве II је истакнуто да се ова одредба примењује на врло различите начине. Како се наводи, одређене државе чланице допуштају да се искључењем користе платформе е-трговине које делују као посредник у име појединачних купаца и продаваца без стварног простора за преговарање о продаји или куповини робе или услуга или за њихово

²² *iff, London Economics and PaySys ...*, стр. 130-1.

²³ *Исто.* стр. 131.

закључивање. Таква примена искључења излази из предвиђеног подручја примене и потенцијално може повећати ризике за потрошаче с обзиром на то да ти пружаоци услуга остају изван заштите правног оквира. Како би се решила та питања, искључење би требало примењивати када заступници делују само у име или платиоца или само у име примаоца плаћања, независно од тога јесу ли они у поседу новчаних средстава клијената или не. У овом смислу, дакле, много јасније, формулисана је одредба чл. 3(б) Директиве II.

На основу повратних информација са тржишта, за Комисију је било видљиво да активности плаћања које су обухваћене искључењем ограничене мреже, често представљају значајна плаћања и по обиму и по вредности, те да се њима потрошачима нуде стотине или хиљаде различитих производа и услуга, што није у складу са сврхом искључења ограничене мреже из Директиве I. Овакво стање значи и веће ризике и недостатак правне заштите за кориснике платних услуга, посебно за потрошаче. Да би се ограничили ризици, према ставу Комисије, не би смело бити могуће да се користи исти инструмент за обављање платне трансакције за куповину робе и услуга унутар више од једне ограничене мреже или за куповину неограчине количине робе и услуга, па је у том смислу допуњена и прецизније формулисана одредба чл.3(к) Директиве II.²⁴ Платни инструменти обухваћени искључењем ограничене мреже могле би бити картице трговина, картице за куповину горива, картице за возњу јавним превозом, паркинг карте, бонови за храну или бонови за посебне услуге. Када се овакав инструмент са посебном сврхом развије у инструмент са општом сврхом, тада се искључење из подручја примене ове Директиве више не би требало примењивати.²⁵

Надаље, у области платних трансакција које се извршавају телекомуникацијским уређајима или уређајима информационе технологије, а које су изузете из подручја примене Директиве I, уочени су одређени проблеми. Наиме, због преопштег и уз то нејасног текста наведеног изузећа, ово правило се тумачило и примењивало на различите начине у државама чланицама. То је по оцени Комисије узроковало правну несигурност како за оператере, тако и потрошаче, а повремено је омогућавало да се за услуге посредовања у плаћању,

²⁴ Види т.13. преамбуле Директиве II. Чл. 3(к) Директиве II - Услуге које се темеље на одређеним платним инструментима који се могу употребљавати само ограничено и који испуњавају један од следећих услова: и) инструменти који омогућују имаоцу стицања робе или услуга само у просторијама издаваоца или унутар ограничене мреже пружаоца услуга у оквиру директног трговачког уговора с професионалним издаваоцем; ии) инструменти који се могу користити само за стицање врло ограниченог избора робе или услуга; иии) инструменти који вреде само у једној држави чланици доступни на захтев предузећа или субјекта јавног сектора и које регулише национално тело јавне власти или регионално тело јавне власти за посебне социјалне или пореске сврхе за стицање одређене робе или услуга од добављача који с издаваоцем имају трговачки уговор;

²⁵ Види т.14. преамбуле Директиве II.

захтева право на неограничено искључење из подручја примене Директиве I. С тога се сматрало примереним да се разјасни и сузи подручје прихватљивости тог искључења за такве пружаоце услуга и то на начин да се наведу врсте платних трансакција на које се оно односи.²⁶ Да је у том смислу поступано, потврђује чл.3(л) Директиве II.²⁷

Предмет ревизије било је и искључење из подручја примене Директиве I оних платних услуга које нуде понуђачи услуга банкомата, који нису зависни од банака или других пружаоца платног промета који воде рачуне. Према оцени, то искључење је подстакло раст услуга независних банкомата у многим државама чланицама, а посебно у мање насељеним подручјима. Искључење у целости тог брзорастућег дела тржишта банкомата могло би међутим, да доведе до збуњивања у вези са накнадама за подизање новца. Наиме, у прекограничним случајевима то би могло довести до двоструке наплате од стране пружаоца платних услуга, који води рачун, и понуђача услуга банкомата за исти поступак подизања новца. Како би се задржало пружање услуга банкомата уз осигурање јасноће у вези са накнадама за подизање новца, сматрало се да је прикладно задржати искључење, али захтевати од оператера банкомата да поштују одређене одредбе о транспарентности ове Директиве.²⁸ У том смислу, постојећа одредба Директиве I је допуњена и сада гласи: Ова се Директива (II) не примењује на услуге пружалаца услуга за подизање готовине на банкоматима који делују у име једног или више издаваоца картица, који немају оквирни уговор с клијентом који подиже новац с рачуна за плаћање, под условом да ти пружаоци не обављају друге платне услуге како су наведене у Прилогу I. Без обзира на наведено, клијенту се пружа информација о накнадама за подизање новца из чл. 45,48, 49. и 59. пре подизања новца као и на потврди након извршења трансакције подизања готовине (чл.3(о) Директиве II).

²⁶ Види т.15. преамбуле Директиве II.

²⁷ Ова се Директива не примењује на: (и) платне трансакције које спроводи пружилац електронских комуникацијских мрежа или услуга које се пружају уз електронске комуникацијске услуге за претплатника мреже или услуге: и. за куповину дигиталног садржаја и гласовних услуга, без обзира на уређај који се користио за куповину или потрошњу дигиталног садржаја која се наплаћује с дотичног рачуна; или ии. које се обављају из или посредством електронског уређаја и које се наплаћују с дотичног рачуна у оквиру добротворних активности или за куповину карата; под условом да вредност било које једнократне платне трансакције из подтачака и. и ии. не прелази 50 ЕУР и да:

— укупна вредност платних трансакција за појединачног претплатника не прелази 300 ЕУР месечно; или

— када претплатник унапред уплаћује средства на свој рачун код пружаоца електронске комуникацијске мреже или услуге, укупна вредност платних трансакција не прелази 300 ЕУР месечно.

²⁸ Види т. 18. преамбуле Директиве II.

3.2. Територијално и валутно подручје примене

Директивом I је утврђено да се она примењује на "платне услуге у Заједници", што значи да се њена правила примењује само ако су пружаоци платних услуга платиоца и примаоца плаћања или пружалац јединствене платне услуге у платним трансакцијама, смештени у Заједници. Другим речима, Директива се примењује само на платне трансакције унутар ЕУ, односно на тзв. "two leg" или двостране трансакције.²⁹ Валутно поље примене је ограничено на платне услуге које се обављају у еврима или у валути државе чланице изван европодручја.³⁰

Међутим, неке државе чланице су преузеле иницијативу за проширење неких правила Директиве I, па су примену Директиве прошириле на једностране, односно тзв. "one leg" трансакције и на валуте држава изван ЕУ. Ти различити режими, према оцени Европске Комисије датој у Извештају, утичу на учеснике платних трансакција и на потрошаче који нису свесни да се примењују различити регулаторни режими.³¹

У циљу унапређења правила о подручју примене, Директивом II је подручје примене проширено, и то како у територијалном, тако и валутном смислу. Нова правила се примењују и на платне трансакције према трећим земљама и у свим валутама. Наиме, и даље је остало као опште правило да се Директива II примењује на платне услуге које се пружају у Унији (чл. 2(1)). Међутим, одређене одредбе главе III и IV Директиве II примењују се на платне трансакције у свим валутама, без обзира да ли се сви учесници трансакције (пружалац услуга платиоца, пружалац услуга примаоца плаћања или једини пружалац услуга у платној трансакцији) налазе у Унији или се само један од пружалаца платних услуга налази у Унији. Конкретно, ако су сви учесници у трансакцији смештени у ЕУ, платна услуга се може извршити у еврима или у валути неке треће државе која није држава чланица Европског економског простора. Такође, ако се само један од учесника платне трансакције налази у држави чланице, а други учесник се налази у некој трећој држави, та платна трансакција се може извршити у било којој валути (чл. 2(3) и (4)). Међутим, све ово важи у односу на оне делове платне трансакције који се обављају у Унији. Ово последње може да буде извор различитог тумачења јер нема прецизног одређења шта се сматра "делом платне трансакције која се обавља у Унији".

4. Разлози за ревизију Директиве I

Нема сумње да је Директива I довела до значајног напретка у интеграцији платног промета у ЕУ и тиме допринела унапређењу европске економије, будући

²⁹ Чл. 2(1) Директиве I.

³⁰ Чл. 2(2) Директиве I.

³¹ Извештај Комисије о примени Директиве I, стр. 2.

да је олакшала приступ заједничком тржишту платних услуга, отворила врата новим пружаоцима платних услуга, повећала конкурентност на том тржишту и понудила потрошачима већи избор у начину плаћања. Међутим, из процене њене примене закључено је да се мора узети у обзир да су због технолошког развоја настали нови модели платних услуга и да у том смислу треба прописати нова правила, да нека од постојећих правила треба модернизовати, а правила која су преопшта и која дају повода за различито тумачење, учинити јаснијим. Бројне празнине и недостаци у појединим одредбама Директиве I очито су створили одређене проблеме због чега је Комисија одлучила да измени и измени Директиву I, односно усвоји ревидирану Директиву о платним услугама.

У Радном документу служби Комисије о процени утицаја који је приложен уз предлог Директиве II (у даљем тексту Радни документ), таксативно је наведено неколико проблема који су уочени у примени Директиве I.³² Најпре је указано на расцепканост тржишта као последице недостатка техничке стандардизације и међуделовања различитих платних система нарочито на прекограничном нивоу, због чега са различитих гледишта и у различитој мери, штету трпе картични, интернетски и мобилни платни промет. Надаље, одређени проблеми су повезани са неделотворном конкуренцијом на тржишту коју су посебно изазвали колективни договори о међубанкарским накнадама у оквиру система платних картица између банака издаваоца и банака прихватитеља. Разлике у наведеним накнадама међу државама чланицама, као и разлике у начину њихове примене у различитим државама, виђени су као препрека у интеграцији тржишта јер одвраћају трговце од коришћења услуга иностраних пружаоца платних услуга.³³ Додатне накнаде (накнаде за коришћење одређеног платног инструмента) које су осмишљене као механизам којим би трговци усмеравали потрошаче на јефтиније платне инструменте, нису довеле до жељених резултата јер половина држава чланица допушта зарачунавање додатних накнада, док је у преосталим државама чланицама то забрањено. У контексту е-трговине овакво стање ствара знатне нејасноће и штету за потрошаче, што је опет виђено као проблем. Посебан проблем је настао и у подручју интернетског плаћања где су се појавиле нове услуге, као што је случај са трећим пружаоцима који нуде покретање плаћања коришћењем интернетског банкарства. Ове услуге су обично јефтиније за трговце и доступне многим потрошачима који не поседују кредитне картице. Међутим, приступ трећих страна подацима потрошача у окружењу интернетског банкарства, као и

³² Радни документ служби Комисије сажетак процене утицаја приложен документу Предлог директиве Европског парламента и Савета о услугама платног промета на унутрашњем тржишту и измени директива 2002/65/EЗ, 2013/36/EУ и 2009/110/EЗ те стављању ван снаге Директиве 2007/64/EЗ и предлог уредбе Европског парламента и Савета о међубанкарским накнадама за платне трансакције на темељу картица /*SWD/2013/0289 final*/, стр. 1. доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013SC0289&from%20=EN>

³³ Исто.

чињеница да те нове услуге нису обухваћене постојећим правним оквиром, оцењени су као проблем у интегрисању платног промета.³⁴ Као посебан проблем у примени Директиве I означене су и празнине и недостаци појединих одредаба о подручју примене (нарочито одредбе о изузећу од примене), због чега државе чланице тај акт тумаче и примењују на врло различите начине. Такође, као недостатак постојећег правног оквира виђен је у чињеници да се он односи само на платне услуге у којима се сви учесници налазе унутар ЕУ, као и чињеници да се те платне услуге обављају само у валути европског економског простора. Коначно, никако не треба заборавити да уколико се прописана начела, правила и поступци, посебно на нивоу прекограничног плаћања, не примењују доследно у свим државама чланицама, онда реално постоје проблеми у интегрисању тржишта платних услуга у ЕУ.

Последице наведених проблема су неравноправни тржишни услови за пружаоце платних услуга (институције платног промета), негативно дејство на кориснике услуга платног промета (потрошачи, трговци), скроман ниво прекограничних платних услуга, као и препреке иновативности због техничких разлика у облицима и инфраструктури платног промета међу државама чланицама.³⁵

Наведени проблеми и последице које их прате, без сумње негативно утичу на све учеснике у платном промету на унутрашњем тржишту због чега је ЕУ предузела мере да унапреди проблематична подручја правног оквира. У том делању Комисија је поставила два главна циља. Први циљ је да се свим категоријама пружаоца услуга платног промета омогуће једнаки тржишни услови, чиме ће се повећати могућност избора, делотворност, транспарентност и сигурност платног промета у малопродаји. Други циљ се односи на олакшање прекограничног пружања иновативних услуга картичног, интернетског и мобилног платног промета успостављањем јединственог тржишта за целокупни платни промет у малопродаји.³⁶ За остварење задатих циљева предвиђени су и посебни, специфични циљеви, као и стратешке мере, а односе се на: решавање проблема празнина у погледу стандардизације и међуделовања у подручју интернетског, мобилног и плаћања картицама; уклањање препрека конкуренцији на тржишту; усклађивање праксе повезане са наплатом накнада и усмеравањем потрошача у подручју услуга платног промета широм ЕУ; укључивање нових облика платних услуга у регулаторни оквир; осигурање доследне примене законодавног оквира у свим државама чланицама; заштита интереса потрошача ширењем регулаторне заштите на нове канале платног промета и иновативне платне услуге.³⁷

³⁴ Радни документ, стр. 2. Директивом II су "услуге започињања платног промета дефинисане одредбом чл. 4 (32).

³⁵ Исто.

³⁶ Исто, стр. 3.

³⁷ Види т. б. преамбуле Директиве II.

5. Закључак

Иако је задржала исту политику, циљеве и основну структуру Директиве I, нова Директива је знатно ширира у односу на своју претходницу. То је и било за очекивати ако се има у виду да су се од времена доношења Директиве I развиле нове информационе и комуникационе технологије које су увеле значајне иновације у сектору платног промета и омогућиле појаву читаве лепезе нових услуга и инструмената плаћања који нису обухваћени постојећим правним оквиром. С друге стране, у поступку преиспитивања одредаба Директиве I уочени су узроци проблема у њиховој примени, што је био разлог за увођење неких нових правила.

Подручје примене Директиве II је знатно шире и у садржајном и у територијалном и валутном смислу. Позитивно подручје примене је проширено правилима о новим типовима платних услуга и истовременим сужавањем броја платних трансакција које су искључене из њене примене. С друге стране, новом директивом је проширена примена њених правила и на оне платне трансакције у којима је само један учесник смештен у ЕУ, као и на оне трансакције које се обављају у валутама трећих земаља. Оцена да неке одредбе пате од нејасноћа и недостатка прецизног одређења остала би и важила и за Директиву II.

Да ли ће Директива II остварити све постављене циљеве или ће и даље настајати и постојати проблеми у самој примени, остаје да се види после новог циклуса процене њеног утицаја.

*Milena Petrović, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

EU PAYMENT SERVICES MARKET: CHANGE OF THE LEGAL FRAMEWORK

Summary

The Directive on Payment Services (PSD I) provides the legal foundation for the creation of an EU-wide single market for payments. The PSD I aimed at establishing a modern and comprehensive set of rules applicable to all payment services in the European Union. The target was to make cross-border payments as easy, efficient and secure as 'national' payments within a Member State. The PSD also sought to improve competition by opening up payment markets to new entrants, thus fostering greater efficiency and cost-reduction. At the same time, the Directive provided the necessary legal platform for the Single Euro Payment Area.

While the review of the PSD I confirmed that the existing directive is generally fit for purpose, it revealed that some of its provisions needed to be modernised to take account of new types of payment services, such as payment initiation services offered in the context of e-commerce. These services providers have brought innovation and competition to the market by providing alternative and often cheaper payment solution for internet payments. These new types of payment services were not regulated.

New types of payment services needed to be regulated. So, new, revised Directive on payment services (PSD II) was adopted in 2015. The main objectives of this directive are to contribute to a further integrated and efficient EU payment market, improve the level playing field for payment service providers, ensure a high level of consumer protection and of payment security and encourage lower prices for payments.

Key words: *payment services, payment institutions, payment service provider, payment service user.*

Литература

- COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT SUMMARY OF THE IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC of 13 November 2007, OJ L 319/1.
- Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, OJ L 337/35.
- Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions /*SWD/2013/0289 final */
- Извештај Комисије Европском парламенту и Савету о примени Директиве 2007/64/ЕЗ о платним услугама на унутрашњем тржишту и о Уредби 924/2009 о прекограничним плаћањима у Заједници /*COM/2013/0549 final*/ доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0549> iff, London Economics and PaySys, *Study on the Impact of Directive 2007/64/EC on Payment Services in the Internal Market and on the Application of Regulation (EC) NO 924/2009 on Cross-Border Payments in the Community, Contract Markt/2011/120/H3/ST/OP, Final report*, 2013. стр. 133. Доступно на: http://ec.europa.eu/finance/payments/docs/framework/130724_study-impact-psd_en.pdf
- European Banking Industry- PSD Expert Group, *PSD- Guidance for the Implementation of the Payment Services Directive, Version 1.0*, August 2009, стр. 13. Доступно на: <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/Brochure-%2024-08-09-PSD-Web.pdf>

*Др Владимир Козар, ванредни професор
Ирена Радумило, асистент
Правног факултета за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду*

УДК: 336.71(497.11)

ПРАВНИ АСПЕКТИ КАСТОДИ УСЛУГА У БАНКАРСКОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

Резиме

*Кастоди услуге или услуге кастоди банке подразумевају старање финансијске организације о хартијама од вредности својих клијената. У праву Републике Србије посао чувања и администраирања хартија од вредности традиционално је регулисан Законом о облигационим односима¹, као уговор о депоновању хартија од вредности. Међутим, након привредне реформе и поновног успостављања тржишта капитала на домаћим просторима деведесетих година прошлог века, коју је пратила и нова законска регулатива, Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената² из 2002. године, дотадашњи термин „депозит“ замењен је новим термином „кастоди послови“, у вези са којима депозитар са клијентом закључује уговор о отварању и вођењу рачуна хартија од вредности. Са употребом новог термина наставило се и доношењем наредног Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената³ из 2006. године, док је важећи Закон о тржишту капитала⁴, донесен 2011. године, поново успоставио термине депозит и администраирање хартија од вредности, с тим што у вези са обављањем послова кастоди банке упућује на Закон о инвестиционим фондовима⁵, као *lex specialis*, донесен исте године.*

Циљ рада је анализа значења и садржине кастоди послова у домаћем правном и банкарском систему, почевши од значења и адекватности термина, природе оваквих послова, детаљне обраде својстава учесника овог уговорног односа и обавеза уговорних страна, као и значаја и учешћа наведених послова у систему банкарских услуга код нас. У циљу бољег разумевања теме, као и самог

¹ "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 57/89 и "Службени лист СРЈ", бр. 31/93 (у даљем тексту: ЗОО).

² "Службени лист СРЈ", бр. 65/2002 и "Службени лист РС", бр. 57/2003, 55/2004 и 45/2005.

³ "Службени гласник РС", бр. 47/2006 (у даљем тексту: ЗТХОВ).

⁴ "Службени гласник РС", бр. 31/2011 и 112/2015 (у даљем тексту: ЗТК).

⁵ "Службени гласник РС", бр. 46/2006, 51/2009 и 31/2011 (у даљем тексту: ЗИФ).

термина „кастоди услуга“, недовољно познатог и јасног домаћем клијенту или читаоцу, представљен је и развој правног посла депоновања хартија од вредности, од његовог настанка до данас, као и специфични аспекти овог питања које је донела дематеријализација хартија од вредности на домаћем финансијском тржишту.

Кључне речи: *кастоди, депозит, администрирање, хартије од вредности.*

1. Уводне напомене

Враћање тржишне привреде и поновно успостављање тржишта капитала на домаћим просторима, услед промене опште климе у друштву и привредних реформи деведесетих година прошлог века, пратило је доношење законске и подзаконске регулативе из поменуте области. На југословенском тржишту оживела је трговина хартијама од вредности, а 2002. године дошло је до регулаторног заокрета⁶ ка потпуној дематеријализацији хартија од вредности. Хартије од вредности више не постоје у облику папирне исправе, већ само као електронски записи о правима њихових законитих ималаца према издаваоцима. Услед овакве промене, права из хартија од вредности могу се евидентирати и преносити искључиво електронским путем, посредством професионалних учесника тржишта капитала.

Дематеријализацију хартија од вредности пратило је оснивање Централног регистра хартија од вредности (пун назив је Централни регистар, депо и клиринг хартија од вредности), чија је сврха централизована евиденција издатих хартија од вредности на домаћем тржишту, као и посредовање у вршењу права на тим хартијама од стране њихових ималаца. Регистар је основан као привредно (акционарско) друштво, са већинским учешћем Републике Србије у основном капиталу, те као носилац *јавних овлашћења* има монопол на пренос хартија од вредности са рачуна преносиоца на рачун стицаоца. Дакле, регистар има законски монопол на „техничко“ испуњавање обавеза из свих закључених послова о преносу хартија од вредности.⁷ Пун назив Регистра упућује да поред функције вођења регистра, друштво обавља и услуге депозита хартија од вредности, с обзиром на то да Регистар формирањем базе електронских записа (како их дефинише важећи Закон о тржишту капитала) управо чува ове хартије од вредности, јер оне без одговарајуће електронске форме не би ни постојале.⁸

⁶ Радовић, М., *Чување и администрирање (депозит) хартија од вредности*, Београд, 2014, стр. 23.

⁷ Јовановић, Н., *Берзанско право*, Београд, 2009, стр. 179.

⁸ Радовић, М., *нав. дело*, стр.164.

Чланови Регистра могу бити само професионални учесници⁹ тржишта хартија од вредности, док сва остала физичка и правна лица својим хартијама од вредности послују преко својих рачуна који се воде код чланова Регистра, као њихови клијенти. На овај начин, поједини професионални ученици тржишта имају статус депозитара хартија од вредности својих клијената.

2. Депоновање хартија од вредности

Традиционално решење Закона о облигационим односима у вези са послом депоновања хартија од вредности одређује да се овим уговором банка обавезује да ће, уз накнаду, преузети хартије од вредности ради чувања и вршења права и обавеза које се у вези са тим захтевају.¹⁰ Ово је дефиниција која је одговарала времену доношења закона и материјализованих хартија од вредности, где депозит односно чување хартија од вредности подразумева физичко држање телесне ствари од стране депозитара. Након периода дематеријализације хартија од вредности, на први поглед се стиче утисак да је овај процес довео до напуштања правног посла депозита, који поткрепљују ставови теорије да се хартије од вредности сада сматрају бестелесном ствари¹¹, те да се због такве њихове природе више не може говорити о правом депозиту, односно о појму депозита уопште.¹² Међутим, традиционални депозит заменили су нови *кастоди послови*, које је пређашњи ЗТХОВ одредио као посао „отварања и вођења рачуна хартија од вредности код Централног регистра, за рачун њихових законитих ималаца“, док се важећи Закон о тржишту капитала служи нешто другачијом формулацијом, у виду „чувања и администрирања финансијских инструмената за рачун клијената“.

Разлике између традиционалног и савременог решења јесу нужне, и диктира их сама форма хартија од вредности, али веза између ових послова није изгубљена. Тачније, није по среди неки нови, до сада непознат посао хартија од вредности, већ је физичко чување хартија од вредности у банчином трезору замењено вођењем рачуна хартија од вредности од стране овлашћених субјеката, у складу са њиховом новом електронском формом, док савремено „администрирање“ подразумева традиционално вршење права и обавеза која се у вези са депонованим хартијама подразумевају. Видимо да обележја

⁹ То су трговци хартијама од вредности, организатори тржишта, банке, друштва за управљање, обрачунске куће, Република Србија, Народна банка. В. Јовановић, Н., *нав. дело*, стр. 182.

¹⁰ В. чл. 1047. ЗОО.

¹¹ Радовић, М., *нав. дело*, стр. 54-55.

¹² О појму правог и неправог депозита в. Шогоров С., *Банкарско право*, Београд, 2009, стр. 98.

традиционалног депозита нису напуштена, већ да су само прилагођена новим институцијама тржишта капитала.¹³

Наиме, ранији ЗТХОВ посебним члановима регулисао је услове за обављање послова од стране кастоди банке, као и круг послова које кастоди банка може обављати. Овај закон одређује да је кастоди банка (депозитар) лице које, у оквиру своје делатности, врши послове отварања и вођења рачуна хартија од вредности код Централног регистра за рачун њихових законитих ималаца, извршава налоге за пренос права из хартија, затим налоге за упис права трећих лица на хартијама, као и друге послове у вези са вршењем права и обавеза из хартија за рачун њихових законитих ималаца.¹⁴

Међутим, нови Закон о тржишту капитала усвојен је у циљу хармонизације домаћих правних правила са прописима Европске уније у овој области, те су поједина решења дословно усвојена, односно „преписана“, на који начин су у одређеној мери занемарене потребе и карактеристике домаће правне праксе.¹⁵ Наиме, Закон о тржишту капитала уместо израза „кастоди послови“ користи термин „чување и администрирање финансијских инструмената“, које послове врше инвестициона друштва¹⁶ у оквиру својих инвестиционих услуга¹⁷, и то искључиво као додатне уз друге услуге које ова лице врше за рачун својих клијената. Прецизније, наведене послове могу обављати само депозитари који, према овом закону, имају статус инвестиционог друштва (дакле, не само банке!). Са друге стране, једини члан који овај закон посвећује кастоди банци је у прелазним и завршним одредбама, где се наводи да од дана ступања на снагу тог закона организационе јединице кредитних институција које су имале дозволу Комисије за хартије од вредности (у даљем тексту: Комисија) за обављање послова кастоди банке према претходном закону, не сматрају се лицима са дозволом у смислу тог закона, те да се лицима са дозволом сматрају искључиво субјекти који испуњавају услове за обављање кастоди делатности у складу са Законом о инвестиционим фондовима.

Дакле, законодавац је оваквом променом, послове кастоди банке везао искључиво за старање о хартијама од вредности за рачун инвестиционих (и других) фондова, док депоновање хартија од вредности других учесника на тржишту подводи под режим услуга инвестиционих друштава, односно Закона о тржишту капитала. У складу са наведеним, као и темом овог рада, у делу који

¹³ Поједини аутори ове послове називају банкарским пословима у вези са руковањем и одржавањем хартија од вредности, критикујући законско истицање чувања хартија од вредности као основне депозитареве обавезе, те истичући да до закључења овог правног посла долази, пре свега, ради вршења права и обавеза из хартија од стране банкарске организације за рачун њеног клијента, док је обавеза чувања пропратног карактера. В. Царић, С., Витез, М., *Привредно право*, Нови Сад, 2011, стр. 276.

¹⁴ В. чл. 180. и 181. ЗТХОВ.

¹⁵ Радовић, М., *нав. дело*, стр. 24.

¹⁶ Реч је о брокерско-дилерским друштвима, овлашћеним банкама и агентима у смислу ЗТК.

¹⁷ В. чл. 2. ст. 1. т. 8 и 9 ЗТК.

следи пажња ће бити усмерена управо на послове депоновања и администрирања хартија од вредности када је њихов депозитар кастоди банка, а у складу са одредбама Закона о инвестиционих фондовима.¹⁸

3. Појам кастоди услуга

Термин кастоди послови у домаћој литератури засигурно изазива недоумице, односно не даје адекватну асоцијацију о врсти правног посла у питању и његовој садржини. Разлог лежи у дословној употреби енглеског термина „*custody*“, који означава „старање“, конкретно у овој употреби, старање о хартијама од вредности одређених субјеката за рачун других лица. Дакле, кастоди банка подразумева банку која се бави чувањем и управљањем (администрирањем) хартија од вредности за рачун њених ималаца, који су јој клијенти. У домаћем праву, адекватнији израз за овакву банку био би „складишна банка“.¹⁹ Како су у домаћем праву све серијске хартије од вредности дематеријализоване, и постоје само као електронски записи на рачунима својих ималаца, посао кастоди банке своди се на вођење тих рачуна и очување података о истима, као и вршење различитих послова у вези са хартијама депонованим на тим рачунима.

Са друге стране, у нашем банкарском систему, термин „кастоди банка“ није адекватан из још једног разлога. Кастоди банка у нашем банкарском систему не постоји! У пракси постоје кастоди послови, као подврста банкарских послова, док се „кастоди банком“ називају послови које обављају организационе јединице појединих (кредитних) банака на домаћем тржишту, које испуњавају услове за обављање ове делатности предвиђене законом и повезаним прописима. Законом о банкама, у уводним члановима који су посвећени пословима које банка може обављати наводе се и послови са хартијама од вредности, односно послови кастоди банке.²⁰

Поред тога, Правилником о условима за обављање делатности кастоди банке²¹ (у даљем тексту: Правилник) предвиђено је да је кастоди банка организациона јединица кредитне институције (банке), која има дозволу Комисије за обављање кастоди услуга у складу са Законом о инвестиционим фондовима. Дакле, јасно је да кастоди банка није самосталан субјект у праву, односно да кредитна банка може у своју делатност уврстити и послове кастоди банке само уз дозволу Комисије за хартије од вредности, након испуњених законских и других услова у погледу врсте и начина деловања. Осим тога,

¹⁸ Овај закон кастоди банку дефинише као банку која води рачун инвестиционог фонда и обавља друге кастоди услуге за рачун инвестиционог фонда. В. чл. 2. ст. 1. т. 2 ЗИФ.

¹⁹ Јовановић, Н., *нав. дело*, стр. 176.

²⁰ В. чл. 4. Закона о банкама („Службени гласник РС“, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015).

²¹ В. чл. 1. Правилника о условима за обављање делатности кастоди банке („Службени гласник РС“, бр. 41/2011).

Комисија за хартије од вредности примену поменутог правилника везује за појам и сврху кастоди послова онако како су одређени Законом о инвестиционим фондовима, након чијег ступања на снагу је Правилник и донесен од стране Комисије.

Треба додати и ставове теорије о томе да је сам појам „услуге“ кастоди банке узак и неадекватан. Наиме, међу ауторима се истиче став да је делатност кастоди банке *функција* а не услуга, односно да без вршења те функције тржиште хартија од вредности не би могло да функционише. Говори се о функцији *sine qua non* организованог тржишта капитала.²² Овакво одређење је прихватљиво, како је на савременом тржишту капитала депоновање и администрирање хартија од вредности неопходан чинилац његове инфраструктуре. Улога депозита се у теорији духовито пореди и са инсталацијама у згради, које нико не примећује док се не јави проблем.²³

4. Правна природа кастоди услуга

Правна природа уговора о депоновању хартија од вредности се традиционално у теорији одређивала помоћу уговора о остави²⁴. Међутим, како битан елемент уговора о остави подразумева преношење државине на предмету оставе (депозита) са оставодавца на оставопримца, ово тумачење се може дословно прихватити само у периоду материјализованих хартија од вредности. Данас, када не постоји сагласност правне теорије у питању да ли дематеријализоване хартије од вредности представљају телесна или бестелесна добра, те да ли као такве могу бити предмет оставе уопште, овом питању се приступа са различитих аспеката.²⁵

У праву Србије, теорија је остала на традиционалном одређењу уговора о остави, праћеним налогом. Закон о облигационим односима предмет оставе одређује као покретну ствар, те се поставља питање да ли покретна ствар подразумева особину телесности. Не постоји сагласност аутора о питању да ли су

²² Цицмил, Н., Средовић, Ј., *Савремена пракса, Инвестициони фондови и њихова делатност*, Београд, 2007, стр. 26.

²³ Радовић, М., *нав. дело*, стр. 22.

²⁴ В. чл. 712. ЗОО.

²⁵ Посматрајући упоредноправни приказ, јављају се различита решења, од оних традиционалних, која посао администрирања и чувања хартија од вредности између банке и клијента тумаче као уговор о делу, односно налогу или услугама, какав је случај са француском правном мисли, до оних модернијих који у овом правном послу виде однос повереништва, аналогно остави код телесних добара, какви су запажени у праву Велике Британије и Немачке. Присутан је и савремен, функционални приступ, према коме се посао банке и њеног клијента одређује као *sui generis* уговор, са особинама уговора о налогу, о услугама, оставе, као и односа повереништва, али и специфичан у односу на све те врсте уговора, какав је случај у праву САД-а. В. Радовић, М., *нав. дело*, стр. 52-53.

дематеријализоване хартије од вредности телесна или бестелесна ствар, а како нови Закон о тржишту капитала овакве хартије одређује као „електронске записе“, може се донекле прихватити став да је на тај начин електронска форма заменила писану и створила нови вид материјализације ових хартија.²⁶ Прихватајући овакав став, чување хартија од вредности од стране банке може се тумачити елементима уговора о остави. Међутим, уговор о правој остави не може објаснити администрирање хартија, као услугу на коју се банка редовно обавезује закључењем уговора о депоновању хартија од вредности са својим клијентом. Стога, правну природу овог дела уговора одређујемо као уговор о налогу уз накнаду.²⁷

На крају, не треба занемарити ни ставове аутора да ослањање теорије на схватање о природи оставе, као и фикцију телесности дематеријализованих хартија, није најбоље решење, те да, *de lege ferenda*, треба прихватити став упоредног права о увођењу нових института, адекватнијих особини бестелесности хартија од вредности.²⁸

5. Услуге кастоди банке у делатности инвестиционог фонда

5.1. Улагачи на домаћем тржишту хартија од вредности

С обзиром на то да је домаће тржиште капитала неслободно, односно да је на њему установљен монопол професионалних трговаца финансијским инструментима, улагачи, односно инвеститори користе низ професионалних услуга. Улагачи то чине пре свега у циљу куповине и продаје хартија од вредности, односно остваривања прихода од истих, без улагања свог рада. Основни мотив улагача приликом куповине хартија од вредности је свакако остваривање прихода, односно евентуално увећање вредности хартија на

²⁶ Чак и према одредбама Аустријског грађанског законика, „телесне ствари су оне које у чула упадају“. Уколико прихватимо овако стару дефиницију, можемо се сложити са ставом да су вођењем електронске евиденције хартије од вредности добиле други вид материјализације. В. Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд, 1996, стр. 18.

²⁷ Уговор о налогу би могао представљати искључиву правну природу уговора између банке и њеног клијента, у ситуацији када се банка стара о клијентовим хартијама од вредности путем отварања и вођења власничког рачуна хартија од вредности код Централног регистра. Међутим, уколико дематеријализоване хартије од вредности схватимо као телесна добра, онда се намеће став да је вођење њихових рачуна код Централног регистра извесно вршење фактичке власти од стране банке, што даље означава државину банке на тим хартијама. Другим речима, клијент не може мимо банке приступити свом рачуну код Централног регистра, а тиме ни својим хартијама, те се вођењу оваквог рачуна од стране банке ипак морају признати и елементи уговора о остави. Више код Радовић, М., *нав. дело*, стр. 54-55.

²⁸ *Исто*, стр. 55.

тржишту, на који начин њихов ималац стиче капиталну добит каснијом продајом хартија по вишој цени.²⁹ Правни механизми који улагачима омогућавају остваривање ових ефеката су им много мање интересантни. Стога, поред послова посредовања у куповини односно продаји, на тржишту су присутне услуге заступања, саветовања, чувања и управљања, односно администрирања хартија од вредности, које се могу обављати искључиво преко професионалних пружалаца ових услуга, као посредника између ималаца и издavalаца хартија.³⁰

На тржишту капитала, појављују се различите врсте улагача. Поред личног улагача, као лица које улаже свој капитал на тржишту хартија од вредности, а које се не бави улагањима у хартије на тржишту као својом основном делатношћу, разликује се и институционални улагач, односно учесник на тржишту чија је основна делатност улагање капитала, који су сакупили његови чланови у циљу куповине туђих хартија од вредности, односно имовине, ради остваривања добити. Најзначајнији институционални улагачи на тржишту јесу инвестициони фондови, док су друге врсте професионалних улагача у ствари само специјализоване врсте инвестиционих фондова (осигуравајућа друштва и пензијски фондови).

Инвестициони фонд јесте имовинска маса³¹ већег броја улагача (чланова или акционара), која се под управом посебно овлашћеног лица (друштво за управљање) улаже у имовину других лица, да би се приходи од улагања (добит, дивиденда, камата, закупнина) убирали и делили међу улагачима. То је институт колективног инвестирања, са циљем остваривања прихода већих од оних који би се остварили штедњом у банци.³²

Са друге стране, друштво за управљање је привредно друштво које обезбеђује професионално управљање инвестиционим фондовима, и у чију искључиву делатност спада установљавање инвестиционих фондова и

²⁹ Јовановић, Н., *нав. дело*, стр. 149.

³⁰ Купци и продавци на организованом тржишту се, по правилу, не познају а уговоре закључују уз учешће професионалних посредника. В. Ђуровић, С., Ђуровић, М., *Берзе и берзанско пословање*, Нови Сад, 2011, стр. 20; Оно што је улагач на тржишту хартија од вредности, то је потрошач на робном тржишту. В. Јовановић, Н., *нав. дело*, стр. 148.

³¹ Отворени инвестициони фонд представља праву имовинску масу, док затворени и приватни инвестициони фонд поседују правни субјективитет, односно имају статус привредног друштва. Више код Вукићевић, С., *Привредно право*, Београд, 2011, стр. 149-150.

³² Два су основна начела по којима се имовина фонда улаже у имовину других лица. Прво је *начело сигурности* улагања, које подразумева смањење ризика обезвређивања улагања на најмању меру, а како се сматра да је поверавање имовине фонда једном лицу ризично, долази до распршивања (дисперзије) ризика путем улагања имовине у подухвате већег броја лица. Друго начело је *увећање* (максимизација) *прихода* од улагања, односно настојање чланова фонда за убирањем што већих прихода од свог улагања. В. Јовановић, Н., *нав. дело*, стр. 158.

управљање истима.³³ Закон о инвестиционим фондовима предвиђа обавезу постојања друштва за управљање, као акционарског друштва које није јавно, и које управља инвестиционих фондом доношењем инвестиционих одлука и вршењем административних и маркетиншких активности. Видимо да је правна и пословна способност овог друштва специјална, односно ограничена.

Услед прикупљања капитала од чланова фонда, друштво за управљање издаје члановима фонда инвестиционе јединице (хартије од вредности), које представљају делове на које је подељена нето имовина фонда. Улагач стиче инвестициону јединицу њеном куповином у емисији, с тим што накнаду за ту јединицу може платити искључиво у новцу. На основу стечене инвестиционе јединице, улагач остварује своја права, односно извршава обавезе према фонду. Пре свега, реч је о праву на стицање сразмерног дела прихода фонда, као и праву на откуп инвестиционих јединица према законским условима, односно праву на сразмеран део имовине у случају распуштања фонда. Стога, у основну делатност друштва за управљање можемо сврстати прикупљање средстава фонда од улагача, затим улагање тих средстава на тржишту, убирање прихода од улагања, као и остваривање права из хартија које припадају фонду, а ради расподеле прихода својим члановима, у крајњем исходу.

5.2. Основ делатности кастоди банке

Друштво за управљање руководи делатношћу инвестиционог фонда посредством, односно ангажовањем услуга кастоди банке. Ангажовање кастоди банке представља законски предуслов за оснивање инвестиционог фонда, а самим тим и обављања делатности друштва за управљање уопште. Према Правилнику о условима за обављање делатности кастоди банке, клијент кастоди банке може бити друштво за управљање инвестиционим фондом, друштво за управљање добровољним пензијским фондом, као и фондови којима та друштва управљају.³⁴ С обзиром на то да кастоди банка води рачуне хартија од вредности за рачун инвестиционог фонда као свог клијента, односно врши друге послове у складу са налозима својих клијената, правни основ њеног ангажовања лежи у уговору, који кастоди банка закључује са друштвом које управља инвестиционим фондом.

Наиме, приликом подношења захтева Комисији за издавање дозволе за организовање инвестиционог фонда, друштво за управљање има законску обавезу прилагања нацрта уговора који закључује са кастоди банком.³⁵ Видимо да је делатност инвестиционих фондова, као и њихових друштава за управљање

³³ В. чл. 4. и чл. 5. ЗИФ. Друштву дозволу за рад издаје Комисија за хартије од вредности, код које се води Регистар друштава за управљање. Једно друштво може да организује и управља са више инвестиционих фондова.

³⁴ В. чл. 19. Правилника.

³⁵ В. чл. 25. ЗИФ.

неодвојива од услуга кастоди банке, односно да је скица уговора са кастоди банком предуслов обраћања Комисији у циљу добијања дозволе за рад фонда. Надаље, друштво за управљање је дужно да у законом предвиђеном кратком року након добијања дозволе за организовање инвестиционог фонда, са кастоди банком и закључи уговор о пружању кастоди услуга.³⁶ Инвестициони фонд се сматра основаним и може се уписати у Регистар инвестиционих фондова код Комисије, када друштво за управљање закључи уговор са кастоди банком и поднесе доказ о уплати оснивачког улога на рачуну код кастоди банке.³⁷ Инвестициони фонд се сматра основаним даном уписа у Регистар.

У садржинском смислу, предмет наведеног уговора јесу услуге које ће кастоди банка обављати за рачун инвестиционог фонда, о којима ће детаљније бити речи у делу текста који следи. За пружене услуге, друштво за управљање кастоди банци дугује накнаду односно провизију, према тарифи.³⁸ Кастоди банка ове послове може обављати и за више инвестиционих фондова, са тим што инвестициони фонд може имати закључен уговор само са једном кастоди банком.

У погледу правних карактеристика овог уговора, пре свега реч је о формалном уговору, кога прати законски предвиђена обавезујућа писмена форма.³⁹ Са друге стране, за разлику од традиционалног депозита, овај уговор се још увек сматра неименованим уговором банкарског права. Закон о инвестиционим фондовима, у четвртном поглављу посвећеном кастоди банци, у члану који носи назив „уговор са кастоди банком“ регулише услове за закључење овог уговора.⁴⁰ Надаље, јасно је да је по среди двостранообавезан (синалагматичан) и теретан уговор, док је о његовој комисионој односно заступничкој природи већ било речи.

Када говоримо о садржини предметног уговора, без обзира на аспект начела слободе уговарања који подразумева слободно одређење садржине уговора од стране уговорних страна, у конкретном случају садржина је у доброј мери унапред одређена односно ограничена законском и подзаконском регулативом.⁴¹ Осим тога, начело слободе уговарања ограничено је и самом законском обавезом закључења овог уговора са кастоди банком, као административним условом за добијање дозволе за организовање инвестиционог фонда, од стране Комисије. На крају, с обзиром на то да су већ из самих законских, односно уговорних одредби сасвим јасни циљеви због којих уговорне

³⁶ В. чл. 76. ст. 1. ЗИФ и чл. 20. Правилника.

³⁷ В. чл. 27. ст. 2. ЗИФ.

³⁸ В. чл. 76. ст. 2. ЗИФ.

³⁹ В. чл. 75в ст. 4. ЗИФ.

⁴⁰ У теорији се сматра да би у ближој будућности правна норматива могла формулисати „уговор о кастоди пословима“, уколико се у уговору јаве и други носици тих послова, осим кастоди банке. В. Цицмил, Н., Средовић, Ј., *нав. дело*, стр. 29.

⁴¹ В. чл. 77. ЗИФ. и чл. 18. Правилника.

стране закључују овакав правни посао, нема дилеме у погледу обележја каузалности. Поред тога, треба поменути у теорији присутан став да је по среди *intuitu personae* правни посао, јер ће друштво за управљање као добар привредник тражити перфектну банку за свог саговорача.⁴²

Како се у најчешћем броју случајева овај уговор закључује са неодређеним трајањем, законски отказни рок износи три месеца. Специфичност ове законске одредбе је у томе што се уговор сматра раскинутим, тек од тренутка закључења уговора са новом кастоди банком, а након истека отказног рока.⁴³ Одредбом формулисаном на овакав начин, јасна је намера законодавца да се искључи ситуација у којој инвестициони фонд не би имао на располагању услуге кастоди банке. Овакво решење је логично, с обзиром на то да је уговарање оваквих услуга, како смо видели, услов да би се фонд уопште регистровао и почео са радом.

5.3. Начини иступања кастоди банке

Складишна банка своје послове увек обавља за рачун свог клијента, никада за свој рачун. Међутим, према трећим лицима она може иступати као заступник свог клијента, односно као комисионар, у зависности од садржине уговора који закључују. У складу са природом заступања, законити ималац хартија од вредности је уговорна страна у пословима са трећим лицима које је банка закључила за његов рачун, те последице овако предузетих радњи имају директно дејство на налогодавца, као да их је самостално предузео.

Са друге стране, уколико се банка нађе у улози комисионара, она се у промету појављује као ималац хартија од вредности, односно као уговорна страна у односима са трећим лицима, јер послове предузима у своје име. Трећа лица у овом случају не морају знати ко је стварни ималац хартија које су предмет правног посла, као што најчешће и не знају. Штавише, банка није овлашћена да без пристанка клијента трећим лицима открије његов идентитет, односно дужна је да овакве податке чува као пословну тајну.⁴⁴ Тако, банчиног клијента теорија одређује као стварног имаоца хартија од вредности, док банку сматра само појавним имаоцем.⁴⁵ Стога, све користи и обавезе из закључених правних послова остварују се у имовини клијента, те је банка дужна да му их уступи (нпр. наплаћени приходи од хартија).⁴⁶ У вези са тим, у зависности од тога да ли банка

⁴² Цицмил, Н., Средовић, Ј., *нав. дело*, стр. 29.

⁴³ В. чл. 78. ЗИФ. и чл. 20. Правилника.

⁴⁴ Дужност чувања пословне тајне се не односи на обавезу банке да заштићене податке обезбеди државним органима у вршењу њихових функција.

⁴⁵ Јовановић, Н., *нав. дело*, стр. 177.

⁴⁶ Јасно је да кастоди банка никада нема у својини хартије од вредности својих клијената, било да их држи у своје име или у име свог клијента, стога ове хартије никада не могу бити део ликвидационе или стечајне масе кастоди банке, односно банчини повериоци не могу на њиховој вредности остваривати своја потраживања принудним путем.

иступа у име и за рачун свог клијента или комисионо, она код Централног регистра отвара власничке рачуне својих клијената, или збирни кастоди рачун, у случају када хартије депоније у своје име.⁴⁷

5.4. Послови и услуге кастоди банке

Кастоди банка представља организациони део кредитне институције (банке), који обавља послове вођења рачуна хартија од вредности за рачун својих клијената, те поступа по њиховим налозима у вези са депонованим хартијама и обавља друге послове у складу са законом. Да би кастоди банка обављала своју делатност, пре свега, мора испунити следеће услове: 1) имати дозволу за рад Комисије за хартије од вредности, 2) бити члан Централног регистра, 3) имати посебан организациони део који је технички и кадровски припремљен за обављање послова кастоди банке.

У складу са традиционалним одређењем депозита, кастоди банка може вршити само складишну функцију, и у вези са тим извршавати налоге својих клијената у погледу преноса депонованих хартија на рачуне других лица, или се уговором са друштвом обавезати, поред обавезе чувања, и на услуге руковања односно управљања тим хартијама, што је правило.

У контексту позитивноправних решења, кастоди банка води рачуне инвестиционог фонда и извршава налоге⁴⁸ друштва које управља инвестиционим фондом, пошто установи да нису противни закону и правилима пословања друштва и фонда.⁴⁹ С обзиром на дематеријализовану форму савремених хартија од вредности, обавеза је њихових ималаца за отварањем рачуна хартија од вредности ради евиденције истих (као јединог вида њихове материјализације, а и легитимације ималаца у промету). Са друге стране, новац који банка прими по основу депонованих хартија не може бити предмет уписа на истом рачуну, већ се за вођење новчаних средстава клијента отвара други, новчани рачун.

Законским прописима, као и Правилником такстативно су набројане услуге које кастоди банка пружа својим клијентима. Пре свега, ту је обавеза банке у погледу отварања и вођења рачуна хартија од вредности код Централног регистра, за рачун инвестиционог фонда. Банка је дужна да на рачунима евидентира свако стицање хартија од стране свог клијента, као и да изврши испис

⁴⁷ В. чл. 77. ст. 1. т. 1 и 2 ЗИФ.

⁴⁸ Друштво налоге, по правилу, даје писменим путем, е-mail налогом али и путем телефонске везе.

⁴⁹ У делу теорије се истиче став да се кастоди банка, поступајући по налозима друштва за управљање, јавља као његов посленик, в. Јовановић, Н., *нав. дело*, стр. 169. Ово схватање се не може прихватити дословно, како ЗОО послеником сматра уговорну страну уговора о делу, као лице које за рачун наручиоца обавља фактичке послове и радње. С обзиром на то да је у случају кастоди послова реч пре свега о правним радњама, кастоди банку је прецизније сматрати налогопримцем. В. чл. 600. ЗОО.

хартија са рачуна у случају отуђења истих. Банка, затим, врши пренос права из депонованих хартија, односно упис права трећих лица на хартијама, према налогу друштва. Надаље, како обавеза чувања хартија, по правилу, није једина обавеза кастоди банке, у погледу руковања хартијама банка за рачун свог клијента наплаћује доспела потраживања из хартија од њихових издавалаца (као и камате и дивиденде као приходе од истих). У погледу остваривања статусних права из хартија, конкретно права гласа на основу хартија чији је фонд законити ималац, банка обавештава фонд о одржавању седница скупштине издаваоца хартија, а према потреби, и заступа фонд на тим седницама.

Када говоримо о новчаном рачуну фонда, банка врши прикупљање уплата инвестиционих јединица од стране чланова фонда, односно исплате у случају вршења права откупа тих јединица. У вези са тим, банка извршава и друге налоге друштва у погледу куповине и продаје имовине инвестиционог фонда.⁵⁰ На новчаним рачунима кастоди банка, такође, евидентира упис и уплату акција фонда уколико се у улози клијента налази затворени инвестициони фонд, као акционарско друштво. Према налогу друштва за управљање, кастоди банка врши расподелу добити акционарима затвореног фонда, по завршетку пословне године.⁵¹ Коначно, путем новчаног рачуна кастоди банка врши расподелу прихода фонда његовим члановима, ради остварења циљева због којих је фонд основан.

Поред наведеног располагања имовином фонда, кастоди банка се стара о томе да на новчаним рачунима и рачунима хартија од вредности њених клијената остане довољно средстава за испуњавање доспелих обавеза фонда (нпр. пореских оптерећења). Надаље, осим обавезе извршавања налога друштва у погледу руковања имовином фонда, кастоди банка врши још и функцију обавештавања, контролну функцију, те обавезу вођења евиденције својих клијената.

Наиме, кастоди банка је дужна да води евиденцију о хартијама од вредности и лицима за чије име обавља послове у вези са тим хартијама, те да податке из поменуте евиденције чува као пословну тајну, као и све податке о стању и промету на рачунима својих клијената.⁵²

Осим тога, кастоди банка има и законску обавезу обавештавања друштва за управљање о различитим питањима у вези са пословањем друштва и фонда којим друштво управља. Пре свега, обавештава друштво о извршеним налозима, затим о корпоративним активностима⁵³ које предузима, као и свим осталим

⁵⁰ Налоге за куповину односно продају хартија од вредности за рачун фонда, кастоди банка извршава преко брокерско-дилерског друштва или овлашћене банке.

⁵¹ В. чл. 73. ЗИФ.

⁵² В. чл. 77. ст. 3. и чл. 75. ст. 5. ЗИФ.

⁵³ У теорији се корпоративним активностима називају све радње у вези са хартијама од вредности које утичу на права и обавезе њихових законитих ималаца. Ту спадају исплате камата и дивиденди, позиви на седницу скупштине друштва издаваоца хартија, гласање на седници, вршење права пречег уписа акција, стицање сопствених акција, итд. В. Радовић, М., *нав. дело*, стр. 420.

предузетим активностима у вези са имовином фонда. Веома је важно поменути и законску обавезу обавештавања Комисије о свим неправилностима уоченим у пословању друштва, у вези са управљањем фондом, одмах након што банка те недостатке уочи. Сматрамо да је кастоди банка овлашћена да одбије налог друштва за управљање уколико је он противан владајућим прописима, односно ако би поступање по налогу представљало радњу извршења кривичног дела односно привредног преступа, чак и ако овакво овлашћење банке није предвиђено уговором закљученим са друштвом за управљање.

На крају, кастоди банка, у вези са пословањем фонда врши и контролну функцију, у смислу контроле и потврђивања обрачуна нето вредности имовине фонда, те обрачуна вредности инвестиционе јединице (односно вредности имовине по акцији код затвореног фонда), као и обрачуна приноса фонда израђеног од стране друштва. Друштво за управљање врши наведене обрачуна и доставља их кастоди банци. Кастоди банка ради контроле овог обрачуна, обезбеђује податке о тржишној вредности имовине фонда, и врши потврду обрачуна упоређивањем.⁵⁴ Тако усаглашене податке, банка доставља Комисији.

Као одступање од редовног начина пословања инвестиционог фонда, може се догодити да кастоди банка привремено преузме руковођење над пословима фонда, уколико дође до одузимање дозволе за рад друштву за управљање од стране Комисије. У тој ситуацији, кастоди банка врши само неодложне послове, чије предузимање спречава наступање евентуалне штете, и то до избора новог друштва за управљање, а најдуже у трајању од три месеца.⁵⁵

5.5. Дозвола за рад кастоди банке и вршење надзора

Кредитној банци се признаје својство кастоди банке по систему претходног одобрења. Банка је пре отпочињања обављања кастоди послова дужна да оствари дозволу за рад од стране Комисије, која води регистар овако издатих дозвола. Приликом подношења захтева за издавање дозволе, банка је Комисији дужна поднети законом предвиђену документацију, између осталог, доказ да банка располаже организационом, кадровском и техничком оспособљеношћу за обављање ове врсте послова, затим правила пословања кастоди банке, као и доказ да је банка члан Централног Регистра.⁵⁶

Дакле, кастоди банка доноси своја правила пословања, на која сагласност даје Комисија. Овим правилима уређене су врсте послова које кастоди банка обавља, као и права и обавезе банке и њених клијената по тим пословима. Комисија даје сагласност на правилник истим решењем којим даје дозволу за рад

⁵⁴ В. чл. 34. и чл. 77. ЗИФ. и чл. 18. Правилника.

⁵⁵ В. чл. 55. ЗИФ. и чл. 28. Правилника.

⁵⁶ В. чл. 75б. ЗИФ.

банци.⁵⁷ Кастоди банка је дужна да, по добијању сагласности Комисије, правила пословања објави на својој интернет страници.⁵⁸

Битно је напоменути да се пословање кастоди банке не налази под надзором Народне банке⁵⁹, као централне банке у земљи, већ Комисије за хартије од вредности, као посебне државне институције, чији је основни задатак транспарентно и законито функционисање тржишта капитала. Како Комисија контролише спровођење и правилну примену прописа који регулишу функционисање овог тржишта⁶⁰, самим тим врши и надзор над пословањем инвестиционих фондова, друштва која управљају тим фондовима, те и кастоди банака, са чијим радом је делатност фондова недовојива. Уколико Комисија утврди неправилности у раду инвестиционог фонда, друштва за управљање односно кастоди банке, налаже овим субјектима мере за отклањање неправилности, као и рок за отклањање.⁶¹

Конечно, уколико Комисија одузме банци дозволу за обављање кастоди делатности, то не значи да банка мора престати са радом, већ само да не може више пружати услуге кастоди природе. Тако, у случају одузимања дозволе, односно у случају да се над кастоди банком покрене стечајни или ликвидациони поступак, друштво за управљање дужно је да неодложно раскине уговор са кастоди банком, и да исти закључи са другом банком која поседује дозволу.

5.6. Присуство кастоди услуга у домаћој пракси

Према званичним подацима Комисије за хартије од вредности, седам банкарских организација у Србији поседује дозволу за обављање послова кастоди банке, те су као такве и уписане у Регистар кастоди банака.⁶² Затим, у Регистар инвестиционих фондова уписано је свега пет инвестиционих фондова који користе услуге ових банака, од тога четири отворена и само један

⁵⁷ В. чл. 14-17. Правилника.

⁵⁸ Види пример http://www.bancaintesa.rs/upload/documents/poslovi_trezora/Opsta_pravila_poslovanja_Sluzbe_za_kastodi_poslove_Banca_Intesa.pdf, датум приступа 01.04.2016.

⁵⁹ У периоду увођења кастоди послова у домаћи банкарски систем, сагласност на обављање делатности кастоди банке јесте давала, као и одузимала, Народна банка Србије. В. Одлуку о ближим условима за давање банкама сагласности за обављање делатности кастоди банке („Службени гласник РС“, бр. 68/2004).

⁶⁰ Комисија врши надзор над правилном применом Закона о тржишту капитала, Закона о инвестиционим фондовима и другим прописима који се односе на функционисање тржишта капитала.

⁶¹ О мерама које Комисија може наложити в. чл. 82. ЗИФ.

⁶² У питању су: Banka Intesa a.d. Beograd; Erste bank a.d. Novi Sad; Komercijalna banka a.d. Beograd; Societe generale banka Srbija a.d. Beograd; Raiffeisen banka a.d. Beograd; Unicredit bank Srbija a.d. Beograd; Vojvođanska banka a.d. Novi Sad. В. <http://www.sec.gov.rs/index.php/sr/учесници/кастоди-банке>, датум приступа 03.04.2016.

затворени⁶³, као и свега четири друштва за управљање овим фондовима, који се воде у Регистру друштава за управљање инвестиционим фондовима⁶⁴.

Према статистичком приказу структуре власништва у Централном регистру, доступан је податак да свега 1% власништва у Регистру чине збирни односно кастоди рачуни, односно да кастоди банкама припада свега 1% акција регистрованих код Централног регистра.⁶⁵

Из наведених података јасно је да је кастоди пословање још увек недовољно присутна и заступљена врста банкарских послова, која у домаћем банкарском систему постоји свега нешто више од десет година. Узрок свакако треба тражити и у вишедеценијском непостојању тржишта капитала на домаћим просторима, у другој половини прошлог века, услед чега се савремени прописи о пословању на овом тржишту примењују свега неколико година уназад. У периоду развоја привредног система који долази, односно приближавања тржишних институција регулативама Европске Уније, очекујемо много већи обим улагања на тржишту од стране како професионалних, тако и непрофесионалних улагача, што ће свакако резултирати и већим обимом кастоди послова у будућности.

6. Закључак

Поновно успостављање тржишне привреде и враћање значаја приватној својини у домаћем економском и привредном систему, деведесетих година прошлог века, резултирало је оживљавањем тржишта хартија од вредности. Овакве привредне заокрете, пратило је и доношење савремене законске и подзаконске регулативе из поменуте области. Веома значајна новина у области промета хартија од вредности била је увођење њихове дематеријализоване форме.

Дематеријализована форма хартија од вредности, створила је потребу за оснивањем јединствене електронске евиденције, као јединог валидног регистра у вези са постојањем хартија од вредности, права на тим хартијама, као и њихових законитих ималаца. Како је нова форма хартија од вредности створила потребу њиховог евидентирања (депоновања), као јединог доказа њиховог постојања, на тржишту су се појавили професионални учесници (депозитари), као посредници у преносу и вршењу права из хартија између њихових ималаца и издавалаца.

Нова законска регулатива, као једног од најзначајнијих депозитара на тржишту уводи кастоди банку, као субјекта који за рачун својих клијената води рачун хартија од вредности, односно врши права и обавезе из депонованих хартија. Међутим, важећи Закон о тржишту капитала, за разлику од претходног Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, не

⁶³ <http://www.sec.gov.rs/index.php/sr/учесници/основни-подаци>, датум приступа 03.04.2016.

⁶⁴ <http://www.sec.gov.rs/index.php/sr/учесници/друштва-за-управљање-инвестиционим-фондовима>, датум приступа 03.04.2016.

⁶⁵ <http://www.crhov.rs>, датум приступа 03.04.2016.

регулише делатност нити услове пословања кастоди банке, већ у погледу овог питања упућује на примену, новог, Закона о инвестиционим фондовима. Са друге стране, Закон о тржишту капитала дефинише друге професионалне пружаоце услуга депоновања и администрирања хартија од вредности, са статусом инвестиционог друштва. Ови субјекти кастоди послове могу вршити само уколико их обављају као додатне услуге уз инвестиционе активности, које су им редовна делатност. Дакле, у позитивном праву Србије, послове депоновања и администрирања хартија од вредности поред банака, могу вршити и други субјекти који по закону имају статус инвестиционог друштва. Међутим, применом закона који регулише пословање инвестиционих фондова, као *lex specialis-a*, поменуте услуге кастоди банке могу обављати искључиво за рачун инвестиционог фонда.

Према овом закону, кастоди банка је организациони део кредитне институције (банке), који води рачуне инвестиционог фонда, односно обавља друге кастоди услуге за рачун инвестиционог фонда, као професионалног улагача на тржишту капитала. Законодавац на овај начин веома уско одређује круг делатности, односно пре свега круг клијената, за чији рачун кастоди банке врше своје услуге. Практично, кастоди банком је означена само банка, односно њена организациона јединица, која послове из своје делатности обавља за рачун инвестиционог фонда и других фондова. Самим тим, узак је круг субјеката, како оних који врше послове кастоди банке, тако и оних који те услуге користе, те ни законска регулатива која прати ове активности није много шира. Па се тако, уговор о обављању кастоди услуга и даље сматра неименованим уговором домаћег права, што је још један од показатеља процеса развоја ове врсте послова код нас, који још увек није завршен.

Посматрано са практичног аспекта, на домаћем тржишту малобројни су субјекти који имају статус професионалног улагача, као и банкарске организације које поседују дозволу Комисије за обављање послова кастоди банке, те самим тим ни обим послова кастоди банке у пракси није значајан. Услед овако недовољно развијене ситуације на тржишту, веома је скроман допринос аутора у правничкој литератури која обрађује ове, може се рећи, још увек нове послове на домаћем тржишту. Надамо се да ће, са развојем инвестиционих делатности, повећан обим кастоди послова у пракси изнедрити богатији став домаће правне мисли о наведеним питањима.

На крају, треба поменути да развој институција колективног инвестирања у свету јесте један од најзначајнијих фактора развоја финансијског тржишта последњих деценија, те да је увођење инвестиционих фондова у привредни систем нужна фаза у процесу приближавања Европској Унији. У складу са том тенденцијом, очекујемо да ће системи колективног инвестирања бити све присутнији на домаћем тржишту.

*Vladimir Kozar, Ph.D., Ph.D., Associate Professor
Irena Radumilo, Assistant
Faculty of Law, University Business Academy in Novi Sad*

LEGAL ASPECTS OF CUSTODY SERVICES IN THE BANKING SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

*Custody services or services of custody Bank include taking care of the financial organization of securities to its clients. Safekeeping and administration of securities traditionally is regulated by the Law on obligatory relations, as the contract of deposit securities, in the legal system of the Republic of Serbia. However, following the economic reform and restoration of the capital markets on local areas in the 1990s of the last century, followed by the new legislation, in the Law on the market of securities and other financial instruments in 2002, the term "deposit" was replaced by the new term "custody operations", in relation to which the depositary with the client concludes agreement on opening and keeping securities accounts. With the use of new terms and continue the adoption of the following Law on the market of securities and other financial instruments in 2006, while the valid Law on the capital market, adopted in 2011, re-established the terms deposit and administrating securities, in connection with the fulfillment of the activities of a custody Bank refers to the Law on investment funds, as *lex specialis*, passed the same year.*

Key words: *custody, deposit, administer, securities.*

Литература

- Вукићевић, С., Привредно право, Београд, 2011.
Ђуровић, С., Ђуровић М., Ђуровић, Ј., Берзе и берзанско пословање, Нови Сад, 2011.
Јовановић, Н., Берзанско право, Београд, 2009.
Радовић, М., Чување и администраирање (депозит) хартија од вредности, Београд, 2014.
Станковић, О., Орлић, М., Стварно право, Београд, 1996.
Царић, С., Витез, М., Раичевић, В., Веселиновић, Ј., Привредно право, Нови Сад, 2011.
Цицмил Н., Средовић, Ј., Савремена пракса, Инвестициони фондови и њихова делатност, Београд, 2007.
Шогоров, С., Банкарско право, Београд, 2009.
Шогоров, С., Арсић, З., Уговори трговинског права, Нови Сад, 2011.

Зборник радова „Услуге и услужна правила”, Крагујевац, 2016.

Закон о банкама, „Службени гласник РС“, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

Закон о инвестиционим фондовима, "Службени гласник РС", бр. 46/2006, 51/2009 и 31/2011.

Закон о облигационим односима, "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 57/89 и "Службени лист СРЈ", бр. 31/93.

Закон о тржишту капитала, "Службени гласник РС", бр. 31/2011 и 112/2015.

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, "Службени лист СРЈ", бр. 65/2002 и "Службени лист РС" бр. 57/2003, 55/2004 и 45/2005.

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, "Службени гласник РС", бр. 47/2006.

Правилник о условима за обављање делатности кастоди банке, „Службени гласник РС“, бр. 41/2011.

<http://www.bancaintesa.rs>

<http://www.crhov.rs>.

<http://www.sec.gov.rs>.

*Др Маријана Дукић Мијатовић, доцент
Економског факултета у Суботици
Универзитета у Новом Саду*

УДК: 336.77

ПРИВРЕДНЕ ФУНКЦИЈЕ ДОКУМЕНТАРНОГ АКРЕДИТИВА

Резиме

Циљ постојања свих инструмената међународног робног и платног промета је да се задовоље практичне потребе пословних људи у платном промету и да се унифицира њихов начин издавања, коришћења и тумачења, а тиме побољша и пословни промет и привредни оквир. У овом раду ауторка је анализирала специфичности и привредне функције документарног акредитива. Рад је методолошки конципиран на телеолошкој компарацији документарног акредитива и других инструмената међународног плаћања како са теоријског аспекта, тако и актуелне легислативе, домаће и на међународном нивоу, као и осврту на њихову примену у свакодневnoj пословној пракси.

***Кључне речи:** документарни акредитив, привредне функције, инструменти међународног робног и платног промета.*

1. Увод

Општи привредни оквир у Србији је стабилан, за шта је заслужна како конзервативна политика наше централне банке на макро нивоу, која се манифестује већ код давања дозволе за рад, активној контроли над било којим чланом банкарске групе у којој је и банка, те увидом у пословне књиге и другу документацију правних лица која су с банком, код које се врши контрола, повезана имовинским, управљачким и пословним односима, адекватној контроли банке на консолидованој основи, те постојању и интерне ревизије, али и спољног ревизора, тако и координирана пословања на микро нивоу.¹ Стабилности домаћег банкарског и привредног система свакако доприноси законом добро уређен корпоративни систем, у коме се контрола од стране централне банке врши и путем извештаја, али првенствено на лицу места, док се тежиште у координацији корпоративног управљања лоцира на органе банке, а не

¹ Дукић-Мијатовић М., *Осврт на флукуације на домаћем тржишту новца и капитала у светлу актуелних законских прописа*, Право и привреда, вол. 47, бр. 4-6/2010, стр. 421-435.

само на директоре.² За разлику од светских искустава, посебно држава са развијеним финансијским и хипотекарним тржиштима, наш законодавац је у други план ставио инсистирање на самодисциплини банака, акцендовао обавезу осигурања депозита у циљу јачања тржишне дисциплине, а посебно детаљно прописао оквире, који ће омогућити јачање транспарентности пословања. У таквим условима значајно је осврнути се и анализирати специфичности и привредне функције инструмента плаћања у међународном промету као што је документарни акредитив, да би резултати истраживања били вишеструко корисни и применљиви и то јер указују законодавцу на недостатке постојећих законских решења, потом указују пословним људима на примену најцелисходнијег инструмента плаћања у појединачном пословном подухвату, што ће омогућити по окончању смањене привредне активности квалитетније укључививање у глобалну тржишну утакмицу.

2. О привредној функцији документарног акредитива

Појам и правна природа. – Документарни акредитив је уговор, којим се банка, издавалац акредитива, обавезује да кориснику акредитива исплати износ из акредитива, да преузме обавезу за одложено плаћање и плати на дан доспећа, уколико корисник у уговорено време изврши презентацију уредних акредитивних докумената. Документарни акредитив има сложену правну конструкцију у којој је базичан први уговор, по својој правној природи двострано теретан и претходи правном односу, који се успоставља између издавачке банке и корисника акредитива.³ Однос између издавачке банке и корисника акредитива

²Законом о банкама (Службени гласник РС број 107/2005, бр. 36/2011 и 14/2015) и Законом о Народној банци Србије ("Сл. гласник РС", бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 - др. закон, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015 и 40/2015 - одлука УС) детерминисана је улога централне банке и домаћи банкарски кооперативни оквир.

³ Види више: Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве. Београд: Удружење банака Србије, ревизија 2006; Антонијевић, З. *Привредно право*, Београд, 1978; Berman, H., Kaufman, A., *The law of international commercial transactions - lex mercatoria*; Harvard International Law Journal, vol. 19, бр. 1/1978; d'Arcy Leo; Murray, C., Cleave, B., *Schmitthoff's export trade: The law and practice of international trade*, London, 1990; Davis, A. G., *The law relating to commercial letters of credit*, London, 1955; Dolan, J., *Documentary credit fundamentals: Comparative aspects*. B.F.L.R., vol. 3, бр. 121/1989, стр. 122; Ђуровић, Р., *Међународно привредно право - са обрасцима уговора*, Београд, 1991; Eberth, V. R., *Ellinger Deferred payment credits: A comparative analysis of their special problems*, Journal of Maritime Law and Commerce, vol. 14/1983, стр. 387; Ellinger, E. P., *Documentary credits and finance by mercantile houses*. у: Benjamin's sale of goods, London, 2. изд., 1981, стр. 1161; Ellinger, E. P., *Documentary letters of credit: A comparative study*, Singapore, 1970; Gilbert, G. A., *Lectures on banking*, London: King's College, 1969; Голдштајн, А., *Привредно уговорно право*, Загреб, 1967; Gutteridge, H. C., Megrah, M. N., *The law of banker's commercial credits*, London, 1983; Хорн, Н., *Међународна плаћања и акредитив*, Правни живот, бр. 12/1976;

је потпуно независан и самосталан однос, те је у појединачним случајевима нужно утврдити природу пословног односа између акредитивне банке и корисника акредитива. Ни актуелна Ревизија Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве, као ни претходне Ревизије не дају одређену дефиницију акредитива, на основу које би се могло закључити о каквом се правном послу ради. Актуелна Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве, која се примењују од 1. јула 2007. године настала су као резултат синхронизованог вишегодишњег рада Комисије за банкарску технику и праксу МТК, чијем састанку одржаном у Паризу 24-25 октобра 2006. године је присуствовало 250 представника из 90 земаља са циљем гласања за нова Правила за документарне акредитиве, *UCP 600*. Имајући у виду да Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве (*UCP*) имају дугу традицију у међународној банкарској и трговинској пракси (од 1933. год.), приступ Ревизији био изузетно систематичан и темељан. Процес је почео маја, 2003. године, те је формирана Радна група за израду нацрта ревизије од девет чланова из Источне Европе, Западне Европе, Азије и Северне Америке, а укључени су били и представници SWIFT-а како би се благовремено, у случају потребе учиниле и измене МТ 700. На челу групе био је господин *Gary Collyer*, директор у *ABN Amro banci*, Лондон и технички саветник Комисије за банкарску технику и праксу МТК у Паризу. На ревизији је радила и Консултантска група од 41 члана из 26 земаља. Суштинске измене на којима је заснована последња ревизија Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве су следеће: 1.) *On its face* – предложено је да се овај израз брише, јер код већине практичара изазива сумњу у право значење самог израза. 25 земаља је сагласно да се ово брише из *UCP* док је 12 земаља било за то да се израз задржи и даље. Само је у члану 14. задржан израз *on its face*. 2.) *Reasonable time* – готово су сви мишљења да се *разумно време* изостави, а да се утврди фиксан број дана за преглед докумената. 36 земаља је било за то да се *разумно време* брише и утврди фиксан број дана. (15 земаља = 5 дана; 9 земаља = 6 дана; 10 земаља = 7 дана и 2 земље – без предлога броја дана). Разумно време је утврђено 5 банкарских дана. 3.) *Parties* – Још на састанку у Даблину, већина се изјаснила да се из нацрта брише *parties* и замени са *banks*. Након изјашњавања националних комитета, 27 земаља је било да се у нацрт унесе *bank*, и Радна група је следила овај предлог. 4.) Одложено плаћање – Генерална сагласност у Даблину је постигнута да се *UCP* унесе клаузула о дисконту. 27 земаља се

Rosenberg, L., *Pravo međunarodnih plaćanja*, sv. 2, Zagreb, Shattuck, Guernsey, *Letters of credit and the UCCV*, Wash Law Rev, vol. 63, 1975, стр. 246; Вајнер, З., *Међународна плаћања, осигурање плаћања и финансирање у вањској трговини*, Загреб, 1965; Вукадиновић, Р. Д., *Правни односи из међународног документарног акредитива*, Београд, 1989; Zabel, В., *Dokumentarni akreditiv in njegove pravne značilnosti*, Ljubljana, 1964, докторска дисертација, Вукадиновић, Р., *Документарни акредитив према новој ревизији једнообразних правила и обичаја из 1993. године*, Право и привреда, 1993, вол. 31, бр 9-12, стр. 15-33.

изјаснило у прилог уношења ове клаузуле у *UCP*. Међутим, Консултантска група није била за то да се у *UCP* угради клаузула о дисконту код акредитива са одложеним плаћањем, јер је то одговорност банке која негоцира такав акредитив и ту се онда примењује национални закон. Други проблем у вези одложеног плаћања је питање судске одлуке у вези дисконтовања одложеног плаћања у случају *Banco Santander vs Banque Paribas* где је суд сматрао да ако конфирмирајућа банка дисконтује своје сопствено одложено плаћање, чини то на свој ризик, јер ако се утврди превара пре доспећа, акредитивна банка није у обавези да рамбурсира конфирмирајућу банку. Ово је може се слободно рећи, шокирало велики број банака и уз много дискусије успело се у нова Правила уградити заштитну одредбу у оваквим случајевима. 5.) Члан 28. *UCP 500* – Постављено је питање да ли овај члан разбити у три одвојена члана о транспортним документима или да се једним чланом обухвате три вида транспорта. 20 земаља је било да се 28. члан задржи у данашњем облику, док је 17 земаља било за то да се овај члан разбије у три одвојена члана. Међутим већина је одлучила да се задржи као један члан. 6.) Члан 30. *UCP 500* – Већина земаља је била да се овај члан брише. Уведени су нови чланови у *UCP 600*: Дефиниције Члан 3., - Интерпретације Члан 9., Авизирање акредитива и измена Члан 12., - Номинавање Члан 15., - Сагласна презентација Члан 17., - Оригинили докумената и копије Нова правила су веома модерна, чине праксу једноставнијом, а језик је далеко јаснији и разумљивији, садрже термине који се лако разумеју. *UCP 600* ће повратити акредитивима њихово право место у међународној трговини.⁴

Како је уговор најчешћи извор облигација, претпоставља се његово постојање код пословања везаног за документарни акредитив.⁵ Уговор настао сагласношћу воља уговорних страна подразумева одређивање уговорних страна, понуде и прихвата исте, предмета уговора, каузе и форме уговора. Према уговорном схватању, уговор закључује акредитивна банка са корисником акредитива, на тај начин што га обавештава (путем *Swift* поруке MT 700), да је у његову корист отворила акредитив. Слање обавештења се третира као понуда за закључење уговора на коју би понуђени требало да одговори у кратком или разумном року (прихвата понуде) и тиме закључи уговор. Међутим, проблеми настају код утврђивања шта заправо представља прихват понуде. У пракси документарних акредитива, корисник који је задовољан садржином акредитива најчешће не одговара на понуду банке, ако се понудом може сматрати обавештење о отвореном акредитиву, посебно не у кратком року након њеног

⁴ Види више Анђелковић, Ц., *Шеста ревизија Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве*, Београд, 2007.

⁵ Види више Перовић, С., *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, стр. 1664-1665, Вукадиновић, Р., *нав. дело*, Дукић-Мијатовић, М., *Преглед актуелне lex mercatoriae у примени документарног акредитива*, Правни живот, вол. 59, бр. 11/2010, стр. 481-494.

добивања. Његово изјашњавање се по правилу испољава у конклюдентним радњама, односно у предузимању правних или фактички радњи којима *de facto* изражавају своју сагласност са тако добијеном понудом. Пошто у циљу отклањања правне неизвесности, разумни рокови морају бити кратки, заодно цело прихватање понуде се третира као нова понуда, која отвара нови круг усаглашавања. Како се корисник најчешће о тако учињеној понуди изјашњава подношењем акредитивних докумената на наплату, то би давало право акредитивној банци да документа одбије да хонорише са образложењем да није закључен уговор, што не одговара стварном стању у пракси. Пракса управо признаје супротно понашање. Ако корисник није изричито одбио понуду акредитивне банке сматра се да је закључен уговор. У правима у којим је акредитив формалан, за настанак уговора, потребно је да прихват понуде буде учињен у писменој форми.

У документарном акредитиву, каузом се појашњавају разлози због којих се акредитивна банка обавезује кориснику, иако од њега не добија било какву против накнаду, обзиром да право не признаје уговоре код којих се не може утврдити тај посебно квалификовани разлог, па им не пружа правну заштиту.⁶ Заштиту не уживају они послови код којих би се касније утврдило да су закључени са недопуштеном каузом, или код којих је кауза постала недопуштена.⁷ Однос између акредитивне банке и корисника у правној теорији је и једностранни правни посао, код које је довољна изјава само једне стране, и то оне која се обавезује. То даље значи да акредитив настаје једностраном вољом акредитивне банке, без сагласности корисника акредитива. Међутим, тиме што није искористио акредитив, за робу коју је испоручио, корисник акредитива односно продавац робе, не губи право на њену наплату.⁸ Одбијање акредитива

⁶ Разлог обавезивања банке према кориснику у смислу каузе није жеља да му једноставно помогне, већ привредни интерес јер отварање акредитива спада у њену редовну делатност и банка то чини у циљу испуњења преузете обавезе из уговора.

⁷ У *common law* систему питање каузе је сведено на практичан захтев да се уговорне обавезе могу ваљано преузимати само уз противнакнаду. Како енглеско право не познаје апстрактне обавезе. У америчком праву, тај је проблем решен на практичан начин, тиме што је Једнообразним трговачким законом изричито предвиђено да за отварање акредитива није потребна противнакнада.

⁸ Испоручилац робе једино неће имати право да потражује исплату новца на који гласе документа од акредитивне банке нити купца поновно отварање акредитива, већ цену мора захтевати директно од њега, а то се може реализовати или путем дознаке или путем документарног инкаса. Евентуална штета која је настала због тога што није реализован акредитив тиче се његовог односа са купцем, те купац има право на накнаду штете од корисника акредитива, а не банка. Ово из разлога што ће налогодавац имати трошкове отварања акредитива код своје – акредитивне банке. У пракси се ретко дешава да се акредитив неискористи, јер је у интересу и купца и продавца да испоштују своје уговорне обавезе, и да им трошкови реализације купопродајне трансакције буду што мањи. Пошто издавачка банка отварањем акредитива истовремено и извршава обавезу према налогодавцу и заснива нови облигациони однос према кориснику, од кога се не захтева

нема карактер одбијања понуде, већ карактер неприхватања испуњења једне обавезе коју је дужник из основног посла био дужан да испуни у свему онако како она гласи. Ако отворени акредитив не одговара условима из акредитивне клаузуле, корисникови приговори имају непосредно правно дејство једино према налогодавцу, пошто од њега мора захтевати измену акредитивних услова.⁹ Тако се корисникове изјаве о прихватању или одбијању акредитивних услова могу тумачити као сагласност или као несагласност да је налогодавац на уговорени начин испунио своју обавезу из акредитивне клаузуле. Практични значај одређивања акредитива као једностраног правног посла се испољава у оперативности овог инструмента робног и платног промета као средства плаћања.

3. Однос документарног акредитива и банкарске гаранције

Банкарска гаранција, основни појмови. – Уговори о банкарској гаранцији представљају сложене правне послове, код којих се у пословном ланцу појављују поверилац (корисник гаранције), дужник (налогодавац за издавање гаранције) и банка гарант (давалац гаранције), који учествују у три правна односа преточена у уговоре и то је свакако уговор између дужника и повериоца обезбеђеног гарантном клаузулом, која представља битан елемент овог уговора, потом други је уговор о издавању банкарске гаранције, закључен између налогодавца (дужник из основног правног посла) и банке даваоца гаранције којим се банка обавезује да ће у своје име, а за рачун налогодавца дати гаранцију трећем лицу - кориснику гаранције (повериоцу из основног правног посла), а налогодавац се обавезује да ће банци за издату гаранцију платити договорену накнаду (провизију) и вратити новчану суму коју је банка платила кориснику гаранције и на крају имамо издавање банкарске гаранције, од стране банке гаранта у корист корисника гаранције. Банкарску гаранцију карактерише самосталност. Оваква изричита конструкција изостала је код регулативе банкарске гаранције од стране нашег законодавца, већ до закључка да је банкарска гаранција самостална у односу на основни правни посао долазимо тумачењем одредби члана 1087. Закона о облигационим односима. Неопозивост банкарске гаранције је јасно регулисана те гарант не може одустати од већ дате гаранције нити је може повући у року важења без претходне сагласности корисника те гаранције, као што ни банка - давалац гаранције не може једнострано повући већ дату гаранцију пошто се она

сагласност, може се поставити питање да ли сваки отворени акредитив значи да је банка извршила своју обавезу према налогодавцу, односно да је налогодавац кориснику испунио обавезу из акредитивне клаузуле.

⁹ Види Вукадиновић, Р., *нав. дело*, стр. 107; Павићевић, Б., *Правни односи из банкарске гаранције*, Београд, 1977, стр. 33.

налази код корисника гаранције, што није могуће јер важи правило *pacta sunt servanda*.¹⁰

Сличности и разлике документарног акредитива и банкарске гаранције. - Код банкарске гаранције подношење захтева за плаћање са предвиђеним документима показује да дужник из основног посла, односно налогодавац гаранције није испунио своје уговорене обавезе. У том смислу наплата банкарске гаранције и њена реализација не би требало да представља правило или циљ којем би њен корисник тежио већ приликом формулисања финансијске клаузуле у основном послу.¹¹ Код банкарске гаранције то је основна функција. Банкарска гаранција штити интересе само једне уговорне стране – корисника гаранције, који може бити и поверилац и дужник из основног посла, већ у зависности од тога која је врста гаранције која се издаје. Тако се, на пример, гаранција за плаћање издаје у корист продавца – повериоца из основног посла повериоца, док се гаранција за повраћај аванса издаје у корист купца – дужника из основног посла. Банкарском гаранцијом, код које се исплата врши увек у новцу, гарантује, како и за новчане, тако и за неновчане обавезе. Код гаранције рок важности представља временски период у оквиру кога се могу вршити измене по гаранцији, али и сва плаћања по гаранцији, као и подношење захтева за плаћање (у случају активирања исте). Услед тога, банкарска гаранција се различито евидентира у пословним књигама банке гаранта у односу на друге инструменте плаћања. Банкарска гаранција евидентира се у ванбилансним позицијама само од момента њеног издавања до момента истека рока важности гаранције¹². Као и акредитив и банкарска гаранција се најчешће отвара у виду *Swift* поруке, категорије 7, при чему се за акредитив користи *Swift* порука МТ 700, а за гаранцију *Swift* порука МТ 760. Када је у питању обезбеђење обавезе из поступка јавне набавке, које претходе закључењу уговора, као што је нпр. обавеза да понуђача да потпише уговор када је његова понуда изабрана, реч је о посебној врсти лицитационе банкарске гаранције којом се покривају све штете до висине гарантованог износа које би наручилац (инвеститор) претрпео у случају да

¹⁰ На међународном нивоу у примени су правила која је у Паризу још 1978. године усвојила Међународна трговинска комора Једнообразна правила за уговорне гаранције. Од 1. јула 2010. године ступила су на снагу Правила за гаранције на позив УРДГ 758, усвојена 3. децембра 2009. године од стране Извршног одбора Међународне трговинске коморе у Паризу.

¹¹ Разлика, која се такође тиче исплате, је то, што се исплатом акредитивног износа у ствари плаћа купопродајна цена, док код банкарске гаранције, исплата има карактер накнаде штете кориснику гаранције. – Види Вукадиновић, Р., Анђелковић, Ц., Вуковић Д., *Гаранције на први позив у међународној пракси*, Београд, 1995, стр. 18.

¹² Осим у случајевима када се изврши исплата гарантованог износа кориснику гаранције од стране банке гаранта или наступи неки други услов назначен у самом тексту гаранције. У тим случајевима се гаранција искњижава и пре истека њеног рока важности. Види више Дукић-Мијатовић, М., Преглед актуелне *lex mercatoriae* ..., стр. 481-494.

учесник на лицитацији, чија је понуда прихваћена као најповољнија, не закључи уговор о грађењу (или други уговор о јавној набавци) или не обезбеди банкарску гаранцију за добро извршење посла. Рок важења лицитационе гаранције се најчешће одређује према року у којем је наручилац дужан да, у складу са објављеним условима лицитације, изврши избор најбољег понуђача.¹³ Износ банкарске гаранције, у принципу, тачно је одређен¹⁴ и за њега важи правило фиксне гаранцијске обавезе.¹⁵

4. Однос документарног акредитива и документарног инкаса

Документарни инкасо, елементи правног посла. – Документарни инкасо представља неутралан банкарски посао, код кога банка преузима обавезу да ће, по налогу и за рачун свог комитента (продавца робе), наплатити новчано потраживање, које овај има према трећем лицу (купцу, трасату), уз истовремену предају одређених докумената, док се комитент (налогодавац) обавезује да ће за то платити банци провизију и трошкове, које је банка имала приликом извршења добијеног налога и инструкција¹⁶. Документарни инкасо послови су карактеристични по томе што клијент преко банке потражује и врши наплату од дужника, који није у правном односу са том банком, што није случај код акредитива где клијент плаћа дуг преко банке.¹⁷ Код инкаса, банка не испитује исправност докумената, при чему плаћање не врши банка, већ дужник односно

¹³ Види Петровић, З., Козар, В., *Обезбеђење потраживања*, Београд, 2009, стр. 132.

¹⁴ Тако на пример износ лицитационе гаранције може бити одређен фиксно или у одређеном проценту (најчешће до 5%) од укупне предрачунске вредности инвестиција. Према Једнообразним правилима гаранција се издаје у валути која је одређена у позиву за лицитацију. Висина гарантног износа код гаранција за добро извршење посла може бити одређена у фиксном износу или у одређеном проценту зависно од степена извршења основног уговора, с тим што се у овој гаранцији одређује тзв. "плафон гаранције" који се везује за могући износ претпостављене штете. Износ гарантне обавезе код гаранција за покриће обично се везује за вредност аванса, али тај износ може бити и већи - ако се гаранцијом покривају камата и трошкови, односно може бити и мањи када се гаранцијом предвиђа да ће обавеза банке бити мања сразмерно испуњењу обавеза из основног уговора.

¹⁵ Када су у питању обезбеђење испуњења обавезе из уговора о јавним набавкама посебно је значајна "чинидбена банкарска гаранција за добро извршење посла." – Види Козар, В., *Коментар Закона о јавним набавкама*, Друго допуњено издање, Београд, 2010, стр. 87.

¹⁶ И документарни инкасо представља творевину аутономног трговинског права, у чијем је правном регулисању изузетан значај одиграла Међународна трговинска комора у Паризу, усвајањем и константним усавршавањем Једнообразних правила за инкасо, Публикација 522 (*Uniform Customs for Documentary Collection*). На националном нивоу документарни инкасо је регулисан само у Грчкој.

¹⁷ Види Царић, С., *Банкарски послови и хартије од вредности*, Нови Сад, 2000, стр. 40.

купац робе¹⁸. Посао документарног акредитива штити интересе и купца и продавца, за разлику од документарног инкаса, код којег је та функција испуњена једино у случају поморског транспорта робе, односно у случају наплате коносмана као хартије од вредности¹⁹.

Сличности и разлике документарног акредитива и документарног инкаса. – Документарни инкасо појављује у пословним односима заснованим на међусобном поверењу, као и код мањих спољнотрговинских послова.²⁰ Однос између банке ремитента и инкасо банке успоставља се на основу налога-инкасо инструкција, који банка ремитент доставља инкасо банци, а ова га прихвати. При томе је овај налог по својој садржини идентичан са налогом који је принципал дао својој банци, а ипак од њега правно одвојен и независан. Слично томе, и код документарног акредитива, акредитивна банка даје налог авизирајућој банци да проследи акредитив крајњем кориснику и поступи у складу са акредитивним инструкцијама. Као што се може видети, по својој правној природи, и уговор о документарном инкасу, као и уговор о отварању акредитива представљају једну врсту уговора о налогу. Основне разлике се очитују у следећем: документарни акредитив је првенствено средство плаћања, а документарни инкасо средство наплате потраживања. Код акредитива, акредитивна банка продавцу плаћа акредитивни износ у случају да су презентована уредна докумената, за разлику од документарног инкаса, где је улога инкасо банке да се строго придржава инструкција банке ремитента. То значи да, уколико је у инкасо инструкцијама назначено да инкасо банка документа уручи само након извршеног плаћања/акцептирања менице од стране купца, или да у противном врати документ, односно протестује меницу код надлежног суда, она је у обавези да то и учини. Код акредитива, банка је дужна да са пажњом доброг привредника испита саобразност докумената са условима акредитива и да, уколико су иста саобразна у свему, изврши плаћање акредитивне суме.

5. Закључак

Анализа изабраних инструмената међународног робног промета у овом раду, резултовала је закључцима и резултатима истраживања, који су

¹⁸ Види Церовић, Д., *Систем међународног привредног права*, Горњи Милановац, 1979, стр. 494

¹⁹ Ово из разлога што коносман предствља *document of title*, односно купац не може да преузме робу уколико не поднесе дупликат коносмана који је путем документарног инкаса искупио од инкасо банке, за разлику од других врста транспорта (железницом, друмским или ваздушним превозом), где се један примерак товарног листа директно доставља купцу.

²⁰ У спољној трговини у употреби су *nostro* документарни инкасо код којих домаћа банка прима од домаћег клијента инкасо документарну наплату, те *loro* документарни инкасо код којих инострани банчин клијент доставља домаћим банкама документарни материјал на наплату од домаћег дужника.

вишеструко корисни како посматрано са макро, тако и са микро аспекта. Док је банкарска гаранција значајна као инструмент обезбеђења плаћања, документарни акредитив првенствено представља средство плаћања, а тек паралелно са тим и средство обезбеђења плаћања. Што се тиче документарног инкаса, више се појављује у пословним односима заснованим на међусобном поверењу, као и код мањих спољнотрговинских послова. За разлику тога, акредитив се примењује када се уговорни партнери довољно не познају, када не постоји међусобно поверење и сигурност, као и код вреднијих купопродајних аранжмана. Посао документарног акредитива штити интересе и купца и продавца, за разлику од документарног инкаса, код којег је та функција испуњена једино у случају поморског транспорта робе, односно у случају наплате коносмана као хартије од вредности. Ово би био кратак осврт аутора инструкционог карактера намењен пословним људима, усмерен побољшању микро пословне климе у појединачним пословним релацијама, самим квалитетним одабиром адекватног инструмента међународног плаћања у сваком појединачном случају, те законодавцу у погледу постојећих правних празнина у овој области, које би требало нормирати на адекватан начин.

*Marijana Dukić Mijatović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Economics Subotica, University of Novi Sad*

ECONOMIC FUNCTIONS OF DOCUMENTARY LETTER OF CREDIT

Summary

The goal of existence of all instruments of international goods and payment transactions is to satisfy the practical needs of business people in the payment system and to unify the way of their issuance, use and interpretation, and thus improve the business transactions as well as the economic framework. In this paper, the author has analyzed the specifics of the economic functions of documentary letters of credit. The paper has been methodologically conceived as a teleological comparison of documentary letters of credit and other instruments of international payments both from a theoretical point of view, as well as current legislation, national and international levels, including the review of their application in everyday business practice.

Key words: *documentary letter of credit, economic functions, instruments of international goods and payment transactions*

Литература

- Анђелковић Ц., Шеста ревизија Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве, Београд, 2007.
- Антонијевић, З., Привредно право, Београд, 1978.
- Berman, H., Kaufman, A., The law of international commercial transactions - lex mercatoria; Harvard International Law Journal, vol. 19, no. 1/1978.
- Вајнер, З., Међународна плаћања, осигурање плаћања и финансирање у вањској трговини. Загреб, 1965.
- Вукадиновић, Р., Документарни акредитив према новој ревизији једнообразних правила и обичаја из 1993.године, Право и привреда, 1993, вол.31, бр 9-12.
- Вукадиновић, Р., Правни односи у међународном документарном акредитиву, Београд, 1989.
- Вукадиновић, Р., Анђелковић, Ц., Вуковић Д., Гаранције на први позив у међународној пракси, Београд, 1995.
- Gilbert, G. A., Lectures on banking 1969, London: King's College, 1969.
- Голдштајн, А., Привредно уговорно право. Загреб, 1967.
- Gutteridge, H.C., Megrah, M. N., The law of banker's commercial credits. London, 1979.
- Davis, A. G., The law relating to commercial letters of credit. London, 1955.
- Dolan, J., Documentary credit fundamentals: Comparative aspects. B.F.L.R, vol. 3, no. 121/1989.
- Дукић-Мијатовић, М., Осврт на флукуације на домаћем тржишту новца и капитала у светлу актуелних законских прописа, Право и привреда, вол. 47, бр. 4-6/2010.
- Ђуровић, Р., Међународно привредно право - са обрасцима уговора. Београд, 1991.
- Eberth, R., Ellinger, V. R., Deferred payment credits: A comparative analysis of their special problems, Journal of Maritime Law and Commerce, vol. 14, 1983.
- Ellinger, E. P., Documentary credits and finance by mercantile houses. u: Benjamin's sale of goods, London, 2. izd., 1981.
- Ellinger, E. P., Documentary letters of credit: A comparative study, Singapore, 1970.
- Zabel, B., Dokumentarni akreditiv in njegove pravne značilnosti. Ljubljana, doktorska disertacija, 1964.
- Закон о банкама (Службени гласник РС број 107/2005, бр. 36/2011 и 14/2015)
- Закон о Народној банци Србије ("Сл. гласник РС", бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 - др. закон, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015 и 40/2015 - одлука УС)
- Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве. Београд: Удружење банака Србије, ревизија 2006.
- Козар, В., Коментар Закона о јавним набавкама, Друго допуњено издање, Београд, 2010.
- Murray, C., Cleave, B. Schmitthoff's export trade: The law and practice of international trade. London, 1990.
- Павићевић, Б., Правни односи из банкарске гаранције, Београд, 1977.
- Перовић, С., Коментар Закона о облигационим односима, Београд, 1995.
- Петровић, З., Козар, В., Обезбеђење потраживања, Београд, 2009.
- Rosenberg, L., Pravo međunarodnih plaćanja. Zagreb, 1975.

Маријана Дукић Мијатовић, Привредне функције документарног
акредитива (стр. 257-268)

Shattuck, W. L., Guernsey, L. R., (1962) Letters of credit and the UCCV. Wash Law
Rev, vol. 63, 1962.

Хорн, Н., Међународна плаћања и акредитив, Правни живот, бр. 12/1976.

Царић, С., Банкарски послови и хартије од вредности, Нови Сад, 2000.

Церовић Д., Систем међународног привредног права, Горњи Милановац, 1979.

*Др Зоран Васиљевић, доцент
Његослав Јовић, МА, виши асистент
Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*

УДК: 336.77:330.5

ПОТРОШАЧКИ КРЕДИТ КАО ВРСТА БАНКАРСКОГ УСЛУЖНОГ ПОСЛА

Резиме

У овом раду аутори анализирају потрошачки кредит почевши од дефинисања потрошачког кредита, његовог настанка и развоја, као и врста потрошачког кредита. Аутори анализирају правну регулативу којом је овај банкарски посао регулисан у Европској унији, а такође и правну регулативу Босне и Херцеговине.

Потрошачки кредит представља један од облика финансирања личне потрошње. Банкама, између осталог, служи и за привлачење клијената. Његов корисник је, с аспекта заштите потрошача, физичко лице, а овај кредит му служи за задовољавање сопствених потреба или за потребе осталих чланова породице. Сматра се непродуктивном врстом кредита али може да има итекако позитивне ефекте не само на потрошаче, већ и на индустријски и трговински сектор.

***Кључне речи:** уговор о кредиту, потрошачки кредит, заштита потрошача.*

1. Увод

Уговор о кредиту је врста банкарског посла којим се банка обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено вријеме, за неку намјену или без утврђене намјене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у вријеме и на начин како је утврђено уговором.¹

Овај уговор по својој правној природи има грађанскоправну основу у уговору о зајму, али се данас у већини националних законодавстава издваја као посебан именовни уговор. То је формални, двострано обавезујући, теретни уговор који спада у уговоре по приступу.

¹ Чл. 1065. Закона о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и „Службени гласник РС“, бр. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04.

Постоје разне врсте и класификације уговора о кредиту. Према сврси коришћења они се дијеле на произвођачке и потрошачке кредите. Произвођачки кредити служе за набавку основних средстава у виду инвестиционих кредита, за набавку обртних средстава или санацију производње, а могу да послуже и за стамбену изградњу. Они подижу куповну моћ произвођача како би могао да без већих тешкоћа увећа обим производње што у крајњем исходу доводи и до веће понуде производа на тржишту, а то би требало бити праћено и увећањем прихода произвођача. Њихови корисници су претежно привредна друштва. Из ових разлога банке радо одобравају произвођачке кредите.

Потрошачки кредити се дају физичким лицима којим се повећава њихова куповна моћ, а служе за повећање потрошње изнад економске моћи корисника кредита. Економска теорија их сматра непродуктивним. Међутим, могу да послуже за стимулисање продаје одређене врсте робе. Њихови даваоци поред банке могу да буду и произвођачи, а исто тако и трговци.² Ови кредити су алтернативни начин финансирања личне потрошње у односу на плаћање из текућег дохода или готовином из штедње. У односу на произвођачке кредите, потрошачки кредити се јављују у последњој фази друштвене репродукције.

2. Појам потрошачког кредита

Потрошачки кредити (енгл. *consumer credit*, њем. *Abzahlungsgeschäft*) су врста кредита који се може подвести под општу дефиницију кредита из чл. 1065. ЗОО-а, с обзиром да није искључена могућност да корисник буде и физичко лице, те се и на њих могу примијенити опште одредбе о уговору о кредиту. Међутим, специфичност својства корисника као неупућене и економски слабије стране управо и захтијева детаљније и посебно регулисање потрошачких кредита.³ То је и чињено у бившој Југославији, почев од Наредбе о одобравању кредита за куповину индустријске робе из 1952. године,⁴ а затим и касније законским и подзаконским актима који су прилично детаљно регулисали ову врсту уговора, претварајући га од првобитно конципираног уговора са претежно социјалном функцијом у значајан економски инструмент.

Наиме, потрошачким кредитима се могу приписати значајне економске функције дјеловања на однос понуде и тражње, регулисање обима производње, стабилизацију робноовчаних односа и утицај на структуру потрошње. Имају и социјално дејство, јер побољшавају положај становништва повећањем куповне

² Васиљевић, М., *Трговинско право*, тринаесто измењено и допуњено издање, Београд, 2012, стр. 362.

³ Више о правима и обавезама из уговора о кредиту вид. Васиљевић, З., *Права и обавезе из уговора о кредиту*, Бања Лука, 2015.

⁴ *Наредба о одобравању кредита за куповину индустријске робе*, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 25/52.

снаге без претходне штедње.⁵ Али, с друге стране, претјерано одобравање потрошачких кредита може да води инфлацији и тако проузрокује и штетне последице, те је потребан опрез и контрола над примјеном ове врсте утицаја на привредне токове. Постоје и схватања у теорији да је увођење потрошачких кредита иницирано више потребама произвођача који нису могли пласирати сву произведену робу, него потребама потрошача, те да се на овај начин помаже одржавању високих цијена робе и услуга.⁶

Узимајући у обзир економске карактеристике потрошачких кредита, могли бисмо их дефинисати као „из дохотка отплативи, у правилу, намјенски, краткорочни и непродуктивни кредит, одобрен потрошачима да би повећао њихову куповну снагу изнад њихове, објективно дате, реалне економске моћи, ради финансирања потрошних издатака за набавку покретних, претежно трајних потрошних добара и нематеријалних услуга“.⁷ Међутим, са строго правног аспекта најбитније је нагласити његову специфичност у односу на општу дефиницију уговора о кредиту, која се састоји у томе да се кредит узима за сврхе које не улазе у оквир професионалне дјелатности, било да се у својству корисника јавља физичко лице (чак и са статусом предузетника) или правно лице.⁸

Потреба за регулативом је овдје посебно наглашена ради заштите корисника кредита, тј. потрошача.⁹ Готово сви упоредноправни прописи се слажу да корисник кредита може бити само физичко лице. Изузетно, британски Закон о потрошачком кредиту из 1974. године наводи да потрошач може бити и ортаклук или други облик неинкорпорисаних привредних субјеката.¹⁰ Јасно је да се појам корисника кредита разликује од оног који је прихваћен у теорији, с обзиром да у регулативи нису укључени привредни субјекти као корисници потрошачких кредита када их узимају за сврхе које нису у вези са дјелатношћу којом се баве, као ни држава. То је учињено из разлога што је у регулативи акценат на заштити потрошача, за коју се сматра да није потребна наведеним субјектима, те се јављају и ови примјери недоследности.

⁵ Вид. Комазец, С., Живковић, А., Ристић, Ж., *Банкарство*, Београд, 2001, стр. 365.

⁶ Бајец, М., *Банкарски и кредитни систем*, Београд, 1966, стр. 36-37.

⁷ Страњак, А., *Теорија потрошачког кредита и наш систем потрошачког кредитирања*, Информатор, Загреб, 1971, стр. 16.

⁸ Вид. Gkoutzinis, A., *Internet Banking and the Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, стр. 40-42.

⁹ О ризичности и потреби заштите корисника потрошачких кредита више: Ђурђевић, М., *Ограничења слободе уговарања у уговорима о кредиту између банке и појединца*, Право и привреда, бр. 5-8/03, стр. 345-346.; Rose P., Hudgins, S., *Банкарски менаџмент*, Београд, 2005, стр. 601-602 и 606-607.

¹⁰ Чл. 189. *Закон о потрошачком кредиту Велике Британије*. Вид. Јованић, Т., *Потрошачки кредит*, Београд, 2004, стр. 109-110.

3. Настанак и развој потрошачког кредита

Није сасвим јасно кад су се појавили потрошачки кредити. Несумњиво је да се и ова врста кредита развила из уговора о зајму, а да је кредитирање потрошача старо готово колико и трговина.¹¹ Њихов настанак се у савременом облику везује за појаву отплате животних намирница у француским трговинама почетком XIX вијека, иако је по неким мишљењима први примјер ове врсте кредита био у случају предузећа за продају намјештаја „*Cowpertwais and Sons*“ основаног у Њујорку 1807. године,¹² док други аутори истичу да се у САД првенствено развио у облику робног кредита у продаји Сингер шиваћих машина на отплату средином XIX вијека.¹³ У Њемачкој се потрошачки кредит појављује око 1830. године и представљао је начин мјесечне отплате животних намирница. У сваком случају савремени развој потрошачких кредита започиње са масовном индустријализацијом и урбанизацијом, те посебно развојем аутомобилске индустрије.

Развој индустрије довео је до нагомилавања залиха индустријских производа који нису могли бити распродати у кратком року јер куповна моћ становништва није могла да прати пласирање производа на тржиште. Да би донекле ријешили овај проблем, произвођачи су купцима продавали робу на одложено плаћање, па је и потрошачки кредит историјски настао као форма продаје робе на рате.

Повећање становништва и убрзана урбанизација, пораст личних доходака и раст друштвеног производа, велики избор потрошачких добара као и потребе личног комфора са жељом да што прије ступе у посјед многобројних материјалних добара, утицали су да људи све више задовољавају своје личне потребе са одложеним плаћањем.¹⁴ Првобитно су само произвођачи и трговци продавали робу физичким лицима на одложено плаћање а касније су банке и остале финансијске институције почеле да финансирају физичка лица за куповину личних намирница те је на тај начин и настао савремени потрошачки кредит.

Потрошачки кредит служи и као средство подстицаја производње и промета робе, а становништву је врло значајан начин финансирања личне потрошње којим повећава свој животни стандард.

¹¹ Страњак, А., *нав. дјело*, стр. 11.

¹² *Исто*, стр. 12.

¹³ Вид. Јованић, Т., *нав. дјело*, стр. 15.

¹⁴ *Исто*, стр. 16.

4. Врсте потрошачког кредита

Постоје разне врсте кредита и они се дијеле према различитим критеријумима.¹⁵ Сви кредити се зависно од критеријума могу подијелити на: унутрашње и међународне, краткорочне, средњорочне и дугорочне, на једнократне, оброчне и амортизационе, намјенске и ненамјенске, индустријске, трговинске, занатске и пољопривредне, произвођачке, инвестиционе и потрошачке, покривене и непокривене, персоналне и реалне, робне, комерцијалне и новчане.

Потрошачки кредити се најчешће јављају у виду новчаног или финансијског кредита а могу бити и комерцијални кредити. Новчани или финансијски потрошачки кредити су кредити са одређеном намјеном или без намјене који се дају потрошачу у новцу и које је потрошач дужан да врати у новцу према плану отплате или на други начин. Њихови даваоци су банке и финансијске институције. Комерцијални потрошачки кредити су кредити које произвођач или продавац робе одобрава купцу - потрошачу у роби а купац – потрошач их је дужан вратити у новцу.

Потрошачки кредити се могу подијелити на банкарске, трговачке и мјешовите. Банкарски потрошачки кредити се јављају у виду личних готовинских кредита, намјенских новчаних кредита за куповину одређених производа као и разни облици кредита путем прекорачења текућег рачуна или дозвољеног минуса. Трговачки кредити су кредити које одобравају трговци купцима у виду одложеног плаћања робе или нпр. кредитирањем преко отвореног рачуна код продавца. Мјешовити потрошачки кредити су кредити финансијских институција који се одобравају у сарадњи са испоручиоцима добара и вршиоцима услуга.¹⁶ Примјери мјешовитих потрошачких кредита су кредитна продаја, у којој учествују банка, добављач и купац и финансијски лизинг.

Потрошачки кредити могу бити намјенски и ненамјенски, могу бити фиксни и обнављајући потрошачки кредити а могу бити двострани и тространи потрошачки кредити. Према начину пуштања у оптицај потрошачки кредити могу бити реализовани методом асигнације, готовинском исплатом или уплатом на текући рачун. Према начину враћања дијеле се на потрошачке кредите који доспијевају одједном или у ратама. Према постојању адекватног обезбјеђења кредита дијеле се на обезбијеђене и необезбијеђене потрошачке кредите.

Постоји још подјела потрошачких кредита, али за савремене потрошачке кредите је карактеристично да се најчешће комбинују са разним облицима финансијских услуга, претежно са осигурањем.

¹⁵ Више о врстама кредита вид. Васиљевић, З., *Правна теорија кредита*, Бања Лука, 2013, стр. 50-114.

¹⁶ Јованић, Т., *нав. дјело*, стр. 140.

4. Правна регулатива ЕУ о потрошачким кредитима

Закон о потрошачким кредитима УК је послужио и као основа за доношење Директиве Савјета 87/102/ЕЕЗ за приближавање закона, прописа и административних одредби држава чланица у вези потрошачких кредитима из 1987. године¹⁷ која је стављена ван снаге 2008. године доношењем нове Директиве 2008/48/ЕЗ Европског парламента и Савјета о уговорима о потрошачким кредитима и стављању ван снаге Директиве Савјета 87/102/ЕЕЗ.¹⁸ Нова Директива је морала бити имплементирана у национална законодавства до 12. маја 2010. године. Комисија је дужна да сваких пет година припреми извјештај о имплементацији Директиве, а посебно процијени релевантност прагова који се примјењују у Директиви и проценте који се користе за компензације у случају пријевремене отплате кредита. Да би помогла државама чланицама да правилно примјене Директиву 2008/48/ЕЗ, Комисија је 8. маја 2012. године објавила „Смјернице о примјени Директиве 2008/48/ЕЗ (Директива о потрошачким кредитима) у односу на трошкове и годишњу процентуалну стопу накнаде“.¹⁹ Директивом се прописују минимални захтјеви по питању заштите корисника потрошачких кредита, прије свега по питању њихове информисаности у смислу обавезивања кредитора да прије склапања уговора обавијести потрошача о највишем износу кредита, годишњој каматној стопи, укупним трошковима одобравања и реалним годишњим каматама, те претпоставкама њиховог мијењања и раскида уговора.²⁰

¹⁷ Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ L 042 of 12.02.1987., amended OJ L 278 of 11.10.1988. 16.01.2008. године је након 6 година преговора, Европски парламент усвојио нову Директиву о потрошачким кредитима. За листу осталих прописа из области заштите потрошача и потрошачких кредита на нивоу ЕУ вид. Gerster, C., Klein, G., Schoppmann, H., Schwander, D., Wengler, C., *European Banking and Financial Services Law*, Kluwer Law International - European Association of Public Banks, Hague, 2004, стр. 127-151.

¹⁸ Directive 2008/48/EC of the European parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ L 133, of 22.5.2008.

¹⁹ Guidelines on the application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in relation to costs and the Annual Percentage Rate of charge, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, EUROPEAN COMMISSION, SWD(2012) 128 final, Brussels, 8.5.2012.

²⁰ Директивом би требало да се хармонизује 800 милиона Евра вриједно тржиште потрошачких кредита у ЕУ и отвори се за конкуренцију. Процијенује се и да је годишњи раст тржишта потрошачких кредита у ЕУ око 8%. Види: www.euroactiv.com/en/financial-services/parliament-passes-disputed-consumer-credit-directive/article-169603. Посљедње спорно питање приликом усвајања нове Директиве је било питање компензације кредитору у случају раније отплате кредита - рјешење је да компензација не може бити већа од 1% од

Значајно је питање дефинисања оквира примјене Директиве 2008/48/ЕЗ. Наиме, под кредитним споразумом се сматра одложено плаћање, зајам или други финансијски споразум, а кредитором се сматра физичко или правно лице које одобрава кредит у оквиру свог занимања, привредне или професионалне дјелатности.²¹ Дакле, оставља се могућност широког тумачења, како предмета уговора, тако и појма даваоца кредита. На овај начин се под потрошачке кредите подводе и неки послови који по својој природи нису кредити, као што је продаја на рате.²² Када се ради о даваоцима потрошачких кредита који су небанкарски субјекти, у појединим законодавствима (нпр., енглеском праву) постоји потреба њиховог лиценцирања за обављање ових послова.²³ Разлог оваквог приступа дефинисању појма кредитора и самог посла лежи у потреби за свеобухватном заштитом потрошача, односно јединственом регулативом исте. Међутим, потрошачки кредит се мора разграничити од продаје на рате, јер се кредити дају у новцу, док се у другом случају ради о роби. Такође, новац добијен на основу одобреног кредита постаје одмах својина корисника, док се код продаје са одложеним плаћањем може задржати право својине од стране продавца све до потпуне отплате цијене робе.²⁴ И код продаје на рате може се радити о банкарском кредиту уколико продавац овај посао не финансира сам из акумулираних средстава, већ добија кредит од банке за робу коју продаје на овај начин.²⁵

Према Директиви 2008/48/ЕС Уговор о кредиту мора бити састављен на папиру или на неком другом трајном медију а по примјерак истог добијају све уговорне стране. Уговор о кредиту јасно и сажето дефинише врсту кредита,

износа дуга који је раније отплаћен, а ако дужник отплати кредит унутар године у којој је дугован износ, онда се компензација смањује на 0,5%. Државе чланице имају могућност да изузетно повећају компензацију преко 1%.

²¹ Вид. чл. 3. Директиве 2008/48/ЕС.

²² У Енглеској се за овај посао користи термин “*hire-purchase*“. Широко тумачење давалаца потрошачких кредита је постојало и у регулативи бивше СФРЈ. Тако су се у чл. 111. Закона о банкама и кредитним пословима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 12/65, под даваоцима кредита подразумевале и привредне организације које испуњавају одговарајуће услове.

²³ У Енглеској лиценцу даје Генерални директор за слободну трговину. Вид. Ellinger, E. P., Lomnicka, E., *Modern Banking Law*, Oxford, 2002, стр. 78; Kelly, D., Holmes, A., Hayward, R., *Business Law*, Cavendish Publishing, Portland, 2002, стр. 569-570.; Macintyre, E., *Business Law*, Longman, Harlow, UK, 2001, стр. 393-394; Bradgate, R., White, F., Fennell, S., *Commercial Law*, Blackstone Press Ltd., London, 1994, стр. 218.

²⁴ Николић, Љ., *Неке дилеме око улоге потрошачких кредита*, Југословенско банкарство, бр. 11/1975, стр. 23.

²⁵ Најбољи примјер разграничења послова продаје на рате даје њемачко законодавство кроз разграничење А, Б и Ц посла. Вид. Нопт, К., Mülberr, P., *Kreditrecht (Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht)*, J. Schweitzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1989, пар. 456-578.

идентитет и географску адресу уговорних страна, евентуално и географску адресу кредитног посредника, трајање уговора о кредиту, укупан износ кредита и услове који одређују повлачење новца на основу уговора о кредиту, каматну стопу и услове који одређују примјену те стопе, ефективну каматну стопу, износ, број и учесталост уплата које је потрошач дужан извршити, упозорење на посљедице изосталих уплата, тражене јемце и осигурања ако их има, право на пријевремену отплату и, према потреби, остале уговорне услове и одредбе.²⁶

Директива, ипак, сужава домен своје примјене набрајањем изузетака који не потпадају под појам потрошачког кредита. То су послови који су по својој правној природи различити од кредита или су, пак, мале вриједности, односно таквог карактера да није потребна заштита корисника кредита.²⁷ Ради се о сљедећим пословима: кредитни споразуми осигурани било хипотеком или другим сличним средством обезбјеђења које се користи у држави чланици на некретнинама или осигураним правом које се односи на некретнине; кредитни споразуми чија је сврха да се стекне или задржи својинско право на земљи или постојећем објекту или пројектованом објекту; кредитни споразуми чија је вриједност мања од 200 € или већа од 75.000 €; уговори о закупу или лизингу гдје обавеза куповине предмета споразума није истакнута било у самом споразуму или одвојеном споразуму (таква обавеза ће се сматрати да постоји ако је једнострано одређена од стране кредитора); кредитни споразуми који представљају прекорачење текућег рачуна и гдје је рок отплате краћи од мјесец дана; кредитни споразуми код којих се не наплаћује камата нити друге накнаде и они који се требају отплатити унутар рока од три мјесеца и гдје се наплаћује само незнатна накнада; кредити запосленима код кредитора као секундарна активност ослобођена камате или са каматом мањом од преовлађујуће на тржишту и која се не нуди јавности; кредитни споразуми закључени са инвестиционим фирмама дефинисаним у члану 4(1). Директиве 2004/39/ЕС или са кредитним институцијама из члана 4. Директиве 2006/48/ЕС; коначно, кредитни споразуми који су производ судске нагодбе или нагодбе пред неком другом државном институцијом.²⁸

Државе чланице ЕУ могу својим прописима проширити обим потрошачких кредита, с обзиром да Директива намеће само минимум стандарда који се морају усвојити. Тако нпр., прописи Аустрије, Данске, Њемачке, Финске и Ирске не постављају горње лимите кредитног износа, а у Великој Британији је донедавно постојао горњи лимит у износу од 25.000 £. С друге стране, у Француској и већем

²⁶ Вид. детаљније чл. 10. Директиве 2008/48/ЕС.

²⁷ Вид. чл. 2. ст. 2. Директиве 2008/48/ЕС.

²⁸ Вид. www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=EN&type=IM-PRESS&reference=20080111PR18242. Упор. са предметом регулативе претходне Директиве код Петрић, С., *Заштита потрошача у банкарским кредитним пословима у хрватском праву у односу на право ЕУ-а*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 39, бр. 1-2 (65-66), 2002, стр. 118-120.

броју земаља нових чланица ЕУ не постоји прописан доњи лимит.²⁹ У Великој Британији је и ужи круг изузетих уговора.³⁰ У САД-у, потрошачки кредити су посебно регулисани у првој глави³¹ Закона о заштити потрошача из 1968. године, у којем је нагласак на транспарентности услова кредита. Одређен је и горњи лимит износа кредита од 25.000 \$.³²

У новије вријеме се све више развија и давање потрошачких кредита путем интернета, при чему је чест услов да клијент има рачун код банке даваоца кредита. У Енглеској је 2004. године донијета и посебна Одлука на основу Закона о електронским комуникацијама из 2000. године ради омогућавања електронског кредитирања. Поступак се састоји у пријему захтјева електронским путем, те у случају прихвата, закључењу уговора путем поште.³³

5. Правна регулатива у БиХ о потрошачким кредитима

У Републици Српској до 2011. године, кад су усвојене измјене и допуне Закона о банкама,³⁴ није постојала регулатива потрошачких кредита. На снази је био само Закон о заштити потрошача, усвојен на нивоу БиХ.³⁵ Измјенама и допунама Закона о банкама су увршћене и одредбе које се односе на уговоре о кредиту закључене са корисницима који се не баве привредном дјелатношћу, тј. потрошачке кредите. Наведене одредбе су донијете ради усклађивања са прописима ЕУ из ове области, уз искоришћене могућности проширења обима потрошачких кредита, па тако, нпр., ни код нас не постоји горњи лимит кредитног износа који би ограничавао домен примјене Закона.

На нивоу БиХ члановима 52. до 67. Закона о заштити потрошача БиХ регулисан је потрошачки кредит. Према овом Закону уговори о кредиту су

²⁹ Вид. Јованић, Т., *нав. дјело*, стр. 163-164.

³⁰ То су уговори код којих је нижа каматна стопа, затим код којих се отплата врши у мање од 4 рате, гдје се ради о финансирању спољне трговине, те уговори код којих се у својству кредитора јавља јединица локалне самоуправе, хуманитарна организација, организација радника или одређена специјализована корпоративна тијела. Вид. Ruff, A. R., *Commercial and Industrial Law*, M&E Handbooks, Plymouth, 1978, стр. 79.; Lawson, R., *Business Law*, Pitman Publishing, London, 1998, стр. 243-244. Такође, изузети су и хипотекарни кредити, те дуговања по текућем рачуну када се сума треба отплатити одједном. Вид. Kelly, D., Holmes, A., Hayward, R., *нав. дјело*, стр. 568-569.; Macintyre, E., *нав. дјело*, стр. 387.; Ellinger E. P., Lomnicka, E., *нав. дјело*, стр. 77-78.

³¹ С насловом *The Truth in Lending Act (TILA)*.

³² Вид. Miller, R. L., Jentz, G., *Business Law Today*, 6th edition, Thomson, Mason, Ohio, 2003, стр. 876-877.

³³ Вид. Gkoutzinis, A., *Internet Banking and the Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, стр. 23, и 208-209.

³⁴ *Закон о банкама Републике Српске*, „Службени гласник РС“, бр. 44/03, 74/04, 116/11, 5/12 и 59/13.

³⁵ *Закон о заштити потрошача у БиХ*, „Службени гласник БиХ“, бр. 25/06.

уговори којима кредитор додјељује или обећава да ће додијелити потрошачу кредит у форми одређеног плаћања, зајам или сличну финансијску погодност,³⁶ док је уговор о кредитном посредовању уговор у коме кредитни посредник преузима обавезу да посредује у корист потрошача приликом одобравања кредита за одређену провизију или да потрошачу пружи информације о повољном кредитирању.³⁷ Овај Закон се не примјењује на уговоре о кредиту чија је намјена куповина, изнајмљивање или реновирање некретнина.

Уговор о потрошачком кредиту се закључује у писменој форми и мора да садржи све информације које су прописане чланом 54. Закона о потрошачима БиХ. Један примјерак уговора мора бити уручен потрошачу. Кредитор мора у писменој форми обавијестити потрошача прије закључења уговора о допуштеној горњој граници прекорачења на текућем рачуну потрошача, годишњој каматној стопи, условима за промјену каматне стопе и начинима раскида уговора.³⁸ Забрањена је употреба мјеница и чекова приликом закључења уговора о потрошачком кредиту.³⁹

У Републици Српској су усвајањем Закона о измјенама и допунама Закона о банкама Републике Српске⁴⁰ из 2011. године прописане и одредбе које се тичу заштите корисника потрошачких кредита. Ове допуне Закона садрже опште одредбе које се односе на заштиту права и интереса корисника банкарских услуга уопште, а односе се на кориснике који су физичка лица, односно потрошаче, мада закон не употребљава овај израз. Поред наведених, посебно су садржане и одредбе које се односе на поједине облике банкарских услужних послова, између осталих и уговор о кредиту. Према овом Закону, банка је дужна да прије закључења уговора о кредиту, уз претходну писмену сагласност корисника, јемца или другог лица које лично обезбјеђује испуњење обавезе корисника, међусобно их информисати и упознати са документацијом и подацима прибављеним у поступку процјене кредитне способности.⁴¹ Ова врста уговора о кредиту поред обавезних елемената из члана 93з садржи и додатне обавезне елементе прописане чланом 98м а то су: код кредита индексираних у страниј валути – валуту у којој банка индексира кредит, тип курса валуте који се примјењује при одобравању и отплати кредита, као и датум обрачуна; право корисника да од банке на уговорени начин, а најмање једном годишње, без накнаде добије писани извод о стању његовог кредитног задужења; укупне трошкове кредита; укупан износ који корисник треба да плати; по потреби, одредбу о обавези коришћења и плаћања трошкова нотарских услуга;

³⁶ Чл. 52. Закона о заштити потрошача БиХ.

³⁷ Чл. 67, ст. 1. Закона о заштити потрошача БиХ.

³⁸ Чл. 58, ст. 2. Закона о заштити потрошача БиХ.

³⁹ Вид. чл. 62, ст. 2. Закона о заштити потрошача БиХ.

⁴⁰ Закон о измјенама и допунама Закона о банкама Републике Српске, „Службени гласник РС“ бр. 116/11.

⁴¹ Чл. 98л, ст. 2. Закона о измјенама и допунама Закона о банкама Републике Српске.

инструменте обезбјеђења испуњења обавеза са информацијом о редослиједу и начину измирења обавеза из инструмената обезбјеђења; право корисника на одустајање од уговора, услове и начин остварења тог права и услове и начин пријевремене отплате кредита и висину накнаде банке по овом основу.

Банка има забрану да врши измјену промјенљиве каматне стопе у роковима другачијим од уговорених. Банка је дужна да врши усклађивање висине промјенљиве каматне стопе према висини утврђене референтне каматне стопе са којом се према уговору камата усклађује и која се јавно објављује а важећа је на дан истека уговореног рока за усклађивање каматне стопе. Корисник може да одустане од закљученог уговора о кредиту у року од 14 дана од дана закључења уговора без навођења разлога за одустанак, под условом да није почео да користи кредитна средства а о својој намјери је дужан да обавијести банку у писменој форми. У овом случају, банка има право да наплати само накнаду за обраду кредитног захтјева чија висина не смије бити већа од накнаде коју би наплатила кориснику да није одустао од кредита.

Корисник може да изврши пријевремену отплату кредита, у потпуности или дјелимично, прије рока одређеног за враћање и при том има право на умањење укупних трошкова кредита за износ камате и трошкова за преостали период трајања уговора. О овој својој намјери, корисник је такође дужан да унапријед обавијести банку у уговореном року. У овом случају, банка не може захтијевати накнаду за пријевремену отплату ако је отплата била учињена на основу закљученог уговора о осигурању чија је намјена обезбјеђење отплате, ако се отплата врши у току периода за који је уговорена промјенљива номинална каматна стопа и у случају дозвољеног прекорачења рачуна.⁴² У случају да корисник не измирује своје обавезе у уговореном року, на доспјеле а неизмирене обавезе банка обрачунава камату која важи у случају дужничког кашњења у измирењу обавеза, а регулисана је прописима који уређују облигационе односе.

На крају, могла би се истаћи још једна специфичност потрошачких кредита, која их разликује од осталих врста, а то је примјена одређених средстава обезбјеђења. Разлог томе су повећана ризичност одобравања кредита и само својство корисника кредита (физичко лице). Наиме, до сада се као средство обезбјеђења најчешће користила бланко мјеница са потписима једног или два жиранта (у ствари, ради се о послу скривеног авала). Након доношења Закона о заштити потрошача из 2006. године, ова пракса би требала да се онемогући, те банке усмјере на замјенска средства обезбјеђења, као што је уговор о јемству. Такође, с обзиром да су корисници физичка лица која остварују лични доходак, ставља им се и административна забрана на њихова примања из којих се отплаћују анuitети. Тиме се успоставља правни однос између даваоца кредита и

⁴² Вид. чл. 98о Закона о измјенама и допунама Закона о банкама Републике Српске.

организације која је ставила забрану, који не подразумејева и јемство те организације за уредно враћање кредита.⁴³

6. Закључак

Потрошачки кредити, иако служе за финансирање потрошње непривредних субјеката, несумњиво имају и привредни значај, јер посредно стимулишу повећање производње робе која се купује средствима добијеним на основу овог правног посла. Оно што издваја ову, у односу на остале врсте уговора о кредиту, је превасходно чињеница да се у улози корисника кредита јављају субјекти који се не баве привредним дјелатностима или се добијена средства користе у непривредне сврхе. Уколико су та лица и физичка, онда им је потребна и већа заштита у односу на остале субјекте.

Иако физичка лица која се не баве привредним дјелатностима не представљају једине кориснике потрошачких кредита, законодавац се, по правилу, само њима бави у одредбама које регулишу материју потрошачких кредита. На овај начин се и посматрани правни посао, иако један од банкарских, практично придружује посебној правној области заштите потрошача.

Заштита потрошача се, по правилу, у националним правним системима уређује посебним законом, што је случај и са Босном и Херцеговином. Закон о заштити потрошача у БиХ садржи норме које се односе и на материју потрошачких кредита, као што је, нпр., она да банке не смију користити мјеницу као средство обезбјеђења. Међутим, потрошачки кредити, као нарочито значајан сегмент ово области, заслужују засебну регулативу, која се и у Републици Српској појавила усвајањем измјена и допуна Закона о банкама из 2011. године. Тада је донесен читав сет одредаба које се односе на наведену проблематику, како општих које се односе на све кориснике банкарских услуга у својству физичких лица која ступају у односе са банком ради коришћења услуга у сврхе које нису намијењене њиховој пословној или другој комерцијалној дјелатности, тако и посебних које се односе само на потрошачке кредите. Нарочито су значајне императивне норме које прописују дужност оглашавања општих услова пословања кредитора на јасан и разумљив начин, информисање корисника о условима и свим битним карактеристикама услуге која се нуди, обавезан садржај уговора о потрошачком кредиту и забрану мијењања без писане сагласности корисника, забрану условљавања закључења уговора избором даваоца споредне услуге (нпр., осигурање као средство обезбјеђења), начин одређивања каматне стопе, обавезу упознавања корисника са значењем уговорних одредаба и јемца са садржајем посла и дужниковим финансијским стањем, остављање могућности

⁴³ Вид. Јанковец, И., *Привредно право*, Службени лист СРЈ, Београд, 1999, стр. 609-610. Више о осигураним потрошачким кредитима: Anderson, R., Fox, I., Twomey, D., *Business Law*, South-Western Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 1987, стр. 612-620.

одустајања од већ закљученог уговора у одређеном року (тзв. *cooling of period*), као и друге одредбе.

Могли бисмо закључити да, иако се и ова врста банкарског посла сврстава у групу кредитних, тј. активних, потрошачки кредити ипак несумњиво представљају и врсту услужног посла, с обзиром да се корисницима позајмљује одређени износ новчаних средстава и за непривредне сврхе, у њиховом личном интересу, тј. ради побољшања куповне моћи и животног стандарда. Уосталом то потврђује и законодавац кроз одредбе о заштити потрошача које се односе и на овај правни посао, а којима регулише заштиту права и интереса управо корисника банкарских услуга, прописујући дужност банака да у обављању дјелатности и пружању услуга обезбиједе наведену заштиту.

*Zoran Vasiljević, PhD, Assistant Professor,
Njegoslav Jović, MA, Senior Assistant,
Faculty of Law University of Banja Luka*

CONSUMER CREDIT AS A BANKING SERVICE

Summary

In this paper, the authors analyze the consumer credit starting with its definition, then its creation and development, as well as its kinds. The authors also analyze the legal framework under which is this banking business regulated in the European Union, as well as its legislation in Bosnia and Herzegovina.

Consumer credit represents one of the forms of financing the personal consumption. It serves to banks, among other things, to attract consumers. Its beneficiary is, from the aspect of consumer protection, a natural person and this loan serves to him for satisfaction of his own needs or the needs of other family members. It is considered as unproductive kind of loan but it can have very positive effects, not only on consumers, but also on industrial and commercial sector.

Key words: *loan contract, consumer credit, consumer protection.*

Литература

- Anderson, R., Fox, I., Twomey, D., Business Law, South-Western Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 1987.
- Бајец, М., Банкарски и кредитни систем, Београд, 1966.
- Bradgate, R., White, F., Fennell, S., Commercial Law, Blackstone Press Ltd., London, 1994.
- Васиљевић, З., Права и обавезе из уговора о кредиту, Бања Лука, 2015.
- Васиљевић, З., Правна теорија кредита, Бања Лука, 2013.
- Васиљевић, М., Трговинско право, Београд, 2012.
- Gerster, C., Klein, G., Schoppmann, H., Schwander, D., Wengler, C., European Banking and Financial Services Law, Kluwer Law International - European Association of Public Banks, Hague, 2004.
- Gkoutzinis, A., Internet Banking and the Law in Europe, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Ђурђевић, М., Ограничења слободе уговарања у уговорима о кредиту између банке и појединца, Право и привреда, бр. 5-8/03.
- Ellinger E. P., Lomnicka, E., Modern Banking Law, Oxford, 2002.
- Јанковец, И., Привредно право, Београд, 1999.
- Јованић, Т., Потрошачки кредит, Београд, 2004.
- Kelly, D., Holmes, A., Hayward, R., Business Law, Cavendish Publishing, Portland, 2002.
- Комазец, С., Живковић, А., Ристић, Ж., Банкарство, Београд, 2001.
- Lawson, R., Business Law, Pitman Publishing, London, 1998.
- Macintyre, E., Business Law, Longman, Harlow, UK, 2001.
- Miller, R. L., Jentz, G., Business Law Today, 6th edition, Thomson, Mason, Ohio, 2003.
- Николић, Љ., Неке дилеме око улоге потрошачких кредита, Југословенско банкарство, бр. 11/1975.
- Петрић, С., Заштита потрошача у банкарским кредитним пословима у хрватском праву у односу на право ЕУ-а, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 39, бр. 1-2 (65-66), 2002.
- Rose P., Hudgins, S., Банкарски менаџмент, Београд, 2005.
- Ruff, A. R., Commercial and Industrial Law, M&E Handbooks, Plymouth, 1978.
- Страњак, А., Теорија потрошачког кредита и наш систем потрошачког кредитирања, Информатор, Загреб, 1971.
- Нопт, К., Müllert, P., Kreditrecht (Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht), J. Schweitzer Verlag KG Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1989.
- Закон о заштити потрошача у БиХ, „Службени гласник БиХ“, бр. 25/06.
- Закон о банкама Републике Српске, „Службени гласник РС“, бр. 44/03, 74/04, 116/11, 5/12 и 59/13.
- Закон о банкама и кредитним пословима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 12/65.
- Наредба о одобравању кредита за куповину индустријске робе, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 25/52.
- Directive 2008/48/EC of the European parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ L 133, of 22.5.2008.
- Guidelines on the application of Directive 2008/48/EC (Consumer Credit Directive) in relation to costs and the Annual Percentage Rate of charge, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, EUROPEAN COMMISSION, SWD(2012) 128 final, Brussels, 8.5.2012.
- Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ L 042 of 12.02.1987., amended OJ L 278 of 11.10.1988.

*Др Габријела Михелчић, доцент
Правног факултета Свеучилишта у Ријеци
Др Јакоб Накић,
Жупанијско државно одвјетништво у Ријеци*

УДК: 336.71

РЕФЛЕКСИЈА ПРАВИЛА О ПРИСИЛНОМ НАМИРЕЊУ ИЗ ДИРЕКТИВЕ О ХИПОТЕКАРНИМ КРЕДИТИМА НА КРЕДИТНЕ УСЛУГЕ (с освртом на одређена земљишнокњижна питања)

Резиме

Аутори у раду анализирају новине које у поступке присилног намирења стварноправно осигураних тражбина из уговора о потрошачком кредиту на стамбеним некретнинама доносе нова правила (чл. 28.) Директиве 2014/17/ЕУ. При томе проматрају на који ће се начин могуће уговарање присилног намирења повратом или пријеносом осигурања, односно категорије почека с намирењем и захтјева за постизање највише цијене одразити на постојећи позитивноправни сустав.

Кључне речи: *Уговор о потрошачком кредиту, хипотека, оврха.*

1. Увод

Почетком примјене Директиве 2014/17/ЕУ о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине¹ (даље: Директива) појавити ће се и одређене новине у суставу правила о присилном намирењу стварноправно осигураних тражбина тих кредита на стамбеним некретнинама. Одредбом чл. 42. ст. 1. Директиве обавезане су државе чланице Еуропске уније (даље: ЕУ) имплементирати Директиву у двогодишњем року који је истекао 21. ожујка 2016.² (чл. 42. ст. 2. Директиве). У ту су сврху, и садашња и ранија администрација, у Републици Хрватској унаточ друкчијим сугестијама правне

¹ Директива 2014/17/ЕУ Еуропског парламента и Вијећа од 4. вељаче 2014. о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине и о измјени Директива 2008/48/ЕЗ и 2013/36/ЕУ и Уредбе (ЕУ) бр. 1093/2010, SL L 60/34 од 28. вељаче 2014., *corrigendum* - SL L 65/22 од 10. ожујка 2015.

² В. рецитал (83) преамбуле Директиве.

теорије³ најавиле доношење посебног прописа – Закона о потрошачким стамбеним кредитима (даље: будући ЗПСК).⁴ Међутим, овај пропис још није донесен, па се *de lege lata* само правила Закона о процјени вриједности некретнина⁵ „баве“ једним од питања које, између осталих, уређује чл. 28. Директиве – питањем процјене вриједности некретнина.

Директива, наиме, садржи посебна правила која се тичу присилног намирења стварноправно осигураних тражбина из уговора о потрошачком кредиту на стамбеним некретнинама, а налазе се у чл. 28. Директиве.⁶ Тежиште тих правила (као и Директиве у цијелости) усмјерено је осигуравању дјелотворних механизма за заштиту потрошача. Тај је циљ експлицитно

³ У релевантној правној теорији дају се разлози за друкчији приступ, више код Мишченић, Е., *Уговор о потрошачком кредитирању*, (у објави) Зборник: Банковни и финансијски уговори, 2. изд., (у објави), у дијелу под 2. Потрошачко кредитирање у хрватском праву, стр. 4.

⁴ Влада Републике Хрватске (даље: Влада) је доношење будућег ЗПСК-а најавила у Приједлогу Плана усклађивања законодавства Републике Хрватске (даље: РХ) с правном стечевином ЕУ за 2016. (даље: План), стр. 1, који је донесен на сједници 11. вељаче 2016. и упућен на усвајање Хрватском сабору (даље: Сабор) у којем је усвојен 26. вељаче 2016. Једнако је поступала и ранија Влада доносећи Приједлог програма за преузимање и provedбу правне стечевине ЕУ за 2015, стр. 7. и Нацрт приједлога плана усклађивања законодавства РХ с правном стечевином ЕУ за 2015, стр. 5, на сједници 17. просинца 2014, а којим се упућивање овог прописа пред Сабор било планирано у IV. кварталу 2015.

⁵ Народне новине бр. 78/15, даље у тексту: ЗПВН. У чл. 2. ЗПВН изријеком се наводи да: „(овај Закон) садржава одредбе које су у складу с Директивом 2014/17/ЕУ.“

⁶ Према хрватској језичној верзији чл. 28. Директиве и наслов изнад њега гласе:

„Достјеле неплаћене обвезе и овршни поступак

(1) Државе чланице доносе мјере с циљем потицања вјеровника да покажу разуман ступањ стрпљења прије покретања овршног поступка.

(2) Државе чланице могу одредити да, ако је вјеровнику допуштено одредити и наметнути потрошачу плаћање накнада које произлазе из неиспуњавања обвеза, те накнаде не смију бити веће него што је то потребно да би се вјеровник компензирао за трошкове који су настали као посљедица неиспуњавања обвеза.

(3) Државе чланице могу допустити вјеровницима наметање додатних накнада потрошачима у случају неиспуњавања обвеза. У том случају, државе чланице утврђују горњу границу износа тих накнада.

(4) Државе чланице не спречавају странке уговора о кредиту да се изричито договоре да је поврат или пријенос средства осигурања или прихода од продаје средства осигурања довољан за отплату кредита.

(5) Ако цијена постигнута за некретнину утјече на износ који потрошач дугује, државе чланице морају имати поступке или мјере који ће омогућити постизање најбоље цијене за некретнину која је предмет оврхе.

Ако је након овршног поступка дуг и даље неподмирен, државе чланице осигуравају доношење мјера с циљем олакшавања отплате у сврху заштите потрошача.“

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0017>

наглашен у рециталу (27) преамбуле Директиве,⁷ а чл. 28. Директиве слиједи постављени логички и нормативни оквир предвиђајући правила о присилном намирењу.

Имајући у виду посебности и новине садржане у наведеним правилима, у раду се анализира на који начин се она рефлектирају на постојећи позитивноправни сустав правила о присилном намирењу стварноправно осигураних тражбина на стамбеним кредитима, па тиме и на уговоре о кредиту осигуране стварноправним инструментима осигурања, односно на услуге кредитирања уопће. Проматрати ће се и поједина питања која се тичу земљишнокрњижног статуса стамбене некретнине.

2. Правила о присилном намирењу из чл. 28. Директиве о хипотекарним кредитима

2.1. Опћенито

У најопћенитијем смислу говорећи Директива уређује уговоре о потрошачком кредиту осигуране стварноправним осигурањима на стамбеним некретнинама. Наравно, низ је посебности када је ријеч о пољу примјене Директиве, али оне нису предмет анализе у овом раду.⁸ Важно је, ипак, нагласити два аспекта: а) то што се Директива, а тиме и њезина правила из одредбе чл. 28. Директиве односи са *сва* стварноправна осигурања⁹ којима је у националним правним суставима могуће осигурати тражбину из уговора о потрошачком кредиту (све врсте и подврсте таквих осигурања) те б) што се та правила (и она из чл. 28. Директиве као и цијела Директива) тичу некретнина као предмета осигурања и то тзв. *стамбених некретнина*.¹⁰

С друге стране, за цјелокупну слику сустава кредитирања треба имати у виду да поред тзв. потрошачких кредита и сустава правила којима су они

⁷ Рецитал (27) преамбуле Директиве цитиран је у биљешци 49.

⁸ Више о самој Директиви види код: Јосиповић, Т., *Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 16, 2013.-2014, стр. 235. *et seq.*, Мишченић, Е., *Ново еуропско уређење хипотекарних кредита*, Анали Правног факултета у Зеници, 2014, бр. 14, стр. 113. *et seq.* Мишченић, Е., *Mortgage Credit Directive (MCD): Are Consumers Finally Getting the Protection They Deserve?* Зборник: Liber Amicorum in Honorem Vilim Gorenc, Загреб, 2014, стр. 219. *et seq.*, Михелчић, Г., *Присилно намирење тражбине у свјетлу Директиве о хипотекарним кредитима*, Јавни билежник бр. 42, 2015, стр. 8. *et seq.*

⁹ Ријеч је о таквим добровољним осигурањима. Михелчић, Г., Мишченић, Е., *Credere u credit: два сродна или супротстављена појма?*, Зборник ПФР, вол. 37, бр. 1, 2016, стр. 331, Михелчић, Г., *Присилно...*, стр. 15.

¹⁰ За стамбене некретнине као предмет стварноправног осигурања тражбине из потрошачког кредита више код Михелчић, Г., Мишченић, Е., *нав. чланак*, стр. 332.-333,

уређени, постоје и тзв. обични уговори о кредиту за које је по низу питања предвиђен друкчији режим, а уређују их обвезноправна правила чл. 1021. до 1027. Закона о обвезним односима.¹¹ Када се ради о таквим уговорима о кредиту и њиховим тражбинама, постојећа правила која уређују стварноправно осигурање тих тражбина као и она о њиховом присилном намирењу нису изравно под утјецајем правила Директиве, па тако ни чл. 28. Директиве. Међутим, то не значи да се чл. 28. Директиве и новине које доносе његова правила неће рефлектирати и на ова правила у каквој секундарној варијанти. Циљано се, како је речено, она (правила чл. 28. Директиве) односе и уређују „судбину“ присилног намирења стварноправно осигураних тражбина из уговора о потрошачком кредиту на стамбеним некретнинама.

Корисно је назначити да је Директива 2014/17/EУ – директива тзв. минималне хармонизације и највиша разина хармонизације предвиђа се само око питања *стандардних информација* прије склапања уговора те *стандарда за израчун ефективне каматне стопе* (ЕКС).¹² То не значи да државе чланице могу *заобићи* правила о присилном намирењу из чл. 28. Директиве. Иако је државама чланицама допуштено да друга питања (осим назначена два) уреде друкчије, заправо, могу или предвидјети *строже* уређење него што га предвиђа Директива или задржати такво постојеће уређење ако га имају (чл. 2. ст. 1. Директиве).¹³

У наставку рада анализирају се правила о присилном намирењу из чл. 28. Директиве. Већ је назначено да се она односе и вриједи за све врсте (и подврсте) стварноправних осигурања тражбина из уговора о потрошачком кредиту и поступке њихова присилна намирења из стамбених некретнина као предмета осигурања. Наиме, не вриједи само за *овршне* поступке присилног намирења и за оне (под)врсте стварноправних осигурања која се у њима намирују, а како би се могло погрешно разумјети већ из наслова самог чл. 28. Директиве – „Доспјеле неплаћене обвезе и *овршни* поступак“ (*енг. Arrears and foreclosure*).¹⁴ Правила одредбе чл. 28. Директиве примјењују се, не само у судским *овршним* поступцима, већ и у извансудским поступцима присилног намирења стварноправно осигураних тражбина из уговора о потрошачком кредиту на стамбеним некретнинама.

Када је ријеч о овим правилима, уводно је потребно нагласити да се неким од њих предвиђа дужност држава чланица да одређеним *регулаторним активитетом* заштите положај потрошача у тим односима, примјерице да:

¹¹ Народне новине бр. 35/05, 41/08, 125/11. и 78/15, даље: ЗОО.

¹² Мишченић, Е., *Ново...*, стр. 116. *et seq.*

¹³ Види рецитале (7) и (9) преамбуле Директиве.

¹⁴ У теорији је већ упозорено на неадекватност тог назива, па *Sein* и *Lilleholt* користе битно прикладније – присилно намирење стварноправно осигураних тражбина (наравно оних којих се Директива тиче). *Sein, K., Lilleholt, K., Enforcement of Security Rights in Residential Immovable Property and Consumer Protection: An Assessment of Estonian and Norwegian Law*, Oslo Law Review, 2014., Issue 1, стр. 22.

предвиде мјере како би потакле вјеровнике да прије покретања овршног поступка покажу разуман ступањ стрпљења (ст. 1., чл. 28. Директиве); осигурају поступке или мјере који ће омогућити постизање најбоље цијене за некретнину која је предмет оврхе (чл. 28. ст. 5. ал. 1. Директиве); донесу мјере с циљем олакшавања отплате у сврху заштите потрошача (чл. 28. ст. 5. ал. 2. Директиве), и сл. Може се, међутим, радити и о захтјеву *пасивне дерегулације* која укључује дужност држава чланица да се суздрже од регулативе којом би се, примјерице: спречавало странке уговора о кредиту да уговоре да је поврат или пријенос средства осигурања или прихода од продаје средства осигурања довољан за отплату кредита (ст. 1., чл. 28. Директиве),¹⁵ и сл.

Исто је тако потребно нагласити да се у неким од правила из чл. 28. Директиве, а то су у правилу она којима се од држава чланица тражи да не предвиђају такву регулативу којом би се странке спрјечавале да уговоре што у сврху побољшања правног положаја потрошача, заправо, креирају претпоставке да вјеровник и потрошач као странке стварноправно осигураног уговора о кредиту стипулирају одређене посебне *уговорне* режиме који ће вриједити за случај присилног намирења тражбине из потрошачког кредита на стамбеној некретнини. За очекивати је да таква могућност уговорног уређења има и одређене реперкусије по земљишнокњижне уписе за стамбену некретнину.¹⁶

Темељна правила о упису хипотеке у земљишне књиге у хрватском се праву налазе у чл. 35. до 38. Закона о земљишним књигама.¹⁷ Једно им је од обиљежја и

¹⁵ У рециталу (26) преамбуле Директиве сажети су сврха и циљ који се намјерава остварити одредбом чл. 28. Директиве. Тако се наводи: „С обзиром на значајне посљедице за вјеровнике, потрошаче и потенцијалну финансијску стабилност овршног поступка, примјерено је потицати вјеровнике да се на проактиван начин и у почетној фази суоче с кредитним ризиком у настајању те да се успоставе потребне мјере с циљем осигуравања да вјеровници покажу разуман ступањ стрпљења те да подуму разумне мјере у рјешавању ситуације другим средствима прије започињања овршног поступка. Гдје је то могуће, треба пронаћи рјешења при којима се у обзир узимају практичне околности и разумна потреба за трошковима живота потрошача. Ако је дуг након овршног поступка неотплаћен, државе би чланице требале осигурати заштиту основних животних увјета и подузети мјере олакшавања отплате, избјегавајући дугорочну презадуженост. Барем у случајевима када цијена постигнута за некретнину утјече на износ који потрошач дугује, државе би чланице требале потицати вјеровнике на подузимање разумних мјера у постизању најбоље цијене за некретнину која је предмет оврхе у контексту тржишних увјета. Државе чланице не би требале онемогућити странке уговора о кредиту да изричито пристану на то да је пријенос средства осигурања на вјеровника довољан за отплату кредита.“

¹⁶ У хрватском су се праву ступањем на снагу новог режима за кредите деноминирани у *CHF* и кредите деноминирани у кунама с валутном клаузулом у *CHF* из Закона о измјенама и допунама Закона о потрошачком кредитирању, Народне новине бр. 102/15, даље: ЗИДЗПК/15 појавила одређена питања у вези осигурања и њихових уписа.

¹⁷ Народне новине бр. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13 и 60/13, даље: ЗЗК. За посебне одредбе о упису хипотеке, види чл. 35. до 38. ЗЗК.

инзистирање на цјеловитости уписа (начело потпуности),¹⁸ па је значајно да из земљишне књиге буду видљиве и посебне уговорне стипулације које се могу рефлектирати на „судбину“ хипотекарне тражбине.¹⁹

2.2. Правило из ст. 1. чл. 28. Директиве

2.2.1. Опћенито

Правило наведено у наслову одређује да су државе чланице дужне донијети мјере како би потакле вјеровнике да прије покретања овршног поступка покажу разуман ступањ стрпљења (*eng. reasonable forbearance*). Радило би се, дакле, о таквим мјерама које би омогућиле да вјеровник чија је стварноправно осигурана тражбина из уговора о потрошачком кредиту доспјела и овршава кроз одређено вријеме не покрене поступак ради њезиног присилног намирења. У првом реду, замисао је да у таквом времену потрошачу буде омогућено да отклони разлоге који су довели до тога да тражбина доспије, односно њезине овршивости и у том контексту често се расправља о тзв. акцелерацијским клаузулама посебице након одлуке Суд ЕУ-а (даље: СЕУ) у предмету *Мохамед Азиз*.²⁰

Наиме, иако уз саму Директиву тек треба стварати праксу, занимљив је и прилагодљив низ одлука које је донио Суд ЕУ-а тумачећи правила Директиве Вијећа 93/13/ЕЕЗ од 5. травња 1993. о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима (даље: Директива 93/13/ЕЕЗ).²¹ За очекивати је да ће та пракса полазити од истог циља као и сустав заштите који проводи Директива 93/13/ЕЕЗ, а који почива на идеји да се потрошач, што се тиче преговарачке снаге и рazine информација, налази у слабијем положају у односу на продавца робе или

¹⁸ Примјерице, чл. 36. ЗЗК прописујући да се: „(1) Хипотека се може уписати само гледе точно одређене своте у новцу (...) (2) Уз тражбину за коју је уговорено да се плаћају камате уписује се и каматна стопа (...)“ постулира захтјев одређености (одредивости) чинидбе. Једнако тако и пракса, види одлуку Врховног суда (даље: ВС) Републике Хрватске, Ревт-249/14 од 9. травња 2015.: „(...) уношење у уговоре о кредиту потпуно неодређене формулације гледе промјенљиве каматне стопе (...) супротно (...) начелима обвезног права, јер је тиме (...) потрошач доведен у неравноправни положај (...) Дакле на темељу таквих уговорних одредби (...) будућа каматна стопа уговорена као промјењива нити је била одређена, а нити одредива.“ <http://www.vsrh.hr>

¹⁹ Види за примјере „неразумљивих“ уписа хипотека код Накић, Ј., Ружичка, Б., *Кауциона хипотека – што је то?*, Нова правна ревија, бр. 1-2/2015, Сарајево, стр. 94-103.

²⁰ *C-415/11* од 14. ожујка 2013., *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, ЕCLI:EU:C:2013:164, пара. 46.

²¹ *SL 1993 L 95/29*, измијењена закључно с Директивом 2011/83/ЕУ Еуропског парламента и Вијећа од 25. листопада 2011. о правима потрошача, измјени Директиве Вијећа 93/13/ЕЕЗ и Директиве 1999/44/ЕЗ Еуропског парламента и Вијећа те о стављању изван снаге Директиве Вијећа 85/577/ЕЕЗ и Директиве 97/7/ЕЗ Еуропског парламента и Вијећа.

пужатеља услуга.²² Треба, међутим имати на уму да су „ (...) из подручја примјене Директиве 93/13/ЕЕЗ и начела права ЕУ која се односе на заштиту потрошача и уговорну равнотежу (...) искључене законодавне и регулаторне одредбе државе чланице (...) ако не постоји уговорна одредба која мијења досег или подручје примјене.“²³

С друге стране, тумачећи чл. 6. ст. 1. Директиве 93/13/ЕЕЗ, Суд ЕУ-а у више је наврата закључио да непоштене одредбе нису обвезујуће за потрошача. У тој је оцјени темељним сматрао закључак да се ради о „ (...) одредби с обвезујућим учинком којој је циљ замијенити формалну равнотежу коју уговор успоставља између права и обвеза стварном равнотежом која ће поновно успоставити једнакост између потоњих.“²⁴ Наставно, а тумачећи чл. 7. ст. 1. Директиве 93/13/ЕЕЗ навео је да предметна одредба „ (...) државама чланицама намеће обвезу осигурати да у националним правним порецима постоје примјерена и дјелотворна средства за спречавање сталнога кориштења непоштених одредби у уговорима које продаватељи робе и пужатељи услуга склапају с потрошачима.“²⁵ У том је смислу у више наврата одлучено да је „ (...) национални суд дужан по службеној дужности процијенити непоштену природу уговорне одредбе која улази у подручје примјене Директиве 93/13/ЕЕЗ и тиме исправити неравнотежу између потрошача и продаватеља или пужатеља ако располаже потребним правним и чињеничним елементима.“²⁶

Суд ЕУ-а донио је више одлука које се изравно тичу процесних (поступовних) правила овршног поступка. То не треба чудити када се зна да је унаточ „прокламираном“ очувању начела процесне аутономије (што је посебно наглашено обзиром на овршни поступак) више пута конфронтирајући то начело с начелима еквивалентности и учинковитости дао предност овим потоњима.²⁷

²² Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, пара. 44. и C-169/14 од 17. липња 2014., *Juan Carlos Sánchez Morcillo and María del Carmen Abril García v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA.*, ECLI:EU:C:2014:2099, пара. 22., поновљено у предмету истих странака из 2015, C-539/14 од 16. липња 2015., *Juan Carlos Sánchez Morcillo and María del Carmen Abril García v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA.*, ECLI:EU:C:2015:508, пара. 24., C-32/14 од 1. листопада 2015., *ERSTE Bank Hungary Zrt. v Attila Sugár*, ECLI:EU:C:2015:637, пара. 39.

²³ C-280/13 од 30. травња 2014., *Barclays Bank SA v Sara Sánchez García and Alejandro Chacón Barrera*, ECLI:EU:C:2014:279, пара. 46.

²⁴ *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, пара. 23. и наведена пракса, једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 25.

²⁵ C-567/13 од 12. вељаче 2015, *Nóra Baczó and János István Vizsnyiczai v Raiffeisen Bank Zrt.*, ECLI:EU:C:2015:88, пара. 39, једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 26.

²⁶ *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, пара. 24., једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 27.

²⁷ Види: *Baczó i Vizsnyiczai*, C-567/13, EU:C:2015:88, пара. 42., *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, пара. 31. у којој се каже: „ (...) начин уређења жалбе против одлуке о законитости уговорне одредбе који су допуштени у оквиру поступка оврхе на некретнини потпадају под унутарњи правни поредак држава чланица на

Тако је нагласио да је противан „ (...) чл. 7. ст. 1. Директиве 93/13/ЕЕЗ и чл. 47. Повеље сустав оврхе који предвиђа да судач који одлучује о меритуму не може прекинути оврху на хипотекарној некретности и коначном одлуком, у најбољем случају, одредити накнаду штете, с обзиром да потрошач као овршеник не може поднијети жалбу на одлуку којом се одбија његов приговор против оврхе, док продаваатељ робе или пружатељ услуга као оврховодитељ може поднијети жалбу против одлуке којом се налаже окончање поступка или се непоштена одредба проглашава непримјенивом.“²⁸

С обзиром на начело дјелотворности сматра да „ (...) сваки случај у којем се поставља питање чини ли национална поступовна одредба немогућом или претјерано тешком примјену права ЕУ мора бити анализиран узимајући у обзир мјесто те одредбе у цјелокупном поступку, његово одвијање и особитости пред различитим националним судовима. У том смислу ваља, према потреби, узети у обзир начела која су темељ националног правосудног сустава, као што је заштита права на обрану те начело правне сигурности и доброг одвијања поступка.“²⁹ „ (...) Обвеза држава чланица да осигурају учинковитост права странака на темељу Директиве 93/13/ЕЕЗ против кориштења непоштених одредаба подразумијева захтјев судске заштите, такођер успостављен чл. 47. Повеље, који је национални суд дужан поштовати. Та заштита мора вриједити како у подручју одређивања судова који су надлежни за тужбе утемељене на праву ЕУ тако и што се тиче утврђивања поступовних правила везаних за такве тужбе.“³⁰

У раније наведеном предмету *Азиз* оцјењена су противнима Директиви 93/13/ЕЕЗ шпанолска правила којим није била предвиђена могућност да овршеник дјелотворним средством од суда затражи испитивање легитимитета уговорних одредби које су се налазиле у јавнобилежничкој овршној исправи и посљедишно одговарајућим инструментима утјече на provedбу оврхе.³¹ Таква је оцјена поновљена и у предмету *Banco Popular Español*, гдје је, такођер, Суд ЕУ-а нашао да се „ (...) Директива 93/13/ЕЕЗ противи националном пропису који овршном суцу у оквиру оврхе на хипотекарној некретности не допушта испитивати непоштење уговорне одредбе из уговора о кредиту садржаног у

темељу начела њихове процесне аутономије, но, међутим, под увјетом да не буду неповољнији од оних који уређују сличне ситуације подвргнуте националном праву (начело еквивалентности) и да не чине немогућим у пракси или изнимно тешким остваривање која потрошачима додјељује право ЕУ (начело учинковитости),“ једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 33.

²⁸ *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, пара. 51., једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 31.

²⁹ *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, пара. 34., једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 35.

³⁰ *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, пара. 35., једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 36.

³¹ *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, пара. 64., једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 29.

овршној исправи, било по службеној дужности или на захтјев потрошача, ни доношење (привремених) мјера, међу којима особито одгоде (прекида) оврхе када је то потребно ради учинковитости одлуке (...) о меритуму (...) непоштене природе одредбе.³² Шпањолски је законодавац реагирао измјенама и допунама циљаних прописа и увео могућност да овршеник у поступку оврхе на некретнине поднесе *приговор* из разлога који се темељи на непоштености уговорне одредбе која је темељ оврхе.³³

2.2.2. Категорија разумног стрпљења³⁴

Могуће је да вјеровник чак и може имати интерес да *сачека* с присилним намирењем (оврхом), али под претпоставком да кроз *вријеме чекања* не теку застарни рокови предвиђени с обзиром на дуговану тражбину. Правила која уређују застару у нашем праву из чл. 214. до 246. ЗОО присилне су нарави и нису подложна диспозицијама странака (па тако ни онима из уговора о потрошачком кредиту). Зато би у намјери да се предвиде мјере ради креирања *периода почека* с присилним намирењем доспјеле и овршиве тражбине требало испитати могућност интервенције у застарни режим. Примјерице, да се у потрошачким стварима или само када се ради о стамбеним некретнинама као предметима осигурања допусти потрошачу и вјеровнику да уговоре да застара неће тећи кроз вријеме почека. У таквом случају (уговори ли се почек с присилним намирењем) појавити ће се и одређена питања везана уз земљишнокњижни, односно овршни режим стамбене некретнине.

Најприје треба рећи да наша правила стварног и земљишнокњижног права не предвиђају посебну врсту или начин уписа *стамбене* некретнине тако да би из земљишне књиге било видљиво да се ради о таквој некретнини. Књижни уписи којима се чине видљивим мјеродавне околности за које је законом одређено да се могу забиљежити у земљишним књигама, односно којима се оснивају одређени правни учинци када је то предвиђено законом су *забиљежбе* (чл. 30. ЗЗК). Будући да листа забиљежби није отворене нарави допуштено је одредити и уписати само оне забиљежбе које су предвиђене законом (чл. 70. ст. 1. ЗЗК),³⁵ па то захтјева предвидјети могућност уписа одређених *мјеродавних околности*.

³² C-537/12 од 14. студеног 2013., *Banco Popular Español SA v María Teodolinda Rivas Quichimbo and Wilmar Edgar Cun Pérez* и C-116/13 од истог дана, *Banco de Valencia SA v Joaquín Valldeperas Tortosa and María Ángeles Miret Jaume*, ECLI:EU:C:2013:759, пара. 60, једнако *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 30.

³³ Управо је ово уређење проблематизирано у *Sánchez Morcillo i Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, пара. 37.

³⁴ Детаљније код: Михелчић, Г., Мишченић, Е., *нав. чланак*, стр. 353-356, Михелчић, Г., *Присилно...*, стр. 17-18.

³⁵ Према чл. 39. ЗЗК, забиљежбе се могу учинити: а) како би се учинили видљивим особни односи, а посебно ограничења у односу на управљање имовином (...), као и други односи и чињенице одређене законом, с учинком да се нитко не може позивати да за њих није знао нити морао знати, те б) како би се основали правни учинци које

Када је вјеровникова тражбина из уговора о потрошачком кредиту доспјела и овршива, а хипотекарни вјеровник располаже овршном исправом подобном за оврху може предложити оврху на некретнини, Прва од радњи уз доношење рјешења о оврси је забиљежба оврхе у земљишним књигама (чл. 84. Овршног закона).³⁶ У смислу осигуравања првенственог реда присилног намирења хипотекарне тражбине (па и из потрошачког кредита), забиљежба оврхе нема ону улогу коју остварује када се ради о хирографирној тражбини, но није без икаквог учинка – барем када се ради о намирењу привилегираних тражбина које се намирују прије хипотекарне тражбине (види чл. 113. ОЗ). Зато, вјеровника може занимати да у земљишним књигама буде видљиво да је његова тражбина доспјела и овршива и да *само* чека да истекне вријеме почека како би присилно намирио дуговану тражбину. Правила овршног права (чл. 297. ст. 3. ОЗ) предвиђају, истина, могућност уписа забиљежбе овршивости, међутим, учинак је такве забиљежбе да се оврха на некретнини може провести и према трећој особи која је ту некретнину касније стекла (чл. 298. ст. 1. ОЗ), али не и да се придржава право првенственог намирења (првенствени ред) пред привилегираним тражбинама које доспијевају (рок од године дана).

Треба обратити пажњу и на чл. 305. ст. 3. ОЗ који предвиђа посебне – ретроактивне учинке забиљежбе оврхе у случају када се оврха одређује и проводи ради намирења тражбине (овдје из уговора о потрошачком кредиту) осигуране судским или јавнобилежничким заложним правом на стамбеној некретнини темељем споразума странака (а управо ће се у пракси претежито и радити о другој од наведених (под)врста стварноправног осигурања). Он каже да забиљежба оврхе на некретнини има правни учинак од дана укњижбе заложнога права на некретнини у поступку осигурања. Вјеровник зато има озбиљан интерес да забиљежба оврхе буде уписана након доспијећа и овршивости његове тражбине из уговора о потрошачком кредиту – јасно потјече ли она из овршне исправе, а у претежитом ће броју случајева бити тако.

Треба споменути *de lege lata* да у хрватском праву, према чл. 305. Закона о кредитним институцијама³⁷ постоји дужност тзв. обавјештавање потрошача, па и након (закон каже: *наступа закашињења у отплати*), а заправо, мислећи на доспјелост и овршивост тражбине из кредита. У том се смислу у чл. 305. ст. 2. ЗКИ предвиђа могућност *договора* потрошача – кредитног дужника и кредитне институције „(...) о начину даљње отплате најдуже у року два мјесеца (...), што, међутим, „(...) не искључује право кредитне институције да покрене поступак

забиљежбе производе по одредбама ЗЗК-а или других закона (забиљежба првенственога реда (...) заједничке хипотеке, отказа хипотекарне тражбине (...) присилне дражбе, (...) захтијевања брисања хипотеке, придржаја првенственога реда, забиљежбе одређене по правилима о оврси и осигурању и др.).

³⁶ Народне новине бр. 112/12, 25/13 и 93/14, даље: ОЗ.

³⁷ Народне новине бр. 159/13, 19/15 и 102/15, даље: ЗКИ.

присилне наплате у тренутку евидентирања доспјелих, а неплаћених потраживања.“

2.3. Правила из ст. 4, чл. 28. Директиве

Правило из чл. 28. ст. 4. Директиве налаже државама чланицама да не спречавају странке уговора о кредиту да уговоре да је поврат или пријенос средства осигурања (*енгл. return or transfer to the creditor of the security*) или прихода од продаје средства осигурања (*енгл. proceeds from the sale of the security*) довољан за отплату кредита. У суштини, предвиђају се двије могуће варијанте остварења присилног намирења тражбине. Прва укључује овлашћење вјеровнику да своју доспјелу и овршиву стварноправно осигурану тражбину из уговора о потрошачком кредит присилно намири тако да му се „поврати или пренесе средство осигурања,“ ако се уговорне стране споразуме да ће се присилно намирење провести на ован начин. Према другој варијанти, уговорне странке могу уговорити да се вјеровник „задовољи“ оствареном куповнином тако да она буде довољна за намирење дуговане стварноправно осигуране тражбине из уговора о потрошачком кредиту. Уговарање и ових стипулација може бити занимљиво *видјети* у земљишној књизи.

2.3.1. Категорије поврата или пријеноса средства осигурања³⁸

Дакле, према чл. 28. ст. 4. Директиве, државе чланице не би требале бранити странкама стварноправно осигураног уговора о потрошачком кредиту (тражбине из кредита) да уговоре да је поврат или пријенос средства осигурања довољан за отплату кредита. Промотре ли се ови инструменти у смислу нашег националног уређења може се проматрати корелација с више института. Ради се о: забрани комисорног намирења; пребијању дуговане тражбине с куповнином те утврђивању вриједност некретнине. Анализирају се *infra*.

2.3.1.1. У provedби наведене одредбе у националним законодавствима могуће је очекивати питања у вези начелно забрањеног уговарања комисорног намирења. Такво, примјерице када је ријеч о заложном уговору постоји у чл. 307. ст. 4. Закона о власништву и другим стварним правима,³⁹ а према њему, странкама је забрањено уговорити да ће залог пријећи у вјеровничково власништво ако дуг не би био плаћен у одређено вријеме. Поступе ли уговорне стране противно овој забрани и уговоре друкчије таква је уговорна одредба ништетна. Стварноправна правила о присилном намирењу хипотекарне тражбине из заложене некретнине (види чл. 336. ст. 2. ЗВ) налажу да се

³⁸ Детаљније код: Михелчић, Г., Мишченић, Е., *нав. чланак*, стр. 356.-357., Михелчић, Г., *Присилно...*, стр. 18. *et seq.*

³⁹ Народне новине, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14 и 81/15-прочишћени текст, даље: ЗВ

намирење проведе као судско (начело официозности) и у складу с овршним правилима.

2.3.1.2. Правила хрватског овршног права која уређују оврху на некретници као поступак у којем се проводи присилно намирење тражбина осигураних заложним правом на некретници, па и када су у питању тражбине из уговора о потрошачком кредиту из чл. 79. до 132.и ОЗ предвиђају као средство намирења продају заложене некретнине. Сада се та продаја, након ступања на снагу Закона о измјенама и допунама Овршног закона⁴⁰ проводи путем Финанцијске агенције (даље: Агенција или ФИНА) јавном електроничком дражбом (види особито чл. 132. а до132.и ОЗ). Но и даље је ријеч о истом средству присилног намирења – продаји и уновчењу заложене некретнине и намирењу вјеровника (оврховодитеља) из износа остварене куповнине.⁴¹

2.3.1.3. Вриједи споменути и у овом је контексту занимљива овласт вјеровника (оврховодитеља) из чл. 107. ОЗ којим је уређено тзв. ослобођење од полагања куповнине. Тако је у ст. 1. и 2., чл. 107. ОЗ предвиђено да када је оврховодитељ који је купац и једини вјеровник који се намирује из куповнине није дужан положити куповнину ако она износи колико и његова овршна тражбина или мање. Ако куповнина, међутим, износи више од његове овршне тражбине, оврховодитељ је дужан положити разлику. Но, иако наведена правила могу подсјетити на нека обиљежја комисорног намирења, ради се само о једној од варијанти продаје и уновчења заложене некретнине као средства присилног намирења. Занимљиво је и даљње уређење.

Наиме, из наведених правила чл. 107. ст. 1. и 2. ОЗ произлази да је претпоставка оваквог намирења продајем и уновчењем да је оврховодитељ једини вјеровник који се намирује из заложене некретнине (дакле, да нема каквих других оврховодитеља, односно вјеровника с наслова различитих овласти на некретници). Међутим, постоји могућност да се оврховодитељ присилно намири у овом режиму продаје и уновчења и када није једини вјеровник. Према чл. 107. ст. 3. ОЗ, оврховодитељ може бити ослобођен плаћања куповнине намирује ли се из ње више вјеровника, ако се намирује прије осталих. У том се случају, под претпоставком да је његова тражбина виша од куповнине, ослобађа дужности полагања куповнине у цијелости. Изнимно ће бити дужан положити дио куповнине који одговара трошковима поступка на које имају првенствено право друге особе које се намирују из куповнине.

Дакле, оврховодитељ се, заправо, намирује тако да се његова дугована тражбина ради које је овршни поступак и покренут *пребија* с тражбином с

⁴⁰ Народне новине бр. 93/14., даље у тексту: ЗИДОЗ/14.

⁴¹ Детаљно о оврси на некретници, посебно о улози Агенције код: Михелчић, Г., *Коментар Овршног закона*, Загреб, 2015, стр 350. *et seq.*, код Михелчић, Г., *Фидуцијарно осигурање на некретницама и покретницама након реформе с посебним освртом на продају електроничком јавном дражбом*, Јавни билежник, бр. 41, 2015, стр. 47. *et seq.*

наслова куповнине, односно „замишљене“ куповнине у случају да се ради о намирењу у којем се намирује као једини вјеровник.⁴² Када се каже „замишљена“ куповнина ради се о тзв. утврђеној вриједности некретнине. Ријеч је о категоријама којима еуропски законодавац посвећује велику пажњу.

Варијанта према којој се износ дуговане тражбине пребија с замишљеном куповнином, а, заправо, с утврђеном вриједности некретнине повољнија је по дужника (овршеника) када се зна да правило из чл. 102. ОЗ о продајној цијени допушта да се у „правој“ продаји заложена некретнина прода за нижи износ. Наиме, према чл. 102. ст. 1. и 2. ОЗ, на првој електроничкој јавној дражби некретнина се не може продати испод четири петине утврђене вриједности некретнине, односно на другој - испод три петине утврђене вриједности некретнине.

Потребно је споменути да постоји и могућност из чл. 92. ст. 3. ОЗ да се, у случају када су у судском или извансудском споразуму темељем којег је стечено заложно или које друго одговарајуће право на некретнини ради осигурања тражбине чије се намирење тражи странке утврдиле вриједност некретнине, та вриједност узме као мјеродавна, осим не споразуме ли се странке друкчије најкасније до доношења закључка о продаји.⁴³ У описаном случају, а ослобађа ли се оврховодитељ полагања куповнине као једини вјеровник, његова дугована тражбина пребити ће се с вриједности некретнине о којој су се странке споразумјеле темељем овласти из чл. 92. ст. 3. ОЗ.

2.3.1.4. У хрватском праву у Овршном закону – у чл. 92. до 94., уређено је тзв. одређивање вриједности некретнине, а у чл. 92. ОЗ – начин утврђивања вриједности. Према његовом ставку 1. (чл. 92. ОЗ), вриједност некретнине суд утврђује закључком по слободној оцјени на темељу образложеног налаза и мишљења овлаштеног судског вјештака или процјенитеља, израђеног примјеном посебног прописа из подручја просторног уређења о начину процјене вриједности некретнина, начину прикупљања података и њиховој евалуацији те о методама процјене некретнина. Темелј је за то недавно донесен посебни закон у којем се каже да је усклађен с правилима Директиве (види чл. 2. ЗПВН) и у чл. 22. ст. 1. ЗПВН наглашено да „процјена вриједности некретнине треба бити

⁴² Из напријед реченог може се закључити да је и неовисно о могућности да оврховодитељ пребије дуговану тражбину с куповнином и тако као купац стекне у власништво заложену некретнину под напријед описаним претпоставкама, ријеч о присилном намирењу продајом и уновчењем некретнине, а не о овласти да се вјеровник (оврховодитељ) намири комисорно.

⁴³ Ова одредба се не примјењује ако има заложних вјеровника, овлаштеника права на намирење или особних служности уписаних у земљишној књизи који престају продајом некретнине, а који се у оврси на некретнини намирују прије оврховодитеља који је затражио оврху, осим ако се они тако не споразумију најкасније до доношења закључка о продаји (чл. 92. ст. 4. ОЗ).

израђена пажњом доброг стручњака, узимајући у обзир све расположиве доказе како би резултат био одржив након провјере.⁴⁴

2.3.1.5. Стварноправна забрана комисорног намирења из заложене некретнине, наиме, не допушта такво средство намирења и при томе је неодлучно (и ништетно) уговоре ли странке супротно. Важно је и нагласити да стварноправна правила одређују и неке даљње референтне тачке, а свакако као најважнију и ону која се тиче преосталог дуговања. Основна је идеја код присилног намирења хипотекарне тражбине из некретнине да када се она прода и из остварене куповнине намири тражбина ради које је дошло до продаје (као и друге тражбине које се намирују) оно што преостане од куповнине буде враћено дужнику (овршенику, власнику некретнине, види чл. 336. ст. 5. ЗВ). Овршну иначе овог правила садржи одредба чл. 125. ст. 3. ОЗ која (у вези са ст. 1. и 2., чл. 125. ОЗ) одређује да, има ли тражбина у односу на које рјешење о оврси није постало правомоћно најкасније на дан рочишта за диобу те ће се тражбине намирити, након правомоћности рјешења о оврси из преосталог износа куповнине ако је има, а остатак ће се вратити овршенику. У пракси, међутим, не да најчешће не преостане „ништа“ за враћање дужнику, већ се износ остварене куповнине покаже недовољним за намирење цјелокупног дуговања (главнице хипотекарне тражбине и споредних тражбина). Комисорна варијанта присилног намирења могла би за овршеника значити корак напријед када би било уговорено како се вјеровник сматра намиреним у цијелости тако да стекне заложену некретнину у власништво.

Из овог је разлога занимљиво и нешто друкчије уређено када се ради о осигурању пријеносом права власништва на некретнини из чл. 309. до 322. ОЗ у случају да се присилно намирење проводи примјеном чл. 322.⁴⁵ Осим суштинске разлике која постоји с обзиром на то што се ово намирење проводи извансудски путем јавног билежника, вјеровник (фидуцијар) овлаштен је када се испуне одређене претпоставке постати тзв. пуноправни власник некретнине. Потребно је да након доспијећа осигуране тражбине, преко јавног билежника, затражи од дужника да га у року од тридесет дана обавијести захтијева ли да се пренесена некретнине уновчи (чл. 322. ст. 1. ОЗ), па не учини ли овај то – сматра се да је фидуцијар постао пуноправни власник некретнине и то за цијену која одговара износу осигуране тражбине с каматама и трошковима те пореза (чл. 322. ст. 7. ОЗ). Фидуцијар се, дакле, сматра у цијелости намиреним. Једнако је тако и у другој иначе присилног намирења према овом правилу. Наиме, све наведено вриједи и у случају да јавни билежник не успије продати некретнину у року од три мјесеца од дана када га је фидуцијар на то овластио – када се, такођер сматра да се фидуцијант одрекао права тражити продају некретнине, па фидуцијар постаје њезиним власником (чл. 322. ст. 6. ОЗ).

⁴⁴ Детаљније код Михелчић, Г., Мишченић, Е., *нав.чланак*, стр. 357-358, Михелчић, Г., *Присилно...*

⁴⁵ Ради се о једној од варијанти присилног намирења фидуцијарне тражбине.

Потребно је у овом контексту споменути и правило чл. 323. ОЗ које уређује се тзв. *враћање власништва* у случају намири ли фидуцијант осигурану тражбину по доспијећу или ако она престане на други начин - осим тако што је фидуцијар постао пуноправни власник ствари, фидуцијар је дужан, без одгоде, фидуцијанту вратити власништво ствари односно право.

2.3.2. Категорија достатности куповнине⁴⁶

Одредба чл. 28. ст. 4. Директиве налаже државама чланицама и да не спречавају странке уговора о кредиту да уговоре да ће приход од продаје средства осигурања бити довољан за отплату кредита. Ријеч је о још једној могућој уговорној стипулацији која би била допуштена у намјери да се након продаје и уновчења некретнине осигура да дужник више ништа не дугује, односно да осигурана тражбина заједно са споредним тражбинама и трошковима престане тако што ће се вјеровник сматрати у цијелости намиреним из износа постигнуте куповнине.

Треба, међутим, имати у виду да продаје ли се и уновчава заложена некретнина у овршном поступку постоје и присилна правила о томе на које се и на који начин у том поступку намирују и неке друге тражбине поред оне коју има оврховодитељ као заложни вјеровник. Неке од тих тражбина могу се намиривати и с првенственим редом прије тражбине оврховодитеља. Темељно је правило оно из чл. 78. ОЗ о редослиједу намирења више оврховодитеља које каже да се више оврховодитеља који остварују своје новчане тражбине према истом овршенику и на истом предмету оврхе намирују оним редом којим су стекли право да се из тога предмета намире, ако законом није друкчије одређено.

Није немогуће да се у случају да је заложни вјеровник приступио оврси у смислу чл. 85. ст. 2. ОЗ⁴⁷ његова тражбина нађе „иза“ тражбине неког другог оврховодитеља који је истодобно и заложни вјеровник. К томе, према присилном правилу из чл. 112. ОЗ из куповнине се намирују: оврховодитељи на чији је приједлог одређена оврха, заложни вјеровници и кад нису пријавили своје тражбине (види чл. 86. ОЗ), особе које имају право на накнаду за особне служности и друга права која престају продајом (види чл. 87. ОЗ) те РХ-а и опћине, градови и жупаније на основи пореза и других пристојби (види чл. 113. ОЗ). Опћенито, може се рећи да се тражбине које се намирују из остварене куповнине намирују се према присилним правилима о намирењу у тзв. *исплатним редовима* – а темељно је оно да се најприје намирују тражбине ранијег исплатног реда, па тек буду ли и када намирене тражбине ранијег

⁴⁶ Детаљније код: Михелчић, Г., Мишченић, Е., *нав.чланак.*, стр. 358.359, Михелчић, Г., *Присилно...*, За намирење фидуцијарног вјеровника, код Михелчић, Г., *Коментар...*, стр. 942. *et. seq.*

⁴⁷ Одредба чл. 85. ст. 2. ОЗ гласи: „Оврховодитељ за чију је тражбину касније одређена оврха на истој некретнини ступа у већ покренути овршни поступак.“

исплатног реда, намирују се оне које улазе у каснији исплатни ред (види чл. 114. ст. 1. ОЗ). У том смислу и примјеном начела *реалног приоритета* у првом се исплатном реду и привилегирано намирују трошкови овршнога поступка који се тичу судских пристojби и плаћених предујмова за provedбу овршних радњи (чл. 113. ст. 1. т. 1. ОЗ). У другом исплатном реду, примјеном начела *реалног - персоналног* приоритета, намирују се порези и друге пристojбе доспјели за посљедњу годину који терете некретнину (чл. 113. ст. 1. т. 2. ОЗ). Након њих – у трећем исплатном реду намирују се тражбине осигуране заложним правом, тражбине оврховодитеља на чији је приједлог одређена оврха и накнада за особне служности и друга права које престају продајом (чл. 114. ст. 1. ОЗ). Редослијед њихова намирења равна се правилом о првенственом реду - *prior tempore potior iure*. Наиме, према чл. 114. ст. 3. ОЗ, оврховодитељ и наведени вјеровници намирују се редом стјецања заложнога права и права на намирење оврховодитеља који су предложили оврху односно редом уписа у земљишну књигу особних служности, а ако је предносни ред био уступљен – по уступом успостављеном првенственом реду.

У овом контекст треба проматрати и правило из одредбе чл. 28. ст. 4. Директиве које предвиђа могућност да странке уговоре да ће приход од продаје средства осигурања бити довољан за отплату кредита. Такав споразум странака неће се моћи реализирати у дијелу у којем би доводио у питање намирење тражбина које се према присилним прописима намирују привилегирано, односно приоритетно (с ранијим првенственим редом), осим у два случаја: ако се вјеровник намирује као једини вјеровник (али и тада не на уштрб привилегираних тражбина), односно ако вјеровник пристане да се сматра намиреним у цијелости из куповнине која преостане након што се намире вјеровници чије се тражбине намирују с ранијим првенственим редом.

2.4. Правила из чл. 28. ст. 5. Директиве

У одредби чл. 28. ст. 5. ал. 1. Директиве одређује се да, ако цијена постигнута за некретнину утјече на износ који потрошач дугује, државе чланице морају имати поступке или мјере који ће омогућити постизање најбоље цијене (*енгл. best efforts price*) за некретнину која је предмет оврхе. Одредба истог ставка у другој алинеји садржи још једну занимљиву стипулацију. Према чл. 28. ст. 5. ал. 2. Директиве, у случају да је након овршног поступка дуг и даље неподмирен, државе чланице дужне су донијети мјере с циљем олакшавања отплате у сврху заштите потрошача (*енгл. facilitate repayment in order to protect consumers are put in place*).

2.4.1. Категорија најбоље цијене⁴⁸

Према одредби чл. 28. ст. 5. ал. 1. Директиве државе чланице дужне су у случају утјече ли цијена постигнута за некретнину на дуговање потрошача дужне осигурати поступке или мјере који ће омогућити постизање најбоље цијене.⁴⁹

Већ спомињано правило из ст. 5., чл. 336. ЗВ одређује да захтијева ли заложни вјеровник намирење из вриједности некретнине, али не успије у цијелости њезином продајом намирити своју тражбину, дужник му остаје дужан разлику, напротив, прода ли се некретнина за више од вјеровникове тражбине, вишак је дужников. К томе, заложни вјеровник може, био његов дужник власник залога (некретнине) или не, по својој вољи изабрати хоће ли захтијевати намирење своје тражбине понајприје из вриједности некретнине или из имовине свог дужника, или истодобно и из некретнине и из дужникове имовине (чл. 336. ст. 4. ЗВ). Јасно је, дакле, да ће се остварена куповнина, барем када се ради о намирењу заложне тражбине, значајно рефлектирати на дуговање дужника у смислу у којем имплицира одредба чл. 28. ст. 5. ал. 1. Директиве. Корисно је нагласити да захтјев остварења што вишег износа куповнине не искључује захтјев да се утврди и што виша вриједност заложене некретнине као полазишна точка за одређивање могуће продајне цијене – точније најнижег износа продајне

⁴⁸ Детаљније код: Михелчић, Г., Мишченић, Е., *нав. чланак*, стр. 358-359, Михелчић, Г., *Присилно...*

⁴⁹ У рециталу (27) преамбуле Директиве сажети су захтјеви којима би требали удовољити поступци или мјере којима би се омогућило постизање најбоље цијене. Тако се наводи: „Битно је осигурати примјерено вредновање стамбених некретнина прије склапања уговора о кредиту и, особито ако вредновање утјече на преостале обвезе потрошача у случају неиспуњавања обвеза. Државе чланице стога би требале осигурати постојање поузданих стандарда вредновања. Како би их се могло сматрати поузданима, стандарди вредновања требали би узети у обзир међународно признате стандарде вредновања, особито оне које су развили Одбор за међународну нормизацију вредновања, Еуропска организација процјенитељских удруга или Краљевска организација геодета. Ти међународно признати стандарди вредновања садрже начела високе разине који захтијевају да вјеровници, између осталог, прихвате и придржавају се примјерених процеса управљања интерним ризицима и управљања средствима осигурања који укључују поуздане процесе процјене, да прихвате стандарде и методе процјене који воде до реалистичних и образложених стандарда процјене некретнина како би се осигурало да се сви извјештаји процјене припремају на примјерено стручан и реван начин те да процјенитељи задовољавају одређене захтјеве у погледу стручности и воде одговарајућу документацију о процјени за средстава за осигурање које је свеобухватно и вјеродостојно. У том је погледу такођер пожељно осигурати одговарајући надзор тржишта стамбених некретнина и да механизми у таквим одредбама буду у складу с Директивом 2013/36/ЕУ Еуропског парламента и Вијећа од 26. липња 2013. о приступу и обављању дјелатности кредитних институција и бонитетном надзору кредитних институција и инвестицијских друштава. Одредбама ове Директиве које се односе на стандарде вредновања имовине може се удовољити примјерице, путем законодавства или саморегулације.“

цијене за који је могуће продати некретнину у поступку оврхе на некретнини. Инструменти који се предвиђају у овом правцу у националном уређењу већ су анализирани у поглављу 3.1.

2.4.2. Категорија олакшавања отплате у сврху заштите потрошача

Према чл. 28. ст. 5. ал. 2. Директиве, у случају да је након овршног поступка дуг и даље неподмирен, државе чланице дужне су донијети мјере с циљем олакшавања отплате у сврху заштите потрошача. Већ је било ријечи о овласти заложног вјеровника на пуно намирење и посљедицама таквог уређења по дужника (види поглавље 3.1. и 4.1.). У том се смислу у раније наведеном рециталу (27) преамбуле Директиве наводи: „Ако је дуг након овршног поступка неотплаћен, државе би чланице требале осигурати заштиту основних животних увјета и подузети мјере олакшавања отплате, избјегавајући дугорочну презадуженост.“⁵⁰

3. Закључак

Анализирана правила чл. 28. Директиве о присилном намирењу стварноправно осигураних тражбина уговора о потрошачком кредиту из стамбених некретнина показује да, барем када је о хрватском праву ријеч, у једном тренутку може доћи до „сукоба“ уговорних стипулација „препознатих“ наведеном одредбом Директиве и националних присилних прописа. Најочитије је то ради ли се о забрани уговарања комисорне клаузуле, али није занемариво ни с обзиром на евентуално уговарање *продајне цијене* као куповнине која би достajала за намирење цјелокупне тражбине вјеровника (тражбине главнице потрошачког кредита, споредних тражбина и трошкова), а што може подсјетити на забрањене иначице марцијанских клаузула. Наведене уговорне стипулације у заложном уговору забрањене су изворно управо зато да се не угрози положај дужника који је истодобно и заложни дужник и онемогући вјеровник да злоупорабом стекне више неголи би му припадало. Реалитет тзв. стамбених кредита чији су дужници управо потрошачи показује, међутим, да би се многи од њих *одrekli* заложене стамбене некретнине када би то значило и крај дужничког односа. Не треба, међутим, губити из вида да је када је о овим уговорима о кредиту ријеч њихово трајање најчешће уговорено на дуље вријеме у којем се могу очекивати и различите господарске и животне промјене. Могуће је да рјешења која се приликом закључења уговора о потрошачком кредиту и оснивања стварноправног осигурања на стамбеној некретнини чине повољнија за потрошача протеком времена више и не буду таква. Штовише, иако у појединим правним суставима постоје рјешења која напуштају забрану комисорног углавка, да убудуће таква забрана поново добије, тада, неку нову димензију.

⁵⁰ Види биљешку 49 у којој је цитиран рецитал (27) преамбуле Директиве.

Уговорне стипулације које би као резултат имплементације чл. 28. Директиве ушле у национално законодавство очито су замишљене уговорити приликом склапања уговора о потрошачком кредиту и оснивању осигурања на стамбеној некретнини. Оне нису без утјецаја како за сам упис осигурања за стамбену некретнину у земљишној књизи тако и за, хипотетско, присилно намирење – оврху. Ако ни због чега другог онда због рефлексије на овласти других потенцијалних овлаштеника на тој стамбеној некретнини. Занимљиво је питање како би се рефлектирале на питања првенственог реда или располагања првенственим редом. Не треба посебно наглашавати да је могуће поставити и питање би ли такви углавци имали утјецај и на могућност даљњег располагања стамбеном некретнином, посебно њезиног даљњег залагања. Сигурно, много питања која траже примјерени опрез и пажњу приликом евентуалних нових регулација, али наравно, у духу еуропских уређења. Било би корисно да се њима додатно не фрагментира како већ значајно партикуларизиран сустав уговора о кредиту, посебно оних потрошачких тако и стварноправних осигурања на некретнинама као предметима осигурања.

*Gabrijela Mihelčić, Ph.D., Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Rijeka
Jakob, Nakić, Ph. D.
County State Attorney's Office in Rijeka*

SOME REFLECTIONS ON THE RULES FOR FORECLOSURE IN THE LIGHT OF THE MORTGAGE CREDIT DIRECTIVE (with special reference on certain land registry issues)

Summary

The authors analyse novelties introduced by the rules (in particular Article 28) of the Directive 2014/17/EU in regard to the foreclosure of property-law security claims arising from consumer credit agreements relating to residential immovable property. Furthermore, they examine how the contracting of foreclosure by return or transfer of the claim, i.e. in case of deferral of fulfilment and request for achieving the highest possible price impacts the existing positive law system.

Key words: *Consumer credit agreements, mortgage, foreclosure.*

Литература

- Јосиповић, Т., *Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 16, 2013.-2014.
- Михелчић, Г., *Коментар Овршног закона*, Загреб, 2015.
- Михелчић, Г., *Фидуцијарно осигурање на некретнинама и покретнинама након реформе с посебним освртом на продају електроничком јавном дражбом*, Јавни билежник, бр. 41, 2015.
- Михелчић, Г., Мишченић, Е., *Credere и кредит: два сродна или супротстављена појма?*, Зборник ПФР, вол. 37, бр. 1, 2016,
- Михелчић, Г., *Присилно намирење тражбине у свјетлу Директиве о хипотекарним кредитима*, Јавни билежник бр. 42, 2015.
- Мишченић, Е., *Уговор о потрошачком кредитирању*, (у објави) Зборник: Банковни и финансијски уговори, 2. изд
- Мишченић, Е., *Ново еуропско уређење хипотекарних кредита*, Анали Правног факултета у Зеници, 2014, бр. 14.
- Мишченић, Е., *Mortgage Credit Directive (MCD): Are Consumers Finally Getting the Protection They Deserve?* Зборник: Liber Amicorum in Honorem Vilim Gorenc, Загреб, 2014.
- Накић, Ј., Ружичка, Б., *Кауциона хипотека – што је то?*, Нова правна ревија, бр.1-2/2015, Сарајево.
- Sein, K., Lilleholt, K., *Enforcement of Security Rights in Residential Immovable Property and Consumer Protection: An Assessment of Estonian and Norwegian Law*, Oslo Law Review, 2014.

*Др Ана Опачић, доцент
МА Александра Пилчевић, сарадник у настави
Високе школе за пословну економију и предузетништво у Београду*

УДК: 347.431:339.745

ВАЛУТНА КЛАУЗУЛА CHF КАО РЕГИОНАЛНИ ФЕНОМЕН У КОНТЕКСТУ ЕВРОИНТЕГРАЦИЈА

Резиме

Феномен "швајцарца" није настао на Балкану, иако се тако чини, већ је врло успешно увезен из далеке Аустралије где се по први пут јавља 1980. године. Аутори у раду на бази конкретних решења аустралијског сценарија покушавају да дају предлог решења и у нашем праву. У том циљу аутори се баве питањем монополског положаја банака који је резултирао бројним кршењима одредби Закона о облигационим односима. Наглим скоком швајцарског франка које је било праћено, а по неким индицијама и додатно изазвано противправним понашањем банака које су ове кредите пласирале, корисници су доведени до руба egzистенције и извесног губитка дома у будућности. У раду је дат хронолошки преглед овог проблема како у Србији тако и у Хрватској са једним критичким освртом на Измене и допуне Закона о потрошачком кредитирању, а у светлу нове Директиве ЕУ 2014/17/ЕУ.

***Кључне речи:** корисник кредита, банка, кредит, швајцарски франак, Србија.*

1. Увод

Кредити индексирани у швајцарским францима се први пут јављају у Аустралији 1980. године. Банке су тада фармерима нудиле кредите у швајцарским францима и јенима. Разлог таквог поступања правдале су изузетно повољном каматном стопом од 7%, док се стопа кредита у аустралијском долару кретала од 10-16%. С обзиром на разлику у каматним стопама од готово 9% велики број фармера у Аустралији се определио за кредите у швајцарским францима. Ситуација је била идеална све до 1986. године када је аустралијски долар почео да пада, па је и разлика у каматним стопама швајцарског франка нагло скочила и постала врло неповољна.

Многи фармери суочени са енормним порастом давања по основу кредита су покушали да са банкама договоре репрограме дуга или макар олакшице приликом отплате кредита. Међутим, банке су врло успешно чак пет година

наставиле да наплаћују енормно високе камате по основу кредита индексираних у CHF. Фармери су заштиту потражили и на суду, али без успеха јер је су банке своје непоштено пословање правдале заправо омогућавањем избора између кредита који су индексирани у CHF и јенима као и у аустралијском долару, те да су фармери имали право избора, и да су свесно ушли у ризик. Као што се може приметити сценарио, а ни реторика се данас у многоме не разликују. Банке као и регулаторно тело (Народна банка Србије) се управо бране основним аргументом да је корисник кредита знао који ризици постоје и да је закључењем уговора о кредиту са кредитором и пристао на такав ризик. Морамо истаћи да не стојимо на становишту да је то оправдано тумачење. То је заправо релативизација проблема у циљу манипулације недовољно упућеним судијама, који имају велики терет, али и одговорност у виду постављања темеља судске праксе у овој материји.

Питање свесности преузимања ризика у погледу закључења уговора индексираних у страниј валути, а посебно у валути чија стабилност зависи од само једне земље, тешко да је примењиво, с обзиром да је за такву процену ризика неопходно изузетно познавање економских токова праћено континуираним мониторингом дешавања на економској сцени, што сложићете се није својствено физичким лицима-корисницима кредита. Појединац као корисник финансијских услуга у данашњој сфери изузетно агресивне кредитне политике којој је изложен, уз поседовање елементарне финансијске писмености, неретко се налази као слабија страна у овом правном односу. Језик којим се банке служе је строго формалан и стручан те обичном грађанину остаје изван сфере суштинског разумевања. Појединац се руководи основним постулатом да добије новчана средства којима ће финансирати тренутне потребе из будућих примања, и тако задовољи основне егзистенцијалне потребе, попут рефинансирања већ нагомиланог дуга или питања обезбеђивања дома.¹

Приликом тумачења нејасних одредби оно би се морало чинити у корист слабије стране - корисника кредита, с обзиром да се ради о класичним уговорима по приступу. Међутим слабост једне стране је данас искоришћена за стицање екстрапрофита друге, јаче стране уговорног односа-кредитора. Посебан проблем у овом односу представља природа стицања овог екстрапрофита која је незаконита и уз одсуство реакције појединца забрињавајуће континуирана и организована од стране банака.

Афера везана за кредите у Аустралији је 1991. године, пет година након наступања неповољних околности за кориснике кредита, добила другачији епилог. Захваљујући одавању информација које су биле у поседу банке, правда је стигла додуше као и увек споро и до презадужених фармера. Бивши банкар Westcap банке Џон Мек Ленан је јавност упознао о писмима из 1986. године у којима се јасно види да је банка свесна ризика, и истиче да ни банка ни корисник

¹ Опачић, А., *Заштита корисника финансијских услуга у контексту хармонизације са правом ЕУ*, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015, стр. 317-333.

кредита нису у могућности да контролишу ризик који може да наступи.² Уследила је истрага, у којој је доказано да је банка Westcap, не само била свесна ризика већ да је ангажовала и једну адвокатску канцеларију која им је помогла у прикривању намере. Политичка јавност се окренула против банака те је држава корисницима кредита пружила помоћ и надокнаду државе. Међутим, треба имати у виду да је правда задовољена тек након пет година, и да је афера са швајцарцима оставила много дужника у банкротству, са свим трагедијама какве ти догађаји носе. Аустралијски сценарио са кредитом у швајцарским францима касније је виђен у многим земљама, попут Аустрије, Хрватске, Црне Горе, Босне и Херцеговине, Румуније, Пољске, Мађарске, Кипра, Шпаније и сл. Банке у прво време дају наводно изузетно повољне кредите, држава се пасивно држи по страни, а негде и организовано агитије, а тек касније нуди неку врсту помоћи. Међутим од реализације страшног сценарија до реакције државе и заштите корисника кредита који су преварени, се одигра много трагедија попут развода, изгубљених домова, самоубистава и банкрота које ни један судски епилог не може да надомести.

2. Случај швајцарац у Србији

Спорни кредит индексиран у швајцарским францима се у Србији представља као нов банкарски производ 2005. године понудом ХВБ Банке. Ова банка је прва на тржиште иступила са изузетно повољном каматном стопом од 4,75% на стамбене кредите који су индексирани у CHF.³ У то време задуживање у динарима није било могуће, већ је алтернатива била задуживање индексирано у еврима. Народна банка Србије је констатовала да се уводи један нов производ на наше банкарско тржиште, будући да су они, за разлику од већине стамбених кредита које нуде друге банке, везани за швајцарски франак. Даље је истакла, да су такви кредити у последње време популарни у земљама централне и источне Европе због знатно нижих каматних стопа у Швајцарској, а на бази ниже инфлације и есконтне стопе швајцарске централне банке. У нашим условима, с обзиром да је евро реперна валута за кретање курса динара, Народна банка је упозорила да, с обзиром да се курс динара утврђује према евр, кредити у швајцарским францима подразумевају већи ниво ризика, што се испољава у нижој каматној стопи. Најављено је и формирање информативног центра путем ког би се грађани информисали о овом новом кредитним производу и чекала се реакција конкурентних банака. Након изјаве тадашњег гувернера Радована Јелашкића да очекује да ће пословне банке чији су стамбени кредити везани за

² Jones, E., *The Foreign Currency Loan Experience in 1980s Australia with particular reference to the Commonwealth Bank of Australia: bank documents, bank culture, and foreign currency loan litigation*, Discipline of Political Economy, Sidney, 2005, стр. 20.

³ Бркић, М., *Игра валута и камата*, Време, 22. септембар 2005. године, доступно на интернет адреси: <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=428372>

евро реаговати на изазов ХВБ банке додатним смањењем камата, као тржишним одговором на појаву новог тржишта кредита, уследила је и нешто измењена реакција НБС. Народна банка је истакла да би се повећањем понуде банкарских производа у динарима у односу на кредите везане за страну валуту знатно повећала сигурност дужника.⁴ Како протумачити ову одредбу него као потврду сигурности кредита индексираних у CHF и позив конкурентским банкама да и оне представе овај нов банкарски производ својим клијентима. Банке које су до тог момента са опрезом посматрале и процењивале ризике пласмана таквих кредита, крећу да се утркују својим понудама грађанима. Једина банка која никада није пласирала овај производ је Societe Genarale банка.

Банке су кредите индексираних у швајцарским францима нудиле као повољније, а у многим случајевима клијент није био кредитно способан за кредит у еврима, па му је био одобрен у францима. Такође, клијентима банака који су већ повукли средства по основу стамбеног кредита индексираних у еврима, нуђено је да пређу на индексацију CHF као повољнију, посебно истичући да је швајцарски франак стабилна валута. Овим је јасно да о потпуном информисању појединаца нема ни речи, већ напротив ради се о намерном довођењу у заблуду клијената. На основу којих доступних информација су клијенти одлучивали да ли да се упусте у ризик и закључе уговор о кредиту индексираних у CHF? Пре свега на основу утврђивања да су кредитно способни, да је CHF изузетно стабилна валута и да је НБС заправо истакла да што већа понуда оваквих кредита јача сигурност грађана.

Није ли малициозно данас, пред судовима утврђивати као чињеницу да су клијенти знали и били добро упознати са каквим ризиком закључују овакав кредитни однос.

Поставља се питање да ли банка поступа у складу са законом посебно имајући у виду одредбе чланова 15, 394. и 1065. – 1068. Закона о облигационим односима, у ситуацији када банка кориснику кредита уплати динарску противвредност, а затим приликом обрачуна ануитета урачунава курсне разлике и уговорену камату, односно на дан враћања ануитета висину усклађује са девизним курсом, а кориснику кредита нису биле стављене на располагање девизе, него динарска противвредност, као и да ли овај уговор представља девизни или динарски посао?

Неспорно је да се ради о динарском кредиту када је у уговору наведено да се кориснику кредита ставља на располагање одређени новчани износ у динарима, и када корисник има обавезу да плаћа рату кредита у динарима, која је тачно утврђена у уговору.

Кредитирање у девизама између резидената у Републици Србији је регулисано одредбом чл. 25. Закона о девизном пословању (“Службени гласник РС”, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014) тако што је прописано да банка може резиденту – правном лицу и предузетнику одобрити кредит у девизама за

⁴ <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=428372>

плаћање увоза робе и услуга из иностранства, а резиденту физичком лицу ради куповине непокретности у земљи. Применом одредбе чл. 34. Закона о девизном пословању на основу које је прописано да се плаћање, наплаћивање и пренос између резидената и између резидената и нерезидената у Републици врши у динарима, а да се изузетно од ове одредбе, плаћање, наплаћивање и пренос у Републици могу вршити и у девизама по основу девизног кредитирања у земљи за намене из члана 25. овог закона, произлази да се кориснику кредита може ставити на располагање одређени износ у девизама само када је уговор о кредиту закључен на основу одредбе члана 25. Закона о девизном пословању. Сагласно напред наведеном, уговори који су закључени у складу са наведеном законском одредбом могу се подвести под тзв. девизне уговоре о кредиту. Одредбом члана 34. став 8. Закона о девизном пословању је прописано да је дозвољено уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима. Ставом 9. истог члана је прописано да Народна банка Србије прописује у којим случајевима и под којим условима се плаћање, наплаћивање, уплате и исплате могу вршити и у ефективном страном новцу. Одредбом чл. 2 истог закона у тачки (24) је прописано да је валутна клаузула уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате). Дакле, овим законским одредбама је омогућено да се вредност обавезе уговори у девизама, с тим што се плаћање и наплаћивање врши у динарима. Када се наведене законске одредбе примене на уговоре о кредиту (обухваћене одредбама чланова 1065. – 1068. Закона о облигационим односима, а у вези одредбе члана 2. Закона о банкама по коме кредит има значење утврђено у закону којим се уређују облигациони односи) произлази да банке имају могућност да уговоре вредност обавезе, односно износ новчаних средстава који се ставља на располагање кориснику кредита у девизама, али су дужне да кориснику кредита ставе на располагање одређени износ у динарима и да истовремено врше наплату доспелих рата кредита у динарима. Уговори који су закључени у складу са наведеном законском могућношћу могу се подвести под тзв. (динарске) уговоре са валутном или девизном клаузулом, али је суштински предмет уговора одређени износ девизама.

Из садржине постављеног питања произлази да је банка кориснику кредита одобрила кредит у швајцарским францима у динарској противвредности и да је банка управо извршила уплату динарске противвредности одређеног износа швајцарских франака и да је тиме банка искористила напред наведену могућност уговарања у девизама уз обавезу плаћања и наплаћивања у динарима и да је тиме фактички закључен (динарски) уговор са девизном или валутном клаузулом. Овако закључен уговор представља дозвољен правни посао у складу са наведеним законским одредбама.⁵

⁵ Став Апелационог привредног суда у Београду, Билтен судске праксе Привредног

С обзиром да смо утврдили законитост одобреног кредита и утврдили да се заправо ради о динарском кредиту који је обезбеђен валутном клаузулом, следеће питање које се поставља јесте питање правне природе валутне клаузуле, и шта у ситуацији када валутна клаузула од средства заштите постане средство експлоатације друге уговорне стране.

Новац служи као опште средство размене и мерило вредности, али је и он сам подложен промени вредности. С обзиром да се стамбени кредити закључују на дужи временски период, постоји бојазан да се током времена не догоди значајна промена вредности услед девалвирања националне валуте. Из тог разлога се у уговоре уносе валутне клаузуле, које се могу појавити у облику клаузуле плаћања и клаузуле вредновања. У првом случају дужник измирује новчану обавезу исплатом уговореног броја страних новчаних јединица, док се у другом случају новчана обавеза измирује у домаћој валути, али се број јединица домаће валуте коју треба платити одређује сразмерно вредности одређеног (уговореног) броја јединица стране валуте.

У нашем праву уговарање валутне клаузуле у унутрашњим односима допуштено је изменама Закона о облигационим односима из 1993.године, па у складу са чланом 395. ЗОО⁶, ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој другој валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе. Валутна клаузула је уведена у наш правни систем са циљем очувања реалне вредности новчане обавезе уговорене у домаћој валути, што је последица искустава високе стопе инфлације 90-их година и енормне депресијације националне валуте. Такав негативни финансијски контекст обезвређивања националне валуте је за собом носио и обезвређивање преузетих новчаних обавеза, што је за собом носило дестабилизацију финансијског сектора и привреде уопште, а финално отварало пут правној несигурности појединаца. Институт валутне клаузуле, утемељен на закону је несумњиво постао општеприхваћен и у свакодневној је примени.

Валутна клаузула представља инструмент заштите од ризика промене девизног курса, код кога се износ обавезе, односно потраживања уговара у девизама, с тим што се плаћање, односно наплаћивање врши у динарској противвредности. Валутна клаузула се најчешће уговара ради заштите повериоца, са циљем спречавања умањења реалне вредности потраживања или његовог обезвређивања услед промене вредности новца протеклом времена.⁷ Разлог због којег се валутна клаузула имплементира у уговор о кредиту је потреба да се очува стварна вредност главнице који је потрошачу одобрена у динарском износу. Такво поступање банака је било у складу са законом и

суда у Београду, бр. 4/2015.

⁶ Службени лист СФРЈ, бр.29/78, 39/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Сл. лист СРЈ, бр.31/93.

⁷ Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014, члан. 2 и 34.

последица је свеопштег негативног искуства са нестабилном домаћом валутом.⁸ Међутим, основ за критику поступања банка посебно код валутних клаузула везаних за швајцарски франак се и налази у предходно изреченом, *очување стварне вредности главнице позајмљеног износа*, а не зарађивање екстра профита и неосновано обогаћење банкарског сектора. Код уговора са валутном клаузулом добијени износ новца цени се према износу валуте која служи као валориметар, тј. установљена је обавеза да се врати реална вредност добијеног новца и плати банци примерена накнада за коришћење добијеног новца.

Поставља се питање како третирати уговор у коме, услед изненадне промене вредности валуте којом је индексиран кредит, дође до нарушења еквивалентности узајамних престација уговорних страна. Да ли је страна која сада више плаћа него што је иницијално позајмила има право да раскине уговор или право на модификацију постојећег уговора. Становишта смо да је то можда одличан почетак борбе против ових незаконитих радњи банка. Заправо се ради о једном облику неоснованог обогаћења, јер валутна клаузула није остварила своју функцију заштитног механизма очувања позајмљене вредности главнице дуга, већ и значајном увећању изнад реалне вредности, ако се раст номиналне вредности главнице у динарима пореди са осталим параметрима (растом курса других валута, стопом инфлације, тржишном ценом некретнина које су биле предмет куповине путем кредита и сл.) Дакле, од средства заштите трансформисала се у противзаконито средство експлоатације корисника кредита.

Корисници кредита могу тражити раскид уговора и то пре свега по основу члана 133. Закона о облигационим односима.⁹ Анализираћемо претпоставке за раскидање у даљем тексту у циљу утврђивања да ли је ово валидан основ за један од начина решења агоније корисника кредита у СНФ.

Дакле, према одредби поменутог члана уколико након закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у једном и другом случају у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора може захтевати да се уговор раскине.

Уколико анализирамо поменуту одредбу уочићемо да су, када је у питању случај швајцарца, испуњена оба услова иако су алтернативно постављена. Нагли скок швајцарца и пораст износа који сада корисник кредита месечно дугује несумњиво је околност која отежава испуњење обавезе једне стране. Такође, питање остваривања сврхе уговора је доведено у питање. Да ли се остварује сврха уговора о кредиту према коме корисник кредита након петогодишњег

⁸ Пресуда и рјешење Врховног суда Републике Хрватске у случају Франак од 14.05.2015, Ревт 249/14-2.

⁹ Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Сл. лист СРЈ, бр.31/93.

плана отплате дугује више него што је иницијално позајмио? Свакако да је ово очигледно неправично и да не одговара очекивањима корисника кредита те он има право да затражи раскид уговора по овом основу. Страна која захтева раскид уговора дужна је да обавести другу страну о својој намери чим је сазнала да су такве околности наступиле, иначе одговара за претрпљену штету друге стране. Дакле корисник редита пре подношења тужбе суду треба да обавести кредитора о намери раскида уговора. Према члану 135. при одлучивању о раскидању уговора, односно његовој измени, суд се руководи начелима поштеног промета, водећи рачуна нарочито о циљу уговора, о нормалном ризику код уговора односне врсте, о општем интересу, као и о интересима обеју страна.

Уколико се корисници кредита одлуче на тужбу за раскид уговора услед промењених околности, морају бити свесни последица судске одлуке којом се уговор раскида. Свака страна услед раскида уговора враћа другој оно што је примила. Дакле, банка има право на повраћај износа одобреног кредита, а корисник на повраћај плаћених ануитета. Ови износи се дугују у динарима и приликом враћања треба да буду увећани за законску затезну камату од дана исплате до дана враћања.¹⁰ С обзиром да су у питању истородне обавезе доћи ће до пребијања те ће корисник кредита вратити банци само разлику између одобреног износа кредита увећаног за затезну камату и плаћених ануитета, такође увећаних за затезну камату.

Свакако да се може поставити питање на који начин обезбедити средства за повраћај кредита, међутим треба имати у виду да би се на овај начин платио много мањи износ од износа који би банка потраживала ако би корисник кредита престао са отплатом кредита, јер би банка у датом случају захтевала неотплаћени део главнице индексиран у CHF. Такође, тужба се може искористити и као мера притиска на банке да уговор одрже на снази применом члана 133. ст.4 те се уговор неће раскинути уколико банка понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене. На овај начин би се обезбедила правна сигурност и примена правила *pacta sunt servanda*.

Јасно је да ће се банке одмах позвати на став. 2 истог члана према коме се не може захтевати раскид уговора ако је страна која се позива на промењене околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности или их је могла избећи и савладати.

Питање које се данас основано поставља пред судовима јесте, да ли је странка била у могућности да као корисник кредита сагледа све ризике које за собом носи закључење уговора о кредиту индексираном у CHF. Да бисмо одговорили на ово питање било би добро да консултујемо случај студију која обрађује управо проблем феномена швајцарца у Аустралији.¹¹

¹⁰ Чл. 132, 300.

¹¹ Jones, E., *The Foreign Currency Loan Experience in 1980s Australia with particular reference to the Commonwealth Bank of Australia: bank documents, bank culture, and foreign currency loan litigation*, Discipline of Political Economy, Sidney, 2005.

Према студији издвојене су неке основне карактеристике корисника кредита које су апсолутно примењиве на случај у нашој земљи. Па тако, корисници кредита су изворно закључили уговор о кредиту индексиран у швајцарцима (нису рефинансирали своје обавезе кредитом у CHF), кредит је закључен пре девалвације аустралијског долара, у случају закључења уговора нису креирани заштитни механизми нити за банку нити за корисника који би имали заштитни ефекат, и кредит је примарно био обезбеђен некретнином. Све ове карактеристике аустралијског сценарија су апсолутно исте и код нас, а посебно забрињава да банке нису предвиделе хецирање, с обзиром да се ради о једној високо ризичној инвестицији како данас тврде. Зашто нису предвиделе обавезу осигурања од валутног ризика приликом закључења уговора, иако је такав вид осигурања постојао у време масовног одобравања кредита индексираних у CHF.

Такође, ова студија је показала да су корисници ових кредита били потпуно неискусни по питању валутних ризика и да су чак показали слабо разумевање докумената и објашњења које су добијали од кредитора, што је имало за последицу да су се ослањали на савете који су добијали од банкарских службеника. Посебан проблем се јавља уколико ни сами банкарски службеници нису до те мере упућени те ни сами не разумеју ризике и опасности које носе валутни ризици на дуг рок. Истраживање је показало да су корисници, пре него што су закључили уговор о кредиту индексиран у CHF, бивали упућени од банкарских саветника да је CHF стабилан, да су камате на CHF много ниже у односу на сличне кредитне производе, и да ће имати могућност да конвертују свој кредит у домаћу валуту уколико камата порасте више од 5%. У Србији је ситуација забрињавајуће идентична, посебно јер се након 20 година исти сценарио понавља. Клијентима у Србији је такође лажно представљено да ће имати могућност да свој кредит конвертују у кредит индексиран евром, као јединим могућим у датом тренутку јер задуживања на дуги рок у динарима није било могуће. Поред тога, клијенти који су се већ били задужили у еврима саветовани су да своје обавезе рефинансирају у CHF и слично, а све то је било праћено подршком Народне банке Србије. Према поменутој аустралијској студији је закључено "да кредити са валутном клаузулом увек носе са собом велики ризик у односу на традиционалне банкарске производе, и да кредити са валутним клаузулама носе валутне ризике које просечан корисник не може да разуме и ваљано управља њима, те се не сме допустити креирање и пуштање таквих кредитних производа обичним грађанима. Уколико се то деси питање је дана када ће наступити трагедија великих финансијских губитака и личних трагедија."¹²

Посебно је оцењено да су кредити са валутним клаузулама коцка која не привлачи опрезне и мудре, шта више има људи који су рационално спремни да се коцкају, и да су одређени корисници кредита ушли са намером да се коцкају и чак из тога изашли остваривши профит. Сви су се екперти сложили да је било

¹² Исто, стр. 20.

оправдано једино за добро обавештене кориснике кредита да се упусте у овакве трансакције.¹³

Али поставља се питање ко је добро обавештен корисник кредита? Да ли је то грађанин који је питање дома решавао верујући у савете банкарских службеника и подршку Народне Банке Србије која је управо требала да заштити тог грађанина од преварног поступања банака. Да би се утврдила добра информисаност корисника кредита, неопходно је сагледати целу проблематику валутних ризика, мислећи под тим да је једино стручњак из те области био свестан свих ризика и знао како да истим ризицима управља. Логично се намеће закључак да такви корисници уколико постоје сигурно нису данас на рубу инсолвентности, већ су из целокупне афере изашли са профитом, те се о заштити њихових права данас уопште и не говори. Обесправљени који моле судове да штите њихова права су управо обични грађани који нису имали специфична економска знања из области валутних ризика, која су неопходна да би се сагледала понуда кредита индексираних у CHF на свеобухватан начин, и на основу тога правоваљано пристали на евентуалне ризике које за собом носе ови кредити.

Дакле, питање да ли је странка знала или је морала знати у време закључења ових спорних уговора је беспредметно јер по свему претходно изреченом јасно је да су ови високо ризични кредити пласирани слабијој страни, обичном грађанину без претходног упозорења на озбиљност наступајућих ризика и упућивање на осигурање од истих. Лак тест за ову тврдњу би било истраживање познавања банкарских службеника о валутним ризицима. Будите уверени да би резултати били поражавајући, те онда како се може претпостављати да обичан грађанин поседује тако високо специфична економска знања, када ни онај који га је саветовао не поседује таква знања.

У јавности се по питању проблема кредита индексираних у швајцарском франку могло чути да држава не сме да се меша у приватне односе кредитора и корисника кредита. Народна банка Србије је институција на коју је држава пренела монетарну и девизну политику, управљање девизним резервама, контролу банкарског система, али и контролу рада свих банака, кроз коју је НБС морала да обавља послове заштите права и интереса корисника банкарских услуга у складу са законом. Уговори о кредитима у потпуности штите банке, јер се они сачињавају у форми уговора по приступу, где друга страна нема апсолутно никаква права модификације уговорних одредби. Њена сфера избора се своди на сагласност за закључење таковог уговора или одбијање истог. Банке су заштићене у погледу очувања супстанце датог динарског износа кредита. У случају пада вредности динара, валутна клаузула им служи као "финансијски падобран" или "сигурносни вентил". Очување ове вредности банке врше тако што се висина рате обрачунава према вредности одређене валуте. Посебно је важно истаћи да обрачунска валута која је ушла у уговор није заснована на

¹³ Исто, стр. 21.

доказима да је банка управо та своја средства у тој валути конвертовала у динаре које је дала кориснику кредита. У уговор је ушла валута коју је банка предложила у типском уговору, а са којим се сагласио корисник.

Одредбе у уговорима о кредиту које закључују физичка лица несумњиво нису јасне и разумљиве једном просечном грађанину, оне захтевају напредно познавање економије и посвећивање анализи одредаба које су у њему наведене. Питање поступања банака супротно начелу поштења и савесности, би се лако могло узети као основ имајући у виду да банке нису инсистирале напојашњавању одредби и обавеза које корисник кредита потписивањем уговора о кредиту преузима на себе. Када је конкретно реч о швајцарском франку, чињеница је да се корисник сагласио са применом ове валутне клаузуле, и да му је примена валутних клаузула била позната као пракса у привредним односима, међутим банка као и НБС је пропустила да упозори корисника на могућност спекулативног курса франака, јер његова вредност зависи само од једне земље, Швајцарске, док је вредност евра мање подложна значајним изменама јер је то валута земаља еврозоне.¹⁴ С обзиром на агресивну кредитну политику пласирања стамбених кредита индексираних у швајцарском франку, где је потенцирана његова повољност у односу на стамбене кредите индексираних у евр, рађа се оправдана сумња да је постојала намера банака да се корисници намерно доведу и одрже у заблуди, а у циљу стицања екстрапрофита од стране банака. Заговорници становишта да се држава не сме мешати у приватноправне односе истичу као аргумент, да су корисници бирали ову валутну клаузулу због повољнијих услова кредитирања у односу на евро. Овај аргумент се може само делимично узети у обзир јер су банке пропустиле да у саме уговоре имплементирају и одредбу која ће са друге стране штити вредност позајмљеног новца корисника кредита, да ће вратити само онај износ који је иницијално позајмио, наравно уз припадајућу камату. Дакле, у уговорима нема заштитне клаузуле која кориснику кредита гарантује да ће вратити само реалну вредност, односно ону вредност коју је и примио по основу кредита.

Корисници кредита су морали бити упозорени да избор ове валуте значи да у току дугог временског периода отплате стамбеног кредита може доћи поремећаја основног начела сваког уговора, а то је еквивалентност узајамних давања уговорних страна, због промене курса валуте које су подложне не само условима на тржишту новца него и спекулативним понашањима, тако да вредност која се мора вратити по основу узетог кредита премашује износ који је добијен. С обзиром да се ради како је већ речено о типском уговору, правило је

¹⁴ Пример за стабилније валутне клаузуле је примена тзв. корпе валута, када се варијације курса домаће валуте држе у фиксираним размерама у односу на вредност неколико других валута. Такође, добар пример представљају и специјална права вучења ММФ-а, одн. корпа валута која укључује амерички долар, еуро, британску фунту и јапански јен, могла да послужи као супер-суверена валута и на њу не би лако могла да утиче политика појединих земаља.

да се нејасне одредбе тумаче у корист слабије стране, односно корисника кредита. Банка у унапред припремљеном тексту није заштитила право корисника кредита да врати само онај износ који је узет, тиме је поремећено начело једнакости узајамних престација те се за то одговорност мора превалити на банку, као и Народну банку Србије која је била дужна да врши контролу над радом банкарског сектора и онемогући ову лошу пословну праксу банака. С обзиром на чињеницу да је франак ојачао и до 250 % од момента утимања кредита код појединих корисника, дошло је до прекомерног оштећења и озбиљног нарушења узајамности престација уговорних страна. Протеком времена од како је уговор о кредиту закључен, уз енормни скок вредности швајцарског франка трансформисао је уговор о кредиту у типичан зеленашки уговор. Закон о облигационим односима¹⁵ у члану 141. предвиђа да је ништав уговор којим неко користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговори за себе или за неког трећег корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другом дао или учинио, или се обавезао дати или учинити. Ако анализирамо ову одредбу увидећемо да су испуњена оба услова, кредит којим се решава питање становања се може тумачити као стање нужде или као тешко материјално стање, а у односу са банкама сваки корисник кредита не поседује довољно искуства да разуме уговоре о кредиту те се може и тумачити као лакомислен и недовољно искусан. Несразмера обавезе која се тражи за примену одредбе о зеленашким уговорима је више него очигледна у ситуацији када после пет или осам година отплате кредита корисник није ни почео са отплатом главнице, која му се у међувремену још и увећала. Уговор у моменту закључења није био, али је током времена отплате прерастао у зеленашки уговор. Како је овакав уговор противан принципу савесности и поштења и једнаке вредности узајамних давања, као и принципу да су учесници у облигационим односима дужни да поступају у складу са добрим пословним обичајима и моралом, санкција за овакве уговоре је ништавост.

Решење које је у оваквом случају могуће је захтев за повраћај у пређашње стање, повраћај узајамних престација или закључивање новог уговора уз сагласност уговорних страна. Такође могућа је и још једна могућност коју отвара члан 141. у ставу 3. ЗОО која даје право оштећеном да судски захтева да се његова обавеза смањи на правичан износ, и уколико суд удовољи таквом захтеву уговор са одговарајућом изменом остаје на снази.

С обзиром на начело *pacta sunt servanda* у циљу очувања уговора на снази, суд би приликом смањења обавезе корисника кредита на правичан износ могао да наложи конверзију датог кредита из швајцарског франка у евро, али према курсу који је важио у време одобравања кредита, док би се извршила конверзија свих исплаћених динарских рата у евро према курсу у моменту исплате сваке од рата. Исплаћене рате би се урачунале у отплату кредита као да је од самог почетка овај кредит био везан за валуту евро. Овим би се омогућило и

¹⁵ Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Сл. лист СРЈ, бр.31/93.

корисницима кредита индексираним у швајцарцима да након конверзије могу користити и кредите за рефинансирање својих обавеза што им је сада противуставно и противзаконито забрањено, те су тиме дискриминисани на кредитном тржишту.

Посебан проблем везан за ове уговоре јесте чињеница да се банке углавном нису задуживале у швајцарским францима, односно да ти пласмани нису имали одговарајуће изворе у истој валути. У прилог томе говори извештај НБС о банкарском сектору за 2014. годину¹⁶, где се види да задужења банака у швајцарским францима у том тренутку износе 2 % укупних задужења. С друге стране, од укупних пласмана које банке имају у посматраном периоду, око 6% је индексирано у швајцарским францима. Дакле, већи део пласираних кредита нема покриће у истој валути, те то указује да банке добар део свог профита остварују на курсним разликама, односно јачању франка у односу на динар и евро. То потврђују и приходи банка који добрим делом чине управо курсне разлике. Валутна клаузула служи за очување вредности позајмљеног капитала. Ако банка има извор средстава у некој страниј валути, оправдано је да има и пласман у истој. Укупне обавезе банака, које су индексирани у страниј валути у овом тренутку износе око 12 милијарди евра, док укупни пласмани банака у страниј валути износе негде око 18 милијарди евра. Банке су овим око 6 милијарди евра неоправдано индексирале у страниј валути ради остваривања зараде на курсним разликама.¹⁷

Дакле, валутне клаузуле за собом носе валутне ризике, с једне стране мора се узети у обзир стабилност домаће валуте и потреба за валутним клаузулама, но том приликом се не сме занемарити она друга страна уговорног односа, корисник кредита. Међутим када говоримо о валутној клаузули швајцарског франка, из претходно реченог постоји основ за тврдњу да се заправо ради о изузетно организованој превари са основним циљем "испумпавања" девиза из земље у земље седишта односних банака, а које је изведено управо манипулацијом обичних грађана - корисника кредита, који су преваром наведени да те уговоре о кредиту и закључе.

3. Случај франак у Хрватској

Валутне клаузуле и у праву Хрватске су уведене чланом 2. Закона о измјенама и допунама Закона о обвезним односима¹⁸, док је Закон о обвезним односима из 2006.¹⁹ године чланом 22., предвидео валутну клаузулу која је као

¹⁶ Подаци доступни на интернет адреси: http://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/latinica/55/55_4/kvartalni_izvestaj_II_14.pdf

¹⁷ Извештај НБС о банкарском сектору доступан на: http://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/latinica/55/55_4/kvartalni_izvestaj_II_14.pdf

¹⁸ Народне Новине, 3/94.

¹⁹ Народне Новине, 35/05, 41/08.

институт у примени и до данас у хрватском праву. Проблем индексирања кредита у швајцарским францима је потресао и хрватско финансијско тржиште и ширу јавност, те они као чланица Европске Уније су пре нас издејствовали решење у виду конверзије кредита индексираног у пвајцарцима у кредите индексиране у евро. Године 2013. донета је првостепена судска одлука којом је утврђено да су валутне клаузуле ништаве као и право на једнострану промену каматних стопа.²⁰ Следеће године је донета другостепена пресуда Вишег трговачког суда којом се заштитне валутне клаузуле у уговорима о кредиту потврђују као законите, али да су незаконите уговорне одредбе којима давалац финансијске услуге има право да једнострано и без унапред уговорених објективних критеријума мења каматне стопе.²¹ Након ове одлуке поднета је ревизија Врховном суду Хрватске, који је већ 2015.године потврдио другостепену одлуку Високог трговачког суда и одбио ревизију као неосновану.²²

Тај пут није био нимало лак, нити праћен јасном подршком јавних институција, али се показало да удружени појединци заиста могу извршити промене које се тичу целине, јер у крајњем, ко може боље бранити наша права од повреде, осим нас самих вршењем пуног обима права које нам систем пружа.

Централна банка Швајцарске је у јануару 2015. године неочекивано укинула границу девизног курса од 1,20 франака за један евро, коју је увела крајем 2011. године. Ова неочекивана одлука Централне банке Швајцарске је истог дана по спровођењу мере довела до значајног јачања франка, који је иницијално ојачао за 40% да би се касније током дана стабилизовао на нивоу од 1,03 франка за евро, што укупно представља јачање швајцарске валуте за око 15 одсто. С обзиром да је значајан део кредитног портфолија деминован у швајцарским францима у региону, дошло је до новог поскупљења сервисирања тих кредита од стране становништва и привреде. У Хрватској према подацима Народне банке Хрватске је око 60 000 кредита индексирано у швајцарцима, и процењује се да свака дестабилизација швајцарске валуте има последице на 200 000 до 300 000 грађана Хрватске.

Хрватски Сабор је изгласавањем измена Закона о потрошачком кредитирању увео као привремену меру, замрзавање курса на 6,39 куна са временским важењем од годину дана. Ово решење је критиковано како у стручним круговима тако и у ширем јавном мњењу, јер је измена закона примењена широко, а не како је најављивано само на кориснике стамбених кредита. Приговарало се да је политички, а не законодавни акт и слично. Паралелно су се водили судски поступци корисника кредита против банака које

²⁰ Пресуда Трговачког суда у Загребу, објављена 04.07.2013. бр. 26.П-1401/2012.

²¹ Пресуда Високог трговачког суда, од 13.06.2014, бр. Пж-7219/13-4

²² Ревизија Врховног суда Хрватске, Ревт 249/14-2, доступна на интернет адреси: <http://udrugafanak.hr/wp-content/uploads/2015/05/Priopcenje-2015-05-14-2.pdf> (11.12.2015)

су ове кредите одобравале у претходном периоду, потпомогнути од стране Удруге Франак.

Да је питање замрзавања курса франка било привремено решење говори у прилог нова измена закона о потрошачком кредитирању Хрватске. Закон о изменама и допунама Закона о потрошачком кредитирању²³ ступио је на снагу 30.09.2015. године, уводећи право на конверзију кредита индексираних у швајцарским францима. Измена закона се односи на Главу IV која носи назив "Конверзија кредита деноминираних у швајцарским францима и деноминираних у кунама са валутном клаузулом у швајцарским францима". Чланом 19а ове главе је предвиђено да се конверзија односи на све кредите који су у отплати, продати или на било који начин уступљени трећој страни до 30.09.2015. Конверзија се према овом закону не може спровести на кредитима који су отплаћени или на којима је већ спроведена конверзија пре ступања на снагу овог закона. Чланом 19б овог закона предвиђено је начело конверзије која се обавља ради промене валуте, односно валутне клаузуле у којој је деноминован кредит и спроводи се на начин, да се положај потрошача с кредитом деноминираним у швајцарским францима изједначи са положајем у којем би био да је користио кредит деноминован у еврима. Положај потрошача са кредитом деноминираним у кунама са валутном клаузулом у швајцарским францима треба изједначити са положајем у којем би био да је користио кредит деноминован у кунама са валутном клаузулом у еврима.²⁴ Ово начело има за циљ да спречи евентуалну дискриминацију између корисника кредита у швајцарским францима и еврима. Чланом 19ц регулише се детаљно начин израчунавања конверзије, што би се укратко могло изнети у следећем: конверзија се спроводи тако што се почетно одобрена главница кредита у швајцарским францима претвара у евро по курсу који је важио на дан исплате кредита, при томе се користи курс који је поверилац примењивао на исте такве кредите, дакле то може бити продајни или средњи курс било које кредитне институције или Хрватске народне банке.

Када говоримо о каматној стопи која се примењује по новом отплатном плану, до њеног износа се долази тако што се почетно уговорена каматна стопа у швајцарским францима замењује каматном стопом у еврима која је у том периоду могла бити већа или мања од каматне стопе која је била везана за кредит у швајцарцима. Даље, на основу тога се утврђује нови отплатни план који би био утврђен да је кредит и почетно био одобрен у еврима, уважавајући све измене услова током трајања кредита. Када се коначно прихвати нови отплатни план, конвертују се уплаћени износи у швајцарцима у уизносе којим се плаћају износи рата по новом отплатном плану у еврима. Уколико је уплаћени износ на име кредитних рата по старом отплатном плану већи од износа према новом плану, вишак се расоређује као претплата. Та претплата се признаје кориснику кредита на име плаћања будућих рата која ће доспевати, а не третира се као умањење

²³ Народне Новине, 102/2015.

²⁴ Народне Новине, 102/2015.

главнице. Потоји ограничење и код примене претплате. Она се може искористити тако да се код плаћања будуће рате износ до највише 50 одсто може затворити претплатом све док се претплата у потпуности не искористи. Може се десити и да је претплата већа од преосталог дуга. У овом случају закон предвиђа обавезу повериоца, да ако износ претплате прелази укупан број рата односно ануитета у еврима на дан 30.09.2015. године, кориснику кредита врати преплаћени износ у року од 60 дана од датума пристанка на конверзију од стране потрошача. Износ претплате прерачунава се у куне по курсу на дан 30.09.2015. и на њега поверилац није дужан да обрачуна камату, нити курсну разлику, већ исте сноси потрошач.

Предвиђена је и обавеза банке на информисање, па је она дужна да припреми и објави на интернет страни заједно са мишљењем овлашћеног ревизора или судског вештака, калкулатор на основу кога је израчуната конверзија кредита, и да га учини доступним сваком поједином потрошачу. Такође, поверилац је дужан да објави хронолошки преглед општих услова кредитирања, одлука о каматним стопама и дневних курсних листа које су се примењивале на кредите у еврима и кунама са валутном клаузулом у еврима. Чланом 19е Закона је предвиђено да је поверилац, односно банка дужна да у року од 45 дана од дана ступања на снагу овог закона достави корисницима кредита прорачун конверзије кредита, док је корисник дужан у року од 30 дана од пријема прорачуна да донесе одлуку о прихвату конверзије. Уколико потрошач не пристане на конверзију, отплата кредита ће се наставити према почетно уговореним условима. Замрзнути курс швајцарског франка од 6,39 куне важи до фебруара 2016. године. Каматна стопа остаје на 3,23% за све време у којем је курс уговорене валуте апресирао за више од 20%.

У прелазном периоду, потрошач је дужан да настави са плаћањем кредитних рата утврђених отплатним планом који је важио пре конверзије кредита. Разлика између уплаћеног износа у прелазном раздобљу и износа за уплату по рати у еурима утврдиће се приликом доспећа прве следеће рате према новом плану конверзије.²⁵ Уколико банке не доставе прорачуне конверзије кредита, приговор се може поднети самој банци, Министарству финансија Републике Хрватске и Хрватској Народној банци, а у крајњем виду и оптужни предлог надлежном прекршајном суду. Прописана је новчана казна која износи од 80 000-200 000 куна по уговору.²⁶

Измене закона које су ступиле на снагу крајем септембра, а тичу се могућности конверзије спорних кредита у евро, у првим месецима примене нису дале очекиване резултате. Разлог за то су бројна кршења одредби о конверзији. Удруга Франак је издвојила неке од најчешћих начина кршења законских

²⁵ Чл. 19ф, Закон о изменама и допунама Закона о потрошачком кредитирању, Народне Новине, 102/2015.

²⁶ Чл. 26а.

одредби.²⁷ Пре свега присутно је лажно приказивање и евидентно манипулисање каматним стопама у еврима. Затим, непризнавање статуса клијента и других погодности које је дужник имао по кредиту у швајцарским францима, што је у директној супротности са законском одредбом.²⁸ Банке кроз директно кршење закона и увећавање историјског кретања каматне стопе у еврима, у симулираном отплатном плану, су од дужника противправно прибавиле од 1000 до 5000 евра претплате у појединим случајевима. Овде се заправо ради о стицању без основа. Банке су такође приликом израде нових планова отплате манипулисале и главницом кредита, увећале су почетне главнице и до 5%. Поново се ради о противправном понашању банака, супротно начелу савесности и поштења, где се позиција слабије уговорне стране и њена неукост користи за противправно стицање. Такође банке не могу условљавати клијенте, већ су дужне понудити конверзију кредита својим клијентима. И посебно срамно противправно понашање од стране банака представља имплементирање одредби о ништавости конверзијепод одложним условом, уколико Уставни суд прогласи одредбе о конверзији противуставним.

Надзор над применом Закона о изменама и допунама Закона о потрошачком кредитирању је поверен Министарству финансија Хрватске, а с обзиром да је централна банка регулатор банкарског сектора, оправдано је да Хрватска Народна банка мора пазити по службеној дужности на поступање банака у примени правила о конверзији, и реаговати у случају јављања "лоше праксе банака".

Почетком марта 2016. године ће бити познати ефекти примене правила о конверзији кредита²⁹, Законом је предвиђен рок од 6 месеци, замрзавање курса важи до фебруара месеца, а за очекивати је и евентуално доношење одлуке Уставног суда Хрватске по питању конверзије. Све ово ће у многоме допринети остваривању правне сигурности и јачању позиције корисника кредита.

4. Закључак

Банке су користећи се монополским положајем на кредитном тржишту у многоме својим пословањем кршиле одредбе Закона о облигационим односима. Користећи неукост и недовољну упућеност корисника кредита о својим правима, уносиле су у неразумљиве уговоре противзаконите одредбе и као такве

²⁷ Достуно на: <http://udrugafranak.hr/ostar-odgovor-udruge-franak-na-priopcenje-hnb-a/> (12.12.2015).

²⁸ Чл. 19ц ст. 2. и чл. 19ест. 8, Закон о изменама и допунама Закона о потрошачком кредитирању, Народне Новине, 102/2015.

²⁹ Чл. 19и.

²⁶ Pearce, D. W., (General editor) et al., *Bank credit, "kredit, monetarni multiplikator, novčana masa, novo gledište na ponudu novca"* –MacMillan Dictionary of Modern Economics 4 ed: by Palgrave Macmillan of Hondmills, Basingstoke, Hampshire RG 21 GXS (The publisher), 2003.

реализовале у уговорима и тим путем оствариле екстрапрофит. Тек организацијом појединаца корисника финансијских услуга кроз удружења, која на организован начин штите права појединаца, извршен је притисак пре свега на регулаторно тело Народну банку Србије па и самог законодавца да питање корисника финансијских услуга добије и правну форму 2011. године, а данас услед већег броја поднетих тужби по основу бројних злоупотреба од стране банака и измене овог закона које иду преваходно у корист корисника услуга. Примера ради још 2000. године је Решењем Врховног суда Србије констатовано да банка нема право на накнаду трошкова које наплаћује у процентуалном износу од износа кредита, заједно са каматом.³⁶ Ова одлука је донета на темељу члана 1065 Закона о облигационим односима, према коме банка има право на уговорену камату и повраћај датог износа. Према томе, банка нема право на накнаду трошкова у процентуалном износу од износа кредита, који наплаћује месечно. Дакле, банка има право само на накнаду стварних трошкова који су настали из кредитног односа. Током 2014. године су донете и правоснажне одлуке којима се забрањује самовољно мењање камате на кредите који су у реализацији и то мењањем општих услова пословања са којима се корисници нису сагласили у виду анекса уговора о кредиту. Овим пресудама је утврђено да се банке приликом пословања нису придржавале начела савесности и поштења, као и начела о једнакости узајамних давања предвиђених ЗОО. Уговарањем могућности промене каматне стопе услед промена општих услова пословања банке, предвиђена је неодредива уговорна обавеза, што има за последицу ништавост таквих одредби и условљава повраћај тако примљеног вишка уз зарачунавање затезне камате. До сада је донето укупно 5 правоснажних пресуда против банака по истом основу, преко 50 првостепених пресуда, а преко Удружења Ефектива се у овом тренутку води још око 1000 спорова по истом основу.³⁰ Донете су и три првостепене пресуде у којима су поништени уговори о кредиту у потпуности и где је суд забранио банкама да продају заложене непокретности.³¹ Банке ће у наредном периоду претрпети значајнији удар на пројектоване приходе, те ће сигурно доћи до пада кредитне активности у наредном периоду што је негативни показатељ и за привредни раст наше земље. Слаб кредитни раст отежава и економски раст, па се у наредном периоду мора приступити мерама за оживљавање кредитног раста.

Директива 2014/17/ЕУ, Европског парламента и Савета о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине и о измени директива 2008/48/ЕУ и 2013/36/ЕУ и Уредбе број 1093/2010, ступила је на снагу

³⁰ Удружење банкарских клијената Ефектива, www.efektiva.rs

³¹ Чланицама Европске уније стоји на располагању и Директива која регулише уговарање непоштених клаузула у потрошачким уговорима на темељу које је и донета одлука у Мађарској којом се банке обавезују да врате између 2 и 3 милијарде евра становницима на име неосновано прибављених курсних разлика и самовољних промена камата. Видети: Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

4. фебруара 2014. године.³² Из ове директиве и мишљења Европске централне банке се јасно уочава да се још од 2011. године упозоравају државе чланице, односно национални парламенти на курсни ризик. Према Директиви 2014/17/EУ стоји да је утврђен низ проблема на хипотекарним тржиштима у Унији који се односе на неодговорно кредитирање и задуживање и да се креира потенцијални простор за неодговорно понашање учесника на тржишту, укључујући кредитне посреднике и некредитне институције. Даље у Директиви се истиче да су се проблеми тицали кредита номинованих у страном валути, које су потрошачи узели у тој валути како би остварили корист од понуђене стопе задуживања, али без одговарајућих информација о томе или разумевања курсног ризика који је са тиме повезан. Проблеми су настали због тржишних и регулаторних пропуса, као и због општег привредног стања и ниског нивоа финансијске писмености. Директива истиче да до реализације ових проблема не би дошло да је постојала јасна, делотворна и доследна регулатива за кредитне посреднике и некредитне институције које нуде стамбене некретнине. Утврђени проблеми имају потенцијални ризик преливања на макроекономску сферу, могу довести до штете како за потрошаче, али и деловати као привредне или правне препреке прекограничним активностима и услед тога креирати неједнаке услове за укључене актере.

Европска централна банка је 2011. године врло јасно упозоравала на валутни ризик и опасност праксе одобравања кредита са валутном клаузулом.³³ Ако овоме додамо претходно упозорење годину дана раније³⁴, када је у својој публикацији изразила велику забринутост за праксу одобравања кредита са валутним клаузулама која излаже опасностима грађане од валутног ризика. У истој публикацији је захтевала од држава чланица да предузму мере како би се ситуација држала под контролом и такви кредити свели на ниво који не угрожава банкарски систем и грађане. Директива је истакла да је неопходно да државе чланице подрже механизме за едукацију потрошача о одговорном задуживању и управљању дугом, посебно када се ради о хипотекарним кредитима. Важно је обезбедити смернице потрошачима који по први пут закључују уговор о хипотекарном кредиту. Дакле, акценат је апсолутном разумевању слабије уговорне стране о обавезама које преузима закључењем уговора о кредиту. С обзиром да је задуживање у страном валути високог ризика, неопходно је омогућити мере којима се осигурава да су потрошачи свесни ризика који преузимају и да је потрошач у могућности да ограничи своју изложеност курсном ризику током трајања кредита. Ризик би се могао ограничити тако да се потрошачу омогући право да промени валуту кредита или путем других начина, као што је одређивање горњих граница или макар путем

³² Службени лист Европске уније, L 60/34, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0017&from=HR> (12.12.2015).

³³ Opinion Of The European Central Bank of 5 July 2011 on a proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property (CON/2011/58)

³⁴ ECB Financial Stability Review, June 2010, стр. 167.

упозорења. Као што је евидентно нити у хрватском нити у српском праву нису постојала ни упозорења од регулаторних тела, односно централних банака ових земаља, које су по закону биле дужне да тако поступе.

У деветом поглављу Директиве 2014/17/EУ под називом Кредити у инострану валути и зајмови са варијабилном стопом у члану 23. је децидно је наведено да су државе чланице дужне да уколико се уговор о кредиту односи на кредит у инострану валути, у тренутку закључења уговора о кредиту постоји одговарајући регулаторни оквир којим се осигурава барем да са једне стране потрошач има право да уговор о кредиту конвертује у алтернативну валути, под одређеним условима или да постоје други механизми којима се ограничава курсни ризик којем је потрошач изложен у оквиру уговора о кредиту.

Решење којим се *ex lege* уводи могућност конверзије потрошачког кредита из једне стране валуте у другу страну валути, према важећем хрватском законском решењу је упитно. Овим решењем се решава тренутно питање валутног ризика швајцарског франка, али се не отклања за будућност потенцијални ризик од валутног скока евра. Да се у складу са Директивом поступило и конверзија предвидела из стране валуте у валути која је законско средство плаћања, дошло би до елиминисања свих валутних ризика. У прилог овој тврдњи иде и поднет Предлог закона о конверзији кредита у швајцарским францима у конвертибилне марке од 16.09.2015.³⁵ који је предвидео конверзију у домаћу валути БиХ, и тиме оптирао за трајно решење отклањања свих валутних ризика и системско решење проблематичних кредита.

Српски законодавац је још увек пасиван, док протести узимају маха. Народна банка Србије и Влада стоје на становишту да се не смеју мешати у приватноправне односе. Да ли су ови приватноправни односи превазишли зону приватности оног момента када су банке почеле чинити обмане, преваре и озбиљна изигравања основа Закона о облигационим односима. Народна банка Србије је централно регулаторно тело банкарског система Србије, она не само да се мора мешати у решење овог проблема, већ је и директно одговорна што је допустила, након упозорења и Европске централне банке, овакав вид самовољног понашања банкарског сектора. Она је пре свега била дужна да упозори кориснике кредита на високи ризик задуживања у инострану валути, односно везивањем за швајцарски франак.

С обзиром да се Србија налази на путу придруживања ЕУ, сигурно је да ће решење проблема швајцарца бити решено у духу Директиве 2014/14/EУ, но није извесно како ће наш законодавац то исто решење и конципирати. Требало би поћи од тумачења Директиве и оставити кориснику кредита могућност да у било ком тренутку може конвертовати кредит у алтернативну валути. Тиме би се отворио пут конверзије у домаћу валути - динар, чиме би се елиминисали валутни ризици које носи кредит индексан у инострану валути.

³⁵ Предлог закона доступан на: https://www.parlament.ba/sadrzaj/zakonodavstvo/u_proceduri/default.aspx?id=58983&langTag=bs-BA&pril=b

Уз доследну примену одредби Закона о изменама и допунама Закона о заштити корисника финансијских услуга и примени правила о допуштености конверзије кредита у алтернативну валуту, банкарски систем Србије би постао стабилнији, кредитна активност већа, што би индуковало и економски раст, а положај појединца у многоме сигурнији.

*Ana Opačić, Ph.D., Assistant Professor
Aleksandra Pilčević, M. Sc., Associate
High School of Business Economics
and Entrepreneurship in Belgrade*

CHF CURRENCY CLAUSE AS REGIONAL PHENOMENON IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATIONS

Summary

The roots of the „Swiss Franc“ phenomenon do not lie on Balkans as it seems. Actually, it was quite successfully imported from Australia where it had emerged for the first time in 1980. Based on practical solutions to Australian scenery, the authors of this research are trying to give their suggestion of solution to problems in our legal environment. Heading towards this end, the authors deal with the issue of monopoly position of the banks, which have resulted series of violations of the Law of Contracts and Torts. As a result of sudden rise of Swiss Franc which was followed and according to certain indications, even provoked by illegal behaviour of the banks that had launched the loans, the clients were brought to the edge of existence as well as most probable loss of home in the future. This research gives chronological overview of the subject problem (phenomenon) both in Serbia and Croatia, along with the critical review on Amendments of the Consumer Credit Law, in the light of new Directive EU2014/17/EU.

Key words: *Credit Consumer, Bank, Credit (loan), Swiss Franc, Serbia.*

Литература

- Бркић, М., Игра валута и камата, Време, 22. септембар 2005. године, доступно на интернет адреси: <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=428372>
- Опачић, А., Заштита корисника финансијских услуга у контексту хармонизације са правом ЕУ, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015, стр. 317-333.
- Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Official Journal L 095 , 21/04/1993 P. 0029 - 0034.
- Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, Службени лист Европске Уније, Л 60/57, стр.34 доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0017&from=HR> (15.04.2016.)
- ECB Financial Stability Review, June 2010.
- Evan Jones, The Foreign Currency Loan Experience in 1980s Australia with particular reference to the Commonwealth Bank of Australia: bank documents, bank culture, and foreign currency loan litigation, Discipline of Political Economy, Sidney, 2005.
- Opinion Of The European Central Bank of 5 July 2011 on a proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property (CON/2011/58)
- Закон о девизном пословању, Службени гласник РС, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014, члан. 2 и 34.
- Закон о изменама и допунама Закона о потрошачком кредитирању, Народне Новине, 102/2015.
- Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр.29/78, 39/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Сл. лист СРЈ, бр.31/93.
- Закон о измјенама и допунама Закона о обвезним односима, Народне Новине, 3/94.
- Закон о обвезним односима, Народне Новине, 35/05, 41/08.
- Извештај НБС о банкарском сектору доступан на:
http://www.nbs.rs/export/sites/default/internet/latinica/55/55_4/kvartalni_izvestaj_II_14.pdf
- Предлог закона о конверзији кредита у швицарским францима у конвертибилне марке, Босна и Херцеговина, доступан на:
https://www.parlament.ba/sadrzaj/zakonodavstvo/u_proceduri/default.aspx?id=58983&lang=bs-BA&pril=b
- Пресуда Високог трговачког суда, од 13.06.2014, бр. Пж-7219/13-4
- Пресуда и рјешење Врховног суда Републике Хрватске у случају Франак од 14.05.2015, Ревт 249/14-2.
- Пресуда Трговачког суда у Загребу, објављена 04.07.2013. бр. 26.П-1401/2012.
- Саопштење Удруге Франак, доступно на: <http://udrugafanak.hr/ostar-odgovor-udruge-franak-na-priopscenje-hnb-a/> (12.12.2015.)
- Став Апелационог привредног суда у Београду, Билтен судске праксе Привредног суда у Београду, бр. 4/2015.
- Удружење банкарских клијената Ефектива, www.efektiva.rs

ОСИГУРАЊЕ

*Др Катарина Иванчевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета Унион у Београду*

УДК: 174:368

ПОСЛОВНА ЕТИКА У ДЕЛАТНОСТИ ОСИГУРАЊА у односима са корисницима услуге осигурања

*„И што није забрањено, може да буде непоштено“
Општи имовински законик за Црну Гору, члан 999*

Резиме

Од привредних субјеката се данас очекује да приликом наступа на тржишту поштују правила пословне етике и да не предузимају радње којима би могли нанети штету другим учесницима на тржишту и друштву у целини. У раду смо приказали кратак преглед развоја етичких ставова о пословним активностима који су у дугом временском периоду били негативни. Тек са појавом критичких ставова социјалиста долази до развијања пословне етике у данашњем смислу. Стицање профита је битан циљ свих пословних активности али није и једини. Приликом доношења пословних одлука морају се имати у виду интереси свих субјеката на које одлука може да утиче, а то су интереси власника односно акционара, клијената, запослених, поверилаца и друштва. Услов за одрживо пословање данас представља друштвено одговорно пословање свих учесника на тржишту. Правила пословне етике морају бити прихваћена и примењена на сва три нивоа: индивидуалном, организационом и друштвеном. Интересовање државе и подстицање привредних друштава да друштвено одговорно послују утицало је на реafirмацију пословне етике у нашем друштву. Томе доприноси доношење кодекса пословне етике за поједине делатности и контрола примене њихових одредаба као и добрих пословних обичаја. У делатности осигурања је донет Кодекс о понашању у пословима обавезног осигурања који не садржи одредбе којима се уређују стандарди у понашању друштава за осигурање са корисницима услуге осигурања у поступку заштите и остваривања њихових интереса код друштва за осигурање, што правилима кодекса треба да буде уређено. Није развијена ни пракса утврђивања и санкционисања повреда кодекса и добрих пословних обичаја у делатности осигурања иако основа за то има. У раду се указује и на добру праксу увођења заштитника права у делатности осигурања из упоредног права и сугерише се да би увођење овог института и код нас допринело бољим односима друштава за осигурање и корисника услуга осигурања, као и бољој пословној пракси у осигурању. У раду смо приказали поједине основне облике кршења правила добре

етичке праксе који су препознати као такви у упоредном праву а са којима се сусрећемо и у пословању домаћих друштава за осигурање.

Кључне речи: *пословна етика, осигурање, добри пословни обичаји, корисници услуге осигурања*

1. Увод

Пословање привредних субјеката приликом наступа на тржишту мора бити у сагласности са правилима и обавезама које су прихваћене у појединим пословним делатностима. Активности које се предузимају са циљем привлачења клијената не смеју бити на штету других учесника на тржишту као ни друштва у целини. Привредници који у свом пословању не поштују етичке стандарде суочавају се са бојкотом и стварањем лошег имиџа. Савремена средства комуникације обезбеђују могућност брзе размене информација о понашању привредних субјеката на тржишту и широку доступност сазнања о нетичном понашању. У свету је данас озбиљно пољуљано поверење у банке и друштва за осигурање, због бројних скандала у пословним круговима који су били последица грамзивости и неетичког поступања у њиховом пословању. Понашања која су постала уобичајена, иако нису била етична, су довела до пада вредности акција, банкрота, финансијских интервенција државе, економске кризе и неизвесности у пословању. Губитак поверења у финансијски сектор има за последицу изостанак или смањење улагања. Како би се вратило пољуљано поверење друштва за осигурање доносе интерне кодексе понашања за своје запослене а у САД чак 40% има ангазоване посебне менаџере за питања морала.¹

Сви системи предвиђају механизме који ће омогућити да појединци самостално врше изборе у погледу свог деловања на тржишту, да тиме задовољавају сопствени интерес, уз услов да се испоштује и захтев друштвено одговорног пословања. Привредни субјекти прилагођавају своје пословање окружењу у коме делују како би испоштовали захтеве које поставља пред њих осетљивост друштва на нетични наступ на тржишту. Пословној етици се све више посвећује пажња и на нивоу Европске уније доношењем прописа и стимулисањем привредних субјеката да етично послују.

2. Појам етике, морала и пословне етике

Друштво очекује да се пословне активности обављају у складу са захтевима пословне етике и морала. У пракси се често етика и морал користе као синоними иако је етика шири појам од морала. Етика је грана филозофије, филозофска

¹ Бабић, М., *Етика у маркетингу као претпоставка дугорочног одрживог пословања осигуравајућег друштва*, Зборник радова СОРС, 25 сусрет, 2014, стр. 27.

дисциплина, филозофија морала.² Основни циљ етике је филозофско и теоријско истраживање морала које треба да нам помогне у разумевању моралног деловања и обликовања моралне свести.³ Морал је одређена друштвена појава и представља конкретан облик људске слободе, нормиран одређеним правилима понашања и деловања. Морална норма је санкционисана јавним мишљењем, осудом и грижом савести и нема могућности принудног остварења и правне санкције коју има правна норма. С обзиром да је морални феномен веома сложен приступа му се са становишта филозофије, социологије, антропологије, психологије, аксиологије, онтологије и историје.⁴

У Кодексу пословне етике се морал дефинише као: „скуп норми (правила) које регулишу понашање људи усмеравањем на остварење неког добра, а које се спонтано стварају и аутономно прихватају у друштвеној заједници.“⁵ У пословању на тржишту је велики број могућности за индивидуални избор сваког привредног субјекта. Критеријум избора и основ за доношење одлуке се најчешће ослањају на лични интерес, што подразумева одмеравање резултата односа губитак–добитак. Када неко изабере поступање које је морално боље, у ситуацији када би могао да се одлучи за другу лошију варијанту, препознаје се морално понашање. Морални избор понашања мора бити производ свесне одлуке, што подразумева да се личност понаша по савести без било каквог условљавања или наредбе са стране.⁶ У случају да одлуке могу нанети штету или донети корист другима јављају се етички проблеми.⁷

Пословна етика је део практичне филозофије. Историјски гледано етички погледи на бизнис су дуго били претежно негативни. Као основни мотив пословних активности се углавном помиње похлепа, односно стицање профита што није наилазило на благонаклоност иако се пословне активности јављају јако рано.⁸ ⁹ Трговину ради стицања профита Аристотел је прогласио за делатност лишену врлина, посебно нападајући праксу зеленашења. Овај став је био прихваћен све до седамнаестог века и сматрало се да се тим пословима баве људи са друштвених маргина.¹⁰ Од Адама Смита датира нови став према пословним активностима које се надаље сматрају главном врлином модерног

² Стефановић, В., *Морал и етика -основна значења термина и израза*, С. Машић, Београд, стр. 167.

³ Таланга, Ј., *Увод у етику*, Загреб, 1999, стр. 9–10.

⁴ Стефановић, В., *нав. чланак*, стр. 283.

⁵ *Кодекс пословне етике*, Службени гласник Републике Србије, 1, 2006, чл. 8.

⁶ Стефановић, В., *нав. чланак*, стр. 284.

⁷ Бабић, М., *нав. чланак*, стр. 28.

⁸ Соломон, Р. С., *Пословна етика*, у: *Увод у етику*, приредио: Сингер, Питер, Нови Сад, 2004, стр. 509.

⁹ Према Семјуелу Ноах Крамеру још стари Сумери су се бавили трговином.

¹⁰ На пример Шајлок у Шекспировом *Млетачком трговци*. Следећи пример Исуса, који је истерао из храма мењаче новца, хришћански моралисти су, од Павла до Томе Аквинског и Мартина Лутера, осуђивали пословни свет.

друштва. Међутим, и даље су задржане предрасуде у погледу моралних размишљања све до критике социјалиста о аморалности пословног начина размишљања. Критика социјалиста је утицала на развијање пословне етике.¹¹ Временом је пословна етика „еволуирала од потпуно критичког напада на капитализам и „мотив профита“, до продуктивнијег и конструктивнијег истраживања основних правила и праксе бизниса.“¹²

Пословна етика се дефинише као примена опште прихваћених етичких начела и норми у привређивању, чиме се постављају основе за ефикасно функционисање тржишта и интеграцију привреде у међународне токове.¹³ У Кодексу пословне етике „означава оне моралне норме (правила) које важе у пословним односима; обухвата принципе и стандарде, спонтано настале или постављене, засноване на моралној врлини и професионалном добру, којима се уређује понашање лица” која одредбе овог кодекса обавезују.

Пословна етика мора бити прихваћена и примењена на сва три нивоа: индивидуалном, организационом и друштвеном.¹⁴ Основна питања пословне етике су усмерена на директоре и запослене у привредним друштвима с обзиром да се привредно друштво (корпорација) посматра као основна јединка модерног привредног пословања. Значајна питања се постављају везано за улогу привредног друштва у друштву и улози појединаца и њиховој пословној одговорности у привредном друштву. Питања корпоративне друштвене одговорности се поставља на нивоу улоге у друштву и представља централни појам савремене пословне етике.¹⁵ Истраживања показују да у Западној Европи 87% грађана сматра да менаџери пре свега воде рачуна о личним интересима, док у Великој Британији то сматра чак 95% грађана.¹⁶

2.1. Друштвено одговорно пословање

Држава има интерес да подстиче пословање привредних субјеката применом добре пословне праксе и уз поштовање етичких вредности заједнице. У том смислу се прихватају посебна правила којима се обезбеђује друштвено одговорно пословање (даље у тексту: ДОП).¹⁷ Стицање профита није једини циљ

¹¹ Соломон, Р. С., *нав. чланак*, стр. 511.

¹² *Исто*.

¹³ Бодирога-Вукобрат, Н., Хорак, Х., *Кодекси корпоративног управљања – инструмент социјално одговорног господарења*, Зборник: Социјално одговорно господарење, Ријека, Загреб, 2008, стр. 197.

¹⁴ Петровић, Н., *Кодекс пословне етике*, Правни живот, бр. 11/06, стр. 343.

¹⁵ Соломон, Р. С., *нав. чланак*, стр. 516.

¹⁶ Бабић, М., *нав. чланак*, стр. 27.

¹⁷ Друштвено одговорно пословање је концепт путем кога привредно друштвено интегришу друштвене обзире и обзире за животну средину, у своје пословне активности, као и у интеракцији са својим актерима, и то на добровољној основи. Према СОМ(2001) 366 final, *GREEN PAPER: Promoting a European framework for Corporate*

пословних активности иако му се несумњиво тежи. Више није довољно само да се обезбеди добит акционарима. Привредно друштво у свом пословању треба да остварује добит али то не сме бити остварено ускраћивањем запослених, окружења или друштва.¹⁸ Приликом доношења пословних одлука морају се имати у виду интереси свих субјеката на које одлука може да утиче, а то су интереси власника односно акционара, клијената, запослених, поверилаца и друштва.¹⁹

Влада Републике Србије је усвојила докуменат који би требао да допринесе усвајању нове друштвене културе.²⁰ Влада наглашава у овом документу посвећеност промоцији ДОП-а, нарочито кроз заштиту потрошача.²¹ Све више се схвата да је услов за одрживо пословање друштвено одговорно пословање. Овај концепт није у потпуности схваћен у Србији. Активности привредних друштava углавном се свode на филантропске активности које нису базиране на јасно утврђеним принципима. Предузете активности се помињу у годишњим извештајима о пословању али се ретко саставља годишњи извештај о корпоративној друштвеној одговорности (КДО) који се ставља на увид јавности.²² Са циљем унапређења система корпоративног управљања у друштвима капитала Привредна комора Србије је донела *Кодекс корпоративног управљања*²³. Област корпоративног управљања и корпоративне друштвене одговорности се добрим делом преклапају, тако да овај кодекс уводи основне принципе КДО која би привредна друштва требала да примене. Привредна друштва имају интерес да ускладе своје пословање са правилима корпоративног

Social Responsibility, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0366_en01.pdf, 10. 8. 2013.

¹⁸ Fox, A., *Corporate Social Responsibility Pays Off?*, *HR Magazine*, Vol. 52 Issue 8, 2007, стр. 44, према Лековић, Н., Кузман, Т., *Корпоративно друштвена одговорност*, Зборник: Корпоративно управљање за чланове управе привредног друштва, Београд, 2014,

¹⁹ Један од принципа корпоративног управљања ОЕЦД-а је интерес *stakeholders*.

²⁰ Република Србија је усвојила *Стратегију развоја промоције друштвено одговорног пословања у Републици Србији за период од 2010. до 2015. године*. „Разлози за доношење Стратегије садржани су у политици Републике Србије у којој је јасно наглашена одлучност у преузимању одговорности за друштво и животну средину, односно, свесно прихватање и управљање импликацијама свих корпоративних одлука које утичу на интересне чиниоце – запослене, потрошаче, добављаче, а не само традиционално, на власнике и акционаре.” Институт за стандардизацију је прогласио стандард који се односи на друштвену одговорност СРПС-ИСО 26000 “Службени гласник РС”, 30/2011.

²¹ „Оно на чему треба интензивније радити је стварање опсежних правила, прописа и подстицајних механизма за ДОП (као што је опсежан систем заштите потрошача – укључујући заштиту приватности потрошача, спречавање обманљивог рекламирања – нарочито у сектору банкарства).”

²² Лековић, Н., Кузман, Т., *нав. чланак*, стр. 270

²³ *Кодекс корпоративног управљања*, Службени гласник Републике Србије, 99/2012.

управљања и етичког пословања. Неетичко пословање може довести до пропасти привредног друштва.

Интересовање државе и подстицање привредних друштава да друштвено одговорно послују утицало је на реафирмацију пословне етике у нашем друштву. Пословање у складу са етичким стандардима је од значаја за успешност привредног друштва, доноси користи на свим нивоима и резултира одрживим пословањем на дугорочном нивоу. Пословна етика мора бити саставни део целокупног пословања. Одражава се на маркетиншке активности као и на успостављање и одржавање односа са партнерима и корисницима. Привредна друштва доносе своје пословне кодексе којима уређују правила од којих се не одступа и препоруке за понашање запослених у обављању радних задатака. За успешност примене је од значаја да руководећи кадар поштује правила овог кодекса с обзиром да запослени следе њихов пример. Кроз друштвено одговорне активности, које бирају у складу са својом мисијом и визијом, привредна друштва деле своју пословну етику са јавношћу и на најбољи начин промовишу сопствено пословање.

Запослени у привредном друштву имају обавезу етичког понашања у обављању својих задатака као и да их раде што је могуће боље. Привредна друштва за своје запослене организују обуке како би их оспособили за превазилажење етичких проблема са којима се могу сусрести у раду.

2.2. Кодекси пословне етике

И пре него што је пословна делатност била опште прихваћена као основна делатност у друштву су се појавили кодекси пословне етике. Својевремено су средњевековне гилде успоставиле за сваку делатност специфичне кодексе пословне етике.²⁴ У савременом друштву основ за добро етичко пословање представља успостављање јасно дефинисаних правила кроз кодекс пословне етике. Кодекси, као аутономни извори привредног права, се креирају од стране привредника. Резултат су искуства, формирања сопствених вредности и начела на основу којих се утврђују одређени стандарди у регулисању пословних односа. Правила прописана кодексом не чине скуп готових решења која се лако примењују у конкретним ситуацијама. Наиме, није могуће унапред уредити правилима све могуће животне ситуације. Како кодекс етике представља примену морала на област професионалне делатности он треба да садржи само забране онога што је неисправно.²⁵ Ефикасност примене кодекса се постиже обезбеђењем поштовања усвојених правила, спровођењем надзора над применом кодекса и дефинисањем и изрицањем санкција у случају кршења ових одредаба.

²⁴ Соломон, Р. С., *нав. чланак*, стр. 510.

²⁵ Мирић, Ј., *Тумачење кодекса етике*, Београд, 2003, стр. 17.

Израда кодекса пословне етике је препозната као нужна потреба на глобалном нивоу. Европске директиве²⁶ упућују на неопходност доношења ових кодекса, указују на њихов значај и улогу. Као примарни циљ, кодексима пословне етике се остварује заштита клијената кроз јачање економске и правне сигурности приликом закључења и извршавања уговора.²⁷ Посредно се одредбама кодекса пружа заштита и потписницима кодекса, односно привредницима од нелојалне конкуренције и других повреда начела економике и струке, као и заштита јавног интереса.²⁸

Сматра се да ће се применом кодекса од стране трговаца остварити основни принципи поштеног тржишног пословања. Указује се и на значај контроле поштовања одредаба кодекса која треба да допринесе спречавању и елеминисању непоштених трговачких поступака. Препоручује се да се удружења потрошача укључе у израду нацрта пословног кодекса са циљем постизања високог степена заштите потрошача.²⁹

Држава стимулише доношење кодекса професионалне етике важећих за поједине специфичне гране пословне делатности који ће допринети правној сигурности и фер пословању на тржишту, као и контролу појава непоштене праксе трговаца који су приступили кодексу.³⁰ Трговци који су приступили одређеном кодексу добре пословне праксе су одговорни за поштовање одредаба кодекса као и за контролу његовог поштовања. Законским нормама приступницима кодекса се налаже да поштују одредбе кодекса пословне етике којима су приступили, као и да обавештавају клијенте, посебно потрошаче, да ли су и ком удружењу приступили и да ли су потписници неког кодекса.³¹

3. Добри пословни обичаји

Пословни обичаји су традиционални извор пословног права. Они одређују границе у којима се може испољити понашање привредних субјеката приликом наступа на тржишту при остваривању основног циља њихове пословне

²⁶ Посебно Директива 2005/29/ЕЦ о непоштеној трговачкој пракси која упућује на примену кодекса на основу којих ће у специфичним привредним гранама бити примењени принципи ове директиве.

²⁷ Иванчевић, К., *Правна заштита потрошача корисника услуге осигурања и банкарске услуге*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2010, стр. 356.

²⁸ Славнић, Ј., *Правила професионалног понашања у пословима осигурања*, Правни живот, бр. 11-12/94, стр. 2239.

²⁹ Видети тачку (20) Преамбуле Директиве 2005/29/ЕЦ. У чл. 2. Директиве су дефинисани појмови: „пословни кодекс”, „доносилац кодекса” и „професионална пажња”.

³⁰ Сагласно одредбама Закона о заштити потрошача, Службени гласник, Републике Србије, 64/2014, у Србији је овај задатак поверен надлежном министарству.

³¹ *Закон о заштити потрошача*, чл. 25.

активности. Пословни обичаји који обухватају правила пословног морала и етичка правила су добри пословни обичаји. То су одређене друштвене норме (моралне) које су усвојене у свести одређене друштвене средине и које нису правно санкционисане.³² Пословни обичаји се сматрају добрим ако су сагласни са захтевима морала. Поступци који су супротни моралу се санкционишу. На примену добрих пословних обичаја упућују законски прописи и кодекси пословне етике.

Пре доношења Закона о облигационим односима³³ (даље у тексту: ЗОО) добрим пословним обичајима су сматрани пословни обичаји који су у складу са принудним прописима и правилима морала. Мерадна је била не само оцена пословних кругова о њиховој прихватљивости, већ и оцена њихове прихватљивости са правног и етичког аспекта. Оцену прихватљивости је давао суд.³⁴ Једним од основних начела ЗОО обавезује стране у облигационом односу да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима.³⁵ Садржина овог начела, односно правног стандарда, се одређује од случаја до случаја према конкретној ситуацији. Утврђује се фактичко стање и како би се понашао просечан учесник у правном промету. Према томе се одређује да ли је понашање које се оцењује било у складу са добрим пословним обичајима. Некада је то једноставан задатак а некада је сложен. Проблем може настати када одређено понашање због неблаговремене интервенције постане правило и усвоји се мишљење у пословном свету да се на тај недозвољен начин може поступати.³⁶

3.1. Одговорност за повреду добрих пословних обичаја

Раним откривањем и решавањем потенцијалних етичких проблема у почетној фази као и санкционисањем неетичког понашања се подстиче етичко понашање. Пред судовима части привредних комора и надлежним органима привредних субјеката, утврђује се постојање повреде правила пословне етике и добрих обичаја. При доношењу одлука суд части се ослања на Кодекс пословне етике и правни стандард добрих пословних обичаја.

У кодексима пословне етике се наводе поступања која нису у складу са добрим пословним обичајима. Сматра се да није могуће да се таксативно наведу сви поступци који се сматрају противни добрим пословним обичајима. Такође,

³² Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1973, стр. 98.

³³ *Закон о облигационим односима (ЗОО)*, Службени лист СФРЈ, 29, 1978, 39, 1985, 45 и 57, 1989, Службени лист СРЈ, 31, 1993, Службени лист СЦГ, 1, 2003 – Уставна повеља.

³⁴ Барбић, Ј., *Примјена обичаја у хрватском трговачком праву*, Хрватска академија знаности, Разред за друштвене знаности, 43, 2005, стр. 54, доступно на: www.hazu.hr/~azrnic/eRad492/Rad492Barbic.pdf, 25. 6. 2015.

³⁵ ЗОО, чл. 21. Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима не може производити правна дејства. ЗОО, чл. 103 ст. 1.

³⁶ Кашанин, Р., *Добри пословни обичаји као правни стандард*, Правни живот, бр. 11-12/1994. стр. 1665.

одређено понашање, које је забрањено кодексом као противно добрим пословним обичајима, не сматра се забрањеним тек од момента прописивање забране. Санкционисаће се свако понашање које се као такво јавља без обзира да ли се испољило пре или након изричите забране.³⁷

Не захтева се да је учинилац био свестан да крши добре пословне обичаје да би био позван на одговорност. За одговорност је довољно да се утврди да је одређени поступак који се карактерише као повреда добрих пословних обичаја био подобан, односно да је могао да оштети другог.³⁸ Према томе, не захтева се ни да је проузрокована штета другоме таквим понашањем, као ни постојање намере да се тим радњама проузрокује штета. Може се догодити да поступак који је супротан добром пословном обичају буде санкционисан прекршајно, као што је могуће да неко буде прекршајно кажњен а да у његовим радњама нема елемента кршења доброг пословног обичаја.

4. Прописи и акта која се примењују на етичко понашање у осигурању

Законодавац је одредио оквире у којима морају деловати привредни субјекти учесници на тржишту осигурања. Закон о осигурању (даље у тексту: ЗО)³⁹ налаже свим субјектима надзора у делатности осигурања да своје пословање обављају у складу са законом, општим актима, актима пословне политике, уз примену правила струке осигурања и актуарске струке и у складу са добрим пословним обичајима и пословном етиком. При том су дужни да послују у складу с начелом опрезног и савесног поступања. Уколико не обављају делатност на прописан начин, предвиђена је санкција у виду новчане казне за друштво и одговорно лице.⁴⁰

Одређена питања која се односе на етичко понашање у делатности осигурања уређена су и Законом о заштити потрошача (даље у тексту: ЗЗП) Између осталог, одредбе ЗЗП које се односе на непоштену пословну праксу примењују се и на делатност осигурања. У одредбама ЗЗП⁴¹ су примењене одредбе Директиве 2005/29/ЕЗ о непоштеној трговачкој пракси⁴² Ова директива

³⁷ Исто, стр. 1667

³⁸ Исто, стр. 1666.

³⁹ Закон о осигурању, Службени гласник Републике Србије, 139, 2014.

⁴⁰ ЗО, чл. 260, ст. 1, тач. 3, а у вези са чл. 19.

⁴¹ Закон о заштити потрошача, Трећа глава – Непоштена пословна пракса, чл. 17-26. Поједине земље су донеле посебне законе којима су регулисале ову област. Тако је, на пример, учинила Словенија доневши *Zakon o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami* (ZVPNPP), „Uradni list Republike Slovenije”, št. 53 od 15. 6. 2007.

⁴² Directive 2005/29/EC of the the European Parliament and of the Council of 11 May 2005. Concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006 /2004 of the

је донета као директива максималне хармонизације како би се повећало поверење потрошача и побољшао положај малих и средњих предузећа. Њеном применом је остварен висок уједначен ниво заштите потрошача у државама чланицама ЕУ, што је корисно како за потрошаче тако и за трговце и њихово редовно пословање на тржишту.⁴³ У смислу одредаба ЗЗП дефинисано је да је професионална пажња повећана пажња и вештина која се у правном промету основано очекује од трговца у пословању са потрошачима, у складу с добрим обичајима и начелом савесности и поштења.⁴⁴

На друштва, као и запослене, и на други начин ангажована лица у привредним субјектима који послују у делатности осигурања, примењују се Кодекс пословне етике и Кодекс корпоративног управљања које је донела Привредна комора Србије. Уобичајена пракса у упоредном праву је доношење кодекса пословне етике у делатности осигурања. Доносе се и посебни кодекси који уређују пословање коришћењем савремених средстава комуникације.⁴⁵ Ови кодекси садрже одредбе којима се ближе уређују стандарди професионалног понашања у осигурању, дужност предузимања одређених радњи, као и забране одређених поступака односно понашања према клијентима који се сматрају непрофесионалним. Наведеним правилима се првенствено пружа заштита клијентима осигурања а потом и заштита учесника на тржишту осигурања од нелојалне конкуренције и других повреда добрих пословних обичаја.⁴⁶

Удружење осигуравача Србије је донело *Кодекс о понашању у пословима обавезног осигурања*.⁴⁷ За разлику од претходног кодекса,⁴⁸ овај кодекс је ограничио своје дејство на послове обавезног осигурања који подразумевају закључивање и извршавање уговора о обавезном осигурању у саобраћају у складу са Законом о обавезном осигурању у саобраћају. Сматрамо да постоји потреба доношења кодекса којим ће се утврдити правила професионалног понашања друштава за осигурање приликом предузимања активности на тржишту код свих врста осигурања. *Кодекс о понашању у пословима обавезног*

European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive) OJ 2005 L 149/22.

⁴³ Collins, H. (ed), *The Forthcoming E Directive on Unfair Commercial Practice*, A Walters Kluwer Company, стр. 14.

⁴⁴ ЗЗП чл. 5, ст.1, т. 14.

⁴⁵ На основу директива европске уније о електронском потпису и пословању, европски осигуравачи удружени у *СЕА (Comitee Europeen des Assurances)* су донели 2001. године Кодекс добре пословне праксе за послове осигурања путем интернета (*European Good Practice Guide for Insurance Business on the Internet*).

⁴⁶ Славнић, Ј., *Правила професионалног понашања у пословима осигурања*, Правни живот, бр. 11-12/1994, стр. 2237.

⁴⁷ *Кодекс о понашању у пословима обавезних осигурања* од 10. децембра 2012.

⁴⁸ Даном ступања на снагу овог кодекса престао је да важи Кодекс о понашању у пословима осигурања од 25. јуна 1998. Текст Кодекса је доступан на сајту Удружења www.uos.rs/assets/Uploads/Kodeks/KODEKS23-ir.pdf.

осигурања не садржи одредбе којима се уређују стандарди у понашању друштава за осигурање са корисницима услуге осигурања⁴⁹ у поступку заштите и остваривања њихових интереса код друштва за осигурање, што правилима кодекса треба да буде уређено. На пример кодекс пословне етике у осигурању у Хрватској у посебној глави уређује однос према странкама. Предвиђена су правила понашања друштва за осигурање приликом предуговорног информисања и закључења уговора о осигурању, при решавању одштетног захтева и решавању жалби странака.⁵⁰ У Словенији се у два поглавља Кодекса осигурања уређују ова питања. Посебно се уређује Однос осигуравајућег друштва и странке док се у другом поглављу уређује Наступање осигуравајућег друштва на тржишту и комуницирање са странкама.

Кодексом о понашању у пословима обавезног осигурања су утврђена правила за понашање друштава за осигурање у складу са законом, правилима струке осигурања, пословним моралом и добрим пословним обичајима. Повредом пословног морала и професионалних правила понашања у пословима обавезног осигурања, нарушава се конкуренција у овим пословима и чини повреда добрих пословних обичаја за које се друштвима за осигурање изричу мере утврђене овим кодексом. Мере за повреду Кодекса изриче Управни одбор Удружења на предлог Надзорног одбора.⁵¹ У Словенији и Хрватској је надзор над поштовањем кодекса и добрих пословних обичаја у осигурању поверен заштитнику права у осигурању, односно правобранитељу осигурања.⁵² Сматрамо да би увођење заштитника права у осигурању допринело бољим односима корисника услуге осигурања и друштава за осигурање и код нас. Одлуке заштитника у Хрватској и Словенији нису обавезујуће али се њихове аргументоване препоруке за отклањање неправилности у пословању којима се крше одредбе кодекса поштују.

Друштво за осигурање је у обавези да обезбеди да лица која обављају послове у његово име и за његов рачун поштују одредбе овог кодекса. Наведено подразумева да се обезбеди професионални однос према раду свих запослених и по другом основу ангажованих лица, примерен степен стручног знања при извршавању обавеза које произлазе из послова обавезног осигурања. Друштва су се обавезала прихватањем овог кодекса и да ће поштовати и спроводити писана акта донета у оквиру Удружења осигураваача Србије.

⁴⁹ Овај кодекс познаје појам клијента. Под клијентом се, у смислу овог кодекса, подразумева уговорач осигурања, осигураник, корисник осигурања или оштећено лице.

⁵⁰ *Кодекс пословне осигуратељне и реосигуратељне етике* који је донело Удружење осигуратеља Хрватске господарске коморе од 18. listopada 2004. године.

⁵¹ Ако је повреда овог кодекса разлог за одузимање дозволе за рад, Управни одбор Удружења о томе обавештава министарство надлежно за послове финансија и Народної банци Србије.

⁵² Институт заштитника права установила су друштва за осигурање и реосигурање у новембру 2002. године. У Хрватској је правобранитељ осигурања почео са радом 2007. године.

5. Кршење правила добре етичке праксе у делатности осигурања

Понашање супротно усвојеним правилима добре етичке праксе се сматра друштвено неприхватљивим. Таквим понашањем се угрожава не само интерес појединаца који су у уговорном односу са трговцем, већ и шири друштвени интерес. Настоји се да се, како превентивним мерама тако и претњом и изрицањем репресивних мера, спречи кршење правила добре етичке праксе.

У даљем излагању ћемо размотрити поједине ситуације у којима је долазило до повреде правила добре етичке праксе што је препознато у упоредном праву.

5.1. Повреда обавезе обавештавања у делатности осигурања

Обавеза информисања, односно обавештавања уговарача осигурања уређена је одредбама Закона о осигурању,⁵³ Закона о заштити потрошача⁵⁴ као и *Смерницом 1 о доступности података и информација финансијској јавности и о транспарентности на тржишту осигурања* коју је донела Народна банка Србије.⁵⁵ Пре закључења уговора о осигурању, што подразумева и фазу преговора ако се воде, осигуравач, односно његов заступник, као и посредник у осигурању, је у обавези да информише потенцијалног уговарача осигурања о подацима који ће му омогућити да донесе одговарајућу одлуку везано за закључење уговора. Код потрошачких уговора информације које су дате пре закључења уговора, уколико се уговор закључи, постају његов саставни део. Терет доказивања да је испуњена обавеза информисања потрошача у свему у обиму и на начин предвиђен законским одредбама је на трговцу.⁵⁶ Законом о осигурању је одређен минимални садржај информација које је у обавези осигуравач да учини доступним пре закључења уговора заинтересованом лицу. Обавеза информисања постоји и истог је обима и садржаја и приликом измене или допуне уговора, односно продужењу већ закљученог уговора.

Информације се дају са циљем да пруже прецизне и детаљне податке о карактеристикама услуге осигурања односно одређеног производа. Текст и садржај обавештења морају бити написани прегледно и разумљиво и састављени на српском језику у писаном облику.⁵⁷ Када се обавештење даје потрошачу,

⁵³ Закон осигурању, Глава III, Информације за уговарача осигурања, чл. 82-84.

⁵⁴ Закон о заштити потрошача, чл. 13. и чл. 27, 31. за уговоре о финансијским услугама на даљину.

⁵⁵ Текст смернице је доступан на сајту Народне банке Србије http://www.nbs.rs/internet/latinica/20/osg/smernice_osg.html

⁵⁶ Закон о заштити потрошача, чл. 13, ст. 5, 6, чл. 27, ст. 9, 10.

⁵⁷ Обавештење може бити дато и на другом трајном носачу података који уговарачу осигурања, односно осигуранику омогућава да сачува податке, да тим подацима

информације морају бити јасне и разумљиве на српском језику или језику националне мањине у складу са законом.⁵⁸

Сматра се да се крше правила добре етичке праксе уколико корисник добије погрешно објашњење које је последица нестручности лица које са њим контактира у име друштва за осигурање. То објашњење се може односити на тумачење услова осигурања, на права странке када наступи осигуравајући случај или на навођење странке да закључи уговор о осигурању.⁵⁹ Друштво за осигурање је у обавези да оспособи своје запослене и сараднике да могу да пруже одговарајућа и тачна објашњења и по потреби да их снабде и писаним материјалом у ту сврху.

Пре закључења уговора о осигурању, друштво за осигурање је у обавези да наведе податке о: 1) начину подношења приговора друштву за осигурање, 2) обавезном садржају тог приговора и 3) року за достављање одговора на наводе из тог приговора. Такође, друштво за осигурање, физичко лице – заступник у осигурању, друштво за посредовање/заступање у осигурању и друга лица која учествују у закључењу уговора о осигурању у обавези су да обавесте уговарача осигурања о начину заштите његових права и интереса код ових субјеката, као и о називу, седишту, и адреси органа надлежног за надзор над пословањем ових субјеката и о начину заштите његових права и интереса код надзорног органа.⁶⁰ Пропуштање друштва за осигурање да уговарача осигурања, односно корисника корисника упозна са његовим правом да уложи приговор као и о поступку њиховог интерног решавања је понашање супротно добрим пословним обичајима.⁶¹ На исти начин се третира и пропуштање обавештења о могућности приговора на првобитну одлуку како би се у другостепеном поступку у друштву за осигурање решио захтев. Сматра се да је на тај начин корисник онемогућен да, на брз и ефикасан начин, реализује своје права. Ово понашање се сматра и непоштеном пословном праксом трговца према потрошачима.

Повреда законске дужности обавештавања потрошача је један облик непоштене трговачке праксе према одредбама ЗЗП. Повреда права на информисање представља обмањујуће пословање у случају да трговац, односно друштво за осигурање и друга лица која ову обавезу имају, даје нетачна обавештења, ускрати потрошачу битна обавештења која су му потребна за разумно одлучивање или скрива битне информације или пак пружа информације неблаговремено или на нејасан, неразумљив или двосмислен начин. Тиме га наводи или прети да наведе да донесе економску одлуку коју иначе не би донео

приступи и да их репродукује у неизмењеном облику у периоду који одговара сврси чувања

⁵⁸ Закон о заштити потрошача, чл. 13, ст. 1, чл. 27, ст. 1.

⁵⁹ Коландер Т., *Пракса заштитника права (омбудсмана) у области осигурања у Словенији*, Токови осигурања, 3-4/2006, стр. 50.

⁶⁰ Закон о осигурању, чл. 82, ст. 1, т. 8, 9; чл. 111, ст. 1, т. 6-7.

⁶¹ Коландер, Т., *нав. чланак*, стр. 49.

(ЗЗП, чл. 21. и чл. 22). Суштина обавезе информисања је да када потрошач приступи закључењу уговора има јасну представу о садржини конкретного уговора.⁶²

У својим маркетиншким активностима друштва за осигурање морају испољити етички прихватљиво понашање. Поверење у делатност осигурања је важан показатељ за процену етичности у маркетиншким активностима. Истраживања показују да је пре финансијске кризе, 2007 године, поверење у делатност осигурања у Европској унији било на релативно високом нивоу 7,92% и да је 64,4% корисника осигурања било задовољно. После избијања кризе, 2009. године 54% корисника је и даље имало поверење у делатност осигурања, првенствено у свог осигуравача (њих 40%).⁶³

Уређење маркетиншких активности, доношењем прописа и саморегулацијом, се сматра основом за стварање, очување и побољшање поверења корисника у делатност осигурања.⁶⁴ Данашњи потрошачи очекују искрен приступ, поштовање, као и истините и потпуне информације. При одлучивању их води осећај који у њима ствара приступ трговца у презентовању понуде. Првенствено да ли је показана заинтересованост за њихове проблеме и искрена брига за решење тих проблема.

У спровођењу маркетиншких активности друштво за осигурање не може да користи податке о уговарачу осигурања, осигуранику или кориснику и да га позива ради промотивне понуде других производа које жели да му понуди.^{65 66} Лични подаци осигураника се не могу користити по слободној процени осигуравача. Прикупљени подаци се могу користити само у сврху за коју су прикупљени, у сврху испуњења уговора о осигурању.

Приликом оглашавања, односно пружања информација потенцијалним уговарачима осигурања преко средстава јавног информисања, обавеза је да се саопштавају само целовите, тачне и јасне информације, које морају бити засноване на поузданим подацима, без прикривања праве сврхе таквог информисања и без довођења прималаца информација у заблуду на било који начин.⁶⁷ Овакво понашање приликом оглашавања и рекламирања потенцира се и Кодексом о понашању у пословима обавезног осигурања. У српском праву је

⁶² Иванчевић, К., *Законска обавеза информисања потрошача и непоштено пословање, Право и привреда*, бр. 4-6/2012, стр. 507.

⁶³ Пауковић, Х., *Заштита потрошача у осигурању - иницијативе ЕУ и искуства Хрватске*, Презентација са скупа СОРС 2012, <http://www.sors.ba/hr/dokumenti>, 10.04.2016.

⁶⁴ Бабић, М., *Етика у маркетингу као претпоставка дугорочног одрживог пословања осигуравајућег друштва*, Зборник радова СОРС, 25 сусрет, 2014, стр. 15.

⁶⁵ Rohrbach, W., *Лојална и нелојална конкуренција у осигурању*, Ревивија за право осигурања, бр. 3-4/2009, стр. 11.

⁶⁶ У том смислу је донета пресуда Вишег покрајинског суда у Франкфурту. Према: Rohrbach, W., *нав. чланак*, стр. 11.

⁶⁷ *Закон о осигурању*, чл. 84, ст. 3.

питање оглашавања регулисано одредбама ЗЗП и Законом о оглашавању.⁶⁸ Прописане су новчане казне за повреду одредаба Закона о оглашавању,⁶⁹ као и овлашћење и дужност надлежног инспектора да решењем забрани оглашавање или вршење других активности када су започете или се обављају под условима или на начин забрањен или на други начин противан одредбама овог закона.

У поступку надзора Народна банка Србије је овлашћена да наложи друштву за осигурање да отклони незаконитости и неправилности у пословању ако утврди да друштво поступа супротно обавези обавештавања уговарача осигурања, односно осигураника у вези с уговором о осигурању.⁷⁰ Предвиђена је и новчана казна као санкција у случају да прописане информације не буду пружене или не буду пружене на прописани начин, како за друштва за осигурање тако и за посредника односно заступника у осигурању.⁷¹ Друштво за осигурање може остати и без дозволе за рад уколико је дало нетачне податке о свом пословању или податке који могу довести у заблуду корисника услуге осигурања.⁷²

5.2. Измена висине премије осигурања код вишегодишњег уговора о осигурању

Пре закључења уговор о осигурању друштво за осигурање је дужно да обавести уговарача осигурања о висини и начину плаћања премије осигурања, као и о укупном износу плаћања, а у току трајања уговора о осигурању о променама ових података.⁷³ Поштовање правила и начела струке осигурања, однос међусобног поверења и поштовање начела заштите права и добробити корисника је основ доброг односа друштва за осигурање у пословању са корисницима. У том смислу фактурисање вишег износа премије осигурања од оног који је уговорен приликом закључења уговора о осигурању не може се сматрати добром пословном праксом. Код вишегодишњих уговора о додатном здравственом осигурању код којих се премија фактурише на годишњем нивоу, може се прихватити као оправдана измена, односно повећање премије осигурања уколико је дошло до повећања ризика због битно промењених околности. Може се прихватити као оправдано повећање премије због околности које ће изазвати потребу за додатним здравственим услугама, што би био случај да се осигураник

⁶⁸ Закон о оглашавању, Службени гласник Републике Србије, 79/2005.

⁶⁹ Новчаном казном од 100.000 до 1.000.000 динара казниће се за прекршај правно лице и одговорно лице у правном лицу од 20.000 до 50.000 динара. Уз новчану казну за прекршај може се изрећи заштитна мера забране обављања одређених делатности правном лицу у трајању од шест месеци до једне године, заштитна мера забране обављања одређених послова одговорном лицу у трајању од шест месеци до једне године.

⁷⁰ Закон о осигурању, чл. 201, ст. 1, т. 5.

⁷¹ Закон о осигурању, чл. 260, ст. 1, т. 30. и чл. 261, ст. 1, т. 19, 25, а у вези с чл. 95 и 111.

⁷² Закон о осигурању, чл. 214, ст. 1, т. 7.

⁷³ Закон о осигурању, чл. 82. ст. 1.

озбиљно разболео или је наступила инвалидност због незгоде коју је доживео. Оправданим разлозима за повећање премије се не може сматрати коришћење уговорених и од стране друштва за осигурање одобрених здравствених услуга, ма ког обима то коришћење било.⁷⁴

5.3. Откуп полисе животног осигурања

Код уговора о животном осигурању поред општих информација друштво за осигурање је у обавези да уговарачу осигурања саопштити додатне информације.⁷⁵ Међу њима је посебно значајна информација о табели откупне вредности и условима за остваривање права на капитализацију уговора и правима из таквог осигурања. Због лоше финансијске ситуације, смањене зараде или губитка зараде, односно посла због чега нису у могућности да даље плаћају премију осигурања, осигураници се одлучују да превремено раскину уговор о осигурању живота. Смањен износ вредности полисе, који је значајно мањи од уплаћене премије осигурања, често доживљавају као некоректан и неправичан, посебно ако им није благовремено на одговарајући начин указано на последице превременог раскида уговора. Уколико је на одговарајући начин извршена обавеза предговорног информисања са одговарајућим појашњењима и саветима не би требало да буде неразумевања. Међутим, и када разумеју у потпуности правила по којима се врши обрачун откупне вредности полисе осигураници ипак очекују од осигураваача да покаже разумевање за настали проблем и да им помогне да превазиђу тренутне тешкоће. Правила добре пословне праксе налажу друштвима за осигурање да им понуде нека од решења која би могла да задовоље обе уговорне стране. То би била понуда да се промени динамика плаћања премије осигурања, да се смањи висина премије осигурања и усклади са тренутним финансијским могућностима уговарача осигурања, или да у одређеном периоду наступи мировање у плаћању премије осигурања (6 месеци, годину дана). Поред тога може се осигуранику понудити капитализација полисе осигурања, одобравање позајмице предујма по полиси осигурања, укидање додатног осигурања од последица несрећног случаја, као и друге погодности које су у могућности да понуде.⁷⁶

5.4. Решавање одштетног захтева

Приликом решавања захтева корисника друштво за осигурање је у обавези да поступа у складу са правилима струке. Наведено подразумева да се захтеви

⁷⁴ У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-17/2012 од 17.02.2012, Билтен бр. 7/2012, Хрватски уред за осигурање, стр. 77.

⁷⁵ Закон о осигурању, чл. 82. ст. 2.

⁷⁶ У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-44/2011 од 21.06.2011, Билтен бр. 5/2011, Хрватски уред за осигурање, стр. 49.

решавају благовремено без непотребног одуговлачења. Сматра се да постоји одуговлачење када је корисник предузео све што је потребно да се захтев реши и када нема сметњи да се одлучи о захтеву.⁷⁷ Друштво за осигурање је дужно да се одазове на позив осигураника и благовремено изврши увиђај ради процене штете. Уколико то не учини, односно одбије да изврши увиђај без оправданог разлога чини повреду добрих пословних обичаја⁷⁸

Добра пословна пракса упућује да се настоји да се захтеви корисника решавају првенствено у мирном поступку уколико дође до неслагања корисника са висином накнаде која му је понуђена. Друштво за осигурање би требало да омогући да се спорна питања реше уз помоћ независних проценитеља (стручњака, вештака) пре покретања евентуалног судског поступка. На тај начин се могу избећи многи неспоразуми, скупи судски поступци и задржало поверење у делатност осигурања. Неки осигуравачи условима осигурања за поједина осигурања, као што је ауто-каска, предвиђају ову могућност.⁷⁹

Неприхватање пријаве штете на основу Европског извештаја о саобраћајној незгоди из основа осигурања од аутоодговорности сматра се некоректним. Неоправдано је и одбијање да се на основу овог извештаја утврди одговорност учесника саобраћајне незгоде и обавезе друштва за осигурање.⁸⁰ Условљавање друштва за осигурање да оштећени обезбеди преглед оба возила како би се упоредила оштећења и извршила реконструкција саобраћајне несреће када није извршен увиђај од стране полиције је у супротности са добрим пословним обичајима.⁸¹ Овакво поступање друштва за осигурање би било оправдано само изузетно када постоји основана сумња да је до саобраћајне незгоде или оштећења на возилу дошло на неки други начин, односно да се сумња да је фингирана незгода. Недостатак записника о увиђају саобраћајне полиције у ситуацији када она не излази на место незгоде у складу са законским одредбама представља малтретирање оштећених лица. Овакво поступање је супротно закону и струци осигурања. Ако осигуравач сумња да је у питању покушај преваре има обавезу да

⁷⁷ Коландер, Т., *нав. чланак*, стр. 49.

⁷⁸ Суд части је оценио да друштво за осигурање, које је дало општу понуду за осигурање стана преко уплатница за пружање комуналних услуга, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала када је одбило захтев за процену и накнаду штете у стану осигураника када је наступио осигурани случај, мада је осигураник уредно плаћао премију осигурања из опште понуде. Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 76/04 од 30. јуна 2005, Њосовић-Китић М., *Збирка праксе Суда части при Привредној комори Београда*, 2011, стр. 97-98.

⁷⁹ У Хрватској су из Огледних услова за осигурање аутомобилског каска осигуравачи преузели такво решење.

⁸⁰ У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-78/2010 од 11.11.2010, Билтен бр. 4/2011, Хрватски уред за осигурање, стр. 47.

⁸¹ У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-81/2010 од 2.12.2010, Билтен бр. 4/2011, Хрватски уред за осигурање, стр. 49.

то докаже, односно да организује реконструкцију догађаја, по потреби ангажује вештака и предузме друге околности ради провере своје сумње.

Одлагање решавања одштетног захтева до окончања прекршајног поступка треба да буде изузетак. Само уколико се ни после свеобухватног и пажљивог поступка процене не може са сигурношћу утврдити да ли постоји обавеза осигуравача, односно колики је њен обим оваква одлука има оправдања. У супротном, ако нема оправданих разлога за одлагање такво поступање друштва за осигурање је супротно добрим пословним обичајима.⁸²

Приговор застарелости у фази решавања одштетног захтева у друштву за осигурање је легитиман чин. Међутим, истицање овог приговора може некада бити противно начелу савесности и поштења и правилима добре пословне праксе. Наиме, друштва за осигурање су у обавези да организују поступак решавања одштетних захтева тако да омогуће да корисници што једноставније и у што је могуће краћем времену остваре своја права. Када запослени друштва за осигурање у више контаката уверавали оштећеног да се његов захтев решава, односно да ће бити решен када донесе одређени документ (на пр. правоснажно решење прекршајног суда) а потом му истакну да је потраживање застарело због протекла времена, такво понашање представља повреду добрих пословних обичаја. Овакви поступци друштва за осигурање доводе до незадовољства корисника и штете угледу делатности осигурања.⁸³ Плаћањем накнаде штете и у оваквом случају друштво за осигурање поступа у складу са начелом узајамног поверења и заштите права корисника као и у складу са стандардима струке осигурања.

Друштва за осигурање су дужна да организују поступак пријаве, процене и ликвидације штета на једноставан и ефикасан начин како би оштећено лице, односно осигураник без одуговлачења остварио своје право. Није прихватљиво да се подносиоцу захтева не одговара на дописе, да се не одговара на телефонске позиве или да се они избегавају. Недопуштено је и одуговлачење у решавању одштетног захтева када се исплата штете условљава потписивањем изјаве о поравнању када су основ и висина штете неспорни. Кршење добре пословне праксе представља и престанак осигуравача да комуницира писаним путем са корисником након првог обавештења о одлагању решавања одштетног захтева ако су у новом допису корисника били наведени нови докази и чињенице.⁸⁴

Достављање одбијајуће одлуке о поднетом захтеву која не садржи образложење за доношење исте представља кршење законске обавезе и повреду добрих пословних обичаја. Наиме, друштво за осигурање је дужно да кориснику објасни разлоге за доношење одбијајуће одлуке тако да то буде кориснику

⁸² У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-48/2010 од 21.05.2010, Билтен бр. 2/2010, Хрватски уред за осигурање, стр. 50.

⁸³ У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-04/2012 од 17.01.2012, Билтен бр. 7/2012, Хрватски уред за осигурање, стр. 75.

⁸⁴ Коландер, Т., *нав. чланак*, стр. 48.

јасно.⁸⁵ У случају да се позива на одређене исправе друштво за осигурање мора да прикаже њихову садржину и да објасни шта значе. Кориснику морају бити доступни сви подаци потребни за утврђивање и висину одштетног захтева на којима се заснива одлука друштва за осигурање.⁸⁶

Друштво за осигурање не сме настојати да умањи своју обавезу приликом обрачуна висине накнаде из осигурања. Овај облик непоштене праксе, повреде добрих пословних обичаја се може испољити неоснованим одбијањем да призна кориснику целокупан захтев или део захтева на који овај има право сагласно законским одредбама и закљученом уговору о осигурању, или пак смањењем појединог износа на име накнаде штете.⁸⁷ Цењање са оштећеним лицем у погледу висине накнаде која ће му бити исплаћена по основу уговора о осигурању су супротна правилима и начелима струке осигурања као и добрим пословним обичајима.⁸⁸ На исти начин се посматра и пропуштање друштва за осигурање да исплати неспоран износ штете по полиси ауто-одговорности, што му је и законска обавеза, продужење законских рокова за исплату штете, као и условљавање исплате дела штете одрицањем од права на други део штете.⁸⁹

6. Закључак

Заинтересованост државе за усвајање концепта друштвено одговорног пословања доприносе побољшању корпоративне културе и одговорности привредних субјеката. У делатности осигурања је законом наложено субјектима надзора да своје пословање обављају у складу са добрим пословним обичајима и пословном етиком. За случај кршења ове обавезе предвиђена је санкција у виду новчане казне. На овај начин је појачана одговорност у односу на уобичајену праксу за примену добрих пословних обичаја и пословне етике у осигурању. Сматрамо да би доношење кодекса пословне етике којим ће се утврдити правила професионалног понашања приликом предузимања активности на тржишту поводом свих уговора о осигурању допринело бољој пословној пракси. Овим кодексом би требало утврдити и стандарде понашања у односима са корисницима услуге осигурања што сада важећи кодекс не садржи. Надзор над поштовањем кодекса и добрих пословних обичаја би, по угледу на добра упоредноправна искуства, требало поверити заштитнику права у осигурању.

⁸⁵ У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-60/2009, Билтен бр. 2009, Хрватски уред за осигурање, стр. 66.

⁸⁶ Коландер, Т., *нав. чланак*, стр. 48.

⁸⁷ У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-55/2011 од 7.09.2011, Билтен бр. 6/2011, Хрватски уред за осигурање, стр. 76.

⁸⁸ У том смислу Стајалиште правобранитеља ОКР-ПБ-90/2009, Билтен бр. 2009, Хрватски уред за осигурање, стр. 66.

⁸⁹ На пример: условљавање исплате штете на возилу одустајањем од захтева за исплату накнаде штете због претрпљених физичких повреда или одустајањем од свих будућих потраживања иако је извесно да ће штетне последице да наступе у будућности.

Оно чему треба у будућности тежити је да се првенствено делује превентивно и репресивно у мери која ће подстаћи етично понашање и исправљање учињених пропуста. У томе би значајну улогу могао да одигра заштитник права осигурања који би својим препорукама и мишљењем утицао да се мења пракса у делатности осигурања. Признавање грешке и отклањање њених последица је добар знак да се подиже професионална свест о потреби да се очувају и ојачају основна начела струке осигурања.

Пракса показује да су запослени у делатности осигурања недовољно информисани о суштини и значају добре пословне праксе, њиховим задацима и правима везано за друштвено одговорно пословање. На њиховом образовању би се требали ангажовати друштва за осигурање, орган надзора и привредне коморе.

*Katarina Ivančević, Ph.D., Full-time Professor
Law Faculty, Union University Belgrade*

BUSINESS ETHICS IN THE FIELD OF INSURANCE in relationships with customer's insurance services

Summary

Today, when entering the market business entities are expected to respect the rules of business ethics and not to take actions that could harm other participants in the market and society as a whole. In this paper we present a brief overview of the development of ethical attitudes in business activities that were, in a long period of time, negative. Only with the occurrence of critical attitudes from the socialists developing business ethics in today's terms has been started. Gaining profit is an important goal of all business activities but is not the only one. When making business decisions interest of all stakeholders on which decisions may be affected need to be considered, and these are the interests of the owners or stockholders, customers, employees, creditors and society. The condition for a sustainable business today is corporate social responsibility of all market participants. The rules of business ethics must be adopted and implemented at all three levels: individual, organizational and social. The interest of the state and business organizations to encourage socially responsible business resulted in a reaffirmation of business ethics in our society. This is helped by the adoption of a code of business ethics for certain activities and control of application of their provisions, as well as good business practices. In the insurance business Code of Conduct in matters of compulsory insurance was adopted, but does not contain provisions regulating the standards of behavior of insurance companies with insurance customers in the process of protection and realization of their interests with the insurance companies, as the

rules of the Code should regulate. Practice of identifying and sanctioning violations of the Code and of good business practices in the insurance business has not been developed, although the basis for this exists. The paper also points to the good practice of introducing the protector of law in the insurance business, from comparative law, and suggests that the introduction of this institute in our country would contribute to better relations between insurance companies and users of insurance services, as well as better business practices in the insurance. In this paper we present some primary forms of violations of good ethical practices that are recognized as such in comparative law, that we see in the activities of domestic insurance companies.

Key words: *business ethics, security, good business practices, users Insurance Services.*

Литература

- Бабић, М., Етика у маркетингу као претпоставка дугорочног одрживог пословања осигуравајућег друштва, Зборник радова СОРС, 25 сусрет, 2014.
- Барбић, Ј., Примјена обичаја у хрватском трговачком праву, Хрватска академија знаности, Разред за друштвене знаности, 43, 2005, 47-87, доступно на: www.hazu.hr/~azrnic/eRad492/Rad492Barbic.pdf, 25. 6. 2015.
- Бодирога-Вукобрат, Н., Хорак, Х., Кодекси корпоративног управљања – инструмент социјално одговорног господарења, у: Социјално одговорно господарење, Ријека, Загреб, 2008.
- Иванчевић, К., Правна заштита потрошача корисника услуге осигурања и банкарске услуге, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2010.
- Иванчевић, К., Законска обавеза информисања потрошача и непоштено пословање, Право и привреда, 4-6/2012.
- Кашанин, Р., Добри пословни обичаји као правни стандард, Правни живот, 11-12/1994.
- Коландер Т., Пракса заштитника права (омбудсмана) у области осигурања у Словенији, Токови осигурања, 3-4/2006.
- Лековић, Н., Кузман, Т., Корпоративно друштвена одговорност, Зборник: Корпоративно управљање за чланове управе привредног друштва, Београд, 2014.
- Мирић, Ј., Тумачење кодекса етике, Београд, 2003.
- Пауковић, Х., Заштита потрошача у осигурању- иницијативе ЕУ и искуства Хрватске, Презентација са скупа СОРС 2012, <http://www.sors.ba/hr/dokumenti>, 10.04.2016.
- Перовић, С., Облигационо право, НУ Службени лист СФРЈ, Београд, 1973.
- Петровић, Н., Кодекс пословне етике, Правни живот, 11/2006.
- Rohrbach, W., Лојална и нелојална конкуренција у осигурању, Ревизија за право осигурања, 3-4/2009.
- Славнић, Ј., Правила професионалног понашања у пословима осигурања, Правни живот, бр. 11-12/1994.

- Соломон, Р. С., Пословна етика, у: Увод у етику, приредио: Сингер, П., Сремски Карловци, Нови Сад, 2004.
- Стефановић, В., Морал и етика -основна значења термина и израза, С. Машић, Београд, 2003.
- Таланга, Ј., Увод у етику, Загреб, 1999.
- Fox, A., Corporate Social Responsibility Pays Off?, HR Magazine, Vol. 52 Issue8, p. 2007, према Лековић,Н., Кузман, Т., Корпоративно друштвена одговорност, Зборник: Корпоративно управљање за чланове управе привредног друштва, Београд, 2014.
- Collins, H. (ed), The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practice, A Walters Kluwer Company, 2004.
- Ђосовић-Китић М., Збирка праксе Суда части при Привредној комори Београда, Београд, 2011.
- Закон о осигурању, Службени гласник Републике Србије, 139/2014.
- Закон о заштити потрошача, Службени гласник Републике Србије, 62/2014.
- Закон о облигационим односима (ЗОО), Службени лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, Службени лист СРЈ, 31/1993, Службени лист СЦГ, 1/2003 – Уставна повеља.
- Кодекс пословне етике, Службени гласник Републике Србије, 1/2006.
- Кодекс корпоративног управљања, Службени гласник Републике Србије, 99/2012.
- Кодекс о понашању у пословима обавезних осигурања од 10. децембра 2012.
- Кодекс пословне осигуратељне и реосигуратељне етике који је донело Удружење осигуратеља Хрватске господарске коморе од 18 листопада 2004. године.
- Стратегија развоја промоције друштвено одговорног пословања у Републици Србији за период од 2010. до 2015. године, Службени гласник Републике Србије, бр. 30/2011.

*Др Јасмина Лабудовић Станковић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 341.645(4.672EU):368

ПРЕМИЈЕ ОСИГУРАЊА НАКОН ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ У СПОРУ *TEST ACHATS**

Резиме

*У овом раду аутор упознаје читаоце са одлуком Европског суда правде у спору *Test-Achats* и последицама које је ова одлука изазвала у осигурању. Наиме, након ове одлуке, осигуравачима је забрањено да користе пол као фактор ризика у обрачунању премије осигурања с обзиром на то да уважавање овог фактора и обрачунавање већих, односно мањих премија представља врсту дискриминације. Осим тога, поменута одлука доводи до негативне селекције, као и повећања трошкова за осигураваче.*

Због тога је забрана коришћења пола као фактора ризика изазвала велико негодовање међу осигуравачима. Будући да је пол важна детерминанта приликом калкулације премије, аутор указује на то колико је битно извршити добру селекцију ризика и индивидуализацију премије, што утиче на начин формирања премија осигурања. Осим тога, аутор испитује и стање у Србији поводом забране полне дискриминације у осигурању, представља решење Преднацрта Грађанског законика Србије и даје свој коментар.

Кључне речи: *премија, пол, осигурање, негативна селекција, дискриминација.*

1. Забрана тарифирања према полу

На нивоу ЕУ усвојена је Директива 2004/113/ЕЦ¹, на основу које је Европски суд правде (у даљем тексту: ЕСП) 2011. закључио да је забрањена полна дискриминација, из чега произилази да се једнакост полова мора поштовати, што за осигураваче значи да не могу пол користити приликом обрачуна премије, као што је то могло до тада. Дакле, произилази да је у осигурању забрањено „тарифирање према полу“. Из тога се да закључити да

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *XXI век – век услуга и Услужног права*, бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ У оригиналу: Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, *Official Journal of the European Union*, L 373.

премија мора бити иста и за мушкарце и за жене, што до сада није био случај. Другим речима, то значи да осигуравачи више неће уважавати пол као важну компоненту премије осигурања, односно фактор ризика. Став ЕСП се примењује од 21. децембра 2012. године. Заправо, од поменутог датума примена јединствених премија треба да буде обавеза за државе чланице ЕУ. Ово се објашњава чињеницом да узимање у обзир пола као једног од фактора за обрачун премије осигурања, представља дискриминацију.² Међутим, разлике које се могу толерисати, а које потичу од телесних разлика између мушкараца и жена не представљају дискриминацију.³

Члан 5 Директиве 2004/113/ЕЦ који се односи на актуарске факторе (елементе), став 1 садржи одредбу на основу које је предвиђено да пол неће бити коришћен као фактор за обрачун премије осигурања и исплате из осигурања, као ни релевантан фактор у финансијским услугама повезаним са осигурањем у новим уговорима,⁴ након 21. децембра 2007. године, и то у свим државама чланицама. Међутим, у ставу 2 истог члана, предвиђа се да извесних разлика у премијама и накнадама може бити уколико се примена пола као важног фактора за процену ризика заснива на прецизним и релевантним актуарским и статистичким подацима. То значи да су поменутом директивом, предвиђени изузеци од општег правила о забрани полне дискриминације у осигурању. У ставу 3 истог члана, предвиђено је да трошкови који се односе на трудноћу и материнство не могу да буду основ на којима би се базирале разлике у премијама и надокнадама за лица различитог пола.

Први случај када је примењен став о забрани полне дискриминације у осигурању датира из марта 2011., и то у случају Удружења потрошача Белгије

² Aseervatham, V., Lex, C., Spindler, M., *How do unisex rating regulations affect gender differences in insurance premiums?*, Max Planck-Institut für Socialrecht und Socialpolitik, 2014, p. 1.

³ Преамбула бр. 12 Директиве 2004/113/ЕЦ.

⁴ Сходно смерницама Комисије ЕУ о примени одлуке донете у спору *Test-Achats* у правне системе држава чланица, нови уговори били би уговори који су: 1. први пут закључени након 21.12.2012. С тим у вези, понуде које су дате пре поменутог датума, а прихваћене након овог датума морају испуњавати правило о јединственим тарифама; 2. уговори закључени након 21.12.2012, како би се продужили уговори закључени пре овог датума. Међутим, као нови уговори, неће се сматрати: 1. аутоматско продужење постојећих уговора уколико није дато никакво обавештење, као на пример о отказу; 2. измене појединих елемената постојећег уговора, као на пример промена премије; 3. закључивање додатних или допунских полиса чији су услови уговорени пре 21.12.2012, а када се те полисе активирају једностраном одлуком осигураника; 4. пренос портфеља осигурања са једног на другог осигуравача који не би требало да мења статус уговора из портфеља (European Commission, *Guidelines on the application of Council Directive on insurance, in the light of the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-236/09 (Test-Achats)*, Brussels, 2011, p. 4-5).

Test-Achats ASBI и грађана Белгије против Савета министара Белгије.⁵ Јавни правобранилац је поводом забране употребе пола као фактора ризика у поменутом спору, истакао да се за оцену ризика и одређивање цене могу користити други релевантни фактори. У том смислу, сходно ставу јавног правобраниоца, на очекивани животни век утичу нарочито економски и социјални услови, навике, професија, исхрана, спортске активности, коришћење стимулативних средстава итд.⁶ До доношења одлуке у поменутом спору, како смо претходно истакли, били су дозвољени извесни изузеци. Међутим, након те одлуке изузеци су престали да важе од 21. децембра 2012, тј. пет година након ступања на снагу ове директиве. Ради појашњења, овде морамо нагласити да су државе чланице све до доношења одлуке у спору *Test-Achats* примењивале изузетке, тј. користиле пол као детерминанту ризика, и то посебно у осигурању живота. Након 21. децембра 2012. морале су да примењују опште правило о забрани коришћења пола поводом чега је Комисија ЕУ децембра 2011. донела смернице о примени овог правила, односно о примени одлуке донете у спору *Test-Achats* у правне системе држава чланица. Комисија је сматрала да је примена пола као фактора ризика који опредељује различит третман могућа само у ситуацији када је то објективно оправдано, те да статистички подаци о очекиваном животном веку мушкараца и жена не представљају објективно оправдање, већ само просечне вредности.⁷

До децембра 2013. све државе чланице почеле су са применом правила о забрани полне дискриминације у осигурању, односно престале су да користе пол као фактор обрачуна премије осигурања, изузев Италије, Луксембурга и Португалије, с тим што су се и ове државе припремале на такав корак.⁸ Међутим, оно што је чудно јесте то да ЕСП у својој одлуци у спору *Test-Achats* није дао одговор на питање: Да ли је пол као актуарски фактор ризика повезан са основним правима ЕУ?⁹

Став о томе да коришћење пола у обрачуну премија осигурања представља дискриминацију, није нов. Он се примењује још од 80-их година XX века у САД.¹⁰ Наиме, Врховни суд САД је 1983. године забранио полну

⁵ Schmeiser, H., Störmer, T., Wagner, J., *Unisex Insurance Pricing: Consumers' Implications, Perception and Market*, The Geneva Papers, 39, 2014, p. 323.

⁶ Марано, П., *Полна дискриминација у приватним уговорима о осигурању и право ЕУ*, Зборник: Изазови усклађивања права осигурања Србије са европским (ЕУ) правом осигурања, Београд, 2012, стр. 53.

⁷ Исто, стр. 48.

⁸ Рего, М. Л., *Сегментација осигурања као вид неправичне дискриминације: шта очекивати следеће у светлу одлука у спору Test-Achats?*, Зборник: Право осигурања, управа и транспарентност – основе правне сигурности, Београд, 2015, стр. 363.

⁹ Исто, стр. 365.

¹⁰ Aseervatham, V., Lex, C., Spindler, M., *Pitfalls in the implementation of non-discriminatory premiums – the case of unisex tariffs in the German automobile insurance market*,

дискриминацију¹¹ и истакао, у конкретном случају, да премије добровољног пензијског осигурања морају бити исте за оба пола, те да је забрањена примена таблица смртности које се базирају на разлици у половима.¹²

О полној дискриминацији у осигурању расправљано је у литератури¹³ и пре него што је ЕСП донео одлуку поводом овог питања. Тако, писано је о полној дискриминацији у приватном здравственом осигурању, обавезним врстама осигурања, као и генерално у осигурању и целокупном финансијском сектору. Такође, расправљано је и о значају пола као актуарског елемента приликом селекције ризика, али и о утицају полне дискриминације на осигураваче.¹⁴ Такође, и након доношења одлуке у спору *Test-Achats*, било је много дебата на ову тему. Пре свега, није јасно зашто је елиминисан пол као фактор ризика, а са друге стране, будући да је тако, зашто нису дозвољени изузеци, имајући у виду да је у почетку то било дозвољено. Пажњу изазива и чињеница што пол не може да се користи као фактор ризика у осигурању живота, а са друге стране, у овој врсти осигурања су поред пола, врло важни фактори ризика старосна доб и инвалидност, за које нема забране коришћења. Заправо, старосна доб и инвалидност могу се користити код оцене ризика код одређених врста производа, не само у осигурању, већ и у банкарству, те њихово коришћење не треба тумачити као дискриминацију. Осим тога, то су битни елементи за формирање цене. То је став који је заузела Комисија ЕУ у свом Предлогу директиве о примени принципа равномерног третмана лица без обзира на религију или уверење, инвалидност, старосну доб или сексуалну оријентацију.¹⁵

Међутим, иако је донета оваква одлука ЕСП у спору *Test-Achats*, сматра се да примена метода обрачуна премија осигурања укључује одређене елементе који се ипак ослањају на пол, тако да искључење пола као важног фактора за обрачун, неће донети превелике промене, конкретно у осигурању од аутоодговорности.¹⁶

http://www.aria.org/meetings/2013_Annual_Meeting_docs/TuesdaySession_IVA/SessionIVA-UnisexTariffsandtheAutomobileInsuranceMarket-InsightsfromGermany-Paper.pdf, p. 2.

¹¹ У САД је заиста постојала полна дискриминација јер су амерички осигуравачи одређивали премије базирајући се на претпоставци да беле људе карактерише дужи животни век од црних (Рего, М. Л., *нав. чланак*, стр. 369).

¹² Schmeiser, H., Störmer, T., Wagner, J., *нав. чланак*, стр. 324.

¹³ Треба напоменути да поједини аутори сматрају да је пол, као фактор ризика, објективни фактор који значајно утиче на формирање премије, док има и оних који верују да пол нема већи значај у односу на остале факторе ризика. До таквог закључка дошла је и Комисија ЕУ (*Исто*, стр. 335).

¹⁴ *Исто*, стр. 325.

¹⁵ Commission of the European Communities, *Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between person irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*, 2008, p. 8.

¹⁶ Schmeiser, H., Störmer, T., Wagner, J., *нав. чланак*, стр. 324.

2. Класификација ризика и формирање премије осигурања

Пре него што се упустимо у детаље какве ефекте има поменути став ЕСП на формирање премија осигурања, укратко ћемо се осврнути на значај класификације ризика за формирање цене (премије) осигурања.

Једно од основних правила јесте да се премија одмерава зависно од тежине ризика. Ово правило важи, пре свега, код премијског осигурања где се премије за покривање ризика, формирају унапред. Међутим, код узајамног осигурања, цена коју плаћају осигураници назива се допринос. Осигураници су у обавези да уплате минимални допринос који се често одмерава према висини основног капитала друштва за узајамно осигурање. Коначна висина доприноса утврђује се тек када истекне период осигурања и када је позната укупна висина штета. Зато овде тежина ризика нема исти значај за утврђивање висине доприноса.¹⁷

За прецизно одређивање цена осигурања, за осигураваче је од нарочитог значаја добра класификација ризика. С тим у вези, важно је и осигуранике сврстати у одређене ризичне групе. Преко класификације ризика спроводи се и конкуренција, будући да класификација ризика утиче на снижавање трошкова осигурања.¹⁸ Осим тога, она смањује и информациону асиметрију.¹⁹ Наравно, добра класификација ризика подразумева узимање у обзир свих релевантних елемената, као што су: пол осигураника, старосна доб, инвалидност и сл. Дакле, врло је важно да премија што боље рефлектује индивидуалне карактеристике осигураника, тј. да се изврши индивидуализација ризика. Под индивидуализацијом се подразумева процес утврђивања и прилагођавања просечне премијске стопе сваком конкретном ризику.²⁰ Наспрам индивидуализације стоји диференцирање цена осигурања, под чим се подразумева увођење различитих цена за различите производе, тј. ризике на истом тржишту.²¹

Осигурање омогућава расподелу ризика губитака. У замену за ризик који преузима, осигуравач наплаћује премију. Битно је да осигуравач правилно обрачуна висину премије која треба да покрије потенцијалне губитке. Дакле, добра класификација ризика је изузетно важна. Сматра се да класификација осигураника није потребна само у случају када је ниједан осигуравач не би примећивао и када не би било уопште конкуренције међу осигуравачима.²²

¹⁷ Шулејић, П., Јанковец, И., Огризовић, Д., Рајичић, Б., *Коментар Закона о осигурању имовине и лица*, Београд, 1996, стр. 67.

¹⁸ Aseervatham, V., Lex, C., Spindler, M., *Pitfalls in the implementation*, стр. 3.

¹⁹ Исто, стр. 4.

²⁰ Андријашевић, С., Петрановић, В., *Економика осигурања*, Загреб, 1999, стр. 173.

²¹ Исто.

²² Gauldin, J. Race, *Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair*, Cornell Law Review, Issue 6, 1995, p. 1651.

Међутим, чињеница је да класификације ризика често нема код групног осигурања. У литератури се наводи да осигуравачи могу спровести класификацију приликом преузимања ризика у осигурање (у ком случају се она своди на то да ли примити ризик у осигурање или не), затим код дефинисања услова покрића и код одређивања премије (различите премије за различите групе осигураника због различитог ризика).²³ Осигуравачи спроводе класификацију ризика због негативне селекције између осигураника и конкуренције између осигуравача. Негативна селекција и конкуренција нарочито утичу на одређивање премија, па је у том смислу важно користити све факторе ризика који ће најпрецизније допринети одређивању премије. То би значило да је врло важно, поред других, користити и пол осигураника као фактор ризика. Из овога можемо закључити да је коришћење овог фактора ризика нарочито значајно за пословну политику осигуравача.

Дакле, процена ризика зависи од личних карактеристика осигураника како би се одредила правична цена. Тако, то би били пол, године, етничко порекло, навике. Питање је само који фактори се од поменутих могу користити у актуарске сврхе, тј. за обрачун премије.²⁴ Пол у комбинацији са годинама осигураника представља важан фактор за утврђивање премије.

Формирање цене осигурања је врло специфично.²⁵ Да би се она одредила полази се од низа статистичких података који имају своју квалитативну и квантитативну страну. Квалитативна страна се односи на категоризацију ризика у односу на обележја, као што је груписање ризика по предмету, трајању, природи и вредности. Квантитативна страна се односи на примену закона великих бројева.²⁶ Овај закон доприноси да све оно што је случај постане закон. Другим речима, то значи да сваке године, исти број ризика, тј. исти број осигурања има исти број штета. Преко закона великих бројева добијамо средњу вредност или највише очекивану вредност посматране величине. Величина ризика је одређена вероватноћом настанка штетног догађаја и вероватноћом интензитета штетног догађаја. Дакле, статистика представља средство помоћу ког осигуравач одређује величину своје обавезе према осигураницима.²⁷ Циљ прикупљања статистичких података о насталим штетама је да се омогући израда техничких основа, тарифа премија и обављање других актуарских послова.²⁸

²³ Исто, стр. 1652.

²⁴ Schmeiser, H., Störmer, T., Wagner, J., *нав. чланак*, стр. 329.

²⁵ Та специфичност се огледа у томе што цена осигурања (премија) почива на претпоставкама (Лабудовић, Ј. *Цена услуга осигурања*, магистарска теза, Крагујевац, 2005, стр. 147).

²⁶ Лисов, М., *Утицај вероватноће смртности и укалкулисане камате на развој тарифне политике осигурања живота*, Осигурање и привреда, бр. 1-2, 1988, стр. 7.

²⁷ Тасић, А., *Основи осигурања*, Београд, 1952, стр. 26.

²⁸ Шахов, В., *Введение в страхование: экономический аспект*, Финансије и статистика, Москва, 2002, стр. 212.

Дакле, статистика нам помаже да одредимо величину премије. Притом, мислимо на нето премију јер она одговара величини ризика.²⁹ Зато се каже да је премија функција ризика.

3. Утицај одлуке ЕСП на различите врсте осигурања

Занимљиво је питање какав утицај одлука ЕСП о примени јединствених премија има на различите врсте осигурања (осигурање живота, рентно, здравствено, осигурање од аутоодговорности). Другим речима, да ли ће се и за колико премије променити због оваквог става ЕСП?

Како смо претходно констатовали пол, као фактор ризика, је врло важан у актуарству за утврђивање висине премије. Такав став је раширен међу актуарима. Нарочито је значајан у области осигурања живота, пензијском осигурању, осигурању од аутоодговорности и приватном здравственом осигурању.³⁰ За ово има много примера. Тако рецимо, у осигурању од аутоодговорности мушкарци обично проузрокују штетне догађаје који су скоро двоструко већи од оних које проузрокују жене.³¹ Такође, у приватном здравственом осигурању, трошкови здравствене заштите су тесно повезани са полом осигураника. Ови трошкови су нарочито високи за жене до 50 година.³² Практично, ово показује да здравствено стање, године и пол представљају кључне детерминанте за одређивање премија у приватном здравственом осигурању. Жене најчешће плаћају веће премије од мушкараца.

Истакнимо да и у рентном осигурању, пол представља врло важан елемент за калкулацију премија. Жене, по правилу плаћају веће премије за ово осигурање него мушкарци.

Већ је речено, да се Директива 2004/113/ЕЦ заснива на ставу да пол није кључна детерминанта која одређује дужину живота, будући да је одређују и неке друге, као што су: социјални и економски услови живота, навике, здравствено стање, генетика³³ и сл. Практично, овде се супротставља став о забрани дискриминације, поштовању људских права и једнакости и став да треба одредити праведну премију, у смислу како то схвата актуарска наука. Имајући претходно у виду, последица забране употребе пола као фактора ризика биће

²⁹ Бруто премија обухвата, поред нето премије, и трошкове који настају у вези са спровођењем осигурања.

³⁰ Schmeiser, H., Störmer, T., Wagner, J., *нав. чланак*, стр. 335.

³¹ *Исто*, стр. 336.

³² *Исто*.

³³ Постоје три врсте генетских тестова који откривају различите ризике: тестови који показују ко носи ризик (ризик да ће њихово дете оболети од неке болести); тестови који откривају оне који болују од неких болести и коначно, тестови који показују ко може постати болестан у будућности. Ови последњи тестови су нарочито важни за осигуравача и сматра се да њихово коришћење и обрачун веће премије евентуално, не представља дискриминацију (Gaulding, J., *нав. чланак*, стр. 1665).

субвенционисање појединих осигураника, који би због већег ризика требало да плате већу премију. Дакле, за њих ће се премија смањити. С друге стране, доћи ће до повећања премије за оне који имају нижи ризик, а који би сходно томе требало да плате и мању премију. Оно што следи у оваквим случајевима јесте да осигураници са нижим ризиком напусте осигурање, односно да га више не закључују, док они које карактерише већи ризик због ниже премије желе да купе осигурање. То је тзв. негативна селекција. Конкретно говорећи, у осигурању живота, по правилу, жене плаћају веће премије од мушкараца јер је њихов животни век дужи. Међутим, сада ће премије које оне плаћају бити субвенционисане, тј. ниже, док ће мушкарци плаћати већу премију, иако би требало да плаћају нижу јер је њихов животни век краћи. С друге стране, у осигурању од аутоодговорности, по правилу мушкарци су ризичнији возачи, тј. карактерише их већа вероватноћа да произведу саобраћајне незгоде у односу на жене. Заправо, истраживања на немачком тржишту осигурања од аутоодговорности су показала да постоје значајне разлике у ценама (премијама) по основу тога да ли је возач жена или мушкарац.³⁴

На претходно, тј. негативну селекцију коју смо објаснили, надовезују се и већи очекивани трошкови за осигураваче. То би била још једна од важних последица одлуке ЕСП у спору *Test-Achats* на осигурање. Тако на пример, због негативне селекције многи осигураници ће потражити друге облике штедње, а не осигурање живота. На пример, уложиће новац у куповину инвестиционих јединица инвестиционог фонда и сл. Будући да негативна селекција подразумева веће трошкове за осигураваче, одговор осигуравача може бити повећање премија осигурања у свим врстама осигурања где год је раније пол коришћен као детерминанта ризика, те тако и премије. Уз ово, могуће је да осигуравачи престану да нуде одређене производе осигурања, односно другим речима да ограниче своју понуду.³⁵

Стратегија осигуравача у ситуацији када пол више не сме да се користи као фактор ризика, може да буде пружање разних директних подстицаја за одређене категорије осигураника. На пример, спровођење кампање продаје за припаднике одређеног пола, затим нуђење посебних врста производа припадницима одређеног пола итд.³⁶ Даље, могу се одлучити за ширу употребу фактора ризика који не зависе од пола и сл.

Питање које се надовезује на све претходно поменуто, а које је важно за осигураваче, је и то који метод обрачуна премија да користе. Тако рецимо, у осигурању од аутоодговорности, уколико би користили општи метод који су користили до доношења одлуке ЕСП у спору *Test-Achats*, могли би да изоставе само пол као детерминанту ризика. Међутим, чињеница је да постоје и друге

³⁴ Aseervatham, V., Lex, C., Spindler, M., *Pitfalls in the implementation*, стр. 15. и Gaulding, J., *нав. чланак*, стр. 1663.

³⁵ Schmeiser, H., Störmer, T., Wagner, J., *нав. чланак*, стр. 343.

³⁶ *Исто*, стр. 341.

детерминанте које су повезане са полом као фактором ризика. Ако би употреба и таквих варијабли била забрањена, то не би било добро јер би утицало на прецизност обрачуна премија и предвидивост штета.³⁷ Друга могућност је да користе тзв. *Попе-Сиднор* метод, који се заснива на коришћењу свих расположивих информација како би се што прецизније одредила премија. Ипак, треба истаћи да овај метод има слабију могућност предвиђања.

4. Забрана дискриминације у осигурању у Преднацрту грађанског законика Републике Србије

У Преднацрту грађанског законика Републике Србије, члан 1398 посебно регулише питање забране дискриминације у осигурању.³⁸ У том смислу предвиђено је да „узимање у обзир пола и година живота као фактора приликом израчунавања премије и надокнаде из осигурања не може да доведе до разлика у висини премије и надокнада за различита лица, осим ако осигуравач не докаже да се сразмерне разлике у премијама и надокнадама заснивају на одговарајућим и прецизним актуарским и статистичким подацима.“ Дакле, и код нас се предвиђа забрана коришћења пола приликом обрачуна премија, али није јасно зашто се забрана односи и на године живота када године несумњиво представљају фактор ризика. Директива 2004/113/ЕЦ не доводи у питање коришћење година живота (старосне доби) осигураника као фактора ризика, док наш Преднацрт Грађанског законика и године „посматра“ као елемент који води дискриминацији. Иако за то може бити оправдања у неким другим областима, у осигурању је то врло тешко прихватити јер су године живота изузетно значајне за обрачун премије осигурања. Тумачећи члан 1398 Преднацрта Грађанског законика, може се извести закључак да извесна слобода ипак постоји код узимања у обзир пола и година као фактора за обрачун премије, али само ако осигуравач „докаже да се сразмерне разлике у премијама и надокнадама заснивају на одговарајућим и прецизним актуарским и статистичким подацима.“

С друге стране, у истом члану у ставу 2 предвиђа се да трудноћа и материнство не могу да буду основ на којима би се базирале разлике у премијама и надокнадама за лица различитог пола. Такође, у ставу 3 истог члана забрањена је дискриминација по основу националности, расне и етничке припадности, што значи да се поменути елементи не могу користити за различите премије и надокнаде. За случај да осигуравач не поштује забрану дискриминације, предвиђено је да уговорач осигурања има право да откаже уговор, и то у року од два месеца од сазнања за то.

За сада ће осигуравачи наставити да примењују и пол и године живота у обрачуну премије осигурања. Међутим, временом ће морати да пређу на други

³⁷ Aseervatham, V., Lex, C., Spindler, M., *нав. чланак*, стр. 17.

³⁸ *Грађански законик Републике Србије (преднацрт)*, Београд, 29. мај 2015, стр. 377-378, доступно на: http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski_zakonik_RS-prednacrt.pdf

начин калкулације премија осигурања, с тим што ће то подразумевати и извесне последице које је аутор већ поменуо и са којима су се суочили осигуравачи на тржишту осигурања ЕУ.

*Jasmina Labudović Stanković, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

INSURANCE PREMIUMS AFTER EUROPEAN COURT OF JUSTICE DECISION IN THE CASE TEST ACHATS

Summary

The author introduces readers with the decision of the European Court of Justice in the case Test-Achats and the consequences that this decision has caused in the insurance. In fact, after this decision, it is forbidden using sex as a risk factor in calculating insurance premiums. The reason for that is the fact that using this factor and accounting higher or smaller premiums represents the type of discrimination. In addition, the aforementioned decision of the ECJ, leads to adverse selection, as well as increased costs for insurers.

Because of previous, the ban on the use of gender as a risk factor sparked outrage among insurers. Having regards that sex is an important determinant in the process of calculating premiums, the author points out how important it is to make a good risk selection and premium individualization. That affects the way of the formation of insurance price.

Finally, the author examines the situation in Serbia concerning the prohibition of sex discrimination in insurance. Also, the author represents the solution of the Draft Civil Code of Serbia concerning discrimination in insurance sector and give some comments.

Key words: premium, sex, insurance, adverse selection, discrimination.

Литература

- Андријашевић, С., Петрановић, В., Економика осигурања, Загреб, 1999.
- Aseervatham, V., Lex, C., Spindler, M., How do unisex rating regulations affect gender differences in insurance premiums?, Max Planck-Institut für Socialrecht und Socialpolitik, 2014.
- Aseervatham, V., Lex, C., Spindler, M., Pitfalls in the implementation of non-discriminatory premiums – the case of unisex tariffs in the German automobile insurance market, доступно на: http://www.aria.org/meetings/2013_Annual_Meeting_docs/TuesdaySession_IVA/Session_IVA-UnisexTariffsandtheAutomobileInsuranceMarket-InsightsfromGermany-Paper.pdf.
- Gaulding, J. Race, Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair, Cornell Law Review, Issue 6, 1995.
- Грађански законик Републике Србије (преднацрт), Београд, 29. мај 2015, стр. 377-378, доступно на: http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski_zakonik_RS-prednacrt.pdf
- European Commission, Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-236/09 (Test-Achats), Brussels, 2011.
- Лабудовић, Ј. Цена услуга осигурања, магистарска теза, Крагујевац, 2005.
- Лисов, М., Утицај вероватноће смртности и укалкулисане камате на развој тарифне политике осигурања живота, Осигурање и привреда, бр. 1-2, 1988.
- Марано, П., Полна дискриминација у приватним уговорима о осигурању и право ЕУ, Зборник: Изазови усклађивања права осигурања Србије са европским (ЕУ) правом осигурања, Београд, 2012.
- Рего, М. Ј., Сегментација осигурања као вид неправичне дискриминације: шта очекивати следеће у светлу одлука у спору Test-Achats?, Зборник: Право осигурања, управа и транспарентност – основе правне сигурности, Београд, 2015.
- Schmeiser, H., Störmer, T., Wagner, J., Unisex Insurance Pricing: Consumers' Implications, Perception and Market, The Geneva Papers, 39, 2014.
- Тасић, А., Основи осигурања, Београд, 1952.
- Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between person irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, 2008.
- Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal of the European Union, L 373.
- Шахов, В., Введение в страхование: экономический аспект, Финансије и статистика, Москва, 2002.
- Шулејић, П., Јанковић, И., Огризовић, Д., Рајичић, Б., Коментар Закона о осигурању имовине и лица, Београд, 1996.

ТУРИЗАМ

*Др Драган Вујисић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 338.486.1

ПОДРУЧЈЕ ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВЕ О ПУТОВАЊИМА У ПАКЕТ АРАНЖМАНИМА И ПОВЕЗАНИМ ПУТНИМ АРАНЖМАНИМА*

Резиме

Новембра 2015 године усвојена је (нова) Директива о путовањима у пакет аранжманима и повезаним путним аранжманима, којом се ставља ван снаге Директива о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања из 1990 године. Циљ нове Директиве је да допринесе правилном функционисању унутрашњег тржишта и остваривању високог и што јединственијег нивоа заштите путника приближавањем одређених аспеката закона и других прописа држава чланица ЕУ у вези с уговорима између путника и трговаца (туристичких агенција, организатора путовања и посредника) о путовањима у пакет аранжману и повезаним путним аранжманима. Предмет рада је анализа одредаба Директиве које се односе на подручје њене примене (пакет аранжмани, повезани путни аранжмани, сличности и разлике између њих, као и субјекти код уговора о путовањима у пакет аранжману и повезаним путним аранжманима).

Кључне речи: *пакет аранжман, повезани путни аранжман, путник, организатор путовања, продавац.*

1. Увод

На нивоу ЕУ, тада ЕЕЗ, 80-тих година прошлог века јавила се потреба за јединственијим уређењем уговора о организовању путовања, односно уговора о путним (пакет) аранжманима. Процеси уједначавања и хармонизације прописа и праксе у туризму земаља ЕЗ, посебно у области организованог туристичког путовања, одражавали су разлике, уз опште схватање да би постојање унификованих правила која би обухватала дефиницију организованог

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

путовања, садржину, обавезе и одговорност према путнику (потрошачу) допринела отклањању евидентне правне несигурности на тржишту туристичких услуга. Савет ЕЗ донео је 13. јуна 1990. године Директиву о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања¹ (Директива 90/314 ЕЕЗ). Национални закони држава чланица, према преамбули Директиве 90/314 ЕЕЗ, показују бројне различитости са прилично неуједначеном праксом, што доводи до стварања препрека слободи пружања услуга и нарушавању конкуренције међу туристичким операторима различитих земаља. Циљ Директиве 90/314 ЕЕЗ био је, пре свега, да спречи нефер конкуренцију, повећа заштиту потрошача и доведе је на исти ниво на територији ЕУ хармонизацијом законодавстава појединих држава чланица.

Директивом 90/314 ЕЕЗ пружа се потрошачима, односно путницима, заштита која није доступна купцима појединачних услуга путовања. Кључна права потрошача установљена овом Директивом су: пре потписивања уговора прима све информације о путовању; постоји увек најмање једна страна (организатор путовања и/или продавац/посредник) која је одговорна за правилно извршење свих уговором обухваћених услуга; ако не може отићи на путовање, своју резервацију може пренети на друго лице; цена путовања не може се изменити 20 дана пре поласка, а ван тог рока само у одређеним ситуацијама; може одустати од уговора и остварити повраћај новца ако је измењен и један од битних елемената уговора; ако организатор путовања откаже пакет аранжман има право на повраћај новца и накнаду штете; ако се након поласка не могу пружити важни делови пакет аранжмана, морају му се понудити алтернативна решења, без додатног трошка, како би се наставило путовање; у случају потешкоћа има право на правовремену помоћ; у случају insolventности организатора путовања и/или продавца, биће му враћени претходно уплаћени износи а ако је путовање већ започело омогућиће му се (и)повратак у место поласка.

Међутим, од доношења Директиве 90/314 ЕЕЗ протекло је више од две деценије. За то време тржиште услуга путовања доживело је промене, посебно захваљујући интернету односно чињеници да се са све већим бројем корисника интернета, услуге путовање све чешће прибављају на интернету, као и настајањем нових комбинација услуга путовања. Мада и данас не мали број путника из ЕУ и даље купује пакет аранжмане на традиционалан начин (одлазе у туристичку агенцију како би уплатили своје туристичко путовање које је унапред спремила агенција са свим детаљима), све више путника уплаћује разне делове свог путовања одвојено или уплаћују прилагођена путовања која комбинују један или више трговински повезаних трговаца (туристичких агенција, организатора путовања) према потреби и укусу путника, посебно на

¹ Council Directive of 13 June on package travel, package holidays and package tours, Official Journal of the EU, L 158/59, 23. 06.1990.

интернету. У предмету Club Tour², Европски суд правде је заузео схватање да у подручје примене Директиве 90/314 ЕЕЗ улазе и пакет аранжмани које је организатор путовања припремио на захтев и према спецификацији путника или одређене групе путника. Такође да се израз "унапред утврђена комбинација" треба тумачити на начин да обухвата и оне комбинације услуга које су заједнички саставили организатор путовања и путник најкасније у време закључења уговора о организовању путовања, а не нужно унапред, односно у неком ранијем периоду преговора. Ипак, упркос овој одлуци, појавила су се сложена питања и дошло је до судских поступака у државама чланицама, јер остаје нејасно у којој мери су савремени начини комбиновања услуга путовања обухваћени Директивом 90/314 ЕЕЗ и да ли су трговци који се баве таквим комбиновањима одговорни за вршење одговарајућих услуга (нпр. путовања у образовне, културне и сл. сврхе, бесплатна путовања и сл).³

У том новом тржишном окружењу, Директивом 90/314 ЕЕЗ не задовољавају се више довољно потребе потрошача (путника) и трговаца (организатора путовања и продаваца организованих путовања тј. туристичких агенција). Застарело подручје примене Директиве 90/314 ЕЕЗ доводи до тога да потрошачи који сматрају да су заштићени могу постати губитници при куповини путовања која нису обухваћена Директивом 90/314 ЕЕЗ. Такође, различитим правилима у разним државама чланицама, као последице принципа тзв. минималне хармонизације⁴, трговцима се отежава да "продају" своје туристичке производе у другим државама, односно да прошире своје активности у другим државама чланицама ЕУ, јер не послују у једнаким и равноправним условима.⁵ То доводи истовремено и до мањег избора за потрошаче. У пракси правна правила и њихова примена може се разликовати зависно од тога како и где се нуде аранжмани на продају и ко то чини, иако може бити речи о истим услугама путовања.

² C-400 Club Tour, Viagens e Turismo protiv Alberto Carlos Lobo Goncalves Garrido и Club Med Viagens, ECR 2002, I-04051.

³ Нпр. предмети немачког Bundesgerichtsofa од 30.09.2010 у предмету Ха ZR 130/08; холандског Eerste kamer Hoge Raada од 11. 06. 2010. у предмету 08/04611, SGR против ANVR; AFS Intercultural Programs Finland, ry, 1999, ECR I-825, Case, C-254/97, и др.

⁴ У извештају Комисије SEC (1999) 1800 о спровођењу Директиве 90/314 ЕЕЗ истакнуто је да у законима у којима се имплементира Директива у национално законодавство постоје битне разлике, јер се у њој примењује приступ минималног усклађивања и државама чланицама дата су широка дискрециона права, као и због нејасноћа у тексту.

⁵ The European Commission - Health and Consumers DG, Study on Consumer Detriment in the Area of Dynamic Packages, London, 2009, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/study_consumer_detriment_dynamic_packages_en.pdf, 10.03.2015.

Девог јула 2013. године у редовну законодавну процедуру упућен је предлог нове директиве⁶ која мења и ставља ван снаге Директиву 90/314 ЕЕЗ. Предлог Европске комисије је у марту 2014. године након првог читања прихваћен уз амандмане од стране Европског парламента.⁷ 25. новембра 2015 године усвојена је (нова) Директива о путовањима у пакет аранжманима и повезаним путним аранжманима (у даљем тексту: Директива ЕУ 2015/2302).⁸

Директивом ЕУ 2015/2302 "појашњава" се Директива 90/314 ЕЕЗ и врши се усклађивање с правним и тржишним развојем. Конкретно: подручје њене примене је шире и, осим "традиционалног" пакет аранжмана обухвата и нове комбиноване путне аранжмане, тако што се у њено подручје примене укључују разни облици пакет аранжмана на интернету и потпомогнути путни аранжмани; обезбеђује се већа транспарентност омогућавајући свим путницима да јасно препознају да ли им је понуђен пакет аранжман или не, избегавајући тиме забуну; уклањају се препреке пословању у другим државама чланицама помоћу уједначених правила о одговорности, ad hoc механизму за узајамно признавање програма заштите у случају инсолвентности и др., чиме се трговцима отвара више могућности да прошире своје активности у разним државама чланицама; стављају се ван снаге посебна правила о брошурама, али се и даље обезбеђује да путник прими све кључне информације пре закључивања уговора и да се обавести о свим променама након тога; путницима се обезбеђују нова права отказивања (раскида) уговора; правила о ценама су праведнија и предвидивија увођењем горње границе за повећање цене; обезбеђују се јаснија правна средства и бољи правни систем заштите у случају неправилности у извршавању обавеза из уговора, повезујући недавно донесено законодавство ЕУ о алтернативном решавању спорова и решавању спорова путем интернета; рационализују се правила о уговорној одговорности; појашњавају се правила о заштити у случају инсолвентности трговца (обавезују се државе чланице да омогуће узајамно признавање националних програма заштите у случају инсолвентности у оквиру структуралног механизма сарадње).

⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC, COM(2013) 512 final - 2013/0246 (COD), 9.7.2013.

⁷ European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on package travel and assisted travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004, Directive 2011/83/EU and repealing Council Directive 90/314/EEC, COM(2013)0512-C7-0215/2103 /0246(COD), 12.03.2014.

⁸ Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC.

Сврха Директиве ЕУ 2015/2302 је да допринесе правилном функционисању унутрашњег тржишта и остваривању високог и што јединственијег нивоа заштите путника приближавањем одређених аспеката закона и других прописа држава чланица ЕУ у вези с уговорима између путника и трговаца о путовањима у пакет аранжману и повезаним путним аранжманима.⁹

2. Пакет аранжман

Према чл. 3. тач. 2. Директиве ЕУ 2015/2302, "пакет аранжман" представља комбинацију најмање двеју различитих врсте услуга путовања за потребе истог путовања или одмора ако: (1) те услуге комбинује један трговац, између осталог на захтев или у складу с избором путника, пре него што је закључен јединствени уговор о свим услугама (услуге које се накнадно понуде не представљају саставни део пакет аранжмана¹⁰), или (2) независно од тога да ли су закључени посебни уговори с појединачним даваоцима услуга путовања, ако се те услуге: (а) купују на једној продајној тачци и ако су одабране пре него што је путник пристао платити¹¹, (б) нуде, продају или наплаћују по паушалној или укупној цени¹², (ц) оглашавају или продају под називом "пакет аранжман" или под сличним називом, (д) комбинују након закључења уговора којим трговац путнику даје право избора између разних врста услуга путовања, или (е) купују од појединачних трговаца путем повезаних поступака *online* резервисања када трговац с којим је закључен први уговор доставља име путника, податке о плаћању и адресу е-поште другом трговцу или трговцима, а уговор с другим трговцем или трговцима закључен је најкасније 24 сата након потврде резервације прве услуге путовања (тзв. динамички пакет

⁹ Директива ЕУ 2015/2302, чл. 1.

¹⁰ Постоје аутори који сматрају да би и накнадно уговорене туристичке услуге требало сматрати саставним делом пакет аранжмана, Више, Горенц, В., Пешутић, А., *Разграничење организатора и посредника путовања*, Зборник радова Правног факултета у Загребу, посебан број, 2006, стр. 30.

¹¹ „Продајна тачка” значи сваки малопродајни објект, било некретнина или покретнина, или интернетска страница за малопродају или сличан *online* систем за продају, између осталог кад се интернетске странице за малопродају или *online* системи за продају путницима представљају као јединствен систем, укључујући телефонску службу (Директива ЕУ 2015/2302, чл. 3. тач. 15).

¹² Према Директиви ЕУ 2015/2302 јединствена, укупна цена није обавезан "кумулативан" елемент пакет аранжмана него "алтернативан", Вујисић Д., *У сусрет новој Директиви о "путним" аранжманима*, Право и привреда, бр. 4-6/2015, стр. 347.

аранжмани¹³). Уводним изјавама 8.10 и 11 ближе је објашњен појам "пакет аранжмана" из чл. 3. тач. 2. Директиве ЕУ 2015/2302.¹⁴

¹³ Код тзв. динамичких пакет аранжмана, путници самостално комбинују туристичке услуге различитих давалаца. Код динамичких пакет аранжмана долази до поделе уговора, јер се туристичке услуге продају путницима појединачно. Не закључује се један уговор, већ више уговора о пружању конкретних туристичких услуга. Често се закључују са различитим трговцима. Закључују се, пре свега путем интернета, преко посебних сајтова који омогућавају путницима да самостално комбинују више различитих туристичких услуга. Након што путник жељене туристичке услуге убаци у тзв. корпу врши се плаћање. Према Директиви 90/314 овакви уговори нису обухваћени њоме, тако да се, пошто су све учесталији у пракси, умањује потенцијална одговорност трговаца односно умањује заштита путника. Предлог Директиве управо је из ових разлога (учесталост у пракси, неодговорност трговаца, умањена заштита путника) је проширио појам пакет аранжмана тако што је у овај појам уврстио и тзв. динамичке пакет аранжмане, Више, Радовић, В., *Предлог нове Директиве о пакет аранжманима и повезаним путничким аранжманима*, у Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ, Београд, 2014, стр. 455-456. О динамичним пакет аранжманима, Види, The European Commission - Health and Consumers DG, Study on Consumer Detriment in the Area of Dynamic Packages, London Economics, 2009.

¹⁴ Уводна изјава 8 - "Будући да се услуге путовања могу комбиновати на више различитих начина, примерено је пакет аранжманима сматрати све комбинације услуга путовања које имају обележја која путници обично повезују с пакет аранжманима, посебно када се појединачне услуге путовања комбинују у јединствен производ услуга путовања за чије правилно извршење одговорност преузима организатор. У складу са судском праксом Суда Еуропске уније није комбинују ли се услуге путовања пре било каквог контакта с путником или се то чини на захтев односно у складу с избором путника. Иста начела требало би примењивати независно од тога да ли је резервација обављена путем трговца у пословници или *online*".

Уводна изјава 10 - "С обзиром на развој тржишта примерено је подробније дефинисати пакет аранжмане на основу алтернативних објективних критеријума који се већином односе на начин на који се услуге путовања приказују или купују и у случајевима у којима путници могу оправдано очекивати да ће бити заштићени овом Директивом. Тако је, нпр. у случају кад су различите врсте услуга путовања купљене у сврху истог путовања или одмора на једној продајној тачци, а те су услуге одабране пре него што их путник пристане платити, тј. у оквиру истог поступка резервисања, или у случају када се такве услуге нуде, продају или наплаћују по паушалној или укупној цијени, као и у случају када се такве услуге оглашавају или продају под називом „пакет аранжман” или под сличним називом који указује на блиску повезаност између дотичних услуга путовања. Такви слични називи могли би бити, нпр. „комбинирана понуда”, „све укључено у цену” или „аранжман у који је све укључено”.

Уводна изјава 11 - "Требало би прецизирати да би услуге путовања које се комбинују након закључења уговора којим трговац путнику даје право да бира између различитих врста услуга путовања, као у случају поклон-пакета у оквиру

3. Повезани путни аранжман

"Повезани путни аранжмани" (чл. 3. тач. 5) представљају комбинацију најмање двеју различитих врсте услуга путовања купљених за потребе истог путовања или одмора које не представљају пакет аранжман а које за последицу имају закључивање посебних уговора с појединачним даваоцима услуга путовања, ако трговац: (1) приликом једне посете својој продајној тачци или једног контакта с њиме путницима омогућава засебан одабир и засебно плаћање сваке услуге путовања (тзв. "одвојени поступци резервације", значи да путник најпре резервише једну услугу путовања и пристаје за њу платити накнаду, а затим резервише другу услугу путовања и пристаје за њу платити накнаду, при чему му у комбиновању услуга путовања помаже радник у пословници агенције или су путнику одвојени поступци резервације доступни на истој мрежној станици), или (2) омогућује циљану куповину најмање једне додатне услуге путовања од другог трговца ако је уговор с тим другим трговцем закључен најкасније 24 часа након потврде резервације прве услуге путовања (примера ради када уз потврду резервације прве услуге путовања, попут лета или путовања возом, путник добије и позив да резервише додатну услугу путовања доступну на одабраном одредишту, нпр. смештај у хотелу, с линком на интернетске странице за резервисање услуге другог даваоца услуга или посредника).¹⁵

4. Разлике и сличности између пакет аранжмана и повезаног путног аранжмана

Пакет аранжмани се разликују од повезаних путних аранжмана, код којих туристичке агенције путем интернета (*online* трговци) или у пословницама путницима омогућавају куповину услуга путовања, што доводи до тога да путник закључује уговоре с различитим даваоцима услуга путовања, између осталог путем повезаних поступака резервисања.¹⁶ С друге стране, повезане путне аранжмане треба разликовати од услуга путовања које путници резервишу појединачно, често у различито време, за потребе истог путовања или одмора. Повезане путне аранжмане на интернету (*online* повезане путне аранжмане) треба, такође, разликовати од повезаних интернетских страница чији циљ није закључивање уговора с путником као и од линкова преко којих се путници само уопштено обавештавају о даљим услугама путовања, на

пакет аранжмана, представљају пакет аранжман. Штавише, комбинацију услуга путовања требало би сматрати пакет аранжманом кад су име путника, подаци о плаћању и адреса е-поште достављени међу трговцима те кад је други уговор закључен најкасније 24 сата након потврде резервације прве услуге путовања".

¹⁵ Види, Уводна изјава 13.

¹⁶ Види, Уводна изјава 9.

пример када хотел или организатор догађаја на својој интернетској страници наведе попис свих оператора који нуде услуге превоза до хотела или места догађаја независно од резервисања или ако се за оглашавање на интернетским страницама употребљавају "колачићи" и "метаподаци".¹⁷

У сврху идентификовања пакет аранжмана и повезаног путног аранжмана узима се у обзир комбинација најмање две врсте различитих услуга путовања, и то превоз путника; смештај, који није неодвојиви део превоза путника и није за потребе становања; изнајмљивање аутомобила, других моторних возила или мотоцикала за које се захтева возачка дозвола категорије А (небитна је запремина или снага мотора)¹⁸; или било која друга туристичка услуга која није неодвојиви део услуга везана за превоз путника, смештај или изнајмљивање аутомобила, других моторних возила или мотоцикала за које се захтева возачка дозвола категорије А.¹⁹ Ако се пружају (само) две истоврсне услуге (нпр. превоз аутобусом и железницом) не ради се о пакет аранжману или повезаном путном аранжману. С друге стране, одговор на питање да ли комбинација нпр. авионског превоза и изнајмљивања аутомобила на крајњој дестинацији представља пакет аранжман, сада је потврдан (тзв. *fly drive* путовања).²⁰ Комбинација само двеју "других туристичких услуга", без комбинације с превозом, смештајем или изнајмљивањем аутомобила других моторних возила или мотоцикала за које се захтева возачка дозвола категорије А не представља пакет аранжман.

Смештај за потребе становања, између осталог за дуготрајне језичке курсеве, не сматра се смештајем у смислу Директиве ЕУ 2015/2302. Финансијске услуге попут путних осигурања, такође се не сматрају услугама путовања. Осим тога, услуге које су неодвојиви део друге услуге путовања не би саме по себи требало сматрати услугама путовања. То укључује, нпр. превоз пртљага у оквиру превоза путника, мање услуге превоза, као што су превоз путника као део разгледања с водичем или трансфери између хотела и аеродрома, оброке, пића и чишћење у оквиру смештаја, или приступ објектима на истој локацији попут базена, сауне, простора за *welnes* или теретане за госте хотела. Такође смештај, сам по себи, не би се сматрао услугом путовања у случајевима у којима се, за разлику од случаја кружног путовања, ноћење

¹⁷ Види, Уводна изјава 12.

¹⁸ Пракса показује да је (у неким земљама нарочито) чест случај да се при организовању путовања које укључује и спортско-рекреативне активности попут брдског бициклизма у комбинацији пружених услуга укључује и најам брдског бицикла путнику (Више, Радовић, В., *Ширење појма уговора о организовању путовања*, Право и привреда, бр. 9/2014, стр. 304). Међутим, оваква путовања нису обухваћен Директивом ЕУ 2015/2302,

¹⁹ Директива ЕУ 2015/2302, чл. 3. ст. 1..

²⁰ Mason, S., Gatenby, M., *Proposals for a new Package Travel Directive: the definition of "package" and "assisted travel arrangement"*, *TLQ*, 2013, стр. 197.

пружа као део друмског, железничког, бродског или ваздушног превоза путника ако је јасно да је превоз главна компонента.²¹

"Друге туристичке услуге" које нису неодвојиви део превоза путника, смештаја или изнајмљивања моторних возила или одређених мотоцикала могу нпр. бити улазнице за концерте, спортске догађаје, излете или забавне паркове, разгледања с водичем, пропуснице за скијалишта и изнајмљивање спортске опреме као што је опрема за скијање или *welnes* третмани. Међутим, ако се такве услуге комбинирају само с једном услугом путовања друге врсте, на пример са смештајем, то би требало довести до састављања пакет аранжмана или повезаног путног аранжмана само ако оне чине знатан део вредности пакет аранжмана или повезаног путног аранжмана или ако су оглашаване као битно обележје путовања или одмора или на неки други начин представљају њихово битно обележје. Ако удео других туристичких услуга у вредности комбинације износи 25 % или више, требало би сматрати да те услуге представљају знатан део вредности пакет аранжмана или повезаног путног аранжмана. Требало би прецизирати да, када се након доласка путника у хотел друге туристичке услуге додају, нпр. смештају у хотелу резервисаном као појединачној услузи, то не би требало представљати пакет аранжман. Ово из разлога да не дође до заобилажења Директиве ЕУ 2015/2302 на начин да организатори или продавци путнику унапред понуде избор додатних туристичких услуга, а потом му закључење уговора за те услуге понуде тек након што је почело извршење прве услуге путовања.²²

Подручје примене Директиве ЕУ 2015/2302 (чл. 2. и 3) не обухвата: (а) пакет аранжмане и повезане путне аранжмане који обухватају раздобље краће од 24 сата осим ако је укључено ноћење²³; (б) пакет аранжмане и повезане путне аранжмане који се омогућују повремено и на непрофитној основи и то само ограниченој групи путника (нпр. путовања која хуманитарне организације, спортски клубови или школе организују за своје чланове не више од неколико пута годишње и то ако их не нуде јавно; одговарајуће информације о том искључењу требало би ставити на располагање јавности како би се осигурало да трговци и путници буду примерено информисани о томе да наведени

²¹ Уводна изјава 17.

²² Уводна изјава 18.

²³ Изузимање тзв. "кратких путовања" из подручја примене Директиве правда се избегавањем непотребног оптерећење за трговце, јер постоји мања потреба за заштитом путника у случају кратких путовања (рецитал 19). Међутим, ово изузимање, у теорији, изазива озбиљне критике, јер, нпр. једнодневни излети, када испуњавају услове за третман као пакет аранжмани, често су скупљи од других пакет аранжмана, па је имовина путника угроженија у односу на многе друге пакет аранжмане и/или је код неких (нпр. планинарење, параглајдинг, и сл.) сигурност живота и здравља путника угроженија од класичних пакет аранжмана, тако да је потреба за њиховом заштитом, често, израженија, Више, Горенц, В., Пешутић, А., *нав. дело*, стр. 31-33.

аранжмани нису обухваћени Директивом ЕУ 2015/2302²⁴); (ц) пакет аранжмане и повезане путне аранжмане купљене на основу општег споразума за организовање пословних путовања између трговца и другог физичког или правног лица које делује у сврхе повезане са својом трговачком, пословном, занатском или професионалном делатношћу (већина путника који купују пакет аранжмане или повезане путне аранжмане јесу потрошачи у смислу права ЕУ у подручју потрошача; истовремено није увек једноставно разликовати потрошаче од представника малих предузећа или лица која путовања повезана са својом пословном или професионалном делатношћу резервишу истим каналима за резервације као и потрошачи; таквим је путницима често потребан сличан ниво заштите; за разлику од тога, постоје предузећа или организације које организују путне аранжмане на основу општег споразума, који је често склопљен за бројне путне аранжмане или за одређено време, нпр. с путничком агенцијом; за другу наведену врсту путних аранжмана није потребан ниво заштите који је намењен потрошачима; стога се ова Директива примењује и на лица на пословним путовањима, укључујући лица која се баве слободним занимањима или samozапослена лица или друга физичка лица, кад они не организују такве путне аранжмане на основу општег споразума²⁵); (д) комбинација услуга путовања када се највише једна врста услуга путовања (превоз, смештај, изнајмљивање аутомобила, других моторних возила или мотоцикала) комбинује с једном или више "других" туристичких услуга није пакет аранжман ако те "друге" услуге не чине знатан део вредности комбинације, нису оглашаване као битно обележје комбинације нити на неки други начин представљају битно обележје комбинације; или су одабране и купљене тек након што је почело извршење услуге путовања; (е) ако је купљена највише једна врста услуге путовања (превоз, смештај, изнајмљивање аутомобила, других моторних возила или мотоцикала) и једна или више "других" туристичких услуга, не представља повезани путни аранжман ако "друге" услуге не чине знатан део комбиноване вредности услуга и нису оглашаване као битно обележје комбинације нити на неки други начин представљају битно обележје путовања или одмора; такође, ни самостални уговори о појединачним услугама путовања²⁶; (ф) из подручја примене искључен је пакет аранжмани који се састоје у превозу путника у који је укључен смештај, ако је јасно да је главни елемент путовања превоз и да се такав превоз комбинује с другом услугом путовања односно смештајем (железнички превоз у спаваћим колима не може се квалификовати као пакет аранжман, за разлику од нпр. крстарења које обухвата бродски превоз и смештај у одговарајућу кабину²⁷), (г) такође, ни пратећи уговори којима се

²⁴ Уводна изјава 19.

²⁵ Уводна изјава 7.

²⁶ Уводна изјава 15.

²⁷ Више, Радовић, В., *Ширење појма ...*, стр. 304-306.

обухватају финансијске услуге (нпр. уговори о осигурању), као и пропратни уговори који се односе на услуге путовања које се пружају додатно, а у чијем резервисању није учествовао организатор путовања.²⁸ Из уводне изјаве 21, међутим произилази (и) да државе чланице (ЕУ) требале би и даље бити надлежне, у складу с правом Уније, за примену одредаба Директиве ЕУ 2015/2302 у подручјима која не улазе у њено подручје примене. Државе чланице стога могу, у односу на уговоре који не улазе у подручје примене Директиве ЕУ 2015/2302, одржати или увести национално законодавство које одговара одредбама Директиве ЕУ 2015/2302 или појединим њеним одредбама. На пример, државе чланице могу одржати или увести одговарајуће одредбе за одређене самосталне уговоре о појединачним услугама путовања (попут изнајмљивања кућа за одмор) или за пакет аранжмане и повезане путне аранжмане које се на непрофитној основи нуде или омогућавају ограниченој групи путника и то само повремено или за пакет аранжмане и повезане путне аранжмане који обухватају периоде краће од 24 часа и не укључују смештај.

5. Персонално подручје примене Директиве ЕУ 2015/2302

У члану 3. Директиве ЕУ 2015/2302, уз пакет аранжмане и повезане путне аранжмане, дефинишу се и други кључни изрази, као што су "организатор", "трговац", "продавац", "путник".

"Организатор" се дефинише као трговац²⁹ који директно или путем другог трговца односно заједно са другим трговцем, комбинује и продаје или нуди на продају пакет аранжмане или трговац који доставља податке о путнику другом трговцу (чл. 3 тач. 8). Тзв. динамични пакет аранжмани, код којих путници одлучују које ће услуге бити укључене у пакет аранжман, према броју трговаца који учествују у њиховом организовању, деле се на one-trader и multi-trader пакет аранжмане. У овом другом случају у организовању пакет аранжмана учествује више од једног трговца. Тада, сви трговци који учествују у састављању пакет аранжмана сматрају се организаторима, осим ако је само један од њих одређен као организатор и путник је о томе обавештен. Директивом ЕУ 2015/2302 сужава се персонални домен њене примене у односу на Директиву 90/314 ЕЕЗ, јер су путници заштићени само ако уговор о

²⁸ Уводна изјава 17.

²⁹ „Трговац” је свако физичко или свако правно лице, независно од тога да ли је у приватном или јавном власништву, које у вези с уговорима обухваћеним овом Директивом делује, између осталог и путем других лица која делују у њихово име или за њихов рачун, у сврхе повезане са својом трговачком, пословном, занатском или професионалном делатношћу, било да делује у својству организатора, продавца, трговца који омогућује повезани путни аранжман или као давалац услуге путовања" (чл. 3. тач. 7. Директиве ЕУ 2015/2302).

организовању путовања (уговор о путовању у пакет аранжману³⁰) закључују са трговцима, који ту делатност обављају на професионалној основи. Нетрговци (студентске организације, школе, разна удружења и сл.) нису обухваћени одредбама Директиве ЕУ 2015/2302. Такође, Директива ЕУ 2015/2302 не обухвата ни трговце које делатност организовања путовања врше повремено, спорадично, а не у оквиру своје професионалне активности.³¹

"Продавац" (чл. 3. тач. 9) се дефинише као трговац који није организатор, а који продаје или нуди на продају пакет аранжмане које комбинује организатор. Према томе, туристичка агенција може се сматрати продавцем, у смислу Директиве ЕУ 2015/2302, само ако ни на који начин није учествовала у састављању пакет аранжмана односно ако она само продаје пакет-аранжмане које је саставио неко други.

"Путник" (чл. 3. ст. 6) је свако лице које жели да закључи уговор или које има право путовања на основу уговора о путовању у пакет аранжману или повезаном путном аранжману. Појам "путник", обухвата и лица на пословним путовањима, укључујући лица која се баве слободним занимањима или самозапослена лица или друга физичка лица, кад они не организују такве путне аранжмане на основу општег споразума за организовање пословних путовања између трговца и другог физичког или правног лица које делује у сврхе повезане са својом трговачком, пословном, занатском или професионалном делатношћу, односно појам "путник", обухвата и лица која одлазе на путовање у сврху која је повезана са њиховом пословном или професионалном делатношћу, ако на такво путовање одлазе на основу уговора који је закључен на исти начин на који би такав уговор закључили када на путовање одлазе у сврху која није у оквиру њихове пословне или професионалне делатности. Директива ЕУ 2015/2302 сужава појам "путник" у односу на појам "потрошач" из Директиве 90/314/ЕЕЗ којом су обухваћени и путници који путују и на основу "општег споразума за организовање пословних путовања". Даље, поједностављује се појам путника, јер се не прави разлика између главног уговарача, других корисника и пријемника³² (појмом "путник" према Директиви ЕУ 2015/2302 обухваћена су иста лица која су изреком наведена у дефиницији појма "потрошач" према Директиви 90/314 ЕЕЗ а то су главни уговарач,³³ остали корисници у чију је корист главни уговарач закључио

³⁰ „Уговор о путовању у пакет аранжману” значи уговор о пакет аранжману као целини или, ако се пакет аранжман пружа у оквиру посебних уговора, сви уговори који обухватају услуге путовања укључене у пакет аранжман” (чл. 3. тач. 3 Директиве ЕУ 2015/2302).

³¹ Радовић, В., *Предлог нове Директиве о ...*, стр. 459.

³² Радовић, В., *Појам потрошача ...*, стр. 134.

³³ "Главни уговарач" је лице које је купило или је сагласно да купи пакет аранжман, независно од тога да ли је оно истовремено и корисник путовања; "Главни уговарач" закључује уговор о путовању и плаћа цену.

уговор,³⁴ као и лица на које је главни уговарач или остали корисници пренели уговор,³⁵ то произилази из дела дефиниције појма путник који под тај појам подводи свако лице које има право путовања на основу закљученог уговора). Новина коју доноси Директива ЕУ 2015/2302 у односу на Директиву 90/314/ЕЕЗ је и замена израза "потрошач" изразом "путник", чиме се избегава могућа забуна до које може доћи с обзиром на садржај појма "потрошач" из других директива које се односе на заштиту потрошача.

*Dragan Vujisić, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

SCOPE OF APPLICATION OF DIRECTIVE ON PACKAGE TRAVEL AND LINKED TRAVEL ARRANGEMENTS

Summary

In November 2015 (new) Directive on package travel and linked travel arrangements was adopted. This Directive repeals the Directive on package travel, package holidays and package tours from 1990. The purpose of new Directive is to contribute to the proper functioning of the internal market and to the achievement of a high and as uniform as possible level of consumer protection by approximating certain aspects of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States in respect of contracts between travelers and traders (tourist agencies, travel organizers, and retailers) relating to package travel and linked travel arrangements. The subject of this paper is analysis of the provisions of the Directive, which are related to the scope of its application (package travel, related travel arrangements, similarities and differences between those two, as well as subjects of agreements on package travel and linked travel arrangements).

³⁴ "Други корисник" је лице у чију корист "главни уговарач" купује пакет аранжман; "други корисник" је лице у чију корист је закључен уговор о организовању путовања односно лице које фактички користи услуге организованог путовања; "други корисник" не обухвата "главног уговарача" односно да би постојао "други корисник" неопходно је да неко лице закључи уговор о организовању путовања са организатором путовања ("главни уговора") које није истовремено и корисник путовања.

³⁵ "Прималац" је лице које је пакет аранжман стекло индиректно од "главног уговарача" односно "другог корисника" а не директно од организатора путовања.

Key words:: package travel, assisted travel arrangement, traveler, organizer, retailer.

Литература

- Вујисић, Д., У сусрет новој Директиви о "путним" аранжманима, Право и привреда, бр. 4-6/2015.
- Горенц, В., Пешутић, А., Разграничење организатора и посредника путовања, Зборник радова Правног факултета у Загребу, посебан број, 2006
- Mason, S., Gatensby, M., Proposals for a new Package Travel Directive: the definition of "package" and "assisted travel arrangement", TLQ, 2013
- Радовић, В., Предлог нове Директиве о пакет аранжманима и повезаним путничким аранжманима, у Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ, Београд, 2014.
- Радовић, В., Ширење појма уговора о организовању путовања, Право и привреда, бр. 9/2014.

*Др Андреј Мићовић, доцент
Факултета за хотелијерство и туризам
у Врњачкој Бањи, Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 338.48:347.45

347.45:338.48

УПРАВНОПРАВНА ЗАШТИТА СТИЦАЛАЦА ТАЈМ-ШЕРИНГА*

Резиме

Управноправна заштита потрошача (стицалаца ТШ) је комплементарна са судском, а њена ефикасност зависи од простора и улоге која се даје управи да делује у том циљу. Правни оквир за остварење те заштите одређен је правилима која су садржана у ЗЗП и регулативи ЕУ, са којом наши прописи морају да буду усклађени, али и онима која су настала као резултат деловања струковних организација, а битно утичу на постизање ефикасне заштите стицалаца ТШ.

***Кључне речи:** тајм-шеринг, управноправа заштита, инспекцијски надзор, омбудсман.*

1. Увод

Укупност правних правила којима се уређује материја заштите потрошача, а то значи и стицалаца тајм-шеринга,¹ чини посебан режим у складу са којим се регулишу односи успостављени између потрошача и трговца.² Тим правилима нормира се читав низ материјалноправних питања ове специфичне области правних односа. Међутим, временом је уочено да интервенција државе у тржишне односе искључиво наметањем материјалноправних правила није довољна и да ефикасна заштита потрошача претпоставља и свеобухватно уређење специфичних процесноправних проблема у овој материји.

* Овај рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ У даљем тексту: ТШ

² Мићовић, М., *Заштита права потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 9.

Систем процесоправне³ заштите потрошача чине инструменти и поступци који се најшире могу поделити у две групе: јавноправне и приватноправне.⁴ У групу јавноправних убрајају се заштита потрошача у управном поступку, као и судска заштита пред прекршајним, кривичним као и управним судовима. У приватноправне се убрајају судска заштита у парничном поступку, укључујући ту и парнични поступак за заштиту колективних потрошачких права, као и различити облици вансудског решавања потрошачких спорова.

Предмет овог рада је управноправна заштита потрошача (стицалаца ТШ). Она је комплементарна са судском,⁵ а њена ефикасност зависи од простора и улоге која се даје управи да делује у том циљу.⁶ Правни оквир за остварење те заштите одређен је правилима која су садржана у Закону о заштити потрошача (ЗЗП)⁷ и регулативи ЕУ, са којом наши прописи морају да буду усклађени, али и онима која су настала као резултат деловања струковних организација, а битно утичу на постизање ефикасне заштите стицалаца ТШ.

2. Комунитарна и струковна управноправна заштита

Поред судске и вансудске заштите, у оквиру држава чланица ЕУ развијени су и различити модели управноправне заштите потрошача, која све више добија

³ Процесноправна заштита потрошача је у функцији обезбеђења материјалноправне заштите. То је потврђено и одредбама 13. и 14. Директиве ЕУ 2008/122, којима је прописана обавеза државама чланицама да обезбеде ефикасан систем судске, вансудске и управне заштите потрошача, како би се обезбедила заштита потрошача у остваривању права загарантованих овим упутством (предуговорно информисање, забрана аванских плаћања, одустанак од уговора, право на препродају, право на размену).

⁴ С тим у вези требало би истаћи да данас више не можемо говорити о чистоти поделе на јавноправни и приватноправни модел заштите потрошача. Сложеност питања улоге државе у исправљању недостатака тржишта условила је и двојну природу права заштите потрошача, као хоризонталног правног оквира који брише традиционалне границе између јавног и приватног права. О томе: Јованић, Т., *Улога управе у заштити колективних интереса потрошача*, Зборник: *Strengthening Consumer Protection in Serbia/Јачање заштите потрошача у Србији*, Београд, 2013, стр. 312; Caffagi, F., *The Great Transformation; Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: A Remedial Perspective*, *Loyola Consumer Laew Review*, Vol, 21, Nr. 4/2009, p. 497.

⁵ Видети: Cafaggi, F., Micklitz, H.W., *Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward*, *EUI Working Papers, Law 2008/29*, стр. 24-25.

⁶ У теорији наилазимо на ставове аутора о ефикасности управноправне заштите потрошача и потреби јачања улоге управе у заштити потрошача. Тако се истиче чињеница да је орган управе који је овлашћен да врши надзор на одређеном тржишту, због познавања тржишта и пословне праксе, у предности у поређењу са судовима. Даље, да је управноправна заштита потрошача, барем када се ради о превентиви, јефтинији и ефикаснији модел у поређењу са судском заштитом. О томе: Јованић, Т., *нав. чланак*, стр. 313.

⁷ Сл. гласник РС, бр. 62/2014 и 6/2016 – други закон.

на значају и донекле постаје супститут улоге суда.⁸ Слобода уређења овог облика заштите проистиче и из одредаба Директиве ЕУ 2008/122 којима се препушта државама чланицама да на одговарајући начин уреде поступак (судске и) управне заштите права потрошача, са циљем да се обезбеди поступање трговаца у складу са њеним одредбама. У том циљу државе треба да донесу потребне прописе на основу којих би надлежна тела била овлашћена да поступају пред судовима или органима управе како би обезбедили примену националних прописа за спровођење овог упутства. То могу бити јавна тела и органи или њихови представници, организације потрошача, као и стручне организације које имају легитимни интерес за поступање.

Имајући у виду да је ТШ прекогранични уговор, од посебног значаја за заштиту стицалаца ТШ је Уредба ЕУ 2006/2004 о сарадњи националних органа у спровођењу политике заштите потрошача.⁹ Овакав вид сарадње је неопходан у циљу санкционисања несавесних трговаца и обезбеђења заштите права потрошача.¹⁰ Пракса је показала да су несавесни трговци за своје седиште бирали земље у којима не постоје прописи у одређеној области, како би избегли њихову примену, а тиме и одговорност за злоупотребе. Одговорност су успевали да избегну и честим премештањем седишта и оснивањем фирми под различитим пословним именом.

Упоредо са донетим прописима на нивоу ЕУ, покренуте су и бројне струковне иницијативе да се, у сарадњи са надлежним органима управе, али и путем парауправне заштите (надзора који на аутономној основи спроводе саме струковне организације), спречи преварна пракса која наноси велику штету не

⁸ Међу државама чланицама постоје разлике у погледу организационе структуре, овлашћења и надлежности органа управе. У погледу надлежности за надзор, упоредноправно се могу разликовати три организациона модела: независне регулаторне агенције, организационе јединице при неком министарству и специјализоване владине организације. Кад су у питању овлашћења органа управе, могу се разликовати они који имају, пре свега, надзорну улогу од оних који поред надзорне имају и могућност непосредног санкционисања трговаца. Поред тога, управни органи се могу разликовати и у зависности од чињенице да ли могу да покрећу поступке за заштиту потрошача. О томе: Јованић, Т., *нав. чланак*, стр. 313, 318, 321.

⁹ Уредбом се утврђују права и обавезе националних органа, прописује обавеза узајамне помоћи (која се остварује разменом информација са и без претходног захтева, обавезом поступања по међусобним захтевима за обезбеђење примене одговарајућих прописа, сарадњом између надзорних органа, успостављањем електронске базе података), услови за остварење узајамне помоћи (који се тичу општих и формалних услова за подношење захтева и процедуре за размену информација, коришћења и чувања персоналних података), као и активности заједнице у функцији испуњења прописаних циљева. Поменута Уредба је праћена Одлуком ЕУ 2007/76 у чијем Анексу су садржана детаљна правила о узајамној сарадњи националних органа, да би потом била усвојена и Одлука ЕУ 2011/141 о изменама и допунама првобитне одлуке.

¹⁰ Downes, N., *More about Timeshare: A revised Directive or a Regulation? Incidence of Other Instruments of Consumer Protection*, *European Review of Private Law*, 4/2008, стр. 623-624.

само стицаоцима ТШ, већ и ТШ индустрији у целости.¹¹ Како би се обезбедила примена правних прописа којима се штите потрошачи, Организација за развој одмаралишта (ОРО) је 2007. године израдила специјални програм надзора. Циљ таквог програма је да се кроз активну сарадњу са владама и потрошачким асоцијацијама широм Европе обезбеди заштита потрошача од несавесних трговаца, а пре свега од оних који се баве криминалним активностима. Улога ОРО се огледа у: анализирању и обради добијених података у вези са злоупотребима; старању да се свака информација која указује на незакониту праксу проследи одговарајућим телима (агенцијама) надлежним за надзор и спровођење правних прописа; идентификовању и одржавању мреже контаката међу телима и националним органима како би се обезбедила ефикасна сарадња; едукацији трећих страна о активностима које предузима, као и едукацији потрошача како да избегну преварну праксу трговаца. Овај програм се показао успешним, јер је допринео да се идентификује и затвори преко 100 компанија које су се бавиле противправним активностима.

У циљу даљег јачања управноправних механизма заштите потрошача и поверења у ТШ индустрију, водеће компаније и тела у европском ТШ сектору су током 2013. године покренуле нову иницијативу како би елиминисале несавесне трговце из тржишне утакмице. То је резултирало оснивањем Радне групе (*Timeshare Task Force*), која окупља чланове ОРО, али и друга одмаралишта, стицаоце ТШ-а, мрежу ЕПЦ, потрошачке организације (*TATOC*) и тела за надзор и спровођење правних прописа, укључујући и обавештајне агенције.¹² Овим је значајно проширен круг лица задужених за надзор и успостављена је блиска узајамна сарадња, што треба да резултира у идентификовању несавесних трговаца (међу којима су многи починиоци тешких кривичних дела) и њиховом процесуирању и санкционисању.

¹¹ С обзиром да су стицаоци ТШ-а честе мете несавесних трговаца, све је чешћа појава трговаца који на својим сајтовима нуде разне облике правне помоћи и заштите повређених права потрошача кроз подношење групне тужбе. Иза тога се најчешће крије још један вид злоупотребе. Видети: <http://www.rdo.org/industry-updates/rdos-enforcement-programme/>. Недавно су у Шпанији ухапшена три лица која су стајала иза девет компанија, а која су преварила стицаоце ТШ-а за више од €600,000. Ова лица су се бавила контактирањем потрошача телефонским путем и информисањем да је трговац са којим потрошачи имају закључен уговор осуђен због преварног пословања и да су средства опредељена за све оне који су претрпели штету. Потом би потрошачима, које су контактирали, понудили своје услуге заступања, за шта су тражили између €1,500 до €4,000. Видети: <http://www.timesharetaskforce.org/three-arrested-in-alleged-e600000-fuengirola-fraud/>

¹² У Великој Британији је за преварну трговачку праксу специјализован Национални обавештајни биро, који својом стручношћу и искуством у погледу прекограничних истрага значајно доприноси борби против несавесних трговаца који послују у неколико земаља. Видети: <http://www.prweb.com/releases/2013/12/prweb11423935.htm>

Надзор се, између осталог, односи и на праћење интернет страница, постављених реклама, али и несавесних трговаца који ступају у контакт са потрошачима путем телефона (*cold callers*). С обзиром да до великог броја превара долази употребом средстава комуникације на даљину, укључујући интернет, Радна група је израдила интернет платформу *Timeshare Bussiness Check*, која представља *online* механизам провере ТШ пословања.¹³ На поменутој страници се може проверити пословање трговаца који се баве различитим пословним активностима везаним за ТШ и уговоре сличне ТШ-у. Процес верификације пословања трговаца подлеже вишеструкој контроли.¹⁴ Најпре се проверава да ли су трговци на транспарентан начин истакли све информације од значаја за њихово пословање, укључујући информације о власништву и седишту фирме, као и контакт податке. Затим се проверава да ли се против трговаца воде било какви поступци, или су они оптужени или осуђени у вези са њиховом делатношћу, или су према њима изречене било какве мере забране пословања, санкције и казне. Ова контрола је ограничена на кривичноправне поступке који су покренути или се воде против трговаца (њоме нису обухваћени грађанскоправни поступци због повреда које проистекну уз уговорног односа). Напоследку се у директном контакту са трговцима проверава начин њиховог пословања, а с тим у вези се од њих захтевају одређене информације. Резултат процеса верификације се истиче на интернет страници, што омогућава да потрошач у сваком тренутку има податке о трговцима који се баве ТШ пословањем, како оних који су чланови ОРО, тако и других трговаца.¹⁵

Улога надзорних органа у обезбеђењу заштите стицалаца ТШ-а, најбоље се може видети на примеру Велике Британије, где надзор над применом прописа који се односе на ТШ спроводу Канцеларија за фер пословање (*Office of Fair Trading*) и Канцеларија за трговачке стандарде (*Trading Standards Office*). До сада је забележено свега неколико случајева кршења британских ТШ прописа, али је доста таквих случајева евидентирано ван Велике Британије, што у највећој мери погађа британске грађане, као најмасовније кориснике ТШ-а. Због тога је британска ТШ асоцијација (*Timeshare Consumers Association*) предложила увођење специјализованог омбудсмана за ТШ индустрију на нивоу ЕУ. То би подразумевало и прописивање обавезе лиценцирања трговаца који се баве пословањем у вези са ТШ-ом. Омбудсман би имао надлежност у издавању лиценце уколико су испуњени сви претходни услови за обављање пословања, а уколико трговац не поступа у складу са правним прописима, омбудсман би имао

¹³ <http://timesharebusinesscheck.org/>

¹⁴ Радна група координира рад са фирмом која се бави пружањем услуга у домену *online* истрага и контроле пословања трговаца – „*KwickChex*“. Ова фирма је основана 2010. године у Великој Британији и за кратко време је израсла у светски признату и познату фирму. Делатност коју она обавља је од користи не само за потрошаче, већ и за савесне трговце који желе да заштите своју репутацију. Видети: <http://www.kwickchex.com/>

¹⁵ <http://timesharebusinesscheck.org/check-a-business/>

могућност изрицања упозорења или казне, а као крајњу меру и одузимање лиценце.¹⁶ Тако би се на најбољи начин обезбедила заштита стицалаца ТШ-а и примена одговарајућих прописа, док би управноправна заштита постала адекватан супститут скупој, а често и неефикасној судској заштити.¹⁷

3. Управноправна заштита стицалаца тајм-шеринга у домаћем праву

Имајући у виду чл. 13. Директиве ЕУ 2008/122, наш законодавац се определио да управноправну заштиту потрошача обезбеди кроз инспекцијски надзор.¹⁸ С тим у вези, важећим ЗЗП-ом су регулисане надлежности и овлашћења надлежних инспекцијских органа, као и аката које доносе инспекцијски органи. Наиме, у чл. 154. ЗЗП је предвиђено да надзор над применом одредаба ЗЗП, које се односе на ТШ, врши ресорно министарство, као и органи државне управе, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе у делокругу обављања својих послова врше надзор над спровођењем прописа у области заштите потрошача и предузимају радње прописане овим законом и другим прописима. Инспекцијски надзор над спровођењем законских одредби и прописа донетих на основу ЗЗП врши министарство надлежно за послове трговине, преко тржишних инспектора, као и министарство надлежно за послове туризма, преко туристичких инспектора, у складу са овлашћењима прописаним овим законом и прописима којима се уређује инспекцијски надзор у овим областима.¹⁹

Приликом вршења инспекцијског надзора туристички инспектор је дужан да проверава да ли трговац поступа у складу са одредбама овог закона које се

¹⁶ Видети: <http://www.timeshare.org.uk/eug120707-1.pdf>, стр. 21.

¹⁷ Међутим, и поред свих позитивних страна оваквог предлога, Европска комисија је сматрала да је реализација идеје о лиценцирању комплекса и скупа. Због тога се на крају ипак одустало од предвиђања овакве могућности у важећој Директиви, али злоупотребе које се дешавају у вези са ТШ-ом намећу потребу за увођењем једног оваквог механизма заштите стицалаца ТШ-а. Видети: Исто; http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/speech_sgrey_en.pdf, стр. 5; Downes, N., *нав. чланак*, стр. 624.

¹⁸ Инспекцијски надзор је особена врста управног поступка. Он је специфичан управни поступак – управни поступак који се од општег управног поступка разликује својом природом и низом обележја, пре свега методама извршења, контролним овлашћењима, специјализованим вршиоцима надзора и строгим поштовањем начела официјелности. Управо због ових и других особености, инспекцијски надзор представља у пракси значајан и чест облик вршења управе у тзв. посебним ситуацијама. О томе: Бачанин, Н., *Инспекцијски надзор као посебан облик институционалне заштите потрошача*, Зборник: Од *caveat emptor* до *caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 452.

¹⁹ Ови органи су дужни да међусобно сарађују и достављају једни другима податке и обавештења потребна за рад по питањима заштите потрошача. У циљу унапређења сарадње и решавања питања надлежности, Влада на предлог министра надлежног за заштиту потрошача може да оснује координациона тела (чл. 155. ЗЗП).

директно или индиректно односе на ТШ. У прву групу спадају одредбе којима се прописује дужност трговца да: оглашава и нуди ТШ и са њим сличне и повезане уговоре, у складу са чланом 111. ЗЗП; омогућава посебно потписивање уговорних одредаба о праву потрошача на одустанак од уговора, о трајању тог права и о забрани плаћања унапред за време трајања права на одустанак, у складу са чланом 112. ст. 7. и 8. ЗЗП; доставља гаранцију за случај неспособности плаћања, у складу са чл. 108. и 121. ЗЗП. У другу групу одредаба које је инспектор дужан да проверава спадају оне које се тичу обавештавања потрошача, уздржавања од непоштеног пословања, непосредног оглашавања, као и оглашавања путем средстава комуникације на даљину.

У циљу постизања већег степена управноправне заштите стичалаца ТШ-а, важећим ЗЗП-ом су у односу на претходни, проширена овлашћења инспектора тако што су поједине одредбе, на чију испуњеност инспектор треба да пази, претрпеле измене, а додате су и неке нове. Наиме, важећим ЗЗП-ом је експлицитно прописана дужност инспектора да, упоредо са проверавањем испуњености одредби које се тичу опште обавезе предуговорног информисања, проверава одредбе које се тичу дужности предуговорног информисања за уговоре о ТШ (чл. 156. ст. 2. тач. 4). Затим, исправљен је недостатак који се тиче обима контроле непоштеног пословања, јер је инспектор дужан не само да проверава да ли се одређено пословање може подвести под неки од 31 облика пословања, који се увек имају сматрати непоштеним, већ и да испита поштеност пословања на основу три опште одредбе које се тичу обмањујућег пословања, пропуштања којим се обмањују потрошачи и насртљивог пословања (чл. 19 – 23. ЗЗП).²⁰

Кад је реч о управним актима које инспектор доноси при вршењу надзора, у ЗЗП је садржано идентично решење као и у важећем закону. Наиме, уколико надлежни инспектор утврди да се трговац не придржава законом прописаних дужности, донеће решење којим ће одредити рок у коме је трговац дужан да отклони утврђени недостатак.²¹ Ако трговац не поступи по налогу инспектора, инспектор ће решењем изрећи меру привремене забране продаје робе, односно вршења услуге на коју се мера односи.²² Против овог решења се може изјавити жалба у року од осам дана надлежном министру, при чему жалба нема суспензивно дејство.²³ Важећим Законом је, за разлику од претходних решења, уведена могућност да странка којој је изречена управна мера у другостепеном поступку, може да покрене поступак пред Управним судом у року од 14 дана, али жалба не одлаже извршење решења (чл. 159. ст. 3. ЗЗП).

²⁰ Чл. 156. ст. 2. тач. 6. ЗЗП.

²¹ Важећим Законом је прецизирано да тај рок не може бити краћи од 24 сата нити дужи од два месеца, ако другачије није прописано (чл. 157. ст. 2. ЗЗП).

²² Видети: чл. 157. ст. 3. ЗЗП.

²³ Видети: чл. 159. ст. 1-2. ЗЗП.

Битну новину важећег Закона представљају одредбе о поступку инспекцијског надзора. Одредбом чл. 158. ЗЗП, предвиђено је да се инспекцијски надзор врши по службеној дужности и започиње предузимањем прве радње инспектора у поступку инспекцијског надзора. Пријаве повреде закона, односно друге информације, дојаве, поднесци и захтеви поднети ради предузимања инспекцијског надзора имају дејство иницијативе за покретање поступка, а подносиоци тих иницијатива немају својство странке у поступку. Инспектор је дужан да о свим радњама у поступку инспекцијског надзора које су од значаја за утврђивање чињеничног стања инспектор саставља записник. Поред тога, дужан је да саставља службену белешку о оним питањима која нису од непосредног значаја за утврђивање чињеничног стања. Ако утврди повреду закона, инспектор доноси и доставља решење у складу са својим овлашћењем у року од пет дана од дана отпочињања, односно окончања контроле.²⁴

4. Закључак

Кад је у питању управноправна заштита потрошача, може се закључити да органи управе у нашем праву имају надзорну улогу и могућност покретања поступка пред судом, али не и могућност непосредног санкционисања трговца, што се сматра ефикаснијим моделом заштите. Другим речима, у нашем праву су надлежности супервизије и санкционисања подељене између органа управе и суда. То се оправдава чињеницом да независно судство умањује могућност пристрасности органа управе, односно проблема који се у теорији често означава појмом „заробљавање регулатора“. Ипак, уколико на нивоу ЕУ буде уведена институција специјализованог ТШ омбудсмана и усвојен систем лиценцирања, органи управе ће свакако имати већу улогу у заштити стицалаца ТШ-а, која ће се, између осталог, огледати и у могућности санкционисања трговаца.

То би подразумевало и прописивање обавезе лиценцирања трговаца који се баве пословањем у вези са ТШ-ом. Омбудсман би имао надлежност у издавању лиценце уколико су испуњени сви претходни услови за обављање пословања, а уколико трговац не поступа у складу са правним прописима, омбудсман би имао могућност изрицања упозорења или казне, а као крајњу меру и одузимање лиценце. Тако би се на најбољи начин обезбедила заштита стицалаца ТШ-а и примена одговарајућих прописа, док би управноправна заштита постала адекватан супститут скупом, а често и неефикасној судској заштити.

²⁴ С тим у вези, инспектор у време и на месту контроле, може донети привремено решење, које престаје да важи протеком рока за доношење решења. Против привременог решења није дозвољена посебна жалба. Видети: чл. 158. ст. 5. и 6. ЗЗП.

*Andrej Mićović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Hotel Management and Tourism
in Vrnjaska Banja, University of Kragujevac*

ADMINISTRATIVE PROTECTION OF TIMESHARE PURCHASERS

Summary

Administrative protection of timeshare purchasers is complementary to the judicial protection, but its effectiveness depends on the role given to the administration to work to that end. The legal framework for the realization of this protection is determined by the rules contained in the Serbian Consumer Protection Act and EU regulations with which our regulations must be harmonized, but also by the rules that are created as a result of the operation of professional organizations, which have a considerable impact on the achievement of effective protection of timeshare purchasers.

Key words: *time-sharing, administrative protection, inspection, ombudsman.*

Литература

- Бачанин, Н., Инспекцијски надзор као посебан облик институционалне заштите потрошача, Зборник: Од *caveat emptor* до *caveat venditor*, Крагујевац, 2009.
- Caffagi, F., The Great Transformation; Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: A Remedial Perspective, *Loyola Consumer Law Review*, Vol, 21, Nr. 4/2009.
- Caffagi, F., Micklitz, H.W., Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward, *EUI Working Papers, Law 2008/29*.
- Downes, N., More about Timeshare: A revised Directive or a Regulation? Incidence of Other Instruments of Consumer Protection, *European Review of Private Law*, 4/2008.
- Дованић, Т., Улога управе у заштити колективних интереса потрошача, Зборник радова: Strengthening Consumer Protection in Serbia/Јачање заштите потрошача у Србији, Београд, 2013.
- Мићовић, М., Заштита права потрошача, Крагујевац, 2009.
- Правни прописи**
- Закон о заштити потрошача (Сл. гласник РС, бр. 62/2014 и 6/2016 – други закон)
- Директива ЕУ 2008/122 о заштити потрошача у односу на одређене аспекте уговора о тајм-шерингу, дугорочним производима за одмор, препродаји и размени, ОЈЛ 33, 3.2.2009).

Андреј Мишовић, Управноправна заштита стицалаца тајм-шеринга
(стр. 377-386)

Уредба бр. 2006/2004 о сарадњи између националних тела одговорних за спровођење закона о заштити потрошача (Уредба о сарадњи у заштити потрошача), ОЈ L 364, 9.12.2004.

Одлука ЕУ 2011/141 о измени Одлуке 2007/76/ЕЗ о спровођењу Уредбе (ЕЗ) бр. 2006/2004 о сарадњи између националних тела одговорних за спровођење закона о заштити потрошача у погледу узајамне помоћи, ОЈ L 59, 4.3.2011.

Електронски извори

<http://www.rdo.org/industry-updates/rdos-enforcement-programme/>

<http://www.timesharetaskforce.org/three-arrested-in-alleged-e600000-fuengirola-fraud/>

<http://www.prweb.com/releases/2013/12/prweb11423935.htm>

<http://timesharebusinesscheck.org/>

<http://www.kwikchex.com/>

<http://timesharebusinesscheck.org/check-a-business/>

<http://www.timeshare.org.uk/eug120707-1.pdf>

http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/speech_sgrey_en.pdf

СПОРТ

*Др Ненад Ђурђевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 796.075.33 (497.11)

ФУДБАЛСКИ ПОСРЕДНИЦИ И ЗАКОН О СПОРТУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ИЗ 2016. ГОДИНЕ*

Резиме

Од 1. априла 2015. године на снази су нова ФИФА правила о раду са посредницима, којима је начињена суштинска реформа система лиценцираних агената за играче, који је важио више од 25 година. Тежиште регулисања индустрије спортског посредовања при трансферима и закључењу уговора у фудбалу, вредне више милијарди долара, померило се са контроле приступа обављању посла посредовања на контролу самог обављања посредовања, уз препуштање националним савезима да ближе уреде рад фудбалских посредника, уз уважавање националног законодавства. Фудбалски савез Србије је у мају месецу 2015. године усвојио Правилник о раду са посредницима, који је највећим делом преписан ФИФА Правилник о раду са посредницима који је ступио на снагу 1. априла 2015. године, уз одређена одступања. Република Србија је у 2016. години донела нови Закон о спорту, који је ступио на снагу 16. фебруара 2016. године и који регулише услове под којима се физичка и правна лица могу бавити посредовањем у спорту. Аутор у раду анализира у којој мери су правила Фудбалског савеза Србије и ФИФА у складу са Законом о спорту Србије и да ли тај закон представља препреку за имплементацију ФИФА система регулисања рада посредника за играче. У том погледу је указано и на разлику у правилима које је установио Фудбалски савез Србије у односу на правила која важе у Фудбалском савезу Енглеске, Ногометном савезу Хрватске и Немачког фудбалском савезу.

Кључне речи: *фудбал, посредници, играчи, трансфер, уговор о посредовању, ФИФА, Закон о спорту Србије.*

Каријера професионалног фудбалера траје релативно кратко, често само неколико година. За то време он свој целокупни живот мора усмерити на достизање врхунских спортских перформанси, водећи све време рачуна да буде у центру медијске пажње, да чува свој имиџ, буде на располагању спонзорима, брине се о својим финансијама и пореским обавезама, и уз то још и да свој

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

крупски ангажман осигура кроз закључење одговарајућег професионалног уговора о игрању. У таквој ситуацији је потпуно разумљиво што ће спортиста „лако и добровољно“ препустити „вођење“ своје каријере искусном фудбалском менаџеру/агенту/посреднику.

У зависности од тога какво су нам гледања на свет фудбала, фудбалски агенти су или лубрикант који обезбеђује глатко одвијање тржишта трансфера играча или су паразити који сишу новац из фудбала.¹ Истина је, као и увек, негде на средини оваквог спектра мишљења. Једино што више о томе не морамо да лупамо главу јер је ФИФА 2014. године, после 25 година развијања система лиценцираних агената за играче, укинула такве „агенте“ и увела „лабаво регулисане“ посреднике за играче. Док су једни поздравили такво опредељење ФИФА, надајући се пре свега да ће више новца остати клубовима, други су (пре свега ранији фудбалски агенти) изразили забринутост да је ФИФА увела „дивљи запад“ на фудбалску позорницу када је у питању спортско посредовање. Једно је ипак сигурно. Представљање и заступање играча и клубова при преговорима за закључење уговора о запослењу или уговора о трансферу биће присутно ништа мање него пре. Питање је само, ко ће се овај пут окористити: клубови, играчи, посредници?²

1. Спортски посредници у Закону о спорту Републике Србије

Република Србије је донела нови Закон о спорту на почетку 2016. године.³ Тим законом је регулисано и спортско посредовање и то као систем лиценцираних спорских посредника (односно посредника са дозволом за рад).

Према Закону о спорту (ЗС), спортско посредовање је једна од спортских делатности којима се обезбеђују услови за обављање спортских активности, односно омогућава њихово обављање (чл. 3. ст. 1. тач. 2) ЗС). Још одређеније, спортско посредовање спада у стручни рад у спорту, који непосредно могу обављати спортски стручњаци који испуњавају услове предвиђене законом и поседују дозволу за рад предвиђену спортским правилима надлежног

¹ Према подацима ФИФА за 2014. годину, фудбалски агенти су приходовали 145 милиона фунти од своје делатности.

² Одговор на ово питање се може дати само ако се разуме зашто су у „стварном фудбалском свету“ фудбалским клубовима, па и највећим, потребни посредници када желе да ангажују или продају неког играча. У том погледу препоручујемо анализу *Gabriele Marcotti: The era of the "player agent" is over, but they still have a place in football*, <http://www.espnfc.com/blog/marcotti-musings/62/post/2516003/fifa-ends-the-player-agent-era-but-they-are-here-to-stay>

³ „Службени гласник РС“, бр. 10/2016. Закон је ступио на снагу 16. фебруара 2016. године.

националног спортског савеза или правилима надлежног међународног спортског савеза, у складу са Законом о спорту (чл. 27. ст. 1. и 2. ЗС).

Спортском стручњаку се може издати или обновити дозвола за рад уколико су испуњени услови у погледу потребне стручне спреме или стручне оспособљености, односно спортског звања, припадности националном спортском савезу, здравствене способности, професионалне праксе (практичног стручног рада), стручног спортског искуства, стручног усавршавања, постигнутих спортских резултата, трошкова издавања дозволе за рад (чл. 27. ст. 3. ЗС). Статус спортског стручњака имају искључиво лица која имају одговарајуће више или високо образовање у области спорта, односно физичке културе или су оспособљена, у складу са чл. 26. ст. 2. и чл. 29. ст. 1–4. Закона о спорту, за обављање одређених стручних послова у спорту, ако законом није друкчије одређено. Страни спортски стручњаци, односно лица са страним држављанством који имају одговарајуће образовање или стручну оспособљеност у области спорта, у складу са законом државе чији су држављани, сматрају се спортским стручњаком у смислу Закона о спорту (чл. 25. ст. 2. и 3. ЗС).

Спортски стручњаци разврставају се према спортским занимањима и звањима у оквиру занимања, у складу са номенклатуром спортских занимања и звања коју утврђује министар надлежан за спорт (чл. 26. ст. 1. и 2. ЗС). Према Правилнику о номенклатури спортских занимања и звања,⁴ спортски посредник је занимање лица која се професионално баве пословима посредовања при преласцима спортисте из једне организације у области спорта у другу. Карактеристични послови занимања спортског посредника јесу: праћење стања у одређеној грани спорта; помагање спортистима у проналажењу спортског ангажмана и закључивању одговарајућег уговора; помагање организацијама у области спорта у проналажењу и ангажовању одговарајућих спортиста; посредовање између организација у области спорта при трансферима спортиста. За стицање звања спортски посредник неопходни су следећи услови: 1) завршено најмање средње образовање и завршен програм одговарајућег оспособљавања III нивоа (240 часова); 2) завршено најмање више образовање из области физичког васпитања и спорта, економије, менаџмента или права и завршен програм оспособљавања II нивоа (120 часова); 3) завршено високо образовање из области економије, менаџмента или права и завршен програм оспособљавања I нивоа (60 часова); 4) завршено високо образовање из области спортског менаџмента.

Спортским правилима надлежног националног спортског савеза се уређују начин и ближи услови за издавање, обнављање и одузимање дозволе за рад спортском стручњаку, у складу са Законом о спорту, односно актом министра надлежног за спорт, који даје и сагласност на та спортска правила (чл. 27. ст. 8. и 9. ЗС). Надлежни национални спортски савез издаје дозволу за рад на период од три године уколико спортским правилима надлежног међународног спортског савеза није друкчије одређено. Дозвола за рад може се обновити спортском

⁴ „Службени гласник РС”, бр. 7/2013.

стручњаку само ако је обавио стручно усавршавање и ако је у периоду важења дозволе за рад стекао одговарајуће стручно спортско искуство. Међународна дозвола за рад издата спортском стручњаку од стране надлежног међународног спортског савеза или надлежног националног спортског савеза у складу са правилима надлежног међународног спортског савеза или страна национална дозвола за рад издата страном спортском стручњаку у складу са законом и спортским правилима стране државе сматра се важећом дозволом за рад, у смислу Закона о спорту, за период за који је издата (чл. 28. ст. 6-8).

Сам начин и услови обављања спортског посредовања као спортске делатности ближе су регулисани чл. 94. Закона о спорту. Ставовима 1. до 8. уређени су услови под којима се одређена лица могу бавити спортским посредовањем, а ставовима 9. до 13. регулисан је уговор о посредовању у спорту.

Пословима посредовања приликом преласка спортисте, односно спортског стручњака из једне у другу спортску организацију и приликом закључења уговора између спортисте, односно спортског стручњака и спортске организације може се бавити привредно друштво, односно предузетник у области спорта ако има дозволу за рад издату од стране надлежног националног гранског спортског савеза, као и друга лица у складу са правилима надлежног међународног спортског савеза (у даљем тексту: организација за спортско посредовање). Надлежни национални грански спортски савез утврђује својим спортским правилима (чл. 100. ст. 2. тач. 12) ЗС) услове и поступак за стицање дозволе за рад, а на та спортска правила сагласност даје министарство надлежно за спорт.

Надлежни национални грански спортски савез издаје дозволу за рад организацији за спортско посредовање и о томе врши јавну објаву на званичном сајту савеза. О сваком издавању дозволе се обавештава министарство надлежно за спорт, у року од 15 дана од дана издавања. Дозвола за рад издата организацији за спортско посредовање од стране надлежног међународног спортског савеза сматра се важећом дозволом за рад за време за које је издата.

Организација за спортско посредовање може обављати делатност спортског посредовања под условом да има ангажованог спортског стручњака са одговарајућим спортским звањем и одговарајућом дозволом за рад издатом од стране надлежног националног гранског спортског савеза. Као што смо раније навели, у питању су или домаћа физичка лица која су стекла звање спортски посредник у складу са Правилником о номенклатури спортских звања и занимања или странци који имају звање спортски посредник (или друго одговарајуће спортско звање) у складу са својим националним законодавством. Ова лица морају поседовати или одговарајућу дозволу за рад (лиценцу) коју је издао надлежни национални грански спортски савез (нпр. Фудбалски савез Србије) или одговарајућу дозволу за рад коју је издао надлежни међународни спортски савез (нпр. УЕФА или ФИФА).

Организације за спортско посредовање са спортистима и спортским стручњацима закључују уговор о посредовању у спорту. Овај уговор, као и све измене и допуне тог уговора, закључују се у писаној форми и оверавају у складу

са законом и обавезно садржи износ накнаде организацији за спортско посредовање, рок на који се закључује и обим овлашћења организације за спортско посредовање, укључујући и овлашћење за заступање, а у противном је ништав.⁵ Уговор о посредовању у спорту закључује се на период од најдуже две године, с тим да између истих уговорних страна може бити по истеку овог рока поново закључен уговор о посредовању. Уговор између спортисте, односно спортског стручњака и спортске организације који је закључен уз посредовање или заступање организације за спортско посредовање мора садржати означавање организације за спортско посредовање, а у противном је ништав. Испуњавајући своје уговорне обавезе, организација за спортско посредовање може штитити интересе само једне стране из уговора о посредовању,⁶ а у супротном дугује накнаду штете лицу са којим има закључен уговор о посредовању.⁷

За закључење уговора о посредовању важе посебна правила уколико је у питању малолетни спортиста, односно спортиста који нема потпуну пословну способност. Уговор о посредовању са овим спортистом може се пуноважно закључити само уз претходну писану и оверену у складу са законом сагласност оба родитеља, односно старатеља. У расправи у Народној скупштини Републике Србије приликом усвајања Закона о спорту стављен је амандман који је имао за

⁵ Уговор о посредовању у спорту се у нашој правној литератури до сада дефинисао као уговор којим се спортски агент обавезује да ће спортисту довести у везу са спортским клубом ради преговора о закључењу уговора о раду, или да ће довести један спортски клуб у везу са другим клубом ради преговора о закључењу уговора о трансферу, као и да ће са заинтересованим клубом преговарати о закључењу уговора о раду, односно уговора о трансферу и да ће током преговора штити интереса свог клијента (спортисте, односно клуба), а спортиста, односно спортски клуб се обавезује да спортском агенту исплати одређену накнаду ако уговор о раду, односно уговор о трансферу буде закључен. Додатне обавезе спортског агента су да свог клијента обавештава о свим околностима које су од значаја за закључење уговора, да води књиговодство о свом пословању, као и да током обављања своје делатности избегава све сукобе интереса. Вуковић, З., стр. 341-342. и 345-347; Јечменић, М., *Уговор о посредовању у спорту*, Гласник права (електронски часопис), бр. 2/2012, стр. 39. и 42. (<http://www.jura.kg.ac.rs/index.php/sr/gpcir-2-2012.htm>)

⁶ Оваква законска формулација је погрешна јер су уговорне стране код уговора о посредовању спортиста, односно спортски стручњак и организација за спортско посредовање. Овде се, у ствари, мислило на то да спортски посредник може да штити или интересе спортисте или интересе клуба са којим спортиста закључује уговор, а никако обоје.

⁷ Видети чл. 94. ст. 9-13. ЗС. Треба имати у виду и да је надлежни национални грански спортски савез овлашћен да својим спортским правилима утврђује: опште (минималне услове за закључење уговора између спортисте, односно спортског стручњака и спортске организације; статус спортиста и спортских стручњака; преласке спортиста и спортских стручњака у домаће и иностране спортске организације, укључујући трансфере и уступање спортиста између спортских организација (чл. 100. ст. 2. тач. 5) и 11) ЗС).

циљ да се из закона изостави одредба о потребној сагласности оба родитеља када се уговор о посредовању закључује са малолетним спортистом. Као кључни аргументи за таква решења се наводило: малолетни спортиста може да има штетне последице у случају да његови родитељи живе раздвојено, а у лошим су односима.⁸ Влада Републике Србије је одбила предложени амандман, као што је одбила и амандман да се измени чл. 12. ст. 2. Закона о спорту тако да се не тражи сагласност оба родитеља за закључење уговора између малолетног спортисте и спортске организације, сматрајући да је предложено решење у најбољем интересу малолетног спортисте.⁹ Такво опредељење је у потпуности оправдано. Када се ради о одлукама које се тичу детета, може се разликовати одлучивање о питањима од свакодневног значаја и питањима која битно утичу на живот детета. Основна разлика је у последицама које одлуке о наведеним питањима могу имати на права детета. Последице одлука о питањима од свакодневног значаја обично се могу отклонити или кориговати уз незнатне тешкоће (нпр. одлука родитеља да дете иде на екскурзију). Насупрот томе, о питањима која битно утичу на живот детета родитељи одлучују заједнички и споразумно, јер се последице одлука о наведеним питањима често не могу уопште отклонити или се могу отклонити само уз значајне потешкоће. Овде треба водити рачуна и да према чл. 75. Породичног закона, родитељи родитељско право врше заједнички и споразумно када воде заједнички живот, као и када не воде заједнички живот ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељских права и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета. У контексту правила породичног законодавства, јасно је да родитељи приликом давања сагласности на уговор малолетног спортисте (њиховог детета) одлучују о питањима која битно утичу на живот детета. Из тог разлога, нужна је сагласност оба родитеља. Код давања сагласности на закључење уговора између малолетног спортисте и спортске организације не ради се о одлукама о питањима од свакодневног значаја за живот детета већ о одлукама од битног утицаја на живот детета, чије се последице по развој детета не могу уопште отклонити, односно отклонити без великих потешкоћа.¹⁰ Због тога је за давање сагласност потребно заједничко и

⁸ Нпр.: "Врло често у пракси се могу појавити случајеви у којима спортиста који нема потпуну пословну способност живи са једним родитељем, те из те чињенице могу наступити сметње у погледу давања сагласности другог родитеља (примера ради: други родитељ живи на другом континенту, немогуће је пронаћи га из објективних разлога и сл.) чиме се отежава или чак онемогућава закључење уговора са спортистом који нема потпуну пословну способност." (Посланичка група - Социјалдемократска странка, Заједно за Србију, Зелени Србије).

⁹ Имао сам посебно задовољство и част да као члан Радне групе за израду закона о спорту правно уобличим одговор Владе на предложени амандман.

¹⁰ Чл. 78. ст. 4. Породичног закона „Службени гласник РС”, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15)

споразумно одлучивање родитеља, јер је то управо у најбољем интересу детета.¹¹ Ступајући у уговорни однос са одређеном спортском организацијом малолетни спортиста битно ограничава своју слободу.¹² Све док уговор не истекне он не може променити клуб (чл. 50. ст. 3. Закона о спорту). Сагласност се даје у писаној форми, и она је задовољена ако је сагласност написана и потписана, било на самом уговору или посебно, и ако је оверена. Пре давања сагласности, малолетни спортиста (односно који нема потпуну пословну способност) би морао да буде здравствено прегледан да би се утврдила његова здравствена способност за обављање спортских активности (чл. 10. ст. 6. Закона о спорту).¹³

Посебно треба истаћи да ће се у складу са правилима породичног права сагласност тражити од оба родитеља независно од тога да ли живе заједно. Тако, сагласност ће се тражити и од родитеља који по разводу брака не живи са дететом јер наведени родитељ има право и дужност да заједнички и споразумно са другим родитељем одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. (чл. 78. ст. 3. Породичног закона). Од родитеља се неће тражити давање сагласности једино ако је лишен родитељског права, односно овлашћења да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета (на пример, зато што не даје издржавање детету, па на тај начин грубо занемарује родитељску дужност). Уколико се родитељи не могу сагласити о закључењу уговора малолетног спортисте, односно њиховог детета, о судбини уговора могао би одлучити једино суд. Ово је готово јединствен став домаће правне теорије и упоредног права, премда о томе у нашем породичном законодавству не постоји изричито правило. Приликом доношења одлуке у евентуалном спору између родитеља малолетног спортисте, суд ће се водити превасходно принципом најбољег интереса детета, чију ће садржину одредити разматрањем последица које би наведени уговор могао имати на остваривање права детета.¹⁴

Током јавне расправе о Нацрту закона о спорту средином 2015. године више учесника је предлагало да се из предложеног текста изостави и одредба о обавезној овери уговора о спортском посредовању у складу са законом, уз

¹¹ У сваком правном односу, односно приликом доношења сваке одлуке од непосредног или посредног значаја за дете, принцип најбољег интереса детета мора бити од првенственог значаја (чл. 3. ст. 1. Конвенције УН о правима детета и чл. 6. ст. 1. Породичног закона).

¹² Немачки Управни суд у Nürtingen је у једном случају пресудио да малолетник може закључити уговор о чланству са фитнес центром само уз сагласност оба родитеља. Amtsgericht Nürtingen, Aktenzeichen: 12 C 2070/02, <http://www.femity.net/meine-familie/inhalt/artikel/vertraege-mit-minderjaehrigen-sind-ohne-zustimmung-beider-eltern-unwirksam-297/2/>

¹³ Ово одговара праву детета на највећи доступни стандард здравља (чл. 24. ст. 1. Конвенције УН о правима детета),

¹⁴ О начелу најбољег интереса детета у породичном праву више видети: Влашковић, В., *Начело најбољег интереса детета у породичном праву*, докторска дисертација, Правни факултет у Крагујевцу, 2014.

аргументе да таква обавеза ствара непотребне трошкове за спортисте и спортске организације и да је довољно да се уговор региструје код надлежног националног гранског спортског савеза. Министарство омладине и спорта је такве предлоге одбило сматрајући да је прописивање овакве форме закључења уговора како у јавном интересу, тако и у интересу уговорних страна.

Закон о спорту садржи и једно посредно ограничење за обављање делатности спортског посредовања. То ограничење произилази из одредби чл. 33. ст. 2. тач. 5) и чл. 92. ст. 12. Закона о спорту. Према одредбама тих чланова, спортски посредник не може бити члан управе или заступник спортских организација и савеза у одговарајућој грани спорта нити може имати уделе или акције у спортском привредном друштву (спортској организацији) у одговарајућој грани спорта.

Делатност спортских посредника, односно спортских агената била је регулисана и у Закону о спорту Републике Србије из 2011. године. Међутим, штура одредба чл. 96. изазивала је знатне дилеме у односу на природу и обим овлашћења спортских посредника у домаћој правној литератури. Наиме, чл. 96. ст. 1. старог Закона о спорту било је једино прописано да спортско привредно друштво, односно предузетник може да се бави пословима посредовања приликом преласка спортисте из једне у другу спортску организацију ако има ангажовано лице са одговарајућим спортским звањем и ако има дозволу за рад издату од стране надлежног националног гранског спортског савеза.¹⁵ Ако оставимо по страни чињеницу да је оваквим законским решењем било дозвољено искључиво „спортским привредним друштвима“ (спортским организацијама као привредним друштвима) да се баве делатношћу спортског посредовања а не и другим правним лицима, основни недостатак члана 96. Закон о спорту из 2011. године је био у томе што је он суштински регулисао искључиво делатност спортских посредника која се односи на трансфере спортиста из клуба у клуб,¹⁶ а не и остале области рада спортских посредника, при чему је остало нејасно која је, са становишта Закона о спорту, правна природа „послова посредовања“ и уговора који посредник закључује са спортистом или клубом. Да ли је у питању посредовање, односно довођење у везу спортисте и клуба и по овлашћењу учешће у преговорима за закључење уговора, или је реч о заступању, које укључује и овлашћење да се иступа у име и за рачун спортисте/клуба? Да ли је закон прихватио уже или шире схватање појма спортски посредник? Дилема је од суштинске важности јер од њеног решења зависи и садржина и правна природа уговора између спортског посредника и играча/клуба. Ово поготову када се има у виду да се делатност спортских посредника у пракси састоји из бројних услуга клијенту

¹⁵ Надлежни национални грански спортски савез је овлашћен и да утврђује услове и поступак за стицање дозволе за рад лицу које се бави спортским посредовањем (чл. 96. ст. 2. Закона о спорту из 2011).

¹⁶ Не, дакле, и спортских стручњака.

(спортисти/клубу): довођење у везу спортисте и клуба и тиме омогућавање да закључе уговор о раду/бављењу спортом; закључење уговора у име и за рачун спортисте/клуба; закључење спонзорских и рекламних уговора у име и за рачун спортисте/клуба; тумачење страних правних прописа; управљање имовином клијента; дугорочно планирање каријере спортисте; организација конференција за медије; успостављање и одржавање контаката са спортским организацијама, организаторима спортских приредби и медијима; психолошка експертиза спортисте; маркентишко и финансијско саветовање спортисте, и др.¹⁷

Без улажења у детаље, у нашој правној литератури су доминантна два става о правној природи уговора које спортски агенти/посредници закључују са спортистима и спортским клубовима. Према првом становишту, уговорни однос између спортског агента/посредника и спортисте, односно клуба може се појмовно означити као „уговор о представљању“, који је по својој природи: неименовани, формални, двострано обавезни, теретни, трајни, каузални, комутативни, главни, индивидуални уговори, који се закључују с обзиром на личност уговорника (уговори *intuitu persone*).¹⁸ Према другом мишљењу, уговорни однос између спортског агента/посредника и спортисте, односно клуба може се појмовно означити као „уговор о спортској агентури“ који је по својој правној природи посебна врста уговора о заступању, а не уговора о посредовању или уговор о налогу. Једна од главних особености овог уговора је у томе што за разлику од заступника чије активности могу да се ограниче на одређено подручје, таква могућност када се ради о спортским агентима не постоји, јер у супротном он не би могао да обави посао на најбољи начин како са становишта интереса налогодавца тако и са становишта властитих интереса.¹⁹

Нови Закон о спорту Србије је уговор између организације за спортско посредовање (предузетника или привредног друштва) и спортисте, односно спортског стручњака појмовно одредио као „уговор о посредовању у спорту“. Из одређења појма организације за спортско посредовање у члану 94. став 1. Закона о спорту, односно одређења да је ту реч о предузетницима и привредним друштвима који се баве „пословима посредовања приликом преласка спортисте, односно спортског стручњака из једне у другу спортску организацију и приликом закључења уговора²⁰ између спортисте, односно спортског стручњака

¹⁷ Видети, Вуковић, З., у: Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., *Уговори у спорту*, Крагујевац, 2014, стр. 332-333.

¹⁸ Видети, Вуковић, З., *нав. дело*, стр. 342-344. Према становишту овог аутора, уговор између спортског агента и спортисте/клуба није уговор о посредовању у смислу Закона о облигационим односима јер спортски агент не може посредовати за обе стране јер он није неутрална страна.

¹⁹ Видети Мићовић, М., у: Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., *нав. дело*, стр. 353-356. Аутор истиче да у зависности од воље налогодавца, обавеза поступања у складу са овлашћењима из уговора о спортској агентури може да има различиту садржину.

²⁰ Ово одређење треба схватити у ширем смислу, односно на начин да послови спортског посредника обухватају и активности које имају за циљ раскид уговора између

и спортске организације, може се узети да је Законом о спорту прихваћен ужи појам спортског посредника. Из прописане обавезне садржине уговора о посредовању у спорту у чл. 94. ст. 10. Закона о спорту, односно из одређења да су уговором о посредовању у спорту обавезно регулише „обим овлашћења организације за спортско посредовање, укључујући и овлашћење за заступање“, као и одредбе из чл. 94. ст. 13. Закона о спорту да организација за спортско посредовање може штитити интересе само једне стране из уговора о посредовању, јасно произилази да овај уговор може имати различиту правну природу у зависности од тога како је уговором одређен обим овлашћења спортског посредника. То произилази и из одредбе чл. 94. ст. 12. Закона о спорту према којој уговор између спортисте/спортског стручњака и спортске организације може бити „закључен уз посредовање или заступање организације за спортско посредовање“.²¹ При разматрању правне природе уговора о посредовању у спорту треба водити рачуна и да су одредбе чл. 94. Закона о спорту *lex specialis* одредбе у односу на одредбе Закон о облигационим односима.

Међутим, када се доведу у везу ст. 1. и 10. чл. 94. Закона о спорту, треба констатовати да ограничења установљена Законом о спорту за делатност спортских посредника и закључење уговора о посредовању у спорту важи искључиво за услуге спортског посредника које се односе на посредовање при закључењу уговора између спортисте/спортског стручњака и спортске организације (уговор о раду или уговор о бављењу спортом) и уговора о трансферу. На све друге послове спортског посредника који нису у вези са овим уговорима (нпр. уговор о спонзорству, уговор о коришћењу имена и лика спортисте и др.) примењују се општа правила о појединим врстама уговора (уговор о посредовању, уговор о налогу и др.).

2. ФИФА и ФСС Правилник о раду са посредницима

Извршни комитет ФИФА је донео Правилник о раду са посредницима (ФИФА Правилник) 21. марта 2014. године, који је прихваћен на ФИФА Конгресу 11. јуна 2014. године, а ступио на снагу 1. априла 2015. године.²² У уводном делу овог правилника, ФИФА је истакла да је она одговорна за стално унапређивање фудбалске игре и очување њеног интегритета у читавом свету, те да је у том контексту, један од кључних циљева ФИФА да промовише и очува

спортисте/спортског стручњака и спортске организације како би након тога могао да се обави трансфер.

²¹ При разматрању правне природе уговора о посредовању у спорту треба водити рачуна да су одредбе члана 94. Закона о спорту *lex specialis* одредбе у односу на одредбе Закон о облигационим односима.

²² FIFA Regulations on Working with Intermediaries, www.fifa.com/.../RegulationsonWorkingwithIntermediariesII_Neutral.pdf

изузетно високе етичке стандарде у односима између клубова, играча и трећег лица, да би на тај начин испунила захтеве доброг управљања и испоштовала начела финансијске одговорности. Конкретно, ФИФА сматра да је од суштинског значаја да заштити играче и клубове од учешћа у неетичким и/или незаконитим радњама и околностима приликом закључивања уговора о раду између играча и клубова, као и уговора о трансферу. Узимајући то у обзир, а са циљем да се правилно приступи променљивој реалности савремених односа између играча и клубова, као и да би се омогућила правилна контрола и транспарентност трансфера играча, ФИФА је донела Правилник о раду са посредницима, у складу са чл. 4. Правилника о примени Статута ФИФА. Овај правилник садржи минимум стандарда/услова које сваки фудбалски савез треба да примењује на националном нивоу, с могућношћу да савези пропишу и додатне стандарде /услове мимо прописаног минимума.²³ Битно је, међутим, да ни ФИФА Правилник ни национални правилник који би прописао додатне одредбе које превазилазе ФИФА минималне стандарде/услове, не могу да утичу на пуноважност релевантног уговора о раду и/или уговора о трансферу.

Нова ФИФА правила о фудбалским посредницима представљају крај 25 годишње ере система лиценцираних агената за играче. ФИФА је почела да регулише рад агената за играче још 1991. године, уз модификовање тих правила 2001. и 2008. године. Као разлог да се овај систем напусти, ФИФА је навела да је истраживање показало да је 70-75% међународних трансфера реализовано уз посредовање нелиценцираних лица.²⁴ Тако је дошло до напуштања система "лиценцираних агената" и увођења система "регистрованих посредника". Уместо да контролише приступ представљању (*representation*) играча/клубова, ФИФА је ставила фокус на регулисање само активности представљања (заступања). Тежиште је померено ка транспарентности у питању ко је представљен и од кога, колико ће тај бити плаћен и од кога. Све то је повезано и са фокусом ФИФА на ТМС компјутерски систем, у кога су уложена значајна средства.²⁵ Спроведена реформа је довела и до тога да позиција посредника у различитим земљама може бити значајно различита, све у зависности од националне регулативе (како законске тако и спортске).

Нови систем регистрације посредника се суштински разликује у односу на ранији систем лиценцираних агената за играче у неких 25 тачака. Ми ћемо овде указати само на неколико, по нашем мишљењу, најзначајнијих:

1) Нема више лиценци (дозвола за рад) – да би неко заступао играча/клуб више није потребно да се лиценцира код националног фудбалског савеза и да испуни више прописаних услова за то. Уместо да буде лиценциран за више

²³ Ово је истакнуто у уводу ФИФА Правилника.

²⁴ ФИФА правилник из 2008. године је изричито допуштао да у посредовању учествују и адвокати и рођаци играча.

²⁵ <http://footballintermediary.co.uk/regulations/background-to-the-regulations/#background-to-the-regulations>

година унапред, посреднику је довољно да се једноставно региструје код националног фудбалског сюза сваки пут када је укључен у одређену трансакцију као посредник;

2) Нема испита – посредник може да заступа играча/клуб и без полагања било каквог испита. По старом систему, да би се добила лиценца морао се положити прилично тежак испит дизајниран од стране ФИФА, који се два пута годишње полагао у националним фудбалским савезима. Испит је обухватао познавање међународних и националних фудбалских правила и кључних института грађанског и уговорног права.

3) Нема осигурања – од лиценцираног агента за играче се захтевало да има осигурање од професионалне одговорности од најмање 100.000 швајцарских франака. Такав захтев се не поставља посредницима.

4) Уговор о заступању/представљању (*Representation contract*) – агенти за играче нису могли да закључују уговор о заступању на период дужи од две године, док када су у питању посредници више нема ограничења трајања уговора. Постојао је типски уговор о заступању утврђен од ФИФА, док више таквог типског уговора нема. Уговор о заступању који закључује посредник мора да садржи и одредбе о садржини услуга посредника и одредбе о раскиду уговора, које нису биле стандардни део типског уговора о заступању од стране агената за играче.

5) *Препоручена накнада за рад посредника* – правила која се односе на посреднике препоручују одређену максималну висину накнаде за рад посредника (3%), док таква ограничења нису постојала када су у питању агенти за играче. Уобичајена накнада је била 10% „вредности посла“, али је била и више.

6) *Малолетници* – играчи и клубови не могу вршити плаћања посредницу у односу на заступање малолетног играча. Такво ограничење није важило за агенте.²⁶

У складу са чл. 1. ст. 2. ФИФА Правилника о раду са посредницима, од свих националних фудбалских сюза се захтева да уведу и примењују у овом ФИФА Правилнику прописане минималне стандарде/услове, а у зависности од императивних законских одредби и других императивних законских норми на националном нивоу које се примењују на савезе. То подразумева доношење националног правилника, који ће садржати принципе установљене ФИФА Правилником, уз поштовање националног законодавства.

Фудбалски савез Србије је испуњавајући обавезе из ФИФА Правилника о раду са посредницима извршио 2015. године велику реформу правила о посредовању при закључењу уговора између играча и фудбалског клуба, односно при трансферу играча, доносећи Правилник о раду са посредницима (у

²⁶ Више видети, <http://footballintermediary.co.uk/regulations/commentary-on-the-regulations/#commentary-on-the-regulations>

даљем тексту: ФСС Правилник).²⁷ Он у највећем делу представља дословно преузимање одредби из ФИФА Правилника, али се могу уочити и одређена одступања, односно изостављања, па се може поставити питање разлога за такав приступ ФСС (на та одступања ћемо указати у даљем тексту). Да је Фудбалски савез Србије могао да поступи и другачије, може се видети када се упореди ФСС Правилник са одговарајућим правилницима Фудбалског савеза Енглеске, Ногометног савеза Хрватске и Фудбалског савеза Немачке.

2.1. Ко може да буде фудбалски посредник играча/ клуба?

Ко може да буде ангажован као посредник од стране играча и клубова прописано је чл. 3, 6-7. и 12-14. ФСС Правилника.

Под посредником се подразумева физичко или правно лице које за накнаду или без накнаде заступа играче и/или клубове у преговорима, са циљем да закључи уговор о раду или заступа клубове у преговорима са циљем закључења уговора о трансферу.

Кад год је посредник укључен у трансакцију он мора да буде регистрован у складу са одредбама ФСС Правилника. Поступак регистрације посредника, као физичких лица, почиње подношењем Декларација о посредовању на основу анекса 1. ФСС Правилника. Реч је, у ствари, о прописаној Изјави посредника као физичког лица, која је у потпуности преузета из ФИФА Правилника (Анекс 1). Када се погледа Анекс 1. ФСС Правилника неће се наћи никаква "Декларација о посредовању". Насупрот томе, поступак регистрације посредника, као правних лица, почиње подношењем Декларације о посредовању на основу анекса 2. Правилника о раду са посредницима. И овде је, у ствари, реч о Изјави посредника као правног лица, која је у потпуности преузета из ФИФА Правилника (Анекс 2).

Послове у вези са регистрацијом посредника, као и свим осталим пословима везаним за права и обавезе посредника, играча и клубова који користе услуге посредника обавља Комисија за рад са посредницима (у даљем тексту: Комисија). Комисију бира Извршни одбор ФС Србије, а састоји се од председника и два члана. У саставу Комисије обавезно се морају изабрати један дипломирани економиста и један дипломирани правник. Рад Комисије се ближе дефинише Пословником о раду Комисије за рад са посредницима.

Као посредник не могу бити ангажована службена лица, како је то дефинисано у тачки 11. одељка "Дефиниције" Статута ФИФА. Према тачки 11. одељка "Дефиниције" Статута ФИФА, службена лица су: сваки члан борда, комисије, судија или помоћни судија, селектор, тренер и остала лица одговорна за стручна, медицинска или административна питања у ФИФА, конфедерацији,

²⁷ Службени лист ФСС "Фудбал", бр. 23/2015; Правилник је усвоји Одбор за хитна питања ФСС 8. маја 2015. године.

савезу, лиги или клубу, као и сва друга лица обавезна да поштују Статут ФИФА, осим играча. Из овога произилази да играч може бити посредник за другог играча/клуб, осим када постоји сукоб интереса.

Поред "претходне" регистрације посредника у Фудбалском савезу Србије, регистрација посредника се врши "додатно" и сваки пут када се врши ангажовање услуга посредника од стране играча и клубова (сваки пут када су посредници лично укључени у одређену трансакцију – чл. 3. ст. 1. ФИФА Правилника). Ову накнадну регистрацију посредника врше играчи и клубови који су ангажовали посредника, и то тако што играч који је ангажовао посредника ради закључења уговора о раду између играча и клубова²⁸ доставља ФСС одговарајућу изјаву посредника из Анекса 1 и 2 ФИФА Правилника (анекс 1. и 2. ФСС Правилника, у зависности да ли је посредник физичко или правно лице), док насупрот томе, ову изјаву доставља ФСС-у клуб који је ангажовао услуге посредника ради закључења уговора о трансферу играча између два клуба.

Према члану 3. ФИФА Правилника, национални фудбалски савез је овлашћен да поред Изјаве посредника тражи од играча и клубова и додатне податке и/или документацију. У ФСС Правилнику, такви захтеви, међутим, нису постављени. Другачије је, на пример, у Правилнику о раду са посредницима Хрватског ногометног савеза, на шта ћемо указати касније.

Према чл. 4. ФИФА Правилника (услови за регистрацију посредника), осим података које играч или клуб доставе надлежном савезу, а пре него што посредник буде могао да се региструје, надлежни савез ће морати барем да добије задовољавајућа уверавања да посредник има беспрекорну репутацију. Ако је посредник правно лице, савез одговоран за регистровање трансакције ће, такође, морати да добије задовољавајућа уверавања да физичка лица која заступају правно лице у овој трансакцији имају беспрекорну репутацију. Савез такође мора добити уверавања да посредник којег је по уговору ангажовао клуб и/или играч, нема уговорни однос са лигама, савезима, конфедерацијама или ФИФА-ом који би могао да доведе до потенцијалног сукоба интереса у обављању посредничких послова. Посредницима је забрањено да директно или индиректно наговештавају да постоје такви уговорни односи са лигама, савезима, конфедерацијама или ФИФА-ом у вези са обављањем посредничких послова. Сматра се да су савези поступили у складу са овим својим обавезама ако су од посредника прибавили прописно потписану Изјаву посредника сходно Анексу 1, односно Анексу 2. ФИФА Правилника.

Фудбалски савез Србије се "задовољио" само Изјавом посредника, као "адекватним" доказом да посредник има беспрекорну репутацију. Другачије је, на пример, према правилницима о раду са посредницима Ногометног савеза Хрватске и Фудбалског савеза Енглеске, на шта ћемо касније указати.

²⁸ Према чл. 3. ст. 3. ФИФА Правилника, играч доставља исту документацију и у случају поновних преговора везано за уговор о раду, уколико је ангажован посредник.

2.2. Уговор о заступању

Као и ФИФА Правилник, тако и ФСС Правилник се односи искључиво на ангажовање посредника од стране играча и клубова ради закључења уговора о раду између играча и клубова и ради закључења уговора о трансферу играча између два клуба. ФИФА Правилник користи израз "*employment contract*", што је ФСС превео као "уговор о раду". Хрватски ногометни савез је овај израз превео као "уговор о запошљавању",²⁹ уз додатно прецизирање да то може бити: уговор о професионалном игрању, уговор о раду и уговор о стипендирању.

Чињеница да је ФСС прописао да се посредник ангажује у вези закључења уговора о раду између играча и клуба отвара питање усаглашености Правилника о раду са посредницима и Правилника о регистрацији, статусу и трансферу играча (у даљем тексту: ФСС Правилник о регистрацији).³⁰ Наиме, према чл. 48 – 56, 60. и 67. ФСС Правилника о регистрацији, сви играчи који учествују у организованом фудбалу имају статус аматера или статус професионалца, с тим да играчи аматери су играчи који немају закључени писани уговор са клубом а професионални играч је играч који са клубом има уговор у писаној форми и за играње фудбала је плаћен више од износа трошкова које стварно направи по том основу. Професионални фудбалер (који има навршених 15 година живота) може са клубом закључити уговор о професионалном игрању или стипендијски уговор о игрању (стипендијски уговор може трајати најдуже до 23 године живота), на прописаном обрасцу уговора који садржи минималне услове који се не могу мењати, а најдуже трајање уговора је пет година. Изузетно од овог правила, играчи млађи од 18 година не могу потписати уговор о професионалном игрању и стипендијски уговор о игрању са роком важења дужим од три године. у сваком случају, и играч који са клубом има закључен стипендијски уговор о игрању има статус професионалног играча. У сваком случају, уколико је фудбалски агент био укључен у склапање уговора, његово име мора бити наведено у том уговору, с тим да професионални фудбалер може слободно да преговара с другим клубом (па и преко посредника) само ако је његов уговор с клубом у којем тренутно игра истекао или истиче у року од пест месеци. Логично је питање: Ако фудбалски посредник према ФСС Правилнику о раду са посредницима „заступа“ играча искључиво при закључењу уговора о раду са клубом, како се онда посредник према ФСС Правилнику о регистрацији „укључује“ у склапање уговора о професионалном игрању или уговор о стипендирању играча, када ни један од тих уговора нису уговори о раду, у смислу Закона о раду?³¹

²⁹ Тај појам је користио и Фудбалски савез Србије у ранијем Правилнику о агентима за играче од 6. 6. 2007. године.

³⁰ "Сл. лист ФСС", бр. 3/2011, 50/2012, 3/2013, 25/2014 и 3/2015.

³¹ О овим уговорима више видети, Ђурђевић, Н., у Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., *Уговори у спорту*, Крагујевац, 2014, стр. 179-206.

Приликом одабира и ангажовања посредника, играчи и клубови ће се понашати уз дужну пажњу. Под дужном пажњом се подразумева да ће играчи и клубови обезбедити да посредници потпишу релевантну изјаву посредника и уговор о заступању закључен између две стране. Клубови и играчи су дужни да у уговору о заступању дефинишу природу правних односа које имају са својим посредницима, односно да ли пословне активности посредника значе пружање услуга, саветовање, запошљавање или неки други правни однос.

Уговор о заступању мора да као минимум садржи следеће: имена страна, врста и обим услуга, трајање правног односа, накнада за посредника, опште услове плаћања, датум завршетка³², одредбе раскида³³, потпис уговорних страна и уговарање надлежности органа који ће решавати спорове. Према чл. 5. ст. 2. ФИФА правилника, главни елементи правног односа између играча и/или клуба и посредника треба евидентирати у писаног форми пре него што посредник започне обављање пословних активности. Оваква одредба је изостављена из ФСС Правилника, можда и зато што се сматрало да писана форма уговора о заступању проистиче већ из обавезе за играче и клубове који закључе уговор о заступању да га депонују у ФСС приликом регистрације посредника. Трема, међутим, уочити да је тежиште одредбе из чл. 5. ФИФА Правилника не само на писаној форми уговора између посредника и играча/клуба већ и на томе да уговор мора бити закључен „пре него што посредник започне обављање пословних активности“ за играча/клуб.

Ако је играч малолетан, законски старатељ играча ће такође потписати уговор о заступању у складу с националним законима земље у којој играч има пребивалиште. Треба приметити да је у чл. 5. ст. 2. ФИФА правилника употребљен израз "законски старатељ(и)" играча, што указује да ФИФА уважава чињеницу да се према националном законодавству може захтевати и сагласност оба родитеља малолетног играча. Очигледно је да се ФСС жели задовољити и сагласношћу само једног родитеља. То одговара решењу из чл. 56. ст. 3. ФСС Правилника о регистрацији, према којој уговор који се закључује са професионалним играчем који нема навршених 18 година потписују играч и „његов родитељ или старатељ“.

Износ накнаде која се плаћа посреднику који је ангажован да заступа у име играча обрачунава се на основу основних бруто прихода играча током комплетног трајања уговора. Насупрот томе, клубови који ангажују услуге посредника дужни су да посреднику исплате накнаду у паушалном износу, уговореном пре закључења конкретне трансакције. Ако се постигне сагласност, таква се накнада може исплатити и у ратама.

У складу са императивним одредбама, националним и међународним законодавством, играчи и клубови се обавезују да примењују следеће одредбе

³² Нејасно је шта се под тим мисли. Чл. 5. ст. 2. ФИФА Правилника говори о датуму закључења уговора.

³³ Иако је лоше формулисано, мисли се на одредбе о раскиду уговора.

приликом плаћања посредницима: 1) укупан износ накнаде по трансакцији за посредника који су ангажовани да иступају у име играча не сме да прелази три посто (3%) играчевог основног бруто прихода за читаво време трајање уговора о раду; 2) укупан износ накнаде по трансакцији за посредника који су ангажовани да иступају у име клуба у циљу закључења уговора о раду са играчем не сме да прелази три посто (3%) играчевог евентуалног основног бруто прихода за читаво период трајања релевантног уговора о раду; 3) укупан износ накнаде по трансакцији за посредника који је ангажован да иступа у име клуба приликом закључења уговора о трансферу, не сме да прелази три посто (3%) евентуалне накнаде за трансфер плаћене по основу таквог трансфера играча (чл. 23. ФСС Правилника). Иако се ФСС у чл. 23. Правилника о раду са посредницима позива на неке "императивне одредбе" треба указати да такве одредбе не постоје. Шта више, према ФИФА правилнику, проценити који су наведени у чл. 23. ФСС Правилника су само "препоручени" проценти за обрачун накнаде посреднику.

Клубови су обавезни да осигурају да се исплате од стране једног клуба другом клубу у вези са трансфером, као што су накнада за трансфер, накнада за тренирање или доприноси солидарности, не исплаћују посредницима, а такође да посредници не извршавају таква плаћања. Ова забрана обухвата и уступање потраживања. Из ФСС Правилника је изостављена забрана из чл. 7. ст. 4. ФИФА Правилника према којој посредник не може имати било какав удео у накнади за трансфер или у вредности будућих трансфера играча. То је, вероватно, последица чињенице да је чл. 70.6 ФСС Правилника о регистрацији прописано да ниједан клуб или играч не могу закључити уговор са трећим лицем којим се трећем лицу даје право да учествује, било у целини било делимично, у накнади која се плаћа за будући трансфер играча из једног клуба у други, нити уговор којим треће лице стиче било каква права у вези са будућим трансфером или накнадом по основу трансфера.

Свако плаћање услуга посредника може да врши искључиво клијент посредника у корист посредника. Након закључења трансакције, а у случају да се клуб сагласи, играч може дати своју писану сагласност да клуб исплати посредника у његово име. Плаћање у име играча мора да буде у складу с условима плаћања договореним између играча и посредника.

Службеним лицима, за које је дефиниција дата у тач. 11. одељка "Дефиниције" Статута ФИФА и чл. 6. ФСС Правилника, забрањено је да добијају било какву исплату од посредника, целокупно, или дела накнада која се плаћа том посреднику у тој трансакцији. Свако службено лице које не поступи у складу са наведеном забраном биће подвргнуто дисциплинским санкцијама.

Играчима и клубовима који ангажују услуге посредника приликом преговора о уговору о раду и/или уговору о трансферу, забрањено је да изврше било каква плаћања према том посреднику ако је играч о коме је реч малолетник, према дефиницији у тач. 11. одељка Правилника ФИФА о статусу и трансферу играча - "Дефиниције".

Фудбалски савез Србије је појам „*Representation Contract*“ који користи ФИФА Правилник да означи уговор између посредника и играча/клуба превео као „уговор о заступању“, исто као и Хрватски ногометни савез.³⁴ Другачије је, међутим, поступио Немачки ногометни савез који је тај појам превео као „уговор о посредовању“. Додуше, реч „*representation*“³⁵ може и да значи „заступање“, али и „представљање“, односно „репрезентовање“. У енглеској правној литератури се за уговор о заступању чешће користи појам „*Agency Contract*“. Нама се чини да је било боље да је ФСС употребио појам „уговор о посредовању“ или „уговор о представљању“ уместо појма „уговор о заступању“, поготову имајући у виду чињеницу да се према ФИФА Правилнику тек овим уговором између посредника и играча дефинише у чему се састоји природа правног односа између њих: услуге, саветовање, тражење запослења, или неки други правни однос. Осим тога, сам назив ФИФА и ФСС Правилника упућује на такав закључак, укључујући и појам посредника).³⁶

2.3. Објављивање података

Играчи и клубови дужни су да Комисији ФСС доставе све информације о свим договореним накнадама или другим врстама плаћања која су извршена или ће бити извршена у корист посредника. Осим тога, играчи и клубови су обавезни да на захтев Комисије свим надлежним органима лига, савеза, конфедерација и ФИФА открију све уговоре, споразуме, документацију или било које друге информације везане за посреднике. Играчи и клубови су посебно дужни да постигну споразуме са посредницима како би осигурали да нема препрека за откривање претходно наведених информација и докумената.

Комисија је обавезна да на крају марта месеца сваке календарске године на званичном сајту ФС Србије објави имена свих посредника које су регистровани, као и појединачне трансакције у којима су они учествовали. Осим тога, Комисија је, такође, дужна да објави укупан износ свих накнада или износа стварно исплаћених посредницима од стране играча и клубова. Износи које се објављују представљају консолидоване укупне износе за све играче, као и консолидоване укупне износе за клубове појединачно по клубу.

³⁴ Тај појам користе и Фудбалски савез Црне Горе и Фудбалски савез Словеније.

³⁵ Representation се у речницима описује (у области права) као: “*A statement or implication of fact, oral or written, as made by one party to induce another to enter into a contract*“ (www.yourdictionary.com/representation#iCvT7u8zTUjyIAsg.99). Или: “*A statement of fact made with the purpose of getting someone to become party to a transaction or contract. The presentation of fact may be by words or by conduct and it should induce a person to act.*” (<http://definitions.uslegal.com/t/representation/>)

³⁶ „Definition of an intermediary: A natural or legal person who, for a fee or free of charge, represents players and/or clubs in negotiations with a view to concluding an employment contract or represents clubs in negotiations with a view to concluding a transfer agreement.“

Први извештај Комисије је објављен 28. марта 2016. године.³⁷ Закључно са 21.03.2016. године, код Комисије за рад са посредницима извршено је укупно 15 регистрација, почев од 10.6.2015. године када је ФСС Правилник ступио на снагу. За највећи број посредовања била су ангажована правна лица (12): LIAN SPORTS LIMITED (5) , RB SPORTS AGENCY (4) и ПР АГЕНЦИЈА ЗА КОНСУЛТАНТСКЕ ПОСЛОВЕ WIS AGENCY НОВИ САД (3). Највећа посредничка накнада је плаћена од стране ФК Црвена Звезда за посредовање приликом трансфера играча Грујић Марка из ФК ЦРВЕНА ЗВЕЗДА у ФК Ливерпул Енглеска посреднику Зорану Чанку у износу од 210.000 ЕУР, што је 3% трансфера играча који износи 7.000.000 ЕУРа.

Комисија може да играчима и клубовима пружи на располагање сваку информацију у вези са трансакцијама за које је установљено да су кршење одредби ФСС Правилника, а које могу бити од значаја за такву врсту нерегуларности.

Обавеза обелодањивања података и објављивања садржана је иначе у члану 6. ФИФА Правилника. Када се упореде овај члан ФИФА Правилника и чл. 18. ФСС Правилника могу се уочити две суштинске разлике: 1) ФИФА Правилник обавезује играче и клубове да, изузев уговора о заступању за који постоји обавеза обелодањивања сходно чл. 4. ст. 5. ФИФА Правилника, свим надлежним органима лига, савеза, конфедерација и ФИФА на њихов захтев³⁸ а у циљу спровођења истрага, обелодане све уговоре, споразуме и документацију који се тичу посредника и послова на које се ове одредбе односе; 2) ФИФА Правилник прописује да сви наведени уговори треба да буду приложени уговору о трансферу или уговору о раду, зависно од случаја, ради регистрације играча, а клубови или играчи су дужни и да се постарају да се у сваком уговору о трансферу или уговору о раду закљученом уз услуге посредника, наведе име и потпис тог посредника. У случају да играч и/или клуб у преговорима нису користили услуге посредника, ова чињеница треба да буде изричито наведена у одговарајућој документацији која се доставља у оквиру предметне трансакције. Према чл. 11. ст. 2. и чл. 67. ст. 1. ФСС Правилника о регистрацији, прилагање уговора између играча и посредника (агента) није услов за регистрацију играча, као што није услов ни да се посредник потпише на уговору у чијем је закључењу учествовао (довољно је да се наведен његово име).

2.4. Сукоб интереса

Пре него што ангажују услуге посредника, играчи и клубови су обавезни да учине све да обезбеде да не постоји сукоб интереса, нити да постоји вероватноћа да ће се појавити сукоб интереса, било за играче и/или клубове било за посреднике. Сматраће се да не постоји сукоб интереса ако посредник

³⁷ Видети, <http://www.fss.rs/index.php?id=21&aid=9950&page=2>

³⁸ Дакле, није потребан никакав посебан захтев Комисији ФСС.

написмено обелодани постојећи или потенцијални сукоб интереса који би могао имати са једном од страна укљученим у предметни посао, у вези са трансакцијом, уговором о заступању или заједничким интересима и ако посредник пре почетка преговора прибави изричиту писану сагласност свих осталих заинтересованих страна.

Ако играч и клуб желе да ангажују истог посредника за исту трансакцију, играч и клуб су обавезни да дају свој изричит писмени пристанак пре почетка преговора и потврдиће написмено која страна (играч или клуб) ће исплатити накнаду посреднику. Осим тога, стране су дужне и да обавесте Комисију ФСС о сваком другом таквом уговору/споразуму и у складу са тим доставе све прописане документе у оквиру процеса регистрација.

2.5. Казне

Казнене одредбе су садржане у чл. 31-34. ФСС Правилника. За непоштовање одредби ФСС Правилника, дисциплинске мере могу изрицати надлежни органи ФСС (национални спорови) или надлежни органи ФИФА (међународни спорови). Дисциплински поступак може бити покренут на основу пријаве Комисије ФСС, играча или клуба. Дисциплински поступак воде надлежни органи, тј. у првом степену Дисциплинска комисија ФСС а у другом степену Комисија за жалбе ФСС. Одлука другостепеног органа – Комисије за жалбе ФСС је коначна. На ток дисциплинског поступка примењују се процедурална и друга правила утврђена у Дисциплинском правилнику ФСС. Фудбалски савез Србије је обавезан да о свим изреченим дисциплинским санкцијама обавестити надлежне органе ФИФА.

Из ФСС Правилника је изостављена одредба из чл. 9. ст. 2. ФИФА правилника, према којој је национални савез обавезан да објави сваку дисциплинску казну изречену против посредника и да о томе обавести ФИФА-у, која ће преко своје Дисциплинске комисије одлучити о проширењу дејства казни на цео свет у складу са Дисциплинским кодексом ФИФА.

2.6. Решавање спорова

За разлику од ФИФА Правилника који не садржи одредбе о решавању спорова у вези ангажовања посредника, ФСС Правилнику у чл. 30. прописује да ће у случају спорова између играча са једне стране и посредника, односно клуба са једне стране и посредника, надлежан бити редован суд које уговоре обе стране. За ове спорове није дозвољено уговарати надлежност органа ФСС или ФИФА.

2.7. Изјава посредника

При свакој регистрацији, како почетној тако и накнадној, посредник даје одговарајућу изјаву (у зависности да ли је физичко или правно лице) на обрасцу датом у анексу 1 и 2 ФСС Правилника, обавезујући се да ће у случају промене било ког од података из изјаве о томе одмах обавестити ФСС. Изјаве садрже 13 тачака и имајући у виду обим текста изјаве ми ћемо указати само на пар изјава посредника које нису непосредна или посредна имплементација одредби ФИФА, односно ФСС Правилника:

1) Обавезујем се да ћу (изјављујем да ћемо и друштво које заступам и ја лично), приликом обављања посредничког посла, поштовати све императивне одредбе важећих националних и међународних закона, укључујући нарочито одредбе које се односе на запошљавање. Поред тога, сагласан сам да ћу се придржавати статута и правилника савеза и конфедерација, као и Статута и правилника ФИФА приликом обављања послова у својству посредника.

2) Изјављујем да имам беспрекорну репутацију, а нарочито потврђујем да никада нисам осуђиван за финансијска кривична дела, нити за кривична дела због насилничког понашања.

3) Изјављујем да нећу учествовати, било директно било индиректно, у клађењу, коцкању, лутријама и сличним догађајима или трансакцијама у вези са фудбалским утакмицама, нити ћу на други начин имати везе са напред наведеним. Потврђујем да ми је забрањено да имам уделе, било активно било пасивно, у компанијама, концернима, организацијама итд. које промовишу, уговарају, организују или воде такве догађаје или послове.

Чини нам се значајним уочити да Изјава посредника као правног лица искључиво говори о привредним друштвима, и ако из чл. 2. и 13. ФСС Правилника проистиче да посредник може бити било које правно лице.

2.8. Разлике између ФСС Правилника и правила о раду са посредницима Фудбалског савеза Енглеске, Ногометног савеза Хрватске и Фудбалског савеза Немачке

Пошто ФИФА Правилник регулише минималне услове за рад са посредницима и у појединим кључним питањима даје само препоруке националним фудбалским савезима, значајно је погледати на који начин су два велика европска фудбалска савеза, Фудбалски савез Енглеске, који је први донео своју регулативу након усвајања ФИФА Правилника и Фудбалски савез Немачке, као и Ногометни савез Хрватске, као наш први сусед, имплементирали ФИФА Правилник. Ми ћемо указати само на нека кључна решења, из којих се може уочити суштинска разлика у односу на приступ који је имао Фудбалски савез Србије, што све указује да нека одређења Фудбалског савеза Србије

нису морала бити онаква каква су преточена у ФСС Правилник о раду са посредницима.

Фудбалски савез Енглеске је ФИФА Правилник имплементирао кроз Правилник о раду са посредницима (*Regulations on Working with Intermediaries*), који је ступио на снагу 1. априла 2015. године и чија су основна решења следећа:

- Физичка лица или компаније које желе да заступају играче или клубове у трансферима или у преговорима за закључење уговора морају се прво регистровати код Фудбалског савеза (асоцијације) као посредници, преко *on line* портала Фудбалског савеза.

- Да би се регистровао као посредник, апликант треба за задовољи Фудбалски савез у погледу беспрекорне репутације тако што ће писано потврдити да испуњава услове из *Test of Good Character and Reputation for Intermediaries* Фудбалског савеза. Након што је регистрован, посредник може да обавља посредничку активност. Регистровани посредник је овлашћен да користи израз након свог имена: "*FA Registered Intermediary*". Сваки регистровани посредник подлеже истим правилима у погледу овлашћења за заступање играча или клуба при трансферима или преговорима за закључење уговора, с тим да лица која су адвокати могу да пружају искључиво „допуштене правне савете“.³⁹

- Регистрација важи једну годину, након које је посредник обавезан да регистрацију редовно обнавља да би могао да настави да обавља посредничку делатност. Приликом прве регистрације плаћа се такса од 500 фунти, а сваки пут када се регистрација обнавља плаћа се 250 фунти. Таксу за прву регистрацију не плаћају адвокати, лиценцирани агенти и рођаци играча, према старом систему лиценцирања агената.

- Посредник који жели да заступа малолетног играча (испод 18 година) или да заступа клуб у односу на малолетног играча, мора да спроведе специфичну ауторизацију код Фудбалског савеза, која важи 3 године. Да би мога да аплицира за ту додатну ауторизацију, посредник мора да поднесе Фудбалском савезу *Disclosure and Barring Service check* или одговарајући документ уколико је посредник странац. Ауторизовани посредник не може да уђе у било какав споразум са играчем у вези посредничких активности пре 1. јанура године у којој

³⁹ Иако се у овом раду нисмо посебно бавили Правилником о раду са посредницима Шпанског фудбалског савеза (ШФС) указали бисмо на систем регистрације посредника у шпанском фудбалу. Потенцијални посредник подноси писани захтев Генералном секретаријату ШФС, а након што се пријава прогласи прихватљивом, подносилац захтева добија статус „апликанта“. Након тога, ШФС позива апликанта на интервју да би се одлучило да ли је он „лодобан да саветује клијенте на фудбалском тржишту“. Уколико је резултат интервјуа позитиван, апликант мора да поднесе следећа документа: ID, CV, VAT број (за правна лица), две слике, Изјаву посредника, потврду о плаћеној такси (810 evra), потписан *Code of Ethics* и да врати ранију лиценцу агента. <http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-impact-of-the-new-fifa-regulations-for-intermediaries-a-comparative-analysis-of-brazil-spain-and-the-uk-by-luis-torres>

играч пуни 16 година. Само физичка лица могу поднети захтев за додатну ауторизацију за рад са малолетним играчима.

- Посредник мора пре него што предузме било коју посредничку активност претходно да закључи пуноважан *Representation Contract* (уговор о представљању/заступању). Овај уговор мора да садржи, као минимум, оне обавезујуће одредбе које су болд словима означени у прописаном типском уговору о заступању. Максимално трајање уговора о заступању са играчем је 2 године (не и са клубом).⁴⁰

- Играчи и клубови могу плаћати посреднике на исти начин како је то важило и раније за лиценциране агенте. Играч може своју обавезу према посреднику да испуни: 1) директним плаћањем посреднику; 2) да клуб врши дознаке посреднику на периодичној основи из играчеве плате; 3) да клуб плати посреднику на захтев играча у виду пореске користи (*as a taxable benefit*). Насупрот овоме, сва плаћања клуба према посредницима морају бити извршена преко посебног рачуна Фудбалског савеза.

- Посредничка накнада у односу на заступање играча обрачунава се на бази играчеве основне бруто зарада и право на накнаду, након истека уговора о заступању, се наставља за време важности уговора о раду играча у чијем је закључењу посредник учествовао. Посреднику је забрањено да накнаду из посредничке активности дели са било којим другим лицем, осим ако је то лице „посредник подуговарач“.

- Препоручује се да играч, клуб и посредник уговоре накнаду за заступања у висини од 3% основне бруто зараде играча за све време трајања уговора о раду или 3% од трансферне накнаде када је посредник ангажован да заступа клуб при закључењу уговора о трансферу.⁴¹

- Посредник не може, директно или индиректно, да има интерес у било ком клубу (не може да има више од 5% власништва или да врши значајну контролу над клубом). Насупрот томе, играч, клуб, званичник клуба или менаџер клуба не могу, директно или индиректно, да имају било какав интерес у пословима посредника.

⁴⁰ Према Правилнику о раду са посредницима Шпанског фудбалског савеза, максимално трајање уговора је две године и за играче и за клубове. Не постоји ограничење висине накнаде посредника.

⁴¹ Удружење фудбалских агената (*Association of Football Agents*) поднела је Европској комисији приговор против правила из члана 7(3) и 7(8), која одговарају правилима из члана Ц10 и Ц11 Правилника о раду са посредницима Енглеског фудбалског савеза, због несагласности са правом Европске уније. Видети: <http://www.thefa.com/~media/files/thefaportal/governance-docs/agents/intermediaries/31%20march/intermediary-guidance-notes.ashx>

- Спорови у које су укључени посредници могу да се реше између страна у спору, уколико је тако уговорено, и путем арбитраже (*Rule K of the Rules of The Association*).⁴²

- У случају несагласности ФИФА Правилника и Правилника Енглеског фудбалског савеза примењује се правилник Енглеског фудбалског савеза.

Ногометни савез Хрватске (ХНС) је свој Правилник о раду са посредницима донео 9. септембра 2015. године.⁴³ Када се упореди тај правилник са одговарајућим правилником Фудбалског савеза Србије могу се уочити следеће разлике:

- *посредник* је физичко или правно лице које, за накнаду или бесплатно, заступа играче и/или клубове у преговорима с циљем закључења уговора о запошљавању или заступа клубове у преговорима с циљем закључења уговора о трансферу. *Уговор о запошљавању* је уговор о професионалном игрању, уговор о раду или стипендијски уговор о игрању.

- Посредници који су физичка лица да би се регистровали у ХНС требају да доставе следећу документацију: а) Изјава посредника - за физичка лица из Додатка 2 ХНС Правилника; б) Копија посредничког пасоша; ц) Уверење не старије од 3 месеца издато од надлежног суда да се против посредника не води кривични поступак; д) Уговор о заступању; е) Уговор о трансферу, или Уговор о запошљавању; г) Изјава о постојању сукоба интереса, као и писани пристанак свих страна укључених у сукоб интереса у смислу чл. 19 ст. 2 ХНС Правилника (ако је примењиво); х) Заједничка изјава играча и клуба да желе ангажовати истог посредника и ко ће од њих исплатити посредника у смислу чл. 20 ст. 1 ХНС Правилника (ако је примењиво).

- Посредници који су правна лица уз захтев за регистрацију морају доставити следећу документацију: а) Изјава посредника – за правна лица из Додатка 3 ХНС Правилника; б) Извод из судског регистра – за правна лица (не старији од месец дана); ц) Изјава посредника - за физичка лица из Додатка 2 ХНС Правилника; д) Копија посредничког пасоша; е) Уверење не старије од 3 месеца издато од надлежног суда да се против посредника (правна и физичка лица) не води кривични поступак; ф) Уговор о заступању; г) Уговор о трансферу, или Уговор о запошљавању; и) Заједничка изјава играча и клуба да желе ангажовати истог посредника (ако је примењиво); ј) Заједничка изјава играча и клуба ко ће исплатити посредника (ако је примењиво)

- Уколико је играч који ангажује услуге посредника потписао уговор о запошљавању с клубом придруженим ХНС-у, треба доставити следеће документе: а) Изјаву посредника из Додатка 1 или 2 ХНС Правилника; б)

⁴²<http://footballintermediary.co.uk/wp-content/uploads/2014/10/FA-Regulations-on-Working-with-Intermediaries.pdf>; Видети и: <http://footballintermediary.co.uk/regulations/commentary-on-the-regulations/#commentary-on-the-regulations>

⁴³ <http://hns-cff.hr/files/documents/8872/Pravilnik%20o%20radu%20s%20posrednicima%20HNS.pdf>

релевантни уговор о заступању; ц) релевантни уговор о трансферу или уговор о запошљавању; д) уверење не старије од 3 месеца издато од надлежног суда да се против посредника не води кривични поступак. Одговарајуће овоме, након закључења релевантног посла, клуб који је придружен ХНС-у и који је ангажовао услуге посредника за закључење уговора о запошљавању између играча и клуба или закључење уговора о трансферу између два клуба, треба доставити ХНС-у следеће документе: Изјаву посредника из Додатка 2 или 3 ХНС Правилника; б) релевантни уговор о заступању; ц) релевантни уговор о трансферу или уговор о запошљавању; д) уверење не старије од 3 месеца издато од надлежног суда да се против посредника не води кривични поступак. Наведену документацију играчи и клубови достављају сваки пут када се обави нека од радњи везана за закључење уговора о запошљавању или уговора о трансферу.

- Посреднику за играче допуштено је заступати играча или клуб само на начин да закључи одговарајући писани уговор о заступању с тим играчем или с тим клубом. На склапање и раскид уговора на одговарајући начин се примењују прописи Републике Хрватске. Уговор о заступању важи највише за раздобље од две године. Уговор о заступању се не може прећутно и аутоматски продужити. За свако следеће раздобље од највише две године треба се закључити нови писани уговор. Уколико је играч малолетан, играчев(и) законски заступник(ци) такође потписује(ју) уговор о заступању у складу с важећим законима Републике Хрватске, те се уговор оверава код јавног билежника (нотара).

- Посредници имају право: а) контактирати сваког играча који нема уговор о ексклузивном заступању с другим посредником; б) заступати интересе сваког играча или клуба с којима има закључен уговор о заступању. Посредницима је забрањено приступати било којем играчу који има уговор с клубом с циљем да га наговори да превремено раскине свој уговор или повреди било коју обавезу која је садржана у његовом уговору о запошљавању.

- Посредници су обавезни поштовати и придржавати се статута, правилника, упутстава и одлука надлежних тела ФИФА-е, континенталних конфедерација и ХНС-а, као и закона који регулишу запошљавање на територији Републике Хрватске. Посредници јамче да сваки посао који буде закључен као резултат њиховог ангажмана буде у складу с одредбама статута, правилника, упутстава и одлука надлежних тела ФИФА-е, континенталних конфедерација, ХНС-а, као и закона Републике Хрватске. Посреднику који се не придржава ових обавеза, ХНС ће ускратити његову регистрацију и регистрацију уговора у чијем је закључењу он учествовао.

- Укупни износ накнаде по послу који се треба исплатити посредницима који су били ангажовани да заступају играча не сме прелазити десет посто (10%) играчевог основног бруто прихода током целокупног трајања односног уговора о запошљавању. Укупни износ накнаде по послу који се треба исплатити посредницима који су били ангажовани да заступају клуб како би закључили уговор о запошљавању с играчем не сме прелазити десет посто (10%) играчевог основног бруто прихода који буде утврђен уговором о запошљавању и то током

целокупног трајања тог уговора о запошљавању. Укупни износ накнаде по послу који се треба исплатити посредницима који су били ангажовани да заступају клуб ради закључења уговор о трансферу не сме прелазити десет посто (10%) трансферне накнаде која ће се уговорити за релевантни трансфер играча.

- Арбитража ХНС-а, нити Арбитражни суд ХНС-а нису надлежни за решавање спорова који укључују посреднике.

Немачки фудбалски савез (НФС) је ФИФА Правилник имплементирао кроз одредбе Правилника за спортско посредовање (*DFB-Reglement für Spielervermittlung* – НФС Правилник), од 13. 3. 2015. године, који је ступио на снагу 1. 4. 2015. године.⁴⁴ Овај правилник већим делом садржи преузимање решења из ФИФА Правилника, али и одређена одступања. Ми ћемо указати на неколико решења која су другачије од правила Фудбалског савеза Србије:

- Важност појединих уговора са професионалним играчем (*Vertragsspieler u Lizenzspielern*) и/или уговора о трансферу је невезана за поштовање одредби НФС Правилника, а осим тога, нерегистровање одређеног посредника нема никакво дејство на регистрацију одређеног играча за одређени клуб.

- Код избора и ангажовања посредника, играч и клуб су дужни да се постарају не само да посредник потпише посредничку изјаву (из анекса правилника) и уговор о заступању него и да обезбеди из Савезног централног регистра тзв. *Führungszeugnis*, односно потврду о претходном кривичном кажњавању (када су у питању странци, онда одговарајући документ земље у којој је посредник пријављен), не старији од три месеца.

- Чим посредник учествује у одређеној трансакцији, он мора бити регистрован, при чему се плаћа такса у висини од 500 евра, осим ако посредник већ није платио НФС ту таксу за текућу такмичарску сезону.

- Свако физичко или правно лице које намерава да се у одређеној такмичарској сезони ангажује као посредник у трансакцији у вези закључења уговора о запошљавању играча или уговора о трансферу може на крају другог прелазног рока такмичарске сезоне да изврши „претходну регистрацију“ (за ту сезону). За претходну регистрацију је потребно приложити: одговарајућу изјаву посредника; потврду о претходном кривичном кажњавању и доказ о уплаћеној такси. Уколико је посредник извршио претходну регистрацију, при конкретној трансакцији играч и клуб нису дужни достављати доказе у вези плаћене таксе и кривичне одговорности посредника.

- Клубови/играчи закључују са посредником уговор о посредовању (*Vermittlungsvertrag*).⁴⁵ Клубови и играчи су дужни да у уговору о посредовању

⁴⁴ Према Правилнику о раду са посредницима Словеначког фудбалског савеза, одредбе овог правилника не важе за лица која су блиски рођаци играча, уколико посредују без накнаде.

⁴⁴ http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/55209-DFB-Reglement_fuer_Spielervermittlung.pdf

⁴⁵ У немачкој правној литератури се истиче да је у пракси уговор између посредника и играча/клуба пре свега тзв мешетарски уговор, а у случају када посредник преузима на

наведу у каквом правном односу се налазе са посредником, односно да ли је, на пример, делатност посредника налог, саветовање или радно посредовање/заступање или представља неки други правни однос.

- Висина накнаде посреднику која се може уговорити није ограничена.

- Прекршаји против Правилника представљају неспортско понашање које подлеже дисциплинске санкцијама, а ДФБ обавезно објављује све изречене санкције према посредницима.

- Правилник не садржи одредбе о решавању спорова.

Правилник Немачког фудбалског савеза је још пре доношења изазвао знатне полемике између НФС и лиценцираних агената/посредника. Одмах након усвајања, једна од највећих немачких посредничких фирми „*ROGON Sportmanagement GmbH & Co. KG*“ поднела је тужбу против Немачког фудбалског савеза, са оспоравањем више одредби Правилника о спортском посредовању, са становишта кршења одредби о забрани картелског, односно монополског понашања на тржишту. Земаљски суд у Франкфурту је 29. 04. 2015. године делимично усвојио тужбени захтев и утврдио да одређене одредбе НФС Правилника нису у складу са немачким правним поретком.⁴⁶ Реч је о одредбама:

1. Обавеза играча и клуба да изврше регистрацију посредника код НФС прилагањем потписане изјаве посредника у којој се посредник у потпуности подвргава статутима и правилницима ФИФА, конфедерација, НФС и других надлежних савеза и лига – оваква одредба се темељи на монополском положају НФС и односи се и на лица која нису чланови НФС. Фактички, НФС приморава посреднике као „трећа лица“ да се подвргну власти савеза, претећи, уједно, својим члановима (играчима и клубовима) санкцијама ако не утичу на посреднике да потпишу одговарајућу изјаву. У таквим околностима посредник се не подвргава правилима НФС добровољно већ под економским притиском.

2. Подлегање посредника дисциплинској власти ДФБ – Поштовање обавеза од стране посредника може на задовољавајући начин да се обезбеди и преко редовних судова. Санкције се изричу лицима које нису у чланство савеза.

налог играча и делатност тражења запослења за играча (радно посредовање), уговор подлеже не само одредби пар 652 Немачког грађанског законика (мешетарска накнада) него и законским одредбама о радном посредовању (обавезан писмена форма уговора, највиша накнада је 14% , заједно са порезом, једногодишње зараде спортисте) из пар 296-298 треће књиге Социјалног законика. Посебно се указује и на проблематичност давања правних савета од стране посредника када он није адвокат са становишта *Rechtsdienstleistungsgesetz*, према коме извансудске правне услуге могу пружати само лица која су адвокати. Видети Velix Holzhäuser, *Juristische Fallstricke im Recht der Spirlervermittler, Sport und Recht*, бр. 1/2011, стр. 13-17; Schmelzi, B., *Was dürfen Spilervermittler und Sportmanager?*, *Leistungssport*, бр. 1/2004..

⁴⁶ Landgericht Frankfurt am Main, Urt. v. 29.04.2015, Az.: 2-06 O 142/15, http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_lareda.html#docid:7405009

3. Ограничење на паушални хонорар (накнаду) од клуба код трансфера – ограничење накнаде искључиво на паушални хонорар је противправно све док је забрањено да се такав „паушални“ хонорар одређује (оријентише) процентуално у односу на трансферну суму. Објашњење НФС да спорна одредба НФС Правилника не ограничава уговорне стране да хонорар „паушално“ одреде имајући у виду висину будуће могуће трансферне суме, суд није прихватио јер је сматрао да такво тумачење спорне одредбе није једино могуће и да, шта више, из одредбе пре произилази да се паушални хонорар не сме одређивати (оријентисати) према висини трансферне суме. Суд је сматрао да је природно да се накнада посреднику одређује према вредности онога у чему се посредује (обештећење за трансфер – трансферна сума).

4. Забрана плаћања посреднику код малолетних играча када су у питању тзв. лиценцирани играчи, односно професионални играчи први и друге савезне лиге – играчи прве и друге савезне лиге немају потребу за заштитом у истој мери као и играчи нижих лига, имајући у виду суме које се добијају на име зараде и чињеницу да се ангажују од клубова на основу одређеног спортског квалитета, тако да је њихова тржишна позиција знатно боља него малолетних играча у регионалним и нижим лигама (*Vertragsspielers*) који играју за неупоредиво мање паре (којима треба посебна заштита да не би постали „играчка“ у рукама агената).

Врховни земаљски суд у Франкфурту је, као другостепени суд, на жалбу и тужиоца и туженог, овакву првостепену пресуду Земаљског суда у Франкфурту у највећем делу потврдио, уз мање измене. Прихваћени су аргументи првостепеног суда у погледу питања из претходно наведених тач. 1-3, а одбијен је (измењена пресуда) став из тач. 4. Додатно је другостепени суд нашао да је незаконита одредба НФС Правилника о обавезном прилагању "*erweiterten Führungszugnissen*", сматрајући да нису испуњене претпоставке из пар 30a *Bundeszentralregistergesetz*. Врховни земаљски суд у Франкфурту је закључио да забрана да се посреднику плаћа накнада за посредовање у случају свих малолетних играча следи легитимни циљ који је усмерен да то да се спречи да малолетни фудбалери закључују трансфере примарно на основу финансијских користи као и да се у Немачку доводе страни малолетни играчи без осигуране перспективе.⁴⁷

⁴⁷ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 2.2.2016, Aktenzeichen 11 U 70/15, https://olg-frankfurt-justiz.hessen.de/irj/OLG_Frankfurt_am_Main_Internet?rid=HMdJ_15/OLG_Frankfurt_am_Main_Internet/nav/d44/d4471596-ad85-e21d-0648-71e2389e4818,e3a30cae-874a-a251-79cd-aa2b417c0cf4,,,11111111-2222-3333-4444-100000005004%26_ic_uConzentral=e3a30cae-874a-a251-79cd-aa2b417c0cf4%26overview=true.htm&uid=d4471596-ad85-e21d-0648-71e2389e4818

3. Усаглашеност ФСС Правилника са новим Законом о спорту

Непосредно након доношења новог Закона о спорту на скупу који је Министар омладине и спорта одржао са представницима националних спортских савеза, у вези спровођења одредби закона, представник Фудбалског савеза Србије је изразио „забринутост“ у вези спровођења одредби Закона о спорту које се односе на спортске посреднике пошто они имају обавезу да спроводе правила ФИФА и УЕФА, а одредбе Закона о спорту нису у складу са одредбама ФИФА-е у вези положаја и рада фудбалских посредника. Ова опаска ми је била главни мотив за писање овог рада, посебно што сам био члан Радне групе за израду Закона о спорту. Заиста, у којој мери су одредбе Закона о спорту препрека за Фудбалски савез Србије да поштује спортска правила ФИФА, као свог надлежног међународног спортског савеза.

Ако оставимо по страни питање правне природе и правне обавезност спортских правила међународних спортских савеза на националном нивоу, најпре треба указати на то да Република Србија као и свака друга суверена земља признаје правну важност аутономних, приватно правних правила које доносе међународни спортски савези (удружења грађана) на својој територији само под условом да су она у складу са националним законодавством. Према чл. 6. ст. 3. Закона о спорту: „Надлежни национални спортски савези усаглашавају своја спортска правила са спортским правилима надлежног међународног спортског савеза, а у случају да нису усаглашена или да надлежни национални спортски савез није донео одговарајућа спортска правила, непосредно се примењују спортска правила надлежног међународног спортског савеза, осим ако нису у складу са овим законом.“

Битно је, међутим, указати да сам ФИФА Правилник не садржи императивне норме које су униформно опште обавезујуће за све националне фудбалске савезе. Већ из легитимичне анализе правила о раду са посредницима Фудбалског савеза Енглеске, Фудбалског савеза Немачке, Фудбалског савеза Шпаније и Фудбалског савеза Хрватске могу се уочити суштинске разлике између појединих земаља, односно тих националних фудбалских савеза. У осталом, то је и потпуно разумљиво јер ФИФА Правилник изричито упућује националне фудбалске савезе да ближе уреде рад са посредницима, полазећи од усвојених минималних стандарда, али водећи, при том рачуна, о поштовању националног законодавства. Дакле, Фудбалски савез Србије није у никаквом „проблеми“ ако усагласи свој Правилник о раду са посредницима са новодонетим Законом о спорту.

Но, ако оставимо по страни да ФСС Правилник није у потпуности усаглашен са ФИФА Правилником, суштинско је питање у којој је мери Закон о спорту у опште у супротности са ФИФА Правилником о раду са посредницима. На то питање се може одговорити са становишта два кључна дела ФИФА

Правилника: 1) услови за обављање послова посредовања у фудбалу; 2) уговор о заступању (уговор између посредника и играча/клуба).

Раније смо навели да када су у питању услови за обављање послова посредовања у фудбалу, ФИФА и ФСС Правилник постављају само један услов: свако физичко и правно лице се може бавити посредовањем у фудбалу *ако се региструје код Фудбалског савеза Србије, уз прилагање Посредничке изјаве (Декларације) и уговора о заступању*. Такво решење није у супротности са Законом о спорту јер је чланом 94. став 1. овог закона изричито прописано да се пословима посредовања могу бавити „и друга лица у складу са правилима надлежног међународног спортског савеза“ (овде ФИФА). Утолико ни фудбалски посредник који је физичко лице не мора бити регистрован у Агенцији за привредне регистре као предузетник да би се бавио посредовањем већ је довољно да буде регистрован код Фудбалског савеза Србије у складу са ФСС Правилником.

Већи је проблем услов из чл. 94. ст. 2. Закона о спорту према коме би фудбалски посредник који је физичко лице морао имати одговарајуће спортско звање (звање: спортски посредник), које се стиче на основу одговарајуће школске спреме или стручне оспособљености у спорту, и одговарајућу дозволу за рад (тзв. лиценца) издату од стране Фудбалског савеза Србије, односно према коме би фудбалски посредник који је правно лице морао имати ангажовано физичко лице које испуњава те услове. Фудбалски савез Србије би морао својим спортским правилима да уреди начин и ближе услове за издавање, обнављање и одузимање дозволе за рад фудбалском посреднику, као спортском стручњаку, у складу са условима из чл. 27. ст. 3. Закона о спорту, и да на та правилима прибави сагласност Министарства омладине и спорта (чл. 27. ст. 8. и 9. Закона о спорту) Другачије би могло да важи једино када су у питању странци, односно физичка лица страни фудбалски посредници јер према чл. 25. ст. 3. и чл. 28. ст. 8. Закона о спорту сматра се да странац испуњава услове да је спортски стручњак и да има одговарајућу дозволу за рад уколико има одговарајуће образовање или стручну оспособљеност у области спорта у складу са законом државе чији је држављанин и ако му је издата страна национална дозвола за рад у складу са законом и спортским правилима матичне државе.⁴⁸ Страни фудбалски посредник би, међутим, морао да докаже испуњеност ових услова у процесу регистрације у складу са ФСС Правилником о раду са посредницима. Јасно је да одредбе ФСС Правилника према којима је довољно за обављање послова фудбалског посредовања да је физичко или правно лице (било који) регистровано код ФСС

⁴⁸ Закон о спорту признаје и међународну дозволу за рад (лиценцу) издату спортском стручњаку од стране надлежног међународног спортског савеза или надлежног националног спортског савеза у складу са правилима надлежног међународног спортског савеза (чл. 28. ст. 2). Међутим, ФИФА према Правилнику о раду са посредницима не издаје међународне дозволе за рад фудбалским посредницима нити такве дозволе могу издавати национални фудбалски савези.

нису у складу са чл. 94. ст. 2. Закона о спорту и да у том делу ФСС Правилник мора бити усаглашен са Законом о спорту до 16. фебруара 2017. године.⁴⁹ Треба, међутим, констатовати да то не би било у супротности са ФИФА Правилником јер су према чл. 1. ст. 2. и чл. 3. ст. 2. овог правилника ФИФА Правилником постављени само минимални стандарди/услови за ангажовање посредника од стране играча и клубова и да у процесу регистрације ФСС може да тражи поред прописане Изјаве посредника и додатну документацију у складу са императивним законским нормама.

Када су у питању уговори између посредника и играча/клубова чињеница да ФСС Правилник овај уговор назива уговор о заступању а Закон о спорту уговор о спортом посредовању представља, по нашем мишљењу, најмањи проблем. У осталом, погрешна правна квалификација, односно назив неког уговора не утиче на његову правну природу. Проблем не постоји ни када је у питању садржина овог уговора, пошто у том погледу не постоји суштинска разлика између одредбе чл. 94. ст. 10. Закона о спорту и чл. 16. ФСС Правилника. Три разлике су, међутим, од суштинског значаја и тичу се самом закључења уговора и рока његове важности. Прво, Закон о спорту захтева да уговор о посредовању у спорту, као и све измене и допуне тог уговора, буде под претњом ништавости закључен у писаној форми и оверен у складу са законом, док ФСС Правилник не садржи одредбе о форми уговор о заступању. Друго, Закон о спорту дозвољава да се уговор о посредовању у спорту закључи на период од најдуже две године, док ФСС Правилник не садржи било какво ограничење рока важности уговора о заступању. Треће, према Закону о спорту када уговор о посредовању у спорту закључује малолетни спортиста потребно је да тај уговор прати претходна, писана и оверена у складу са законом сагласност оба родитеља, односно старатеља спортисте, док је према ФСС Правилнику довољно да се један родитељ малолетног играча потпише на уговор о заступању. Ове разлике морају бити отклоњене усаглашавањем ФСС Правилника са Законом о спорту. Треба, међутим, и овде констатовати да то не би било у супротности са ФИФА Правилником. Када су у питању малолетни играчи, сам ФИФА правилник у чл. 5. ст. 2. упућује на национално законодавство када се одређује да ли је потребна сагласност једног или оба родитеља играча. Када је реч о форми уговора о заступању, ФИФА Правилник у чл. 5. ст. 2. изричито захтева да овај уговор буде закључен у писаној форми, и то пре него што посредник започне обављање пословних активности. Коначно, када је у питању рок важења уговора о заступању, ФИФА Правилник оставља посреднику и његовим клијентима да на основу слободе уговарања одреде дужину трајања уговора о заступању, али у границама императивних законских норми (чл. 1. ст. 2. и чл. 5. ст. 2). Видели смо да је у Немачкој, Енглеској и Шпанији тај рок управо ограничен на две године, и то правилима националних фудбалских савеза.

⁴⁹ Овај рок проистиче из чл. 181. ст. 1. Закона о спорту.

ФСС Правилник се разликује у односу на Закон о спорту и у томе што допушта да фудбалски посредник у исто време може заступати и играча и клуб, под условом да писано саопшти странама укљученим у предметни посао постојање или потенцијални сукоб интереса и да играч и клуб дају свој изричит пристанак пре почетка преговора, потврђујући написмено која страна ће исплатити накнаду посреднику (чл. 8. т. 2. и 3). Насупрот томе, Закон о спорту изричито прописује да организација за спортско посредовање може штитити интересе само једне стране из уговора о посредовању (чл. 94. ст. 13). Међутим, према Закону о спорту, једине санкције за непоштовање ове обавезе од стране спортског посредника су одговорност за прекршај и обавеза накнаде штете лицу са којим се има закључен уговор о посредовању. И у овом погледу не сматрамо да би усаглашавање ФСС Правилника са Законом о спорту представљало кршење одредби ФИФА Правилника, јер се увек националним правилима могу успоставити строжији услови. Битније је, међутим, да сматрамо да је решење из Закона о спорту исправније са становишта интереса играча. Чиста је фикција да се сукоб интереса отклања тиме што је посредник рекао играчу и клубу да може бити у сукобу интересе кад их обоје заступа у истом правном послу и када су они на то пристали. Интереси играча и клуба су увек у колизији јер је основни интерес играча да постигне не само што већу зараду него и друге бенефиције, док је интерес клуба да „принадлежности“ играча буду што мање. Интерес је играча и да друге уговорне одредбе, посебно у погледу раскида уговора, буду у његовом интересу и да пређе у клуб који је „солидан“, односно који ће испуњавати своје уговорне обавезе. Насупрот томе, интерес клуба је и да играч има потребне квалитете са становишта фудбалске екипе, према захтевима тренера. Када се томе додају и интереси посредника у вези висине накнаде за посредовање/заступање онда је, чини нам се, потпуно јасно да он своју обавезу да током преговора за закључење уговора о запошљавању (раду) поступа са пажњом доброг стручњака не може испунити на адекватан начин.

Коначно, ФСС Правилник регулише искључиво рад посредника при закључењу уговора о раду између професионалног играча и клуба (чл. 1. ст. 1. тач. а) док се Закон о спорту односи на посредовање при закључењу свих уговора између спортисте (и аматера и професионалаца) и спортске организације (чл. 94. ст. 1). Чињеница јесте да се према ФСС Правилнику о регистрацији, статусу и трансферу играча између клубова и играча аматера не закључују писани уговори (чл. 49. ст. 2), али смо раније и указали на то да према овом правилнику играчи који закључе са клубом стипендијски уговор о игрању имају статус професионалца.⁵⁰ У том смислу се и стипендијски уговор о игрању може

⁵⁰ Када се ближе анализирају одредбе типског уговора о стипендијском игрању може се закључити да је ту реч, најмање, о уговору о бављењу спортом из чл. 17. ст. 2. Закона о спорту, а када су испуњени услови из чл. 48. ст. 2. ФСС Правилника о регистрацији, статусу и трансферима играча тај уговор не би могао да буде ни закључен већ би клуб и

сматрати уговор о запослењу из чл. 1. ст. 1. тач. а) ФИФА Правилника те би морао бити обухваћен одредбама ФСС Правилника.

*Nenad Đurđević, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

INTERMEDIARIES IN FOOTBALL AND THE LAW ON SPORT OF THE REPUBLIC OF SERBIA FROM 2016

Summary

Since the 1st April 2015 new FIFA rules have been in effect regulating the activities of intermediaries making breakthrough in terms of amendment of the licensed agents system that was being applied for more than 25 years. Focus of the sporting mediation regulation has been moved from the control of the approach to the service of intermediaries to control of the mediation process itself where the national associations were given the possibility to regulate more closely the work of football intermediaries taking into account the national legislations. In May 2015, The Football Association of Serbia has adopted the Rulebook on working with the intermediaries which includes mostly the rules of the FIFA Regulations on Working with the Intermediaries that have come into force on 1st April 2015 and which regulates requisites under which natural persons or legal entities can be recognised and registered as intermediaries. The Republic of Serbia has enacted the new Law on Sport in 2016 which has come into force on the 16th February 2016. that regulates the requisits under which natural persons or legal entities could work as intermediaries in sport. The author analyses in his paper if and in what scope are the regulations of the Football Associations of Serbia and FIFA are in accordance with the Law on Sport of the Republic of Serbia and if that Law is a possible obstacle to implementation of the FIFA Regulations on Working with the Intermediaries into our legal system. In that regard, it is given the difference between regulations established by the Football Association of Serbia and those in football associations of England, Croatia and Germany.

Key words: *football, intermediaries, players, transfer, representation contract, Law on Sport of Serbia.*

играч требали да закључе уговор о раду (видети чл. 3. ст. 1. тач. 9) и чл. 10. ст. 2. Закона о спорту).

Литература

- Bakari, P. A., The Evolution of Athlete Representation: The Game Has Changed!, Chapter in: Understanding Sports Law, Thomson Reuters/Aspatore, 2014.
- Влашковић, В., Начело најбољег интереса детета у породичном праву, докторска дисертација, Правни факултет у Крагујевцу, 2014.
- Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., Уговори у спорту, Крагујевац, 2014.
- Јечменић, М., Уговор о посредовању у спорту, Гласник права (електронски часопис), бр. 2/2012.
- Marcotti, G., The era of the "player agent" is over, but they still have a place in football, <http://www.espnfc.com/blog/marcotti-musings/62/post/2516003/fifa-ends-the-player-agent-era-but-they-are-here-to-stay>
- Menke, J. M., Reiter, G., Sportlerberatung zwischen Vermittlung und Verhandlung: Zu den rechtlichen Spielfeldern eines Sportler-Agenten, SCIAMUS – Sport und Management, Нр. 2/2011.
- Schmellzi, B., Was dürfen Spilervermittler und Sportmanager?, Leistungssport, br. 1/2004.
- Holzhäuser, V., Juristische Fallstricke im Recht der Spilervermittler, Sport und Recht, br. 1/2011.
- DFB-Reglement für Spielervermittlung, http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/55209-DFB-Reglement_fuer_Spielervermittlung.pdf
- Закон о спорту Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 10/2016
- Правилника о регистрацији, статусу и трансферу играча Фудбалског савеза Србије, "Сл. лист ФСС", бр. 3/2011, 50/2012, 3/2013, 25/2014 и 3/2015.
- Правилник о раду са посредницима Фудбалског савеза Србије, „Службени лист ФСС "Фудбал", бр. 23/2015.
- Правилник о раду са посредницима Хрватског ногометног савеза, <http://hns-cff.hr/files/documents/8872/Pravilnik%20o%20radu%20s%20posrednicima%20HNS.pdf>
- Shedding light of FIFA'S Intermediary Regulations, <http://footballintermediary.co.uk/regulations/background-to-the-regulations/#background-to-the-regulations>
- Urteil Landgericht Frankfurt am Main, v. 29.04.2015, Az.: 2-06 O 142/15, http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_lareda.html#docid:7405009
- Urteil OLG Frankfurt am Main, vom 2.2.2016, Aktenzeichen 11 U 70/15, <https://olg-frankfurt-justiz.hessen.de>
- Urteil Amtsgericht Nürtingen, Aktenzeichen: 12 C 2070/02, <http://www.femity.net/meine-familie/inhalt/artikel/vertraege-mit-minderjaehrigen-sind-ohne-zustimmung-beider-eltern-unwirksam-297/2/>
- FIFA Regulations on Working with Intermediaries, www.fifa.com/.../RegulationsonWorkingwithIntermediariesII_Neutral.pdf
- FA Regulations on Working with Intermediaries, www.thefa.com/.../intermediaries/.../fa-regulations-on-working-with-intermediaries.ashx

*Mr Зоран Вуковић, асистент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 796.075:349.2

ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ОБАВЉАЊЕ ПОСЛОВА СПОРТСКОГ АГЕНТА*

Резиме

Претпоставке, односно услови који морају бити испуњени да би неко лице могло обављати послове спортског агента у виду професионалног занимања значајно се разликују према правилима националних законодавстава, правилима надлежних националних гранских спортских савеза и надлежних међународних спортских савеза. У овом погледу, разликују се два основна система.

Први подразумева контролу приступа обављању послова спортског агента. Наиме, појединим прописима установљава се нужност одобрења (систем ауторизације или лиценцирања) за бављење професијом спортског агента. Одобрење се даје у форми дозволе за рад (лиценце), која се издаје на основу провере одређених знања и вештина кандидата који подноси захтев.

Други систем подразумева аутоматску регистрацију (систем декларације или регистровања) кандидата. Овде се тежиште уређења спортске агентуре помера са контроле приступа обављању послова спортског агента на контролу самог вршења послова посредовања у спортским трансферима.

Предмет интересовања аутора у овом раду је разматрање правила Закона о спорту Републике Србије и аутономних спортских правила која уређују предуслове за обављање послова и примену правила о спортским агентима.

Кључне речи: *спортски агенти; аутономна спортска правила; дозвола; професионално занимање; предуслови.*

1. Уводна разматрања

У претходних сто година спорт је претрпео преображај од времена када су појединци учествовали у организовању и бављењу спортским активностима вођени ентузијазмом и љубављу према спорту, у циљу задовољења природне људске потребе за физичким вежбањем ради индивидуалног физичког и

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век - век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

психичког благостања, до данашњег нивоа високе професионализације савременог спорта. Професионални спорт се у нашем времену убрзано креће у правцу потпуне комерцијализације искључиво зарад профита и представља високопрофитабилну пословну делатност вредну више десетина милијарди долара на годишњем нивоу.¹

Спортисти су несумњиво кључни субјект у систему савременог спорта. Они из дана у дан својим талентом и вештинама испољеним на спортским приредбама привлаче пажњу јавног мњења и својим залагањем, радом, способностима и искуством омогућавају остварење високих зарада себи, послодавцима за које наступају,² као и другим лицима везаним за спорт. Управо спортисти својим сталним усавршавањем и напредовањем доприносе све већој медијској атрактивности појединих спортских дисциплина, што је у директном односу каузалности са повећањем финансијских прихода од спорта. Међутим, иако кључни и незаменљиви актери у систему спорта, спортисти представљају само „један део слагалице“ у индустрији савременог спорта.³ Наиме, са професионализацијом појединих спортских дисциплина и вишеструким растом профита у спорту, дошло је до развоја читавог низа нових професија у систему спорта. Међу њима су и спортски агенти који, поступајући у оквиру овлашћења која имају, посредују у спортским трансферима, односно настоје да спортисту доведу у везу са спортским клубом ради преговора о закључењу уговора о раду, или да један спортски клуб доведу у везу са другим спортским клубом ради преговора о закључењу уговора о трансферу.⁴ Посредовање у спортским трансферима представља најчешћи вид деловања спортских агената и типичну услугу коју они пружају својим клијентима. Међутим, у условима савременог спорта спортски агенти нуде и разноврсне друге услуге, као што су: старање о јавном имиџу клијента, саветовање у погледу његове каријере, пружање правних и финансијских савета итд.⁵ Сходно томе, спортски агент може се дефинисати

¹ Приход од спорта на глобалном светском тржишту у 2012. години износио је 130 милијарди долара, док је у Европи био процењен на 46, 8 милијарди. Од тога, највећи приходи остварени су од спонзорства, улазница за спортске приредбе и продаје медијских права. Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., *Уговори у спорту*, Крагујевац, 2014, стр. 10.

² У улози послодавца могу се јавити различите спортске организације и удружења: спортски клубови, савези, лиге итд.

³ Gonzales Lopez, M. J., *Regulation of Players' Agents: an Impossible goal?*, Master thesis, Tilburg University, 2010, стр. 8.

⁴ За њихово означавање се, осим назива спортски агенти и посредници у спорту, у законским и струковним правилима употребљавају и други термини као што су: спортски менаџери, посредници за играче, агенти за играче или заступници играча. Јечменић, М., *Уговор о посредовању у спорту*, Гласник права (*online* часопис), бр. 2/12, Крагујевац, стр. 37.

⁵ У оквиру поступка вођеног пред Савезним финансијским судом Немачке (*Bundesfinanzhof – BFH*), спортски агент који послује на међународном плану је, у улози

као физичко или правно лице које у виду повременог или сталног занимања, уз надокнаду или без ње, обавља следеће активности: посредује у циљу закључења уговора својих клијената; закључује различите типове уговора или предузима друге правне радње у име и за рачун својих клијената; и стара се о њиховој укупној каријери.⁶

2. Правила која уређују обављање послова спортског агента

Делатност спортских агената се, по правилу, регулише аутономним спортским правилима, која прописују надлежни међународни и национални спортски савези. Према одредбама Закона о спорту Републике Србије,⁷ спортска правила су правила утврђена општим актима надлежних националних спортских савеза којима се уређује обављање спортских активности и делатности и остваривање утврђених спортских циљева.⁸ Овим Законом нормирана је правна важност спортских правила, будући да је прописано да организације у области спорта остварују своје циљеве и обављају спортске активности и делатности не само у складу са законом, већ и у складу са спортским правилима.⁹ Такође, предвиђено је да се спортска правила примењују на сва лица која су непосредно или посредно обухваћена надлежностима националног спортског савеза.¹⁰ Осим тога, Закон о спорту садржи и правило да надлежни национални грански спортски савез утврђује спортска правила у одговарајућој грани спорта, у складу са законом и међународно утврђеним спортским правилима.¹¹ У случају да национална спортска правила нису усаглашена са међународним, или ако надлежни национални спортски савез није прописао одговарајућа спортска

тужиоца, у свом поднеску конкретизовао своје услуге. У њих спадају: посредовање и заступање приликом закључивања различитих врста уговора и предузимања других правних радњи; економско истраживање тржишта, његово анализирање и процена; тумачење иностраних правних прописа; успостављање и одржавање контакта са спортским организацијама, организаторима спортских приредби и медијима; психолошка експертиза појединих спортиста; индивидуално маркетиншко и финансијско саветовање спортиста. Lam, C., *Rechtliche Aspekte der Spielervermittlung*, GRIN Verlag GmbH, 2013, стр. 5.

⁶ *Study on sports agents in the European Union*, стр. 25. доступно на, http://ec.europa.eu/sport/documents/study_on_sports_agents_in_the.pdf (датум посете: 19. 01. 2016).

⁷ Закон о спорту Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 10/2016.

⁸ Видети: чл. 3. ст. 1, тач. 28. Закона о спорту Републике Србије.

⁹ Видети: чл. 6. ст. 1. Закона о спорту Републике Србије.

¹⁰ Видети: чл. 6. ст. 2. Закона о спорту Републике Србије.

¹¹ Видети: чл. 100. ст. 1. Закона о спорту Републике Србије.

правила, непосредно се примењују спортска правила међународног спортског савеза, под условом да нису у супротности са правилима Закона о спорту.¹²

У националним законодавствима спортски агенти се углавном само начелно спомињу, без прецизног уређења њиховог правног положаја. Другачије је у Републици Србији, у којој су правилима Закона о спорту уређени услови и начин за обављање посредовања у спорту, као и уговор о посредовању који спортски агенти закључују са својим клијентима.¹³

3. Опште напомене о професији спортски агент

Професија спортски агент настала је крајем XX века. Већ је речено да је развој овог занимања непосредно повезан са процесом професионализације и комерцијализације савременог спорта. Наиме, са повећањем медијске пажње коју су изазивала спортска надметања растао је и интерес финансијског капитала за спорт. Зараде у спорту постајале су све веће. То је довело до великог интересовања за овим занимањем и до појаве многобројних спортских агената. Власници спортских клубова и организатори спортских надметања нису благоданно гледали на растући утицај спортских агената у свету спорта. Сматрали да је одсуство било какве регулативе у овој области и прешироко постављена слобода у деловању спортских агената директно супростављена њиховим интересима. Оваква супростављеност интереса, која није била само финансијске већ и етичке природе, коначно је деведесетих година прошлог века условила реакцију правног поретка, у циљу уређења правног положаја и деловања спортских агената.¹⁴ Прописане су претпоставке које морају бити испуњене да би се неко могао бавити овим послом, регистрација од стране надлежних тела и издавање дозволе за рад спортског агента. Дакле, преображај активности лица која су се бавила посредовањем у трансферима спортиста од стихијског и спорадичног деловања до професионалног занимања догодио у тренутку када су надлежна тела препознала њихов друштвени значај и улогу, односно усвојила прописе који регулишу услове који морају бити задовољени да би неко лице обављало професију спортског агента, њихов правни положај, односно права и обавезе спортских агената.

¹² Видети: чл. 6. ст. 3. Закона о спорту Републике Србије.

¹³ Видети: чл. 94. ст. 1-13. Закона о спорту Републике Србије. Поред Србије, деловање спортских агената уређено је и у законодавству Француске. Мићковић, М., *Спортски агенти у фудбалу*, Правни живот, бр. 11/2013, Београд, стр. 437.

¹⁴ Johnson, S., *Show me the money!!! Player agents and conflicts of interest*, Australian and New Zealand Sports Law Journal, 2006, стр. 100.

У доктрини се спортски агенти класификују на различите начине. Нама се прихватљивом чини подела која спортске агенте разврстава у шест група.¹⁵ Критеријуми за ову поделу су: професионална оријентација; степен образовања; стечена знања, искуства и контакти; сродство. Према овим критеријумима, разликују се: професионални спортски агенти; бивши спортисти у улози спортских агената, повремени спортски агенти, тренери у улози спортских агената; спортски агенти саветници; и блиски сродници у улози спортских агената.

У претходном излагању је наведено да спортски агенти у условима савременог спорта на уговорној основи пружају широк дијапазон услуга, те сходно томе могу имати различита права и обавезе према својим клијентима. Тешко је таксативно навести које све услуге спадају у делокруг њиховог пословања. Стога наводимо неке од типичних услуга које су карактеристичне за деловање спортских агената.¹⁶

3.1. Посредовање и заступање

Ово су најчешће услуге коју спортски агенти пружају у професионалном спорту. Док је код посредовања улога спортског агента ограничена на довођење свог клијента у везу са одређеним физичким или правним лицем ради преговора о закључењу одређеног уговора, у случају заступања спортски агент закључује уговор или предузима неку другу правну радњу у име и за рачун свог клијента. Приликом пружања ових услуга спортски агент мора поступати са потребном стручношћу.

3.2. Правно саветовање

Ангажовање правних стручњака уобичајено је у готово свим савременим спортовима. Спортисти често ангажују адвокате или друга лица са одговарајућим правним знањима који би их заступали, или им помагали у преговорима око закључења одређеног уговора. Они спортисту саветују о бројним чињеницама које су од пресудног значаја за постизање споразума. То чине и спортске организације, на чијој страни су неретко ангажовани и читави тимови правних стручњака. Њихове стручне квалификације и правна знања обезбеђују висок степен правне сигурности и предупређују могуће злоупотребе.¹⁷

Обављање послова спортског агента, дакле, често захтева и поседовање одређених правних знања и предузимање читавог низа правних радњи. Из тог

¹⁵ Sekulovic, A., *Profession: agent sportif – Contribution à une Théorie des modèles professionnels*, These de doctorat, Université Paris Ouest – Nanterre la Défense, 2013, стр. 258-271.

¹⁶ Исто, стр. 23-26.

¹⁷ Gonzales Lopez, M. J., *нав. дело*, стр. 17.

разлога, у пракси, многи спортски агенти на основу уговора о пуномоћству ангажују адвокате или друге правне стручњаке. Зато што нису овлашћени да изврше одређену правну радњу, или им недостају потребне правне квалификације. У том смислу, немачко законодавство предвиђа да се правним саветовањем могу бавити искључиво лица са одговарајућим стручним правним квалификацијама (нпр. адвокати, јавни бележници итд.). Спортски агенти најчешће немају потребно образовање тако да је њихово деловање у Немачкој ограничено на посредовање ради закључења уговора. Дакле, спортски агенти који немају потребне правне квалификације у Немачкој нису овлашћени да заступају своје клијенте, односно да преговарају и закључе уговор у њихово име и за њихов рачун.¹⁸ Са друге стране, у погледу могућности адвоката да обављају делатност спортског агента аутономна спортска правила познају три решења: изричита забрана адвокатима за вршење ове професије; могућност пружања услуга које спадају у делокруг послова спортског агента, али уз обавезу прибављања дозволе за рад у складу са одговарајућим правилима; и најчешћа ситуација у којој адвокат може деловати у улози спортског агента без обавезе поседовања лиценце (или због непостојања регулативе о спортским агентима у одређеној спортској дисциплини, или на основу спортских правила која адвокате изузимају од обавезе поседовања лиценце).¹⁹

3.3. Саветовање о фактичким чињеницама

Улога спортског агента је и да своје клијенте саветују о бројним, за њих меродавним фактичким чињеницама. Примера ради, клијента спортисту саветује у погледу доношења значајних одлука у различитим фазама његове каријере. На пример, о спортској средини, односно спортској организацији која је у тренутном стадијуму његове каријере најпогоднија за његов даљи развој као играча. Претпоставка је да спортски агент поседује потребне информације и добре контакте у свету спорта, што га у очима спортисте легитимише као некога чије савете треба уважити. Пружање оваквих услуга најчешће је у фудбалу, и у тзв. турнирским спортовима као што су атлетика, голф и тенис.

3.4. Управљање финансијама и имовином клијента

Овде спортски агент има улогу финансијског саветника. Он истражује финансијско тржиште, обавља маркетиншко, инвестиционо и финансијско саветовање клијента. Пружање оваквих услуга претпоставља дугогодишње познанство, сарадњу и успостављен однос израженог међусобног поверења између спортског агента и клијента. Ову врсту услуга спортисти најчешће траже у циљу припремања за време по окончању професионалне спортске каријере, у

¹⁸ Lam, С., *нав. дело*, стр. 10.

¹⁹ *Study on sports agents in the European Union*, стр. 90-91.

намери да зараду остварену током бављења спортом инвестирају на најповољнији начин.

3.5. Организовање и промоција спортских приредби

Спортски агенти имају значајну улогу у организовању и промовисању спортских приредби. Посебно када имају добре пословне контакте. Спортски агенти су посебно специјализовани за организацију и промовисање атлетских митинга и бокс мечева.

3.6. Старање о имиџу клијента и односи са јавношћу

У овој улози спортски агент предузима мере које су усмерене ка стварању и одржавању позитивне слике о његовом клијенту у јавности, успостављање и одржавање контакта са медијима и организација конференције за медије.

Доношење одлуке о ангажовању спортског агента непосредно је повезано са обимом услуга које је он у могућности да пружи клијенту. Тако, у савременом спорту спортисти често поверавају менаџерским агенцијама старање о укупној каријери.²⁰ Такве агенције нуде спортистима широк спектар услуга, које индивидуални агенти често нису у могућности да изврше. То је посебно случај када се ради о закључењу уговора о спонзорству, рекламних уговора или старања о имиџу спортисте у јавности. Међутим, значајно је напоменути да се аутономна спортска правила која уређују деловање спортских агената примењују само на послове у вези са трансфером спортиста, док се на остале послове (примера ради, уговор о спонзорству, о управљању имовином спортисте) не примењују правила о спортским агентима, већ општа правила о налогу или посредовању.²¹

4. Претпоставке за обављање професије спортски агент

Предуслови који морају бити испуњени да би неко лице могло обављати послове спортског агента у виду професионалног занимања значајно се разликују према правилима националних законодавстава, правилима надлежних

²⁰ Поверавање послова менаџерским агенцијама најчешће је у случају врхунских тенисера, атлетичара и у голфу. У фудбалу, кошарци, рукомету и ауто/мото спорту доминирају други критеријуми приликом опредељења за одређеног спортског агента. У фудбалу, кошарци и рукомету то су превасходно однос међусобног поверења, пословни углед, репутација, препоруке других спортиста и познавање прилика у тим спортовима. Док се у ауто/мото спорту најчешће ангажују спортски агенти који су се некада бавили тим спортом и снажно су интегрисани у такво спортско окружење. *Study on sports agents in the European Union*, стр. 24-25.

²¹ Buy, F., Marmayou, J.M., Poracchia, D., Rizzo, F., *Droit du sport*, Paris, 2009, стр. 449-450.

националних гранских спортских савеза и надлежних међународних спортских савеза. У овом погледу, разликују се два основна система.

Први подразумева контролу приступа обављању послова спортског агента. Наиме, овде се установљава нужност одобрења (систем ауторизације или лиценцирања) за бављење професијом спортског агента. Одобрење се даје у форми дозволе за рад (лиценце), коју издају национални грански спортски савези на основу поднете пријаве и провере одређених знања и вештина кандидата који подноси захтев. Пријава се прихвата под условом да апликант има беспрекорну репутацију. Струковна правила предвиђају низ одредби о спречавању сукоба интереса, као и низ разлога за забрану вршења послова спортског агента. Циљ таквих правила је гаранција професионалног интегритета и очување добре репутације спортских агената. Обично се нормира да спортски агент не сме бити кривично осуђиван, нити бити под истрагом.²² Посебно се наглашавају кривична дела утаје пореза, одавање пословне тајне, злоупотребе дрога или психоактивних супстанци, као и кривична дела из области сексуалног криминалитета.²³ Спортски агент не сме бити осуђиван ни за привредне прекршаје. Даље, спортском агенту није допуштено да обавља било какву функцију или посао (директор, сарадник или запослени) у спортским организацијама.²⁴ Ове забране важе док трају правне последице осуде, или све док се неко лице бави професијом спортског агента. Приликом процене да ли неко може радити као спортски агент, узимају се у обзир и степен образовања, стручно усавршавање, физичко и ментално здравље итд. Провера знања кандидата може бити организована у виду писменог теста или интервјуа. Испит за добијање лиценце за обављање делатности спортског агента састоји се од питања која се односе на познавање важећих прописа и правила у одређеној спортској дисциплини. Поред тога, може укључивати и питања о познавању општих правних правила која су битна за обављање занимања спортског агента. Таква питања су обично из области грађанског права (лична права), облигационог права (уговори), финансијског права, права осигурања итд. Прописи који предвиђају издавање дозволе за рад, по правилу предвиђају и одређене изузетке. Односно, одређена лица могу деловати као спортски агенти без обавезе прибављања дозволе за рад. То могу бити блиски сродници спортисте: родитељи, браћа и сестре или супружник,²⁵ или адвокати, у складу са домицилним законодавством.²⁶ Ови изузеци од обавезе прибављања дозволе за рад производе одређене правне

²² Видети: чл. 3. ст. 3. Правилника ИААФ.

²³ Видети: чл. 4. Правилника ИААФ и Правилник ФИБА (Н.5.4.4).

²⁴ Видети: Правилник ФИБА (Н.5.4.4).

²⁵ Овај вид репрезентовања спортиста раније је био широко распрострањен у професионалном спорту, док је данас знатно мањи број врхунских спортиста који својим сродницима препуштају бригу о својој каријери. Највећи број блиских сродника у улози спортског агента присутан је у фудбалу.

²⁶ Видети: Правилник ФИБА Н.5.3.4. О правном положају адвоката у улози спортских агената је било више речи у ранијем излагању.

последнице. Најпре, особе на које се изузеци односе не подлежу контроли и санкцијама надлежних органа. Такође, ови изузеци могу бити у противуречности са националним законодавствима који захтевају дозволу за рад спортских агената, при томе не предвиђајући никакве изузетке. Дозвола за рад је лична и не може бити предмет преноса на друго лице. Издаје се на одређено време,²⁷ или важи неограничено. Име спортског агента који добије дозволу за рад објављује се у одговарајућем службеном гласнику.

Други систем подразумева аутоматску регистрацију (систем декларације или регистровања). Овде се тежиште уређења спортске агентуре помера са контроле приступа обављању послова спортског агента на контролу самог вршења послова посредовања у спортским трансферима, уз препуштање националним гранским спортским савезима да прецизније уреде деловање спортских агената. Новим ФИФА Правилником о раду са посредницима²⁸ уводи се реформа у области посредовања у фудбалским трансферима. Наиме, њиме је напуштен систем лиценцираних спортских агената у фудбалу, који је важио 25 година, и имплементиран систем регистрованих посредника. ФИФА је дозволе за рад спортских агената увела још 1991. године. Основни разлог за укидање система лиценцираних агената су резултати истраживања који су указали да је у посматраном временском периоду око 70 % међународних трансфера реализовано уз посредовање лица која нису имала дозволу за рад.²⁹ То је последица раније важећег правила према коме су блиски сродници спортисте фудбалера и адвокати могли обављати послове агента без обавезе поседовања лиценце. На ово се надовезује недовољна доступност јавности података о раду спортских агената у ранијем систему и трансакцијама везаним за трансфере фудбалера. Циљ нових правила је да се уместо контроле приступа обављања послова спортског агента, пажња усмери на непосредну контролу њиховог деловања. Правилником су прописани минимални стандарди које национални фудбалски савези морају да прихвате, уз остављање могућности предвиђања и строжијих услова на националном нивоу, уз уважавање домаћег законодавства. Кључне новине у односу на раније важећи систем лиценцирања, које се тичу предмета овог рада, састоје се у следећем: укидају се дозволе за рад; укида се обавеза полагања испита за добијање лиценце; и укида се обавеза осигурања од професионалне одговорности. Дакле, уместо обавезе лиценцирања, посреднику се намеће обавеза просте регистрације код надлежног националног фудбалског савеза сваки пут када је укључен у одређену трансакцију као посредник.

²⁷ Примера ради, три године у Француској.

²⁸ *Fifa's Regulations on Working with Intermediaries* од 01. 04. 2014. године, који је ступио на снагу 01. 04. 2015. године и заменио *Fifa's Players Agents Regulations* из 2008. године (у даљем тексту: *Правилник ФИФА*), доступно на: http://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/51/55/18/players_agents_regulations_2008.pdf (датум посете 15. 02. 2016).

²⁹ Преамбула *Правилника ФИФА*.

Фудбалски Савез Србије је усвајањем Правилника о раду са посредницима³⁰ усагласио своја правила са правилима ФИФЕ, уз извесна одступања, па се поставља питање односа нових правила о спортским агентима у фудбалу са правилима Закона о спорту која уређују дозволу за рад спортских агената.

За разлику од Правилника ФИФА и Правилника ФСС, Законом о спорту Републике Србије спортско посредовање је уређено као систем лиценцираних спортских агената (тј. спортских агената са дозволом за рад). Имајући у виду да је правна важност аутономних спортских правила на територији Републике Србије призната само ако су она у складу са одредбама Закона о спорту, као неминован се намеће закључак да ће Фудбалски Савез Србије Правилник о раду са посредницима морати да усагласи са решењима усвојеним у Закону о спорту. Уосталом, већ је речено да ни сам Правилник ФИФА не садржи императивне норме, већ минималне стандарде које национални фудбалски савези морају усвојити, али при томе морају поштовати решења домаћег законодавства. У даљем излагању размотрићемо правила Закона о спорту којима се уређује приступ обављању послова спортског агента.

5. Дозвола за рад спортских агената према Закону о спорту Републике Србије

Према одредбама Закона о спорту Републике Србије, спортско посредовање спада у стручни рад у спорту, који непосредно могу обављати спортски стручњаци који испуњавају услове предвиђене законом и поседују дозволу за рад предвиђену спортским правилима надлежног националног спортског савеза или правилима надлежног међународног спортског савеза, у складу са Законом о спорту.³¹ Спортском стручњаку се може издати или обновити дозвола за рад уколико су испуњени услови у погледу потребне стручне спреме или стручне оспособљености, односно спортског звања, припадности националном спортском савезу, здравствене способности, професионалне праксе (практичног стручног рада), стручног спортског искуства, стручног усавршавања, постигнутих спортских резултата и трошкова издавања дозволе за рад.³² Статус спортског стручњака имају искључиво лица која имају одговарајуће више или високо образовање у области спорта, односно физичке културе или су оспособљена за обављање одређених стручних послова у спорту, ако законом није друкчије одређено. Страни спортски стручњаци, односно лица са страним држављанством који имају одговарајуће образовање или стручну оспособљеност у области спорта, у складу са законом државе чији су држављани, сматрају се спортским стручњаком у смислу Закона о спорту.³³

³⁰ „Службени лист ФСС "Фудбал", бр. 23/2015.

³¹ Видети: чл. 27. ст. 1-2. Закона о спорту Републике Србије.

³² Видети: чл. 27. ст. 3. Закона о спорту Републике Србије.

³³ Видети: чл. 25. ст. 2-3. Закона о спорту Републике Србије.

Спортски стручњаци разврставају се према спортским занимањима и звањима у оквиру занимања, у складу са номенклатуром спортских занимања и звања коју утврђује министар надлежан за спорт.³⁴ Према Правилнику о номенклатури спортских занимања и звања,³⁵ спортски посредник је занимање лица која се професионално баве пословима посредовања при преласцима спортисте из једне организације у области спорта у другу. Карактеристични послови занимања спортског посредника јесу: праћење стања у одређеној грани спорта; помагање спортистима у проналажењу спортског ангажмана и закључивању одговарајућег уговора; помагање организацијама у области спорта у проналажењу и ангажовању одговарајућих спортиста; посредовање између организација у области спорта при трансферима спортиста. За стицање звања спортски посредник неопходни су следећи услови: 1) завршено најмање средње образовање и завршен програм одговарајућег оспособљавања III нивоа (240 часова); 2) завршено најмање више образовање из области физичког васпитања и спорта, економије, менаџмента или права и завршен програм оспособљавања II нивоа (120 часова); 3) завршено високо образовање из области економије, менаџмента или права и завршен програм оспособљавања I нивоа (60 часова); 4) завршено високо образовање из области спортског менаџмента.

Спортским правилима надлежног националног спортског савеза се уређују начин и ближи услови за издавање, обнављање и одузимање дозволе за рад спортском стручњаку, у складу са Законом о спорту, односно актом министра надлежног за спорт, који даје и сагласност на та спортска правила.³⁶ Надлежни национални спортски савез издаје дозволу за рад на период од три године уколико спортским правилима надлежног међународног спортског савеза није друкчије одређено. Дозвола за рад може се обновити спортском стручњаку само ако је обавио стручно усавршавање и ако је у периоду важења дозволе за рад стекао одговарајуће стручно спортско искуство. Међународна дозвола за рад издата спортском стручњаку од стране надлежног међународног спортског савеза или надлежног националног спортског савеза у складу са правилима надлежног међународног спортског савеза или страна национална дозвола за рад издата страном спортском стручњаку у складу са законом и спортским правилима стране државе сматра се важећом дозволом за рад, у смислу Закона о спорту, за период за који је издата.³⁷

Пословима посредовања приликом преласка спортисте, односно спортског стручњака из једне у другу спортску организацију и приликом закључења уговора између спортисте, односно спортског стручњака и спортске организације може се бавити привредно друштво, односно предузетник у области спорта ако има дозволу за рад издату од стране надлежног националног спортског

³⁴ Видети: чл. 26. ст. 1-2. Закона о спорту Републике Србије.

³⁵ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 7/2013.

³⁶ Видети: чл. 27. ст. 8-9. Закона о спорту Републике Србије.

³⁷ Видети: чл. 28. ст. 6-8. Закона о спорту Републике Србије.

савеза, као и друга лица у складу са правилима надлежног међународног спортског савеза. Надлежни национални грански спортски савез утврђује својим спортским правилима услове и поступак за стицање дозволе за рад, а на та спортска правила сагласност даје министарство надлежно за спорт. Надлежни национални грански спортски савез издаје дозволу за рад организацији за спортско посредовање и о томе врши јавну објаву на званичном сајту савеза. О сваком издавању дозволе се обавештава министарство надлежно за спорт, у року од 15 дана од дана издавања. Дозвола за рад издата организацији за спортско посредовање од стране надлежног међународног спортског савеза сматра се важећом дозволом за рад за време за које је издата.³⁸

*Zoran Vuković, LL.M., Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac*

REQUIREMENTS FOR PERFORMING SPORTS AGENTS' ACTIVITIES

Summary

Requirements or requisites which must be fulfilled if someone wants to perform sports agents' activities at a professional level vary greatly with the rules of national legislations, competent national branch sports associations and competent international sports federations. In this regard, there are two different basis models.

The first one involves control of the approach to the performance of the sports agents' activities. Thus, necessity of giving approval for sports agent career is established by certain rules (system of authorisation). Approval is given in the form of working license issued after the assessment of knowledge and certain skills of the applying candidate. The other system means the automatic registration (system of declaration) of the candidate. In this case, the focus in governing the issues of sports agency is moved from the control of the approach to the performance of the sports agents' activities to the process of intermediation itself allowing the national sports branch associations to govern the activities of sports' agents more closely by themselves. Among the four international sports federation, FIBA is the only one that insists on the licence as the requirement to take part in international transfers. FIFA, IAF and IRB

³⁸ Видети: чл. 100. ст. 2. тач. 3. Закона о спорту Републике Србије.

leaves to the competent national sports' associations to regulate more closely the activities of sports agents respecting the national legislations.

In this paper, the author considers autonomus rules on sport that govern prerequisites for performing the activities and applying the rules on sports agents.

Key words: *sports agents; autonomus rules on sport; requirements; license; profession.*

Литература

- Buy, F., Marmayou, J.M., Poracchia, D., Rizzo, F., *Droit du sport*, Paris, 2009.
- Gonzales, L. M. J., *Regulation of Players' Agents: an Impossible goal?*, Master thesis, Tilburg University, 2010.
- Ђурђевић, Н., *Спортско право – скрипта*, Крагујевац, 2012.
- Ђурђевић, Н., *Стручна оспособљеност и лиценцирање као услови за обављање стручног рада у спорту*, Зборник радова: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, Крагујевац, 2013.
- Ђурђевић, Н., Мићовић, М., Вуковић, З., *Уговори у спорту*, Крагујевац, 2014.
- Јечменић, М., *Уговор о посредовању у спорту*, Гласник права (online часопис), бр. 2/12, Крагујевац, 2012.
- Johnson, S., *Show me the money!!! Player agents and conflicts of interest*, Australian and New Zealand Sports Law Journal, 2006.
- Lam, C., *Rechtliche Aspekte der Spielervermittlung*, GRIN Verlag GmbH, 2013.
- Мићовић, М., *Спортски агенти у фудбалу*, Правни живот, бр. 11/2013, Београд.
- Sekulovic, A., *Profession: agent sportif – Contribution á une Théorie des modèles professionnels*, These de doctorat, Université Paris Ouest – Nanterre la Défense, 2013.
- Study on sports agents in the European Union, доступно на,
http://ec.europa.eu/sport/documents/study_on_sports_agents_in_the.pdf

УСЛУГЕ ОД ОПШТЕГ ИНТЕРЕСА

*Др Радоје Брковић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 349.23

УСЛУГЕ СЕЗОНСКОГ РАДА И РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СЕЗОНСКИХ РАДНИКА У СРБИЈИ *

Резиме

Аутор у раду анализира сезонски рад и радноправни положај сезонских радника у Србији. Радно ангажовање сезонских радника у Србији одвија се посредством флексибилних форми запошљавања. Због тога на почетку у раду аутор утврђује које су флексибилне форме запошљавања заступљене у Србији и која од њих се најчешће користи при ангажовању сезонских радника. Након тога, аутор анализира који субјекти се јављају као пружаоци услуга сезонског рада. Најчешће се у овој улози јављају омладинске и студентске задруге и приватне агенције за запошљавање. Привремено агенцијско запошљавање „лизинг радне снаге“ није правно уређено у Србији иако је присутно у пракси. Због тога аутор овој врсти радног ангажовања посвећује посебну пажњу, као и њеном уређењу у појединим земљама региона.

Кључне речи: *сезонски рад, сезонски радници, флексибилне форме запошљавања, омладинске и студентске задруге, приватне агенције за запошљавање.*

1. Увод

Рад у радном односу више није заступљен у мери у којој је то био случај у претходним годинама и друштвено-економским системима. Сталан радни однос данас често није правило у многим областима привредне делатности. Привреда доживљава велики преображај условљен развојем технологије и роботике, друштвеним и економским (а на простору Балкана и транзиционим) променама.

Радно ангажовање запослених лица зависи од потреба послодавца. У зависности од привредне делатности који обавља те потребе могу варирати од сезоне до сезоне. У појединим месецима, због природе посла, постоји повећана

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

потреба за радним ангажовањем. Своју потребу за радном снагом у овом временском периоду послодавци задовољавају ангажовањем сезонских радника. Због тога што је повећани обим посла привременог карактера, послодавац није у могућности да у овим ситуацијама заснује са запосленим радни однос на неодређено време. Тада, коришћењем неких од флексибилних форми запошљавања ангажовањем сезонских радника задовољава своје интересе. Методи који му стоје на располагању за ангажовање сезонских радника, данас су знатно шири него у неким ранијим временским периодима.

Међу привредним субјектима постоје они који се баве пружањем услуга везаних за ангажовање сезонских радника као својом основном или допунском делатношћу. Свакако, најзначајнији у овом кругу привредних субјеката су оmlадинске задруге и приватне агенције за запошљавање.

Њихове услуге послодавцима састоје се у бројним активностима, од посредовања у запошљавању сезонских радника до пружања савета везаних за проналазак кандидата за конкретан посао.

Повећано ангажовање радника путем уговора који за своју последицу немају заснивање радног односа (флексибилне форме запошљавања) ствара једну нову појаву у свету рада која производи бројна питања вредна проучавања. Свакако прво од њих је, да ли и у којој мери је статус радника ангажованих путем флексибилних форми запошљавања исти као статус радника у радном односу, потом у којој мери ће овакав вид ангажовања радника утицати на тржиште рада и сталност као један од елемената радног ангажовања?

Морамо приметити да у појединим случајевима, који укључују и сезонски рад, флексибилне форме запошљавања нужно најбољи метод радног ангажовања посматрано из перспективе послодавца и запосленог. Међутим, флексибилне форме запошљавања морају остати изузетак у односу на опште правило да се радно ангажовање запослених одвија у оквиру сталног радног односа.

2. Флексибилне форме запошљавања који се могу користити као метод за радно ангажовање сезонских радника у Србији

Законом о раду уређени су флексибилни облици запошљавања, помоћу којих се могу ангажовати сезонски радници. Неким од њих се не заснива радни однос, док код других то није случај.

Уговором о привременим и повременим пословима се најчешће користи као правни основ за обављање сезонског рада у Србији и њиме се не заснива радни однос. Послодавац може за обављање послова који су по својој природи такви да не трају дуже од 120 радних дана у календарској години да закључи уговор о обављању привремених и повремених послова у писаном облику са: 1) незапосленим лицем; 2) запосленим који ради непуно радно време - до пуног радног времена и 3) корисником старосне пензије. Послодавац може за обављање привремених и повремених послова да закључи уговор са лицем које

је члан омладинске или студентске задруге у складу са прописима о задругама.¹ Дакле, ради се о пословима који трају извесно време, с тим што постоји могућност њиховог понављања у одређеним интервалима. Од радног односа на одређено време разликују се по пратећим социјалним и пореским импликацијама које значе, по правилу, мањи обим социјалних права². Поред овога, суштинска разлика између привремених и повремених послова је у томе што се први обављају у континуитету до њиховог окончања, док се други обављају с времена на време.

Поред претходно наведеног уговора, за радно ангажовање сезонских радника у Србији користи се и уговор о делу. Њиме се такође, не заснива радни однос. Послодавац може са одређеним лицем да закључи уговор о делу у писаном облику, ради обављања послова који су ван делатности послодавца, а који имају за предмет самосталну израду или оправку одређене ствари, самостално извршење одређеног физичког или интелектуалног посла. Уговор о делу може да се закључи и са лицем које обавља уметничку или другу делатност у области културе и уметности у складу са законом, при чему претходно наведени уговор мора бити у сагласности са посебним колективним уговором закљученим за ова лица.³ Посебна врста уговора о делу је уговор о ауторском делу, за који важе одредбе прописа о заштити ауторских права. Важно је нагласити да за радника који ради по уговору о делу морају бити плаћени доприноси за пензијско и здравствено осигурање, као и порез на доходак грађана. У пракси се често злоупотребљава овај правни институт јер га послодавци закључују за ангажовање радника у својој основној делатности, чиме апосленом ускраћују низ права из радног односа.

Као метод за радно ангажовање сезонских радника користи се и уговор о стручном оспособљавању и усавршавању. Уговор о стручном оспособљавању може да се закључи у писаном облику, ради обављања приправничког стажа, односно полагања стручног испита, кад је то законом, односно правилником предвиђено као посебан услов за самосталан рад у струци. Уговор о стручном усавршавању може да се закључи, такође у писаном облику као и уговор о стручном оспособљавању, ради стручног усавршавања и стицања посебних знања и способности за рад у струци, односно обављања специјализације, за време утврђено програмом усавршавања, односно специјализације, у складу са посебним прописом. Послодавац може лицу на стручном оспособљавању или усавршавању да обезбеди новчану накнаду, која се не сматра зарадом, и друга

¹ Закон о раду, "Сл. Гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, чл. 197 и 198.

² О нормативном уређењу института привремених и повремених послова видети више у: Радуловић, З., *Привремени и повремени послови са освртом на измене у законодавству републике Србије*, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, бр. 1/2014, београд, 2014, стр. 163-173.

³ Закон о раду, "Сл. Гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, чл. 199.

права у складу са законом, општим актом или уговором о стручном оспособљавању и усавршавању.⁴ Дакле, ствар је договора између послодавца и особе на стручном усавршавању да ли ће у уговор унети одредбу о новчаним примањима. Такође, ни овим уговором се не заснива радни однос.

Лица која се налазе у радном односу на сезонским пословима могу бити ангажована посредством уговора о допунском раду. Запослени који ради са пуним радним временом код једног послодавца може да закључи уговор о допунском раду у писаном облику са другим послодавцем, а највише до једне трећине пуног радног времена. Уговором о допунском раду утврђује се право на новчану накнаду и друга права и обавезе по основу рада. Запослени има права из обавезног социјалног осигурања, односно, право на здравствено, пензијско и инвалидско осигурање, укључујући и права у случају повреде на раду и професионалне болести.⁵ Уговор о допунском раду може да се закључи у свим областима, при чему треба нагласити специфичност и извесне разлике у односу на здравство, високо образовање и средње образовање где постоје извесне разлике⁶.

3. Омладинске и студентске задруге као пружаоци услуга сезонског рада у Србији

Позитивноправни прописи у оквиру којих данас у Србији делују омладинске и студентске задруге састоје се пре свега од Закона о задругама⁷ и Општих правила омладинског и студентског задругарства⁸.

Већ из другог члана Закона о задругама, у коме се наводи да је задруга облик организовања физичких лица (задругара) у којој они, пословањем на задружним принципима⁹, остварују своје економске, социјалне и културне интересе, јасно је

⁴ Закон о раду, "Сл. Гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, чл. 201.

⁵ Закон о раду, "Сл. Гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, чл. 202.

⁶ На пример, допунски рад у здравственој делатности регулисан је Законом о здравственој заштити, *Сл. Гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009 - др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 - др. закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2015) по коме допунски рад може да се обавља само под условом да рад здравственог радника ван радног времена не утиче на организацију рада матичне установе у којој је примарно запослен. Такође, битно је напоменути и да више није неопходна сагласност за допунски рад од стране послодавца код кога је здравствени радник у радном односу.

⁷ "Сл. гласник РС" бр. 112/2015.

⁸ "Сл. лист СРЈ", бр. 20/98 и 7/2000 - одлука СУС, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 47/2010

⁹ Управљање у задругама је изузетно демократично и чланови су највећој мери укључени у њено функционисање. Због тога су се задруге често сматрале заостатком

да се задруге у потпуности уклапају у преовлађајући теоријски концепт социјалног предузетништва, који није у супротности са сезонским радним ангажовањем. Уједно у члану 11. истоименог закона наводи се да студентско-омладинске задруге, на организован начин обезбеђују задругарима обављање привремених и повремених послова код привредних субјеката у складу са прописима којима се уређује област рада, а у циљу стицања допунских средстава за школовање и задовољење основних социјалних, културних и других личних и заједничких потреба. Циљ обављања ових послова је задовољење основних интереса њених чланова (задругара) а не стицање профита. Ови интереси су најчешће задовољавају кроз ангажовање на сезонским пословима.

Чланом 4. Општих правила омладинског и студентског задругарства прописано је да циљ пословања задруге није стицање добити, такође чланом 1. претходно поменутих правила као задружни принципи наводе се добровољност, солидарност, демократичност, економско учешће, једнако права управљања, самосталност, задружно образовање и међузадружна сарадња.

Допринос заједници од стране омладинских и студентских задруга огледа се у организовању задругара ради обављања послова који су најчешће сезонског карактера.

Задругар може бити студент, ученик и незапослено лице, које није млађе од 15 нити старије од 35 година.¹⁰ Задругари у омладинским и студентским задругама су у највећем проценту млађи од 30. година. Омладинске и студентске задруге и њихове вредности и принципи су атрактивни младима и као средство за стварање властитог предузећа и као послодавац који ће им обезбедити пристојан и човека достојан рад.¹¹

Посредовање које задруга врши код послодаваца у име ових лица за последицу има њихово радно ангажовање. Они за време похађања средње школе, као и за време студирања и након завршетка образовања, раде преко омладинске или студентске задруге како би поправили свој финансијски статус.¹² Млади данас спадају у тешко запошљиву категорију становништва и самим тим егзистенцијално су угрожени.¹³ Посебно су у ризику од сиромаштва млади који

самоуправног социјализма и на њих се гледало као на неке анахроне правне форме и са неповерењем.

¹⁰ Општа правила омладинског и студентског задругарства, "Сл. гласник РС", бр. бр. 20/98 и 7/2000 - одлука СУС, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 47/2010, чл. 23.

¹¹ Alfonso, A. и др., *Money Grows On Trees*, Brussels, European Youth Forum AISBL, 2014, стр. 19.

¹² Брковић Р., *Омладинске и студентске задруге као пружаоци услуга у радном ангажовању младих* Зборник: XXI век услуга и Услужног права, књига 3., Крагујевац, стр. 214.

¹³ На евиденцији Националне службе за запошљавања тренутно се налази око 350.000 особа млађих од 30. година. Месечни статистички билтен, (2015, април), Национална

се налазе на школовању због високих трошкова студирања и учења. Дакле тежак финансијски положај, отежано укључивање у друштво по завршетку студија, као велики број младих који одлазе из земље, ову групу у друштву чини рањивом и угроженом. Стога су они најчешће јако заинтересовани за радно ангажовање на сезонским пословима.

Такође полазећи од принципа солидарности, хуманости и задовољавања ширих интереса, статус задругара, изузетно, може стећи и незапослено лице старије од 35 година, и то ако се ради о лицу тешког социјалног и материјалног стања, избеглици и другом социјално угроженом лицу; ако се ради о потреби ангажовања за рад на специфичним пословима у шумарству, пољопривреди и туризму, који се не могу благовремено обавити на други начин. Број ових задругара не може бити већи од 10% од укупног броја задругара на дан 31. децембра текуће године.¹⁴ Претходно поменуте категорије становништва спадају несумњиво у угрожене групе у друштву. Због тога се активност омладинских и студентских задруга, везана за пружање услуга ангажовања сезонских радника, не може повезивати само са радним ангажовањем ученика и студената, већ она обухвата ангажовање знатно ширег круг лица.

4. Приватне агенције за запошљавање као пружаоци услуга сезонског рада у Србији

У Србији, први пут после другог светског рата, је 2003. године је законом уређено оснивање приватних агенција за запошљавање при чему је прописано ко може бити оснивач, којим пословима се могу бавити агенције, добијање дозволе за рад, њено важење и одузимање, као и полагање испита за рад у пословима запошљавања и сарадња Националне службе за запошљавање и приватне агенције за запошљавање. У Србији је данас положај приватних агенција за запошљавање уређен Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености¹⁵

Према неким анализама, преко 50 хиљада радника у Србији ангажовано је преко приватних агенција за запошљавање при чему се истиче да су велике предности флексибилних облика запошљавања, а који у савременим условима

служба за запошљавање, Преузето са: http://www.nsz.gov.rs/live/digitalAssets/3/3566_bilten_nsz_04_2015.pdf

¹⁴ Општа правила омладинског и студентског задругарства, "Сл. гласник РС", бр. бр. 20/98 и 7/2000 - одлука СУС, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 47/2010, чл. 24.

¹⁵ Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, "Сл. гласник РС", бр. 36/2009, 88/2010 и 38/2015.

претстављају једну од врло актуелних тема радног права у свету.¹⁶ Велики број ових радно ангажованих лица, чине радници који обављају сезонске послове.

Тренутно је у Србији регистровано 70 приватних агенција за запошљавање¹⁷, а поређења ради пре другог светског рата у 1931. године Београду постојало је осам приватних берза рада. Приговарало им се да скупо наплаћују своје услуге, како од послодавца, тако и од послопримаца (радника), те да су склоне разним злоупотребама.¹⁸

Садашња регулатива у Србији је контрадикторна јер се, без обзира што привремено агенцијско запошљавање у пракси постоји, не регулише тај облик привременог рада. Када се ради о услугама посредовања при запошљавању, оне су регулисане одредбама Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености. Када се ради о привременом агенцијском запошљавању (рад на лизинг) ова врста делатности приватних агенција за запошљавање није правно регулисана иако постоји у пракси.

5. Привремено агенцијско запошљавање ("лизинг радне снаге") у циљу сезонског радног ангажовања

Један од облика флексибилног запошљавања који још увек није правно регулисан у Србији, иако постоји у пракси и користи се при ангажовању ради обављања сезонских послова је и "лизинг радне снаге" (привремено агенцијско запошљавање).

У упоредним правним системима привремено агенцијско запошљавање, уређује се одредбама закона о раду, ређе законима о запошљавању и доста ретко, посебним законима. У упоредним правним системима привремено агенцијско запошљавање, уређује се одредбама закона о раду, ређе законима о запошљавању и доста ретко, посебним законима.¹⁹ Под "лизингом" радне снаге, подразумева се запошљавање радника ради уступања другом послодавцу. Послодавац (приватна агенција за запошљавање) запошљава радника искључиво ради његовог уступања другим послодавцима. Запошљавање путем "лизинга" радне снаге, даје компанији већи степен могућности, да сагласно потребама, које нису сталне, број запослених усклађује по броју, структури, врсти и обиму послова.²⁰

¹⁶ Јашаревић, С., *Флексибилне форме запошљавања у Закону о раду*, Радно и социјално право, бр. 1–3/2002, стр. 92.

¹⁷ Извор: <http://www.nsz.gov.rs>.

¹⁸ Миленковић, М., Миленковић, Т., *Запошљавање у Србији-од зачетка до ослобођења земље 1944, књига I*, Београд, 2002, стр. 240.

¹⁹ Брковић, Р., *Приватне агенције за запошљавање- (међународни, компаративни и национални правни оквири)*, Теме, г. XXXIX, бр. 4, октобар, стр. 1389.

²⁰ Лакићевић, С., *Радна снага на лизинг-противуречности између законских решења и стварног стања*, Радно и социјално право, бр. 1/2014, стр. 228.

Хрватска је Законом о раду доста прецизно регулисала привремено запошљавање посредством агенција поштујући решења из упоредног радног права и поштујући комунитарне радноправне стандарде и доследним спровођењем начела једнаког поступања како према радницима агенције за привремено запошљавање, тако и према радницима који су у радном односу код послодавца корисника. Детаљно су регулисана најважнија питања која се односе на специфичан статус уступљених радника. Такође, Законом о раду Хрватске ограничено је и време уступања радника, односно корисник не сме користити рад истог уступљеног радника за обављање истих послова за непрекидно раздобље дуже од 3 године, осим ако је то потребно због замене привремено спреченог радника или ако је то због неких других објективних разлога допуштено колективним уговором.²¹

Законом о раду Црне Горе из 2008. године на одговарајући начин је уређено привремено агенцијско запошљавање²².

Македонија је донела посебан закон за овај облик рада. Законом је прецизно регулисана садржина уговора о привременом агенцијском запошљавању, дозвољени облици рада, организовање броја обављања таквог рада, колико максимално може трајати привремени рад, који су услови потребни за оснивање агенције, гарантује се једнак третман агенцијских радника и радника који су запослени код предузећа корисника.²³

Мишљења смо да у Србији ову врсту флексибилног радног ангажовања треба регулисати. Запошљавањем од стране агенција за привремено запошљавање смањили би се трошкови запошљавања за послодавце (предузећа корисници), између осталог и при ангажовању запослених ради обављања сезонских послова. То је, ако не најважнији, онда сигурно врло важан разлог да се створе правни оквири за рад агенција за привремено запошљавање јер се овај облик запошљавања развио у многим земљама.

6. Закључак

Повећано ангажовање радника путем уговора који за своју последицу немају заснивање радног односа (флексибилне форме запошљавања), а који се најчешће користе при ангажовању сезонских радника, ствара једну нову појаву у свету рада која производи бројна питања вредна проучавања. Свакако прво од њих је, да ли и у којој мери је статус радника ангажованих путем флексибилних форми запошљавања исти као статус радника у радном односу, потом у којој мери ће

²¹ Бејаковић, П., Закон о раду са коментарима и тумачењима, Загреб, 2014. стр. 150.

²² Закон о раду Црне Горе, "Службени лист ЦГ", бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011 и 66/2012, чл. 43а-43г.

²³ Каламатијев Т., Ристовски А., *Флексибилност и сигурност радног односа у радном законодавству Републике Македоније (развој и перспектива)*, Радно и социјално право, бр. 1/2013, стр. 86.

овакав вид ангажовања радника утицати на тржиште рада и сталност као један од елемената радног ангажовања? На ова и многа друга питања одговор ћемо наћи у годинама које следе кроз објективну анализу флексибилних форми запошљавања.

Сезонски рад чини велики део тржишта радне снаге у Србији, као уосталом и бројним другим државама. Од значаја је за послодавца јер у периодима повећаног обима посла омогућава привремено радно ангажовање запослених, током сезоне значајне за привредну делатност послодавца.

Услуге сезонског рада у Србији пружају бројни субјекти од којих су најзначајнији омладинске задруге и приватне агенције за запошљавање.

Привремено агенцијско запошљавање („лизинг радне снаге“) у Србији није правно регулисано иако је заступљено у пракси. То није случај са земљама региона.

Сматрамо да ова врста радног ангажовања мора правно уредити и у Србији.

*Radoje Brković, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

SEASONAL WORK SERVICES AND LABOR STATUS OF SEASONAL WORKERS IN SERBIA

Summary

The author analyzes the seasonal work, and the labor situation of migrant workers in Serbia. Engagement of seasonal workers in Serbia is carried out by means of flexible forms of employment. Therefore, at the beginning of the work, the author establishes that the flexible forms of employment represented in Serbia and one of them is most commonly used in hiring seasonal workers. After that, the author analyzes the subjects appear as providers of seasonal work. The most commonly occurring in this role of youth and student cooperatives and private employment agencies. Temporary employment agency „leasing of labor“ is not legally regulated in Serbia, although already in practice. Therefore, the author of this kind of work engagement pays special attention, as well as its regulation in certain countries of the region.

Key words: *seasonal work, seasonal workers, flexible forms of employment, youth and student cooperatives, private employment agencies.*

Литература

- Alfonso, A. *et. al.*, Money Grows On Trees, Brussels, European Youth Forum AISBL, 2014.
- Вејаковић, Р., *Закон о раду са коментарима и тумачењима*, Загреб, 2014.
- Брковић, Р., Омладинске и студентске задруге као пружаоци услуга у радном ангажовању младих, *Зборник: XXI век услуга и услужног права*, књига 3., Крагујевац, 2012.
- Брковић, Р., Приватне агенције за запошљавање- (међународни, компаративни и национални правни оквири), *ТЕМЕ*, г. XXXIX, бр. 4, октобар, стр. 1379– 1397.
- Јашаревић, С., Флексибилне форме запошљавања у Закону о раду, *Радно и социјално право*, бр. 1–3/2002.
- Каламатијев, Т., Ристовски, А., Флексибилност и сигурност радног односа у радном законодавству Републике Македоније (развој и перспектива), *Радно и социјално право*, бр. 1/2013.
- Лакићевић, С. Радна снага на лизинг-противуречности између законских решења и стварног стања, *Радно и социјално право*, бр. 1/2014.
- Миленковић, М., Миленковић, Т., *Запошљавање у Србији-од зачетка до ослобођења земље 1944*, књига I, Београд, 2002.
- Месечни статистички билтен, Национална служба за запошљавање, 2015.
- Радуловић, З., Привремени и повремени послови са освртом на измене у законодавству републике Србије, *Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, бр. 1/2014, београд, 2014.
- Закон о задругама, "Сл. гласник РС" бр. 112/2015.
- Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, "Сл. гласник РС", бр. 36/2009, 88/2010 и 38/2015.
- Закон о здравственој заштити, Сл. Гласник РС, бр. 107/2005, 72/2009 - др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 - др. закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2015).
- Закон о раду Црне Горе, "Службени лист ЦГ", бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011 и 66/2012.
- Закон о раду, "Сл. Гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, чл. 197 и 198.
- Општа правила омладинског и студентског задругарства "Сл. лист СРЈ", бр. 20/98 и 7/2000 - одлука СУС, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повела и "Сл. гласник РС", бр. 47/2010.
- <http://www.nsz.gov.rs>.

*Др Срђан Ђорђевић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 338.465:316

ЈАВНЕ УСЛУГЕ И ЦИВИЛНО ДРУШТВО*

Резиме

Јавне услуге у савременом друштву постају значајан критеријум за мерење квалитета позиције државе у друштву. Односно, за проверу односа, који се успоставља између државе и друштва. Из тих разлога, у раду се врши анализа значаја и могућности да се сектор цивилног друштва укључи у процес пружања јавних услуга, које престају бити у домену искључивог резервата државе, јер држава није једини пружалац јавних услуга. Значај цивилног сектора друштва посебно је присутан у ситуацијама када се као корисници јавних услуга, а нарочито социјалних, појављују тзв. рањиве друштвене групе. Јер, у овим ситуацијама на квалитет јавних услуга утиче и интеракцијски однос уз поверење које је потребно успоставити између пружаоца и примаоца услуге.

***Кључне речи:** јавна услуга, цивилно друштво, социјална услуга, рањиве групе, држава.*

1. Увод

Разумевање јавних услуга представља сложено и вишедимензионално питање, које зависи и од амбијента друштвених околности у којима се лоцира потреба за одговором на проблем схватања значења овог појма. У већини теоријских и практичних анализа јавних услуга, постало је уобичајено да се јавне услуге третирају кроз иновирани концепт државе; државе, која се схвата кроз њену друштвену функционалност. Односно, недовољно би било у трећем миленијуму под поимањем државе подразумевати њено значење у традиционалистичком смислу, који стриктно одваја државну власт у односу на све остале сфере друштва. Држава је, након огромног временског искуства, довољно исцрпљена да бисмо је беспоговорно могли третирати онако како је то чињено у превазиђеним периодима. Постала је друштвена неминовност државу доводити у непрестани контакт са друштвом, те је друштвено и контекстуирати. Захтев је савременог друштва да држава буде у његовој функцији, због чега се и

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век - век услуге и услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

оправдава потреба да је схватамо у смислу услужног сервисера различитих потреба грађана. Одговорна савремена држава све више поприма обележја механизма који треба да буде оспособљен да пружи задовољење тих потреба.¹

Разлози постепеног амортизовања „крутости“ у разумевању државе, која се традиционално и „огољено“ своди на државну власт, читавају се у развоју људске свести; свести која захтева поштовање слободе човека, појединца и друштвених колективитета од свих, а пре свих, од државе. Та човекова исконска потреба да буде слободан коначно је стигла до стања очекивања да ће држава бити у његовој функцији, јер држава постоји због човека, а не обрнуто.

2. Иновирана улога савремене државе у друштву

Овакво друштвено контекстуирање државе доводи и до преиспитивања њене уобичајене функције, чиме се ствара простор за оправдавање ставова скандинавског фактицизма, који жели државу поистоветити са свим осталим друштвеним организационим формама. Оваквим приступом држави се не допушта да буде привилегована у односу на остале делове друштва, па је њено понашање изводљиво мерити у складу са објективним критеријумима, баш онако како се вреднује понашање и других друштвених субјеката.

У том смислу, систем јавних услуга подразумева да се оне екстензивирају, те да не буду искључива привилегија државе, већ да се осмишљавају и реализују и од стране осталих делова друштва. Јер, зашто би само држава била овлашћена од стране друштва да пружа јавне услуге, услуге које су на добробит свих становника или одређених категорија становништва? Пружањем могућности да се јавне услуге пружају и од недржавних субјеката остварују се ставови о томе да од државе не треба очекивати да буде свемогућа сила. Јер, државна власт која „може све“ представља ризичан пројекат који се, по неписаним флуидним правилима трансформише у тоталитарност државне власти.

Зато нам се и чине прихватљиви концепти, који и у систему јавних услуга желе да открију способност вандржавне сфере друштва да се, по принципу самоорганизованости, појави у функцији пружаоца јавних услуга. Сасвим сигурно, сектор цивилног друштва представља онај друштвени сегмент који се појављује као потенцијално битан фактор за отклањање потенцијалних опасности од прекомерне улоге државе у процесу пружања јавних услуга.

3. Цивилно друштво и услуге

Цивилно друштво представља део друштвене свести, друштвене организовати и недржавне целине. Овим појмом се жели представити вандржавна сфера друштвеног субјективизма, што се показало успешним

¹ Више о савременој држави видети: Ђорђевић, С., *Савремена држава као услужни сервис грађана*, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015, стр. 801-809.

пројектом за раздвајање јавног од цивилног дела друштва. Међутим, током времена постаје све јасније да друштвени интереси не трпе концепцију тоталног одсуства комуникације између државе и цивилног друштва, те је постало јасно да друштвени интерес представља и напор цивилног друштва да утиче на државу приликом њеног одлучивања. Баш као што је и интерес цивилног друштва да буде слободно да се самостално организује, у складу са сопственим потребама и жељама.

Проширујући разумевање јавних услуга и на домен цивилног друштва, склони смо запазити следеће чињенице. Прво, за разумевање јавне услуге од мањег је значаја карактер субјекта који врши јавну услугу, док је од примарног значаја садржина и добробит извршене услуге. Уколико бисмо се определили за критеријум деперсонализованости корисника услуге и квалитет добра које се тиме стиче, онда је теоријски изводљиво поставити проблем јавне услуге и на онај начин, који укључује цивилно друштво. Јер, друштвено корисним услугама организација цивилног друштва постиже се резултат који се и иначе очекује од пружања јавних услуга. Узмимо за пример неку невладину организацију хуманитарног карактера, која својим активностима обезбеђује задовољење потреба угроженог дела становништва. Невладина организација која се бави пружањем помоћи особама са хендикепом неспорно обезбеђује добробит особама, којима је тај вид услужне помоћи неопходан. Наравно, може се поставити и питање празног простора у задовољавању назначених потреба од стране државе. Јер, да ли би постојала потреба да се ангажује сектор цивилног друштва у ситуацијама када је држава способна да пружи неопходне услуге у назначеном примеру? На овакве и њима сличне примере може се наићи у различитим сферама друштвеног ангажмана, што ствара основ за размишљање на тему насловљену овим радом.

У односу према јавним услугама, позиција цивилног друштва се може на различите начине разматрати. С једне стране, изводљив је третман цивилног друштва у смислу партнера или конкурента спрам државе, те поставити питање да ли би ангажовање цивилног друштва у области пружања јавних услуга требало разумети као конкуренцију очекиваној државној акцији приликом пружања јавних услуга. Или би, пак, било потребно цивилно друштво посматрати као пожељног партнера држави у овој области? С друге стране, цивилно друштво се несумњиво појављује и као објективан, контролно-корективни чинилац у односу према држави у ситуацијама у којима се она појављује у улози пружаоца јавних услуга. Јер, постало је јасно да је неопходно понашање државе приликом пружања јавних услуга контролисати, јер ова област представља коруптивни изазов, који озбиљно може угрожавати квалитет друштвеног богатства. С обзиром на ову опасност, оправдано је поставити питање да ли је држава као пружалац јавних услуга објективно способна да истовремено организује објективан процес контроле. Управо у томе и препознајемо делотворну и пожељну ангажованост цивилног друштва.

Да би се могао мерити квалитет односа између државе и цивилног друштва, неопходно је узети у обзир квалитет ангажованости невладиних организација и резултате њиховог деловања. Односно, да ли држава обезбеђује адекватне услове за неометано деловање невладиног сектора. У те услове убрајамо одговарајућу правну регулисаност; такве правне прописе којима се не омета, већ поспешује рад цивилног друштва. Осим тога, аспект финансијске подршке државе цивилном друштву такође представља значајно питање за оцењивање услова за рад цивилног друштва.

У односу на све друге јавне услуге, социјалне услуге представљају посебан тематски оквир подобан да буде у поседу активности цивилног друштва. О посебном значају социјалних услуга и укључивању корисника у социјалне услуге постоји богата правно-политичка литература, којом се истиче значај социјалних услуга за друштво у целини, уз наглашену важност интерактивне релације која се успоставља између субјекта који пружа и субјекта који прима социјалне услуге.² Да квалитет пружених социјалних услуга зависи и од ове интеракције закључује се и на основу суштине социјалних услуга, као и њихових последица у односу на читаво друштво. Чињенице о старењу становништва, промене у структури породице и породичних домаћинстава и други фактори додатно повећавају потребу за пружањем социјалних услуга. Осим тога, појава економских криза итекако оставља негативне последице по положај становника, па је неопходно активирати све расположиве потенцијале друштва, како би друштво било стављено у функцију пружања услуга и помоћи оним лицима којима је помоћ преко потребна. Таквом посвећеношћу друштва, постиже се ефекат социјалне кохезије, уз истовремени допринос смањивању искључивања посебно тзв. рањивих друштвених група. Већ смо назначили као пример значаја укључивања цивилног друштва у процес пружања јавних услуга, када смо истакли ситуацију хендикепираних лица.³ Управо те осетљиве друштвене групе представљају пример значаја поверења које треба да се успоставља у процесу пружања социјалних услуга између даваоца и примаоца.

Зато је од посебног значаја да држава предузима одговарајуће активности, којима ће подстицати цивилно друштво да се развија слободно и у правцу делотворније позиције у друштвеном животу. Тим поводом, држава је у прилици да предузме одговарајуће нормативне мере, којима ће прописати и гарантовати примену прихватљивих правила намењених цивилном друштву. Један од таквих релевантних правних и политичких докумената свакако да представља и одговарајућа стратешка оријентација. Када је реч о Републици Србији, запазићемо да још увек нису постигнути довољно задовољавајући резултати у погледу очекиваних рокова реализације Акционог плана који је саставни део Националне стратегије. Влада је усвојила Националну стратегију за стварање

² На пример: Укључивање корисника у социјалне услуге, ЕАСПД, Београд, 2012.

³ Ђорђевић, С., *Услуга високошколског образовања и лица са хендикепом*. Зборник: Право и услуге, Крагујевац, 2012, стр. 759-775.

подстицајног окружења за развој цивилног друштва у Републици Србији за период 2015-2019. године, као важан стратешки документ у области цивилног друштва.⁴ Сматрамо значајним препознати да су први позитивни кораци учињени и приликом израде нацртне верзија и спровођења процеса јавне расправе поводом понуђеног документа. Јер, већ и кроз консултативни процес приликом израде Националне стратегије дошло је до укључивања организација цивилног друштва, које су биле у прилици да се укључе у дефинисање приоритетних области и тематског садржаја овог документа.⁵ Свакако да у чињеници постојања организационе целине као што је Владина Канцеларија за сарадњу са цивилним друштвом треба препознати позитиван искорак у правцу реализације планираних активности на регулисању односа између државне власти и цивилног друштва.

Током процеса јавне расправе о понуђеном стратешком документу запазићемо да је, поред регулисаности институционалног и правног оквира за сарадњу органа власти са цивилним друштвом, регулисаности одрживости развоја невладиних организација и њихове улоге у процесу европских интеграција, један од значајних сегмената управо у нама интересантној функцији. А то је улога организација цивилног друштва у социо-економском развоју, и то кроз пружање услуга социјалне и здравствене заштите. Управо овај сегмент подршке цивилном друштву да буде субјект који је оспособљен за пружање услуг а социјалне и здравствене заштите нас је и мотивисао да разматрамо предметно питање са становишта општег односа између државе и осталих делова друштвене организованости. И чини се да ово питање у српском контексту добија нарочито на значају, имајући у виду статистичке показатеље о старосној и социјалној структури српског становништва.

4. Закључак

Један од могућих доживљаја јавних услуга нас одводи у изворну сферу друштва, која исконски није организована на начин, са структуром и циљевима, као што је то случај са државом. Не запостављајући значај државе у сектору пружања јавних услуга, током времена је постало очигледно да је неопходно редефинисати, како однос између државе и друштва, тако и улогу недржавне друштвене сфере приликом реализације различитих врста друштвених односа. Некада неприкосновени државни домени постепено постају простор за либерално одмеравање односа између државе и друштва. Препознајући у цивилном друштву репрезента недржавне сфере, склони смо у овом делу

⁴ У досадашњем периоду, важећи стратешки документ је Стратешки оквир Канцеларије за сарадњу са цивилним друштвом за период 2011-2014.

⁵ Тако се Национална конференција „Укључи се – какво цивилно друштво желиш?!“, која је одржана 20. и 21. фебруара 2014. године сматра највећим регионалним скупом који је организован по принципима методологије Отвореног простора на Балкану.

друштва евидентирати способност за пружање одређених јавних услуга. На тај начин долази до релаксирања позиције државне власти и релативизовања потенцијалних опасности, које стоје на путу државне свемоћи. С друге стране, укључивањем невладиног сектора у пружање јавних услуга истовремено се постиже ефекат значајније друштвене ангажованости појединаца и група појединаца, који немају афинитете ка организационом повезивању у оквиру државне организације. Трећи миленијум и савремено друштво у њему постављају изазовна питања о томе да ли је допуштено да државни организациони оквир буде искључиви начин за друштвени активизам? Очигледно је да следи одричан одговор, који иде у прилог ставу да и недржавни сектор има пуно право на слободан активизам.

Један од начина друштвене ангажованости цивилног друштва представљају и примери пружања јавних услуга, а посебно када је реч о социјалним услугама према тзв. осетљивим или рањивим групама. Приликом реализације оваквих услуга, квалитет ће зависити од интеракцијског односа и поверења које се успоставља између пружаоца и даваоца услуга. У том смислу, предност квалитета налази се на страни невладиних организација, а посебно онда када се услуге пружају волонтерски и без финансијске добити као једног од циља, који постоји у другим случајевима, па и у случајевима јавно-приватног партнерства. Укључивањем невладиног сектора у процес пружања одређених јавних услуга долази до потпоре социјалној кохезији и укључивању свих друштвених група, а не само оних које су природно потпуно способне, да буду потпуно активне. Инклузијом становника којима је помоћ потребна за друштвену активност, истовремено се развија и друштвена солидарност, која је нужна за интегративност и компактност једне друштвене заједнице.

Република Србија је на путу да реализује активности у области регулисања односа између државе и друштва, па је један од првих докумената тим поводом стратешке природе, због чега је и заслужио нашу пажњу у овом раду. Истовремено, сматрамо да је неопходно у српској друштвеној заједници створити још повољнији амбијент за значајније партиципације цивилног друштва у процесу услужних делатности, јер је то вишеструко сврховито. Осим што ће се реализовати дугорочно планирани циљеви „подруштвљавања“ државе, створиће се простор за активизам цивилног друштва, које ће бити способно да оствари онај део добробити за становништво, који држава није у могућности да оствари. У наредном периоду предстоји потреба да се истраживачким активностима посвети одговарајућа пажња методологији коначног усвајања стратешког документа, али и да се анализирају његова садржина и примена у свакодневном животу, посебно кроз праћење реализације Акционог плана у оквиру Националне стратегије.

*Srđan Đorđević, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, Univeristy of Kragujevac*

PUBLIC SERVICES AND CIVIL SOCIETY

Summary

Public services in modern society are becoming an important norm for measuring the quality position of the state in society. Respectively, to check the relationship that is established between the state and society.

For these reasons, the paper is analyzed the importance and possibilities that the sector of civil society involved in the process of providing public services, which cease to be the exclusive domain of the state reserve, because the state is not the only provider of public services. The importance of civil society sector is particularly present in situations where as users of public services, especially social, the so-coled vulnerable social groups.

Because, in these situations, the quality of public services affects the interaction relationship of trust that must be established between providers and recipients of services.

Key words: *public service, civil society, social services, vulnerable groups of countries.*

Литература

- Ђорђевић, С., Савремена држава као услужни сервис грађана. Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015.
- Ђорђевић, С., Услуга високошколског образовања и лица са хендикепом, Зборник: Право и услуге, Крагујевац, 2012.

*Др Игор Камбовски, ванредни професор
Правног факултета, Универзитета „Гоце Делчев“ у Штипу*

УДК: 330.47

КОМЕРЦИЈАЛНЕ КОМУНИКАЦИЈЕ И УСЛУГЕ ИНФОРМАТИЧКОГ ДРУШТВА

Резиме

Комерцијалне комуникације (рекламе, електронске поруке) су веома заступљен канал за успостављање односа између пословних субјеката у сфери електронске трговине. Њихов број је велики и он расте из дана у дан. Постоје мишљења да нема контроле у овој врсти комуникација, али постоје и иницијативе и конкретни кораци да се успостави правни режим комерцијалних комуникација, због повећања сигурности пословања и смањења трошкова код пословних субјеката и потрошача. У контексту потрошача, посебну пажњу заслужује сегмент заштите личних података.

Кључне речи: *комерцијалне комуникације, електронска трговина, правни оквир, заштита личних података.*

У интернет окружењу, савремено пословање добија глобалне димензије и све су веће потребе и обавезе трговаца који послују преко платформе Е-трговине. Овај процес је изузетно динамичан и, са правног гледишта, веома тежак за регулисање и контролисање. Пословни субјекти рекламирају своје производе и активности, комуницирају и закључују уговоре међусобно и са потрошачима путем електронских порука. Правни оквир за ову врсту пословања постоји, како на националном, тако и на међународном нивоу, али праћење и регулисање ових активности представља изузетан изазов, како за правну науку која мора да прати нове технологије, тако и за регулаторе који морају поставити правни основ за ову динамичну категорију пословања.

Комерцијалне комуникације су есенција сваке врсте трговине, нарочито електронске трговине. У овом домену, ма колико то изгледало безазлено или релативно безопасно, постоје неке скривене претње које могу проузроковати озбиљне последице и које могу нарушити нормалне токове пословања. Спам поруке су својеврсни феномен који заслужује много већу пажњу и свеобухватно истраживање, из разлога што се иза тих порука крије читав индустрија, која живи од тих порука и која пружа логистику другим субјектима. У недостатку унифицираног глобалног правног уређења, остаје утисак да је ово поље још увек

са друге стране закона, али оно и даље не престаје бити предмет истраживања шире стручне правне јавности.

Респектирајући законодавства Републике Македоније и Републике Србије, овај реферат се, пре свега, односи на правна решења која садржи Директива о Е-трговини 2000/31 Европског Парламента и Савета која се односе на комерцијалне комуникације, јавност и доступност података, спам порука и промовисања активности регулисаних професија. Конкретно, Директива у члану 4 предвиђа да се државе чланице (ЕУ) морају уздржати од условљавања пружања услуга информатичког друштва претходном дозволом, одобрењем или било каквим другим ограничењем од стране државе. Ова се одредба односи на слободу оснивања специфичних трговачких друштава-пружаоца услуга (провајдера) као предуслов за пружање услуга информатичког друштва, и има за циљ олакшање приступа интернету на начин што би требала анулирати све непотребне формалности које би утицале на слободно оснивање провајдера у било којој држави чланици. У том контексту, Европска комисија је дала предлог за успостављање такозваног права „седишта“ оснивања, које би могао користити сваки субјект или друштво које ће одлучити да, путем интернета, пружа своје услуге. Ова одредба не значи да су државе чланице ограничене у погледу успостављања националног система регистрације провајдера услуга, али, у исто време, та регистрација не сме бити условљена никаквим претходним одобравањем или било каквим отежавањем комуникација које би успорило, спречило или онемогућило пружање услуга. Циљ успостављања ових регистара је јавност и доступност података. Међутим, постоји велики број активности које могу бити обављене електронским путем, коришћењем електронских средстава. Неке од тих активности, које нису конкретно везане за онлајн услуге, могу бити подложне обезбеђивању претходног одобрења или неких других законских захтева и ограничења. Тако, уколико законодавство неке земље налаже професионалне квалификације или дозволу издату од стране стручне или професионалне институције, то ће се примењивати код сваког оператора који жели да пружа онлајн услуге. У Шпанији трговци који обављају продају на даљини су обавезани да се региструју у јавном регистру пре него што почну са пословањем на интернету. Конкретно, члан 4, тачка 2 Директиве о Е-трговини говори о режиму обезбеђивања лиценци, претходно споменутом у Директиви 97/13 у области електронских комуникација¹.

Пружање услуга информатичког друштва није подложно обезбеђивању претходне дозволе, али и поред тога, члан 5 Директиве налаже обавезу за транспарентност провајдера услуга. Тако, у ставу 1 ове тачке су таксативно набројане све неопходне информације које провајдери морају направити доступне за широку јавност, а који се односе на њих и њихову делатност. Те информације су:

¹http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31997L0013&model=guichett

- Назив провајдера услуга
- Адреса на којој је провајдер основан или има седиште
- Детаљи о провајдеру (телефон, контакти, е-маил)
- Регистар у којем је уписан провајдер и његов регистарски број (уколико такав регистар постоји)
- Уколико је делатност условљена издавањем претходног одобрења или дозволе-подаци о надлежном органу или институцији која је издала то одобрење или дозволу
- У погледу регулисаних професија-професионална или слична институција у којој је провајдер услуга регистрован, професионални назив провајдера, и линк или база са примењивим професионалним правилима.
- Порески број провајдера, у случају када су његове активности подложне опорезивању.

Такође, и цене услуга провајдера морају бити јасно и прегледно истакнуте, са објашњењем дали наведене цене обухватају и порез и трошкове испоруке.

Овакав отежавајући режим транспарентности налази своју оправданост у чињеници да је медијум (интернет!) преко којег се развијају делатности провајдера услуга веома специфичан. Због глобалног карактера интернета као медијума, прималац услуге може закључити неку трансакцију са провајдером услуга из неке земље чија је легислатива њему потпуно непозната. Такође, провајдери могу злоупотребити могућност скривања њиховог идентитета и географске локације како би преварили потрошаче или обављали незаконите радње. Захтеви садржани у чл. 5 који се односе на географску локацију и професионалне квалификације провајдера услуга су од суштинског значаја за обезбеђивање транспарентности и поверења код потрошача. Други разлог за такву обавезу је то што се, у поређењу са осталим медијумима, преко интернета најлакше и најбрже долази до тражене информације, тако што ће се на веб-страницама провајдера поставити линк за приступ посебној бази података, чиме ће све информације постати јавне и доступне.

Од тренутка оснивања у држави-чланици, провајдер услуга прихвата опште услове и захтеве за пружање услуга и на својој веб-страници објављује све информације које је дужан објавити, обавезан чланом 5 Е-Директиве, после чега може започети са промовисањем и рекламирањем својих услуга. С обзиром на чињеницу да Интернет омогућује нове и атрактивне начине вођења бизниса, он такође захтева имплементисање нових маркетиншких технологија прихватљивих и адаптивних овом медијуму. Коришћење трговинских комуникација на Интернету је уобичајено код провајдера услуга који траже остварење већег профита. Потреба о привлачењу купаца подстиче компаније да практикују све агресивнији маркетинг и нове маркетиншке технологије које саме по себи могу бити иритантне по кориснике и могу постати извор злоупотреба потрошача и њихових права.

С обзиром на чињеницу да на нивоу Заједнице још увек не постоји документ којим би биле уређене трговинске трансакције у целини, на националном нивоу

постоје правна решења која обухваћају ову материју и која пружају различите дефиниције овог концепта. У члану 7 Директиве садржан је покушај да се хармонизују комерцијалне трансакције на Интернету. Поред овог, мора се размишљати и о томе да се веб-странице сматрају маркетиншким алатом и, због тога, морају бити креиране и морају функционисати у складу са постојећим директивама из те области. У сваком случају, концепт комерцијалних трансакција је шири од оног који се односи на рекламирање и који је садржан у Директиви 97/55². (Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising). На Интернету се комерцијалне трансакције могу пронаћи на веб-страницама, новинским онлајн издањима, социјалним мрежама, порталима, претраживачима, корисничким групама, или могу бити испраћане путем е-маила хиљадама корисника без њиховог претходног захтева, сагласношћу или извештавању, тзв. спам поруке³.

Комерцијалне комуникације: Трговинске или комерцијалне комуникације су дефинисане у члану 2-ф као: било која форма комуникације створена за промовисање, директно или индиректно, добара, услуга или брэнда компаније, организације или лица, или праћење трговинских, индустријских или занатских активности. Иако ова одредба успоставља одређене ситуације које су ван концепта, ипак је сам концепт веома опсежан и укључује рекламирање било које врсте комуникације у правцу промовисања производа или услуга. Разграничење није увек јасно, али се сматра да се информације чији је циљ да се обезбеди објективно информисање о производу или услузи, не могу сматрати комерцијалном комуникацијом. У погледу ове дефиниције потребно је испуњавање два услова: бити технолошки неутралан, на начин на који би свака комерцијална комуникација, без обзира на медијум, била предмет уређивања Директиве; и постићи ширину и свеобухватност како би транспарентност и поверљивост нашли широку примену, пре свега због развоја и заштите потрошачких права. Још један императив који се мора поштовати и регулисати јесте заштита легитимних очекивања просечног потрошача који је прилично обазрив и неповерљив. У функцији испуњавања ових услова у Интернет окружењу, потребни су строжији захтеви од оних које су имплементирани у старијим директивама, зато што Интернет пружа потрошачима нове модусе и могућности за куповину. Истраживање на Интернет тржишту значи много више од посете одређене веб-странице из разлога што се оно никад не завршава на томе-обично се наставља са кликом на неком споредном линку који води до неке друге веб-странице хостиране од стране неког другог провајдера услуга са седиштем у другој земљи. У међувремену, на компјутеру је могуће отворити још

²http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=E N&numdoc=31997L0055&model=guichett

³ Chissick, M., Kelman, A., *Electronic Commerce-Law and Practise*, 3-rd edition, Sweet & Maxwell, London, 2002, стр. 40

прозора на којима се нуде производи или услуге везане са иницијалним претраживањем. Ово може изазвати конфузију код неких мање искусних потрошача у погледу перцепције информације, траженог производа и компаније која га рекламира и нуди на Интернет тржишту.

Са аспекта Директиве, члан 6-а и б налажу да комерцијалне комуникације и лице у чије су име спроведене, морају бити јасно и прецизно истакнути и одвојени од осталих. Ово нормативно решење омогућује примаоцима да направе разлику између комерцијалних комуникација и осталих информација до којих се може доћи на нету. Такође, с обзиром на чињеницу да се комерцијалне комуникације могу поставити на веб-страницама која су у власништву трећих лица, (путем банера...), мора бити јасно истакнуто и видљиво ко рекламира производ или услугу. У том смислу, смањује се ризик од забуне и конфузије код потрошача. Још увек није разјашњено како ова идентификација може функционисати у пракси: Неки аутори сматрају да може постојати више врста, у зависности од Интернет апликација која су на располагању. Тако, они предлажу власницима веб-страница да сортирају и групишу све комерцијалне комуникације на једно посебно место названо „рекламе“. Затим, постои обавеза за транспарентност у случајевима када се комерцијалне комуникације састоје од промотивних понуда (дисконти, премије, поклони, наградне игре). Сагласно чл. 6-ц и д, услови за учешће у овим промотивним понудама морају бити јасно и прегледно истакнути и презентирани потенцијалним учесницима, или као опција да на самој веб-страници постоји линк који ће бити посвећен јединствено овим понудама и који ће садржати потребне детаљне информације и услове за учешће. Приликом примењивања начела земље порекла, за признавање ових комуникација је довољно да исте буду признате у земљи у којој је провајдер био основан.

Други проблем у погледу уређивања комерцијалних комуникација Директивом 2000/31 може произићи из тога што је наведена директива некоординисана са Директивом која се односи на тенденциозно рекламирање. Да би се могло оценити дали је рекламирање тенденциозно, национални судови могу успоставити виши ниво заштите од оног који је предвиђен Директивом, чиме контрола рекламирања долази у надлежност судова у држави у којој је прималац услуга, што представља својеврсну дигресију у поређењу са одредбом из члана 6 Директиве 2000/31 где је успостављено начело земље порекла. У овом случају могуће су две интерпретације: или ће ова два решења узајамно бити прихваћена, (у том случају не би дошло до изузимања судова у погледу одлучивања о навођујућој природи комерцијалних комуникација; или ће Директива 2000/31 бити дерогирана Директивом 89/552 (названа Директивом о телевизији без граница). Имајући у обзир велики број координираних поља пословања, сматра се да би преовладала друга опција, све до изналажења компромисног решења од стране Европске комисије које ће бити узајамно прихватљиво и које ће успоставити начело узајамног признавања.

На жалост, Директива 2000/31 не садржи посебне одредбе о комерцијалним комуникацијама које се односе на заштиту малолетника, као што је то случај са Директивом-Телевизија без граница, чиме ова осетљива и ранљива група примаоца-корисника услуга информатичког друштва остаје незаштићена. Ипак, предлог Комисије за регулацију промовисања продаје садржи одредбе за заштиту малолетника. Тако, овај се проблем може решити другим инструментима широког опсега који су већ усвојени или на којим раде европске институције. Они покушавају одстранити незаконске и штетне садржаје, оне које повређују права потрошача, права интелектуалне својине и др. Међу осталим мерама које се предузимају у циљу спречавања и онемогућавања приступа малолетним лицима оним веб-страницама намењеним одраслим лицима, ови инструменти пружају иновативна решења заснована на најновијим технологијама: контрола приступа, алати за утврђивање и верификацију идентитета или узрасти, различити софтверски филтри и др. На крају, и сама Интернет бизнис заједница, на бази добре трговинске праксе, може успоставити своје саморегулацијске механизме што може још више допринети побољшању општег стања у погледу заштите малолетних лица.

Нежељене комерцијалне комуникације: Провајдери услуга могу покушавати доћи до нових клијента путем коришћења електронске поште. У свакодневној комуникацији путем е-маила намеће се проблем т.з. спам-порука, који се састоји од слања нежељених, нетражених електронских порука хиљадама примаоца, путем којих неки субјект промовише своје производе и услуге. Коришћење нових компјутерских технологија у великој мери олакшава креирање, чување и организовање личних података. У одређеним земљама са ниским нивоом заштите личних података, такве се информације користе као роба којом се тргује и чији трансфер од једне до друге компаније служи као база података везаних за потрошаче, према којим се касније шаљу спам поруке. Ако коришћење/испраћање спам порука није регулисано, ова пракса може бити веома иритантна за примаоце, с обзиром на чињеницу да су капацитети за чување електронских порука, и поред све моћнијих сервера, ипак лимитирани и огроман број спамова може успорити и отежати коришћење услуга провајдера и функционисање интерактивних мрежа⁴.

У функцији успешне борбе против спам порука, у члану 7, тачка 1 Е-Директиве је предвиђено да такве поруке морају бити јасно означене како би их прималац могао брзо идентификовати, одмах након пријема. Најефикаснији начин за брзу идентификацију спам порука је уколико у пољу "subject-(предмет, наслов)" буде назначен комерцијални карактер њиховог садржаја. Уколико

⁴ Претпоставља се да смањење продуктивности пословања кошта сваку компанију по 1 \$ на минут, због читања или брисања спам порука од стране запошљених. Нека истраживања потврђују да је број спам порука у 2009 години износио приближно 130 милијарди порука дневно, док је у 2014 години тај број надмашио 200 милијарди спам порука

таква пракса буде успостављена, примаоци ће моћи селектирати или обрисати спам поруке одмах након пријема. Ипак, ова одредба само парцијално решава проблем са спам порукама. Члан 7, тачка 2 оставља могућност да државе чланице усвоје систем за заштиту по сопственом избору, али није разјашњено које тело би обављало контролу и надзор-то може бити државни орган, изабрани провајдери услуга или независно тело. У сваком случају, мора бити успостављен систем регистра у којима ће провајдери уписивати податке о испорученим спам порукама. Постоји становиште на нивоу Уније да ови регистри морају бити унифицирани и функционални на нивоу заједнице, или, уколико постоје на националном нивоу, морају успоставити интерактивну и функционалну комуникацију између њих ради шире доступности података. Пошто члан 7, тачка 2 не фаворизује ни један од два система, остаје на државама да саме изаберу систем⁵. Тако, први систем обавезује провајдере услуга да питају сваког појединачног корисника њихових услуга дали жели да прима спам-поруке и у којим областима интересовања, после чега би тај корисник примао само оне поруке (из оних области) за које је дао изричиту сагласност. Такви се корисници одмах после анкетања уписују у регистар. Овај систем је био предмет великих критика од стране провајдера услуга из разлога што их обавезује да убеђују кориснике и да предузимају активности за њихову регистрацију. Са друге стране, овај систем значи повећање степена заштите приватности. У овом контексту изгледа прихватљиво и становиште Европске Комисије о забрани коришћења електронских порука за директно рекламирање без претходне сагласности примаоца, садржано у Директиви за заштиту личних података у електронским комуникацијама.

Македонски Закон о електронској трговини садржи прилично прецизну одредбу у погледу комуницирања и пружања услуга путем интернета. Тако, Закон дефинише услуге Информатичког друштва као услуге које се пружају за надокнаду, на даљину, путем електронских средстава, и што је у овом контексту најважније, на лични захтев примаоца. Ово је од есенцијалног значаја из разлога што нежељене комерцијалне комуникације-спам поруке које круже медијумом-интернетом, у великој мери отежавају комуникацију и могу довести потенцијалног корисника до заблуде у погледу ствари, и испровоцирати његову погрешну одлуку. Ово са аспекта основних уговорно-правних начела производи рушљивост уговора, што повлачи и надокнаду штете. На жалост, или на срећу, македонска трговинска пракса се још увек није сударила са овим проблемом који би, вероватно, био решен сагласно постојећим законским решењима који уређују

⁵ Овде је реч о тзв. Opt-in и opt-out системима. Укратко, opt-in систем омогућује потенцијалном кориснику да сам изабере услуге које му одговарају и начин на којем ће се користити његови лични податци, док код opt-out система постојећи корисник већ прима комерцијалне комуникације (е-маил) на бази установљене праксе и без посебног захтева за изричиту сагласност.

овај домен уговора са правним недостацима, али би био интересантан из аспекта Е-трговине као својеврсни преседан у домаћим трговинским трансакцијама.

Промовисање активности регулисаних професија -Захваљујући Директивама којима се уређују регулисане професије, у великој мери је олакшано међусобно признавање услуга пружених од стране професионалаца из различитих држава чланица. Директива о Е-трговини не садржи одредбе којима би се отежавала или онемогућила имплементација ових директива. Постоје и друге професије чије услуге могу бити пружане онлајн, а које нису биле предмет уређивања на нивоу Заједнице. Ово не спречава та лица да уживају своја права да директно пружају своје услуге. У сваком случају, постоји конкретан проблем код правника, рачуновођа и још неколико професија из разлога што пружање њихових услуга може бити ограничено од стране њихових професионалних органа, асоцијација и кодекса понашања.

Члан 8, тачка 1 обавезује државе чланице да се осигурају да је коришћење комерцијалних комуникација од стране чланова регулисаних професија дозвољено. Сагласно начела земље порекла, ове комерцијалне комуникације морају бити усаглашене са правилима која уређују њихово пословање у земљи у којој су основани. Државе чланице се морају осигурати да су те комуникације усаглашене и са професионалним правилима која се односе на независност, дигнитет и част професије, професионалног поверења и коректности према клијентима и осталим члановима професије. Креатори Директиве су били свесни да дискриминаторски третман код примене начела земље порекла може довести до креирања строгих и ригидних професионалних норми. Због тога, директива подстиче стварање кодекса понашања код регулисаних професија на нивоу Заједнице, ради дефинисања информација које могу бити пружане у функцији комерцијалних трансакција. Европска Комисија ради на припреми ових кодекса понашања ради њиховог усаглашавања са комунитарним правом.

*Igor Kambovski, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, "Goce Delchev" University in Shtip*

COMMERCIAL COMMUNICATION AND INFORMATION SOCIETY SERVICES

Summary

Commercial communication is the essence of each type of trade, in particular electronic commerce. In this area, however, it may seem harmless or relatively harmless, there are some hidden threats that can cause serious consequences that can

disrupt the normal flow of business. Spam messages are a phenomenon that deserves much more attention and extensive research, because the whole industry is hiding behind, which exists of these messages or provides logistic to other subjects. In the absence of a unified global legal framework, the impression is that this field is still on the other side of the law, but it is the subject of research of many legal professionals.

Key words: *Commercial communications, E-commerce, legal framework, personal data protection.*

Литература

- Cheeseman, R. H., Business Law: Legal Environment, Online Commerce, Business Ethics and International Issues-6-th edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2007.
- Chissick, M., Kelman, A., Electronic Commerce-Law and Practise, 3-rd edition, Sweet & Maxwell, London, 2002.
- Коевски, Г., Електронското склучување на договорите и одговорноста за нивно исполнување, Деловно право бр. 20, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2009.
- Камбовски, И., Електронска трговија и електронски договор, (докторска дисертација), Правен факултет “Јустинијан Први”, Скопје, 2009, (у штампи).
- Schneider, P. G., Electronic Commerce: Seventh Annual Edition, Thomson Course Technology, 2007.

Др Срђан Владетић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 628.1/.2(37)

CURATOR AQUARUM И ОСОБЉЕ ВОДОВОДНЕ СЛУЖБЕ У СТАРОМ РИМУ*

Резиме

Да би што више људи учествовало у управи државом, Август је установио многе јавне службе (надзор над јавним градњама, цестама, Тибровим коритом, над расподелом жита итд), међу којим и службу која се старала о водоснабдевању Рима (*cura aquarum*) која ће низ векова бити задужена за поправку, одржавање и изградњу аквадуката и надзор над њима. У овом раду биће приказан састав ове службе, односно њено особље на челу са старатељом водовода (*curator aquarum*).

Кључне речи: стари Рим, водоснабдевање, *cura aquarum*

1. Увод

Све до последњег века периода републике изградња и одржавање водоводних система (*ius aquae tuendae*), додељивање права на коришћење воде (*ius aquae ducendae*) и спречавање њеног илегалног коришћења било је у надлежности цензора, а у њиховом одсуству ове послове обављали су едили, претори или квестори¹.

Доласком Августа на власт ове послове преузео је његов верни пријатељ и сарадник, Агрипа. Чим је ступио на функцију курулског едила (33. године п.н.е.), Агрипа је оформио и лични одред од 240 робова састављен од архитеката, занатлија и простих радника који су радили на одржавању аквадуката, резервоара

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Ливије, XXXIX, 44 (*The History of Rome* by Titus Livius – Translated from the Original, with notes and illustrations by Baker, G. A. M., vol. I-VI, Bradford, S. F., Philadelphia, 1823); Frontinus, *De aquis urbis Romae*, II, 96 (Herschel, C., *The Two Books of Water Supply of the City of Rome of Sextus Julius Frontinus*, Longmans, Green, and CO., New York, London, Bombay and Calcutta, 1913; Middleton, H.J., *The Remains of Ancient Rome*, Vol. II, Adam and Charles Black, London and Edinburgh, 1892, стр. 317.

и базена за испоруку воде². Тако је он, захваљујући снази сопственог ауторитета и поверењу које је уживао код Августа, фактички установио службу која се бринула о римском водоводу и постао први неформални, *ad hoc* „старатељ водовода” (*curator aquarum*)³. На том месту остао је све до своје смрти, 12. године п.н.е.

Пошто је Агрипа своје богатство, међу којим се налазио и лични одред од 240 робова, завештао Августу, овај их је, следећи идеје свог пријатеља, поклонии држави и формално установио сталну службу која се старала о водоснабдевању Рима (*cura aquarum*), односно сенат је својом одлуком потврдио постојање ове службе и организовао овај одред робова као *familia publica* (робови у својини римског народа)⁴.

2. *Curator aquarum* и његови помоћници

Август је, после Агрипине смрти, 11. године п.н.е., као првог званичног старатеља водовода (*curator aquarum*) именовао Месалу Корвина (*Messalla Corvinus*), угледног патриција, који је вршио и дужност конзула (31. године п.н.е.), и који је, поред тога, био познат као одличан војник и говорник⁵.

Од свог формалног утемељења *cura aquarum* је била најистакнутија неполитичка служба и зато су на њено чело постављани углавном сенатори конзуларног реда који су држали значајне позиције, пре и после њиховог мандата као старатеља водовода⁶. То истиче и сам Фронтин пишући да „свака служба коју додељује император захтева посебну пажњу, а нарочито старање о

² Фронтин, II, 98 и 116.

³ Cassius Dio, *Historia Romana*, XLIX, 43, 1-4 и (Dio's Roman History, with an English translation by Cary, E., Harvard University Press, London, 1955) Plinius, *Naturalis Historia*, XXXVI, 104 (Pliny Natural History, with an English Translation in ten Volumes by Rackham, H., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press – William Heinemann LTD, London, 1961); Фронтин, II, 9 и 98; De Kleijn-Eijkelestam, G., *The Water Supply of Ancient Rome*, Utigeverij Gieben, Amsterdam, 2001, стр. 98.

⁴ Фронтин, II, 98-99; Светоније, Август, 37 (Светоније, *Дванаест римских царева*, превод Стјепан Хосу, Напријед, Загреб, 1978).

⁵ Фронтин, 99; Секст Јулије Фронтин (*Sextus Iulius Frontinus*), који је био старатељ водовода у доба Нерве (97. – 98. године), у својој књизи о римским аквадуктима („*De aquis urbis Romae*”) наводи и имена старатеља водовода, укупно њих 17 (Фронтин, 102).

⁶ Ashby, T., *The Aqueducts of Ancient Rome*, Clarendon Press, Oxford, 1935, стр. 18; Aicher, P.J., *Guide to the Aqueducts of Ancient Rome*, Bolchazy-Carducci Publishers, Inc., Wauconda Illinois, 1995, стр. 24.

водоводу које доприноси комфору, здрављу и безбедности града и којим су се од давнина бавили најистакнутији грађани (*principes civitatis*)”⁷.

Основна дужност старатеља водовода била је да обезбеди довољну количину воде за град Рим и околину. Да би остварио овај циљ, он је, пре свега, ради здравља грађана, морао да води рачуна да не дође до мешања вода из различитих аквадуката, затим, да контролише дистрибуцију воде (нарочито размеру количине воде у јавне и приватне сврхе), да се бави превенцијом евентуалних оштећења аквадуката и илегалног коришћења воде, као и да решава спорове око права пролаза и случајеве кршења прописа о водоснабдевању⁸. Август је едиктом из 11. године п.н.е. одредио да целокупно снабдевање водом зависи искључиво од његове воље, односно надлежност за додељивање права на коришћење воде која је била у рукама Агрипе до његове смрти, овим едиктом прешла је на владара (Августа)⁹.

Старатеља је именовао император доживотно. Према одлуци сената, старатељ је имао обавезу да један квартал у години проведе вршећи своје дужности у вези водовода¹⁰. Дакле, његова функција никада није схватана као главно занимање оног лица коме је поверена¹¹.

Старатељи водовода могли су упоредо обављати и друге послове. На пример, Атеј Капито (*Ateius Capitus*, угледни правник) постао је *curator aquarum* 13. године н.е. и био на тој функцији до 23. године н.е., а у међувремену, у доба Клаудија (15. н.е.), постао је и *curator riparum et alvei Tiberis* (старатељ обале и корита Тибра). Међутим, функција конзула, због своје важности, није била спојива са истовременим руковођењем неком од јавних служби. Тако је Фронтин

⁷ Фронтин, 1 и 99; Тацит, *Анали*, 13, 34 (Тацит, *Анали*, превод Црепајац, Љ., БМГ, Београд, 2000); Вришп, С., *The Water Supply of Ancient Rome*, Societa Scientiarum Fennica, Helsinki, 1991, стр. 153.

⁸ Фронтин, 91-92, 69, 72, 75-77, 119-130; Robinson, O.F., *Ancient Rome – city planning and administration*, Routledge, London, 1994, стр. 102; Aicher, P.J., *нав. дело*, стр. 24. С обзиром на то да је у периоду од само две године (11 - 9. године п.н.е.), у правцу реформи у области водоснабдевања, донето чак шест сенатских одлука, *lex Quinctia de aqueductibus* и један Августов едикт (све забележено од стране Фронтин, 99-101; 104; 106; 108; 125; 127; 129), оправдано је очекивати да се међу тим прописима нађу и прецизно одређене дужности старатеља водовода, односно опис његових послова. Међутим, тога у Августовом законодавству нема, односно закључак о томе може се извести посредним путем. То потврђује и сам Фронтин који, критикујући кураторе да се крију иза знања својих помоћника, каже да је уложио много времена и напора да састави белешке у погледу описа посла куратора. Међутим, ни сам Фронтин то није изложио на једном месту (Peachin, M., *Frontinus and the curae of the curator aquarum*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2004, стр. 103-108).

⁹ Фронтин, 99.

¹⁰ Исто, 101.

¹¹ Ashby, T., *нав. дело*, стр. 20.

када је постављен за конзула морао напустити старатељство над римским водоснабдевањем¹².

У његовом раду, старатељу водовода асистирала су два помоћника, техничка саветника (*adiutores*). Прва два таква помоћника били су *P. Sulpicius*, бивши претор и *L. Cominius*, нижи сенатор и њих је Август доделио Месали Корвину. Старатељу водовода и његовим помоћницима дата су спољна обележја као да су магистрати, на пример, право да носе *toga praetexta* – тогу опшивену пурпуром коју су носили римски великодостојници¹³.

У вршењу својих дужности, старатељ и његови помоћници имали су на располагању велики број нижих чиновника и личних пратиоца (*apparitores*). У вези тога сенат је одредио да, када крену ван града ради обављања својих дужности, морају да поведу два ликтора (који су их обезбеђивали и обављали извршне послове), три државна роба и по једног инжењера за сваког од њих, и исти број службеника, секретара, помоћника и оглашивача, а када имају посла унутар града мораће да се задовоље истим пратиоцима, али без ликтора¹⁴.

Такође, према одлуци сената, морала је бити састављена листа ових чиновника који су одобрени старатељу и која је морала бити достављена претору који је руководио државном благајном (*aerarium*) у року од десет дана од доношења ове сенатске одлуке. Затим ће државни благајник лицима са листе исплатити накнаду, према угледу на службу која се бавила дистрибуцијом жита (*cura annonae*), односно у износу који старатељ дистрибуције жита (*curator annonae*) уобичајено исплаћује својим чиновницима. Поред тога, лица са ове листе била су опремљена писаћим столом, папиром, и свим другим што је неопходно за обављање њихових послова¹⁵.

О административном седишту службе (*statio aquarum*) која се старала о водоснабдевању има мало података у изворима. За време Клаудија, за штаб службе која се бавила дистрибуцијом жита одређен је *porticus Minucia*, на Марсовом пољу (*Campus Martius*). У доба Комода или Септимија Севера дошло је до спајања служби водоснабдевања и дистрибуције жита, а старатељ се звао *curator aquarum et Minuciae*¹⁶. Зато се може претпоставити да се II веку н.е. административно седиште водоводне службе налазило се на портику Минуције

¹² Ashby, T., *нав. дело*, стр. 20. *Cura riparum et alvei tiberis* установљена је у време Клаудија (Cassius Dio, *Historia Romana*, LVII, 14 – *Dio's Roman History*, with an English translation by Cary, E., Harvard University Press, London, 1955); Тацит, *Анали*, 1, 76.

¹³ Фронтин, 99

¹⁴ *Исто*, 100.

¹⁵ *Исто*.

¹⁶ ILS 1128 (Dessau, H., *Inscriptiones Latinae Selectae*, Berolini Apud Weidmannos, Toronto, Vol. 1, Vol 2 (1892, 1902, 1906)) = CIL (*Corpus Inscriptionum Latinarum*) V 7783; ILS 1186 = CIL XIV 3902; ILS 1191 = VI 1532.

на Марсовом пољу¹⁷. У IV веку штаб водоводне службе био је смештен у близини Јутурниног извора (*Lacus Iuturna*), на Форуму¹⁸. У истом веку одржавањем водовода бавио се *comes formarum* (претходно *curator aquarum*) и њему је био подређен *consularis aquarum* (претходно *procurator aquarum*) који се бавио расподелом воде, а обојицу је од 330. године надгледао *prefectus Urbi*¹⁹.

3 Прокуратори (*procuratores*)

Када су завршени радови на водоводним системима *Aqua Claudia* и *Anio Novus* (52. године н.е.), Клаудије је у циљу успостављања још веће контроле над јавним службама, увео функцију *procurator aquarum*. Први прокуратор који се помиње у старим латинским натписима²⁰ био је *Ti. Claudius Aug. lib. Bucolas*, који је то звање имао у време Домицијана (81. – 96. године)²¹.

Место прокуратора попуњавано је из реда царевих ослобођеника (*Augusti liberti*, отуда код Буколаса скраћеница *Aug. lib.*), а у време Трајана из реда витезова²². Поред постојећег одреда од 240 робова који су радили на одржавању водовода (*familia publica*), Клаудије је придодао је још један од 460 робова који су припадали цару и који су финансирани из његове благајне (*familia caesaris*). Том новом групом робова руководио је прокуратор²³.

Он је био задужен да спроводи у дело дозволе за коришћење воде које је цар дао приватним лицима. Наиме, приватна лица би се обраћала цару за добијање дозволе, а ако би је он дао, они би то писмено одобрење носили старатељу водовода који би онда наредио прокуратору да га изврши тако што ће упослити нивелаторе и ставити жиг на *calix*²⁴, чије мере морају бити прилагођене одобреној количини воде²⁵.

¹⁷ Брун (Brunn, С., *нав. дело*, стр. 195) мисли да административно седиште ове службе (*statio aquarum*) никада није установљен позивајући на различита значења речи *statio* (само једно од њих је штаб), као и на сиромашне и неубедљиве изворе. Међутим, на основу древних натписа на латинском језику (*inscriptions latinae*) много је вероватнији закључак да је штаб службе водоснабдевања старог Рима, ипак, постојао.

¹⁸ ILS 8943 и 9050.

¹⁹ *Codex Iustinianus*, 11, 43(42),1; *Codex Theodosianus*, 8,7,1; Ashby, Т., *нав. дело*, стр. 22; Middleton, Н.Ј., *нав. дело*, стр. 317; Robinson, О.Ф., *нав. дело*, стр. 101.

²⁰ Овде се мисли на натписе на водоводним цевима.

²¹ ILS 1567= CIL XI 3612.

²² Фронтин, 105; Ashby, Т., *нав. дело*, стр. 23.

²³ Фронтин, 118

²⁴ Калибрирана бронзана цев којом се мерила потрошња воде.

²⁵ Фронтин, 105.

4. Техничко особље

Техничко особље које је радило на одржавању водоводног система делило се у две групе: прва, од 240 робова, коју је основао Агрипа и друга, од 460 робова, основана од стране Клаудија. Обе групе робова имале су исти састав, а на челу сваке групе налазио се старешина (*praepositus*).

Одреди робова били су подељени у неколико категорија радника: тарацари, односно полагачи камених плоча (*silicarii*), надзорници (*vilici*), контролори водоводних линија (*circitores*) мерачи нивоа воде, односно нивелатори (*libratores*), лица која су чувала и одржавала резервоаре (*castelarii*), водоинсталатери (*plumbarii*), гипсари (*tectores*), прости радници (*opifices*), зидари итд.²⁶.

Неке од ових категорија радника морали су да раде ван града, али не на великим грађевинским подухватима, већ на пословима који захтевају пуну пажњу, као што су контролори линија. Они који су радили унутар града, у својим станицама код резервоара и фонтана, имали су дужност да се посвете неколицини послова, а нарочито у случајевима изненадних хитних ситуација да би се из резервоара са великим залихама вода могла спровести до делова града који су угрожени несташицом²⁷.

Плате државног одреда робова исплаћиване су из државне благајне којој је тај расход покриван износима добијених од ренти од продавања права на коришћење воде који су добијани од власника имања или објеката смештених код цевовода, резервоара, јавних фонтана и базена. Овај приход износио је око 250.000,00 сестерција. Царски одред робова добијао је плату из императорове приватне благајне, из које су, такође, покривани сви трошкови за олово и цеви, резервоаре за испоруку и базене²⁸.

*

Овако устројена служба која се бринула о водоснабдевању, добро је служила Рим неколико векова, а обилно и непрекидно снабдевање водом у великој мери је допринело његовом развоју.

Под управом старатеља римског водоснабдевања и његовог особља огромне количине воде су свакодневно улазиле у Рим и испуњавале резервоаре, базене и фонтане да би угасиле жеђ његових становника, испирале градске улице и канализацију, омогућиле рад царских купатила и

²⁶ Исто, 117; Middleton, Н.Ј., нав. дело, стр. 317-318.

²⁷ Фронтин, 117.

²⁸ Исто, 118.

утицале на то да Рим добије изглед, који га је, између осталог, и прославио²⁹.

*Srđan Vladetić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

THE CURATOR AQUARUM AND STAFF OF WATER SUPPLYING SERVICE IN ANCIENT ROME

Summary

With intention to involve more people in the duties of state governance, August has established several public services (supervision on public construction sites, public roads, riverbed of Tiber, distribution of wheat) and among them public service that was responsible for water supply of Rome (cura aquarum) which would be for many centuries responsible for repair, maintenance and development of aqueducts. In this work internal organization of this service would be presented, with special emphasize on it's staff with curator aquarum as a head – administrator.

Key words: ancient Rome, water supply, cura aquarum.

Литература

- Aicher, P.J., Guide to the Aqueducts of Ancient Rome, Bolchazy-Carducci Publishers, Inc., Wauconda Illinois, 1995.
Ashby, T., The Aqueducts of Ancient Rome, Clarendon Press, Oxford, 1935.
Bruun, C., The Water Supply of Ancient Rome, Societa Scientiarum Fennica, Helsinki, 1991.
Corpus iuris civilis, Digesta, Codex Iustinianus, vol. I, II, ed. P. Krueger et Th. Mommsen, 6. ed. Berolini, 1893.
Dio's Roman History, with an English translation by Cary, E., Harvard University Press, London, 1955.

²⁹ Favro, D., „Pater Urbis”: Augustus as City Father of Rome, Journal of the Society of Architectural Historians, Vol. 51, No. 1, University of California Press, (Mar., 1992), стр. 78.

- De Kleijn-Eijkelestam, G., *The Water Supply of Ancient Rome*, Uitgeverij Gieben, Amsterdam, 2001.
- Dessau, H., *Inscriptiones Latinae Selectae*, Berolini Apud Weidmannos, Toronto, Vol. 1, Vol 2 (1892, 1902, 1906).
- Favro, D., „Pater Urbis”: Augustus as City Father of Rome, *Journal of the Society of Architectural Historians*, Vol. 51, No. 1, University of California Press, (Mar., 1992).
- Herschel, C., *The Two Books of Water Supply of the City of Rome of Sextus Julius Frontinus*, Longmans, Green, and CO., New York, London, Bombay and Calcutta, 1913.
- Middleton, H.J., *The Remains of Ancient Rome*, Vol. II, Adam and Charles Black, London and Edinburgh, 1892.
- Peachin, M., *Frontinus and the Curae of the Curator Aquarum*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2004.
- Pliny Natural History, with an English Translation in ten Volumes by Rackham, H., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press – William Heinemann LTD, London, 1961
- Robinson, O.F., *Ancient Rome – city planning and administration*, Routledge, London, 1994.
- Светоније, Дванаест римских царева, превод Стјепан Хосу, Напријед, Загреб, 1978.
- The History of Rome by Titus Livius – Translated from the Original, with notes and illustrations by Baker, G. A. M., vol. I-VI*, Bradford, S. F., Philadelphia, 1823.
- The Theodosian Code (Codex Theodosianus) and Novels and the Sirmundian Constitutions, a translation by Clyde Pharr*, Greenwood Press, Publishers, New York, 1969.
- Тацит, *Анали*, превод Црепајац, Љ., БМГ, Београд, 2000.

Др Жаклина Спалевић, доцент
Факултета за туристички и хотелијерски менаџмент
Универзитета Сингидунум у Београду

УДК: 656.883:004.738.5

ЕЛЕКТРОНСКО ПРАЋЕЊЕ ПОШТАНСКИХ УСЛУГА

Резиме

Поштанске компаније широм света развијају се и модернизују идући у корак са новим технологијама, а све у циљу унапређења постојећих сервиса које нуде и циљу развијања нових. Ера електронских уређаја и масовна употреба Интернета довели су развоја сервиса за електронско праћење пошиљки од места слања до места преузимања. Овакав сервис нуди погодности у виду информација о локацији пакета и времену доставе пошиљки, примаоцу и поштанској компанији. Овакав вид праћења пакета повећава квалитет саме услуге и може довести до брже испоруке. Поштанске компаније са друге стране веома често бивају злоупотребљене од стране својих клијената у циљу транспорта илегалне робе и остварења илегалног профита. Правилна заштита самих компанија као и њених клијената може се остварити једино у сарадњи са законодавним телима сваке од земаља. Циљ овог рада је да представи начине употребе и злоупотребе поштанских сервиса кроз техничка решења и правне аспекте.

Кључне речи: Електронско праћење пакета, електронски поштански сервиси, злоупотреба поштанског сервиса, GPS праћење.

1. Уводне напомене

Током протеклих двадесет година велики кораци су направљени у погледу унапређења поштанских услуга. Посебан акценат је стављен на повећање степена поверења клијента у *online* поштанске трансакције. Иако утицај дигитализације није нов, дигитална економија уводи нову фазу која презентује нове шансе и изазове. Дигитални алати у великој мери утичу и мењају структуру пословања компанија, њихову унутрашњу и спољну комуникацију, као и начин на који компаније организују продају. Овакав развој технологија је изазвало дигиталну трансформацију поштанских услуга. Неке од услуга као што су широкопојасни Интернет, мобилне и социјалне мреже су трендови који су кренули са развојем на почетку овог века. Остали сервиси као што су *Internet of things* и процесирање великих скупова података обухватају нови талас промена

које убрзано утичу на електронске поштанске услуге. У студији објављеној од стране UPU-а (*Universal Postal Union*), пре четири године постојало је педесет и пет електронских поштанских сервиса који су били доступни грађанима. Тренутно су сви ови сервиси и даље доступни становништву широм света.¹ Различите поштанске услуге раде на различите начине. Свака од њих базирна је на употреби различитих нових техничких решења. Једна од услуга која је у употреби је експрес (брза) пошта. Експрес пошта је глобална поштанска услуга која као што јој и само име каже представља брзу доставу различитих пошиљки. То је међународна поштанска услуга која је у понуди од стране свих чланица поштанских администратора UPU-а. Поштански администратори су креирали *Express Mail Service* (EMS) 1998. године као оквир од стране UPU-а у циљу промовисања харминизације међу чланицама, као и развоја нових поштанских сервиса широм света. Поштанске филијале у више од 200 земаља и територија широм света имају у својој понуди услуга ову премијум *end-to-end* услугу за документе и различиту врсту робе. Поред поштанских филијала, велики број логистички фирми такође има у понуди овакве сервисе. Карактеристика оваквих сервиса је да се достава пакета, писама и осталих пошиљки мора завршити у унапред дефинисаном временском периоду. Поред временски прецизне доставе, обавеза достављача је да пакети морају бити достављени у оригиналној форми, без било каквих оштећења.

Један од електронских сервиса који је у понуди од стране поштанских филијала широм света, а који је повезан са транспортом пакета и других пошиљки јесте и електронско праћење пакета. Праћење пакета или мониторинг пакета је процес локализације контејнера, врећа и поштанских пакета у различитим временским тренутцима. Овај процес је битан, јер обезбеђује информације о кретању пакета на основу којих се може предвидети време када ће пакет бити достављен. Све потребне информације се прикупљају током сортирања пакета, смештања у складишта и доставе примаоцима. Овакав вид електронског и *online* сервиса обезбеђује клијенту информације о рути кретања пакета, као и о очекиваном дану и времену доставе.² Праћење поште је постало могуће кроз додатне поштанске услуге. Ове поштанске услуге захтевају да идентитет пошиљке буде памћен у различитим тренуцима током транспорта од пошиљаоца до примаоца. Таква информација са једне стране обезбеђује доказ о достави пакета пошиљаоцу, а са друге стране примаоц може предвидети време доставе.³ Да би се на основу идентитета пакета установила локација на којој се он налази, користи се једна од две методе. Прва се заснива на бележењу података о

¹ Corredera, D., *Measuring postal e-services development, A global perspective*. UPU, Berne, 2012, стр. 1-20.

² Esser, M., *Industry Developed Temperature Tracking Device for Packages May Have Climate Metrology Applications*, NIST Tech Beat, 2011.

³ Joyce, H., *The History of the Post Office from its Establishment down to 1836*. London: R. Bentley, 1893.

пакету приликом пристизања пакета у складишта и одласка из њих, као и приликом сваког претовара. У овом случају локација, време доласка и одласка као и статус пакета су параметри који представљају идентитет пакета. Други приступ је базиран на *Global Positioning System*-у (GPS) праћења возила. Систем се користи како би запослени лоцирао возила која садрже конкретни пакет који се прати и како би се запамтила позиција возила у *real-time* бази података.⁴

Са развојем и масивном употребом Интернета и мобилних уређаја праћење пакета путем *Web*-а креирано како би се цео процес још више аутоматизовао. Овакав сервис заснован на *web* праћењу нуди клијентима могућност праћења статуса пакета у реалном времену. Доказ о великој употреби и популарности овог сервиса је и податак регистрован у периоду од 1995. до 1999. године. У овом периоду број пакета који су праћени путем *Web*-а је порастао од шест стотина на дан у 1995. години на 3.3 милиона на дан у 1999. години⁵. Овај сервис је постао доступан свим већим курирским компанијама. Исти је такође значајно унапређен са појавом *Web* сајтова који нуде комбиновано праћење за различите курирске службе⁶.

Са појавом паметних телефона, појавиле су се у мобилне апликације за праћење пакета. Ове апликације се користе како би се подаци прикупљени током праћења пакета послали у виду информације на мобилни телефон клијента. Овакви програми су способни да аутоматски детектују бројеве на основу којих се прати пакет у оквиру порука које стижу на мобилни уређај и да на тај начин обезбеде информацију о локацији пакета у реалном времену.⁷ Транспорт пакета је комплексан и прецизан задатак за сваку поштанску компанију. Квалитет услуге и задовољство корисника увек морају бити на највећем могућем нивоу.

Повољности које нуде поштанске компаније у погледу брзе доставе пакета, као и заштите приватности њихових клијената често бивају злоупотребљене. Клијентни не тако ретко користе овакав вид доставе пошиљки како би помоћу њих вршили доставу илегалних производа. Различити видови наркотика, оружја, шверцоване и крадене робе су само неки од предмета који се могу наћи у пакетима који се транспортују путем оваквих поштанских сервиса. Овакве и многе друге злоупотребе поштанских сервиса представљају горући проблем за

⁴ Dignan, L., *FedEx couples Google Earth with active package tracking*, 2007; Retrieved February 21. 2016. from <http://www.zdnet.com/article/fedex-couples-google-earth-with-active-package-tracking>

⁵ NYT – The New York Times, *U.P.S. Results Meet Forecast, But Fail to Impress Investors*, February, 2000; Retrieved December 15. 2015. from <http://www.nytimes.com/2000/02/01/business/ups-results-meet-forecast-but-fail-to-impress-investors.html>.

⁶ Basu, S., *10 Package Tracking Websites for Alternative Ways to Track Your Shipments*, August, 2010; Retrieved December 26. 2015. from <http://www.makeuseof.com/tag/10-package-tracking-websites-alternative-ways-track-shipments>.

⁷ Pogue, D. *An E-Mail Service With Lots of Smarts*, August, 2012; Retrieved December 26. 2015. from http://www.nytimes.com/2012/08/09/technology/personaltech/outlookcom-an-e-mail-service-with-lots-of-smarts-state-of-the-art.html?_r=0.

компаније које се баве превозом поштом. Због свега тога поштанске и друге курурске компаније свакодневно морају радити на унапређењу својих сервиса како би заштитиле себе и своје клијенте од људи којима је циљ да злоупотребе овако организоване сервисе.

У наставку рада биће дате на првом месту информације о функционисању система за праћење пакета како са стране клијента, тако и са стране компаније која врши транспорт. Друга област која ће бити обрађена се управо односи на злоупотребе поштанских сервиса кроз различите реалне примере из ближе или даље прошлости. У циљу заштите поштанских компанија и њихових клијената је дат преглед законских регулатива које се примењују у овој области.

2. Електронско праћење пакета

Праћење пакета је интегрисани део поштанских сервиса за доставу пакета који дозвољава клијенту да прати поштом које је послао или које су њему послате. Употреба Интернета је омогућила комерцијалним компанијама за транспорт робе да својим клијентима омогуће да прате своје поштомке online коришћењем сервиса базираних на *Web* технологијама. Неке од компанија су само праћење пакета подигле на виши ниво и интегрисале функционалности праћења у своје интерне пословне системе. Кроз систем праћења пакета клијенти могу добити информације о датуму и времену доставе, имену примаоца и визуелни преглед дигиталног потписа примаоца након преузимања пакета. Поред ових информација могуће су још многе друге. У највећем броју случајева сервис за праћење пакета раде на принципу прибављања података и информација за сваки појединачни пакет и захтевају од клијента да изврши претрагу у бази података компаније на основу броја за праћење додељеног сваком појединачном пакету. Овај број заправо представља алфанумерички код који се састоји од тринаест алфанумеричких карактера. Код је подељен у три групе карактера на следећи начин:

- Прва група се састоји од два алфанумеричка карактера и ови карактери представљају тип поштомке.

- Друга група се састоји од девет алфанумеричких карактера и представља оригинални број поштомке.

- Трећа група се састоји од преостала два алфанумеричка карактера који представљају ознаку земље одакле је пакет послат.

Неки од примера бројева за означавање и праћење пакета су EE123456785US, PP123456785US и ЦП123456785US. Овако дизајниран код садржи и карактер провере који показује да ли број за праћење брзе поште садржи грешку. Вреће са пакетима као и контејнери такође морају садржати алфанумерички код. Овај код се састоји од седамнаест алфанумеричких карактера који су подељени у четири групе.

- Првих шест карактера представљају оригинални број вреће или контејнера.

- Седми карактер представља тип вреће или контејнера.

- Од осмог до дванаестог су карактери који представљају поштански код поште пошиљаоца.

- Последњих пет карактера представљају поштански код поште примаоца.

Пошиљци која се електронски прати могу се доделити различита стања у којима се она може наћи. Нека од њих су: пријем, додељена, враћена пошиљаоцу, следећа испорука и одбачен извештај. Свако од стања обезбеђује информације свим странама у размени пошиљке којима ова информација може бити од значаја. У овако дизајнираном праћењу или мониторингу пошиљки постоје три главне стране којима је потребно обезбедити адекватне информације. То су пошиљаоц, примаоц и компанија која превози пошиљку. Свака од страна има специфичне разлоге због којих жели да надгледа кретање пакета. Пошиљаоц може бити компанија или појединац. Уколико се ради о појединцу он обично односи пакет у поштанску филијалу како би га послао. Преузимање пакета код куће пошиљаоца је такође могуће, као што је и могуће захтевати усуге оваквог сервиса путем *Internet* и *WAP* сервиса. Пошиљаоц може захтевати услугу *email* потврде преузимања пакета као и приступ провери статуса пакета и очекиваног времена доставе путем *Internet/WAP* сервиса. Уколико је пошиљаоц правно лице (компанија), у том случају количина захтеваних информација се повећава. Повећање захтеваних информација је узроковано потребом правилне информисаности о стању пакета у циљу обавештавања клијента и повећања квалитета услуга које пружају. Поузданост процене времена доставе је једна од веома битних информација, као и могућност потврде да је пакет примљен од стране одговарајућег појединца.

Сви примаоци добијају код на основу кога могу вршити праћење пакета док је у транзиту. У случају када се ради о појединцу као примаоцу пакета код је обично додељен од стране пошиљаоца. Индивидуални примаоци желе да знају када ће пакет стићи како би обезбедили да они или неко други буде присутан на месту преузимања пакета у договорено време како би преузели пакет. *Internet/WAP* приступ и *email* поруке могу обезбедити атрактивни кориснички сервис. Зависно од природе посла, величине компанија и односа снабдевач – корисник, ниво детаља о кретању пакета и статусу истог може варирати према договору пошиљаоца и примаоца.

Компаније које обезбеђују експресну доставу, пренос пакета и логистичку подршку могу се сматрати главним корисницима оваквих система. Њихови корисници можда имају одређене захтеве за подацима, али оно што је њима најважније је висок ниво перформанси, као и квалитет услуге која им се нуди транспарентно⁸.

Транспортна компанија такође захтева повратну информацију од стране транспортне јединице (возила за транспорт) у случајевима када је то могуће. Ова

⁸ Jakobs, K., Williams, R., Graham, I., Wallbaum, M., *Designing An Open Track & Trace System-The Socio-Economic Context*, Rwth Aachen, University of Edinburgh (Hrsg.), Aachen, Edinburgh, ohne Jahr. 1-8, 2000.

информација треба да обухвати локацију и статус транспортне јединице, заједно са информацијама о пакетима које носи, њиховим будућим путањама, дестинацијама и процењеним временом доласка.

2.1. Унапређење система за праћење пакета

Свака поштанска филијала широм света има један најважнији задатак, а то је да обезбеди најбољу могућу услугу својим клијентима. Коришћење нових технологија је омогућило креирање система за праћење локације у циљу обезбеђења бољег квалитета траспорта пакета. Један од оваквих система је и GPS праћење возила која врше транспорт пакета и пошиљки уопште. Како је овај систем веома поуздан када је у питању праћење на великом географском подручју, компаније које се баве пружањем услуга превоза пакета га у великој мери користе. Да би се овакав систем ставио у функцију свако возило мора да буде опремљено GPS пријемником. На основу пријемника сателити могу пратити кретање возила широм површине земље. Помоћу GPS-а оператор у контролном центру поштанске компаније може у било које време захтевати информацију о позицији возила. На овај начин поштанска база станица може имати информацију где се тренутно налази возило и са којим пошиљкама и када могу очекивати долазак истог. Такође, може се организовати претовар пошиљки за даљи транспорт у најкраћем могућем периоду, а пре свега без почетног кашњења. Овакав приступ омогућује смањење времена које је потребно за доставу пошиљки примаоцу.

Као замена за традиционалне бар кодове на пошиљкама кренуло се са употребом *Radio Frequency Identification* (RFID) тагова. RFID је микрочип који се може поставити на пошиљку, контејер, возило и остале објекте како би се пратило њихово кретање. RFID чипови су пасивни, а пренос података са них се обавља само у случају када се нађу у опсегу испред читача дизајнираног за читање ових чипова. Читач емитује радио таласе који активирају RFID чип. Након активирања чип преноси информацију преко предетерминисане радио фреквенције. Ова информација се даље прихвата и преноси до централне базе података.⁹ У прошлости RFID је коришћен за евалуацију поштанских перформанси. Ови чипови су у малом проценту коришћени у праћењу писама и возила којима се вршио транспорт. Међународна поштанска корпорација данас надгледа проток поште и поштанске сандучиће у више од педесет земаља.⁹ Такође, постоји и RFID систем који у потпуности аутоматизује целокупни процес достављања поште од процеса преузимања пакета, кроз процес класификације и достављања. Овакав систем је успешно тестиран над поштанским сандучићима у Јужној Кореји. Други пример употребе RFID чипова јесу поштанске марке базиране на овим чиповима. Овај пројекат је базиран на имплементацији пасивног RFID чипа на

⁹ Stanivuković, B., Marković, D., *RFID u funkciji poštanske marke – čipovanje poštanskih pošiljaka*, XXXII Simpozijum o novim tehnologijama u poštanskom i telekomunikacionom saobraćaju – PosTel, стр. 3-14, Beograd

традиционалну поштанску марку у циљу стављања RFID технологије у функцију поштанских марки. Овај пројекат отворио је серију предности које доноси симбиоза ова два начина означавања писама. Нова технологија повећава квалитет поштанских сервиса и отвара ново тржиште и прилике за развој поштанских сервиса. Проблем који се јавио а који је успешно разрешен симбиозом традиционалних поштанских марки и RFID чипа било је првобитно решење које је подразумевало потпуну замену традиционалних поштанских марки RFID чипом. Јавио се велики број присталица традиционалних поштанских марки који су истакли њихову културно историску важност и потребу да се и даље задржи њихова употреба. Као што је већ наглашено, симбиозом традиционалних поштанских марки и нових технологија побољшао се квалитет услуге, а у исто време су се сачувале традиционалне вредности.

3. Злоупотреба поштанских сервиса

Компаније за транспорт пакета као и званичне поштанске компаније у свакој земљи морају обезбедити својим клијентима највећи могући квалитет услуге. Једна од предности коју има сваки клијент јесте да може послати шта год пожели и на коју год адресу му то одговара. У највећем броју случајева приватност корисника је загарантована условима пословања поштанских компанија. На тај начин радник у поштанској филијали је ускраћен могућности да провери садржај пакета. Клијент је у обавези да пријави садржај пакета и да укаже уколико је потребно додатно осигурати садржај пакета како би он у изворном облику стигао на адресу одређишта. Клијент је такође у обавези да наведе тачну вредност пошиљке, као и да ли је за њу на пријемној страни потребно тражити откупнину. Овакав начин пословања поштанских компанија оставља довољно простора за различите видове злоупотребе поштанских компанија приликом транспорта пошиљки. Неке од злоупотреба могу бити минорног карактера, док се неке могу сврстати у кривична дела. Када се ради о транспорту различитих забрањених предмета и добара такви корисници поштанских услуга за такав вид транспорта подједнако често користе како приватне тако и државне поштанске компаније или компаније које се баве превозом пошиљки. Различити примери злоупотребе поштанских компанија и поштанских услуга дати су у наставку.

3.1. Слање наркотика и других видова опијата

Дилери дроге широм света свакодневно проналазе нове видове транспорта и дистрибуције наркотика са једне на другу локацију у циљу проширења мреже, као и снабдевања својих дистрибутера на датим локацијама. У циљу што ефикаснијег транспорта са што мање ризика да буду разоткривени, дилери користе најразличитије методе, не обраћајући пажњу на могуће последице по остатак становништва. Не тако ретко догађа се да користе различите видове поштанских услуга за слање пошиљки које садрже наркотике, у зависности од количине која се

шаље, могуће провере пакета и врсте наркотика. Један од начина дистрибуције наркотика путем поштанских услуга јесте и слање наркотика у малим количинама на већи број различитих локација. На одговарајућим локацијама људи којима је конкретна количина наркотика послата преузимају пошиљку и крећу у даљу дистрибуцију. У неким случајевима као заштита од могуће провере наркотици су запаковани у паковања различитих медикамената па се као такви и пријављују и шаљу. Овакав начин слања наркотика путем паковању у најразличитија паковања је све чешће у употреби, јер је релативно сигуран и јефтин. Овакав вид слања пакета је уочљив од стране законодавних институција само у случају када је пре слања пакета организовано праћење лица за које се сумња или зна да је потенцијални дилер. Поред ретког праћења овакву истрагу је тешко и скупо организовати и доказати на суду од ког лица пакет почиње с обзиром да пошиљалац приликом слања не даје никакав идентификациони документ на увид.¹⁰

Један од примера транспортовања дроге путем поште је забележен у Филадельфији. Два брата су дистрибуирала метамфетамин путем брзе поште између два града. Полиција је уочила да они пакују метафетамин унутар цеви и да тако упакован наркотик шаљу у Филадельфију.¹¹ Након хапшења браће, инспектори су срушили целу мрежу дилера око њих. Остали дилери су превозили познати наркотик из Winston-Salem-а, Северне Каролине у Филадельфију. Након ове операције инспектори су додатно ухапсили још двојицу учесника у овом послу.

Други пример злоупотребе поштанских услуга у циљу слања забрањених наркотичких супстанци забележен је у Сан Дијегу, где је у заједничкој акцији поштанских инспектора и агената за сузбијање наркотика ухапшен човек 16. маја 2012 године. Ухапшени је оптужен за дистрибуирање анаболичких стероида, кетамина и других забрањених супстанци путем U.S поште. Оптужени је поручбине за наркотицима примао путем интернета, а затим поручене количине дистрибуирао експрес поштом.¹¹ Према његовом сведочењу дневно је дистрибуирао забрањену робу вредну приближно 5000 долара. Такође је забележено да је на тај начин сарађивао са око 300 клијената широм земље.

Откриће велике количине дроге која се преноси путем поште у Перуу и Еквадору довело је до увођења низа забрана и захтева за реформама. У 2011. години власти су на Флориди пријавиле необично велику заплену наркотика провером пакета који су слани путем различитих видова поште.

Како је употреба марихуане постала легална у неколико земаља број чврсто упакованих пакета послатих путем поште повећао се значајно. У неким случајевима дрога је упакована унутар конзерви од кукуруза или вакумирана и

¹⁰ DWN., *How to Legally Accept a Drug Package as Per Police and Prosecutors*, May, 2014; Retrived January 18. 2016. from <http://darkwebnews.com/help-advice/legally-accept-drug-package-per-police-prosecutors/#comments>

¹¹ IDTA. (2002). *Illegal Drugs and Trafficking*. Annual Report of Investigations, United States Postal Inspection Service. стр. 26-28.

сакривена унутар других предмета. Овај наркотик је често пакован и у паковањима отпорним на топлоту како би се заштитио од испуштања мириса приликом транспорта. На тај начин је наркотик транспортован из области где је употреба дозвољена у области где није, што је у случајевима откривања правдано као лична употреба и непознавање закона. Око четрдесет хиљада килограма марихуане је конфисковано у току 2014. године у акцијама провере пакета послатих путем поште широм САД.

Дилери дроге користе овакве видове транспорта јер су релативно јефтини, достава је тачна, а сами број пакета који се свакодневно шаље обезбеђује сигурност од евентуалног откривања и провере. О броју пакета говори и податак да велики број поштанских испостава широм САД дневно обради и транспортује милионе пакета. Толики број пакета који обраде запослени не оставља им превише простора за било какву проверу. Само слање наркотика на овакав начин даје дилерима могућност да прошире своје тржиште на подручје где је ризично применити традиционални систем дистрибуирања наркотика. Брза пошта је савршен начин за транспортовање наркотика, јер дилери могу веома лако померати дрогу на различите локације.

3.2. Транспорт оружја и муниције

Једна од најопаснијих злоупотреба поштанских услуга је и транспорт оружја и муниције. Како би транспортовали различите типове оружја преступници се користе различитим методама паковања оружја. У великом броју случајева оружје се раставља и пакује у деловима тако да паковање по облику, димензијама и тежини приближно одговара неком познатом предмету. На тај начин изглед пакета не даје никакву сумњу да се у њему налази оружје или муниција. Приликом предаје пакета обично се наводи да је у њему неки познати метални објекат у случају да пакет пролази детектор метала. Када је у питању по димензијама велико оружје које није могуће проследити у једном комаду, оно се раставља, па се на различитим локацијама шаљу различити делови оружја. На одабраним локацијама особа којој се оружје шаље преузима делове оружја и склапа их у целину. Један пример илегалног слања оружја забележен је у Сијетлу. У овом граду ухапшена су и осуђена двојица браће, јер су илегално слали делове оружја и оружје поштом на Тајланд.¹² Операција је текла тако што је оружје најпре слано у *Bellevue* у Небрасци, где га је један од браће преузимао маскирао у пакете и покушавао да транспортује даље за Тајланд. У једној од пошиљака, браћа су послала магацине за пиштољ калибар 45, док је пакет обележен као празно кућиште за електронске компоненте. У неким случајевима за садржај пакета су наводили да се у њима налазе металне опруге, метални поклопци или делови за машине, маркери који

¹² Brock, T., *Two brothers plead guilty to illegally shipping gun parts to Thailand*, May, 2014; Retrieved January 18, 2016. from <http://q13fox.com/2013/10/22/brothers-plead-guilty-to-illegally-shipping-gun-parts-to-thailand/>

светле у мраку, и многи други предмети. Група је одговорна за слање око 240 пошиљки са оружјем. Ниједна пошиљка није садржала склопљено оружје.

У Канади су регистроване различите пошиљке целог оружја, као и делова оружја. Ове пошиљке су укључивале пиштоље, гранате, опасне хемикалије, пушке, муницију разног калибра, панцирне прслуке, па па чак и ракетне ручне бацаче¹³. Примери слања оружја путем услуга које нуде поштанске компаније показују да ова илегална активност није тако ретка. Криминалци се често одлучују за овакав вид транспорта оружја из истих или сличних разлога као код слања наркотика. Оно што је значајно у оба случаја је то да се слање забрањених предмета обавља без обзира на последице.

3.3. Коришћење поштанских сервиса у трговинској размени

У свакодневној трговини приватна лица користе поштанске сервисе за достављање продате робе. Једна од злоупотреба поштанских сервиса у оваквом виду пословања је неадекватно навођење садржаја пакета и његове вредности, поготову у случајевима када је плаћање за робу унутар пакета већ извршено путем текућег рачуна или мобилне уплате. Пошиљоци често шаљу различите хемикалије или медикаменте који нису забрањени за слање, али захтевају посебно паковање и посебан третман приликом слања. Због цене таквог транспорта наводе да су у пакету књиге, папири личне природе, пластични или метални предмети. Ово посебно може бити проблем у случају када су ломљиве ствари у пакету, а то није наглашено. У случају оштећења пошиљалац и прималац неће моћи да добију надокнаду штете, а сваки евентуални покушај тражења одштете може угрозити кредибилитет поштанске компаније. Слање робе која је илегално продата путем огласа, *online* куповине или куповине путем телефона увлачи поштанску компанију у домен криминалних активности, а да она није свесна шта је у пакету. Тако се у оваквим видовима трговине у пакетима често може наћи украдена или шверцована роба сумљивог порекла. За такву робу обично се не тражи плаћање откупнине поштанском службенику приликом преузимања пакета, већ је плаћање извршено унапред путем рачуна. На тај начин, уколико је пошалац оставио лажне податке ни у ком случају не може бити повезан са садржајем пакета. Са друге стране, није ни редак случај да одважни пошиљоци оставе личне податке како би се плаћање извршило поштанском раднику након преузимања пакета.

4. Законске регулативе поштанских услуга

Сви поштански сервиси и активности којима се поштанске компаније баве регулисани су *Законом о поштанским услугама*. Свака од земаља је у обавези да

¹³ Bronskill, J., *Criminals using Canada Post to transport illicit goods — including a rocket launcher — RCMP report says*, National Post, January, 2014.

доднесе овај закон и прилагоди га својим потребама. У Републици Србији *Закон о поштанским услугама* регулише спровођење поштанских услуга. У члану 3. дефинише се да су поштанске услуге, услуге које обухватају пријем, пренос и уручење поштанских пошиљака. Пренос поштанских пошиљака подразумева технолошке процесе код поштанског оператора од места пријема до места уручења поштанске пошиљке. Према овом члану пакети су пошиљке, паковане на прописан начин које садрже робу и друге предмете и имају на пошиљци или документу који прати пошиљку, опис садржине. Према шестом члану овог закона Поштански оператори су дужни да при обављању поштанских услуга поступају у складу са својим посебним условима, обезбеде неповредивост поштанских пошиљака и тајност података. Сви даваоци поштанских услуга и њихови запослени дужни су да чувају тајност, а ова обавеза остаје и у случају престанка њиховог радног односа код даваоца поштанских услуга. Начело неповредивости тајности поштанских пошиљака може се нарушити само у случајевима и под условима одређеним законом. Ово значи да се подаци о некој пошиљци или пошиљаоцу који је под истрагом морају проследити надлежнима уколико дође до таквог захтева.

Чланом 29. овог закона строго је дефинисано какве врсте пошиљки су забрањене за слање или примање. Према овом члану, забрањено је слање, односно пријем, пренос и уручење поштанских пошиљака које садрже:

1) 1) опасне и штетне материје, као и предмете чији пренос угрожава здравље и живот људи, друге поштанске пошиљке, поштанска постројења и транспортна средства и опрему, осим материја чији је пренос дозвољен по поступку, под условима и на начин који је утврђен законом, међународним конвенцијама и другим међународним актима;

2) 2) опојне дроге, осим када су прималац и пошиљалац законом овлашћени за промет дрогом, односно имају овлашћење за њихово коришћење;

3) 3) живе животиње, осим животиња чији је пренос одређен посебним условима за обављање поштанских услуга;

4) 4) другу робу и предмете чији је пренос забрањен законом и другим прописима.

Поштанске компаније креирају своје полисе којима дефинишу услове пословања. Ове полисе морају да буду у складу са законом. Њима се дефинишу права и обавезе запослених у компанији, однос према клијентима и поступање у конкретним ситуацијама. У оквиру правних служби у САД, постоји агенција под називом *United States Postal Inspection Service (USPIS)* која је једна од најстаријих правних агенција. Њено задужење је да заштити поштанске сервисе, запослене у поштанским компанијама, клијенте и национални поштански систем од утицаја криминалних организација и појединаца. Поштански инспектори спроводе више од две стотине федералних закона како би обезбедили адекватну заштиту поште у процесима истраге злочина који су настали незаконитом употребом поштанских услуга, преваром поштанског система и преваром запослених у пошти. У поштама широм света сви запослени су у обавези да поштују закон, устав и етничке принципе, као и да одредбе ових правних докумената поставе изнад личних

интереса. Обавезе, начин понашања запослених, сигурносне мере као и права и обавезе корисника поштанских услуга требало би да буду поштоване од стране сваког појединца у циљу што бољег организовања ових услуга.

6. Закључак

Поштанске компаније широм света обезбеђују различите сервисе својим корисницима. Пружање услуга транспорта поштом је била главна делатност поштанских компанија. Делатности којима се поштанске компаније баве напредовале су са напредовањем друштва и технолошким развојем. Целокупан развој поштанских услуга ишао је и иде у смеру остваривања већег задовољства клијената. Велики број сервиса као што је већ речено је повезан са тренутном улогом Интернета у данашњем друштву. Један од таквих сервиса је и описано електронско праћење поштом. Овај сервис доноси различите погодности како клијентима тако и поштанским компанијама. Поштанске компаније широм света имају различите захтеве и различит начин реализације електронског праћења. Заједничко за све је да је електронско праћење поштом засновано на коришћењу информационо комуникационих технологија. Компаније које се баве овом облашћу раде на креирању и унапређењу процеса праћења поштанских услуга. Са друге стране злонамерни корисници користе погодности оваквих сервиса како би на илегалан начин дистрибуирали забрањене предмете и супстанце. Како би се спречиле криминалне злоупотребе поштанске компаније би требале да повећају контролу пакета како међународних тако и пакета који се дистрибуирају широм земље. За овакве провере мора постојати адекватна сарадња са законодавним телом сваке земље. Само добром координацијом и сарадњом могу се створити услови повећане сигурности поштанских сервиса.

*Žaklina Spalević, Ph.D., Assistant Professor,
Faculty of Tourism and Hospitality Management*

ELECTRONIC TRACKING OF POSTAL SERVICES

Summary

In modern times, posts worldwide are using new technologies to improve the existing services, develop new ones, and improve the delivery of mail, package, express and financial services. Such improvements have been achieved over years, based on different market demands and customers' evolving needs. In the era of electronic devices, the Internet and the possibility of real time monitoring has created a need for

development of different electronic services that will be used in postal services. Electronic tracking of packages from the customer and postal side is one of the most important postal services. This kind of service provides useful information about the current location of the package to both sides. This information can accelerate the package delivery process. This paper summarizes and presents different uses of electronic postal services for package tracking through technical and legal observation. The paper also presents different illegal use of postal services, and solutions for better protection all in accordance with the law.

Key words: *Electronic package monitoring, electronic postal services, postal abuse, GPS tracking.*

Литература

- Basu, S., 10 Package Tracking Websites for Alternative Ways to Track Your Shipments, August, 2010.
- Brock, T., Two brothers plead guilty to illegally shipping gun parts to Thailand, May, 2014.
- Bronskill, J., Criminals using Canada Post to transport illicit goods — including a rocket launcher — RCMP report says, National Post, January, 2014.
- Dignan, L., FedEx couples Google Earth with active package tracking, 2007.
- Esser, M., Industry Developed Temperature Tracking Device for Packages May Have Climate Metrology Applications, NIST Tech Beat, 2011.
- Jakobs, K., Williams, R., Graham, I., & Wallbaum, M., Designing An Open Track & Trace System-The Socio-Economic Context, Rwth Aachen, University of Edinburgh (Hrsg.), Aachen, Edinburgh, ohne Jahr. 1-8, 2000.
- Joyce, H., The History of the Post Office from its Establishment down to 1836. London: R. Bentley, 1893.
- Pogue, D. An E-Mail Service With Lots of Smarts, August, 2012.
- Stanivuković, B., Marković, D., RFID u funkciji poštanske marke-čipovanje poštanskih pošiljaka, XXXII Simpozijum o novim tehnologijama u poštanskom i telekomunikacionom saobraćaju – PosTel, Beograd.
- Corredera, D., Measuring postal e-services development, A global perspective. UPU, Berne, 2012.
- DWN., How to Legally Accept a Drug Package as Per Police and Prosecutors, May, 2014.
- IDTA. Illegal Drugs and Trafficking. Annual Report of Investigations, United States Postal Inspection Service 2002.
- Retrieved December 15. 2015. from <http://www.nytimes.com/2000/02/01/business/ups-results-meet-forecast-but-fail-to-impress-investors.html>.
- Retrieved December 26. 2015. from http://www.nytimes.com/2012/08/09/technology/personaltech/outlookcom-an-e-mail-service-with-lots-of-smarts-state-of-the-art.html?_r=0.
- Retrieved December 26. 2015. from <http://www.makeuseof.com/tag/10-package-tracking-websites-alternative-ways-track-shipments>.

Жаклина Спалевић, Електронско праћење поштанских услуга (стр. 475-488)

Retrieved January 18. 2016. from <http://q13fox.com/2013/10/22/brothers-plead-guilty-to-illegally-shipping-gun-parts-to-thailand/>

Retrieved January 18. 2016. from <http://darkwebnews.com/help-advice/legally-accept-drug-package-per-police-prosecutors/#comments>

Retrieved February 21. 2016. from <http://www.zdnet.com/article/fedex-couples-google-earth-with-active-package-tracking>

TNYT – The New York Times, U.P.S. Results Meet Forecast, But Fail to Impress Investors, February, 2000.

ИНТЕЛЕКТУАЛНА СВОЈИНА И УСЛУГЕ

Др Божин Влашковић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 659.1:366

РЕГИСТРАЦИЈА РЕКЛАМНИХ СЛОГАНА ЗА ОБЕЛЕЖАВАЊЕ ПРОИЗВОДА И УСЛУГА*

Резиме

Регистрација рекламних слогана се више директно не везује са забраном регистрације ознака, које су постале уобичајене у свакодневном говору и поштеним и сталним пословним обичајима. Напротив, тежиште је на утврђивању њихове дистинктивности, која се одређује према општим правилима. С обзиром на природу рекламних слогана њихова дистинктивност ће бити потврђена када просечни потрошач аутоматски не успоставља везу између садржине слогана и особина којима се изазивају асоцијације на одређену класу производа или услуга.

Кључне речи: конкретна дистинктивност, функција упућивања на порекло, рекламна функција, просечни потрошач, уобичајене ознаке.

1. Увод

Жиг се по правилу састоји из једне речи, а рекламни слоган увек садржи две или више речи. Садржином рекламног слогана истичу се предности или користи неког производа или услуге, што значи да је реч о једноставном рекламном исказу. Другим речима, рекламна порука је увек централна функција слогана. Она може, такође, да буде проширена и на могућу функцију указивања на порекло производа или услуга, што је главно питање у случају заштите рекламног слогана жигом.

Пре доношења новог немачког Закона о жиговима 1995. године пракса заштите рекламних слогана жигом била је врло рестриктивна. Наиме, они су се могли регистровати само у случају да садрже име или назив фирме произвођача, као и у случају да садрже назив производа. По том основу, у Немачкој су, на пример, регистровани слогани: „Lass dir raten, trinke Spaten“ и

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

„*Geniesser trinken Doornkaat*“.¹ Међутим, оваква пракса је напуштена, јер је новим прописима о жигу поред функције упућивања на порекло призната и рекламна функција која се нарочито испољава у случају рекламних слогана. Нова пракса успостављена је одлукама Савезног патентног суда Немачке, које су донете 1997. године. Наиме, тада су регистрована два кратка слогана: „*Du darfst*“² за обележавање маргарина са нижим процентом масноће, као и „*Zisch & Frisch*“³ за обележавање кухињских посуда.

Упечатљиви рекламни слогани могу да имају велику вредност за привредне субјекте, па постоји значајан интерес за њиховом заштитом. Она се може остварити путем ауторског права, права конкуренције и права жига. Када је реч о заштити ауторским правом рекламни слогани морају испуњавати услове који су прописани за постојање ауторског дела. Међутим, то најчешће није случај јер рекламни слоган мора да буде кратак да би био делотворан у рекламирању производа или услуга. По праву конкуренције слогани се могу штитити под условом да су познати у извесној мери, као што је случај са слоганом: „*Wärme fürs Leben*“⁴, који је коришћен за обележавање пружања енергетских услуга.

У раду је анализирано питање заштите слогана жигом. У начелу, оваква заштита се пружа када потрошач у слогану не опажа само неку рекламну поруку, него може на основу слогана да разликује производе једног привредног субјекта од производа другог. Основно питање је, као и у свим другим случајевима, да ли је слоган конкретно дистинктиван. Као што је познато, реч је о питању на које се не може дати апстрактни одговор, што значи да је оцена увек зависна од околности конкретног случаја. То за последицу има нејединствену судску праксу и изазива одређену правну несигурност, упркос свих настојања да се успоставе критеријуми за утврђивање дистинктивности рекламних слогана.

2. Појам рекламних слогана и њихова првобитна заштита

Појам „рекламни слоган“ није изричито поменут у прописима о жигу, већ је настао у судској пракси у циљу њиховог тумачења, на исти начин као и појмови „ознака у речи“ или „жиг у речи.“ Поред тога, слогани се не сматрају специјалном подврстом ознака у речи, нити као нека од њих различита врста. У

¹ Findeisen, M., *Markenschutz für Werbslogans*, Media & Kommunikation 4/2014, 60.

² Одлука Савезног патентног суда Немачке од 22.1.1997, 28 W (pat) 35/96 „*Du darfst*“, *GRUR* 4/1997, 532.

³ Одлука Савезног патентног суда Немачке од 3.12.1997, 26 W (pat) 97/97 „*Zisch & Frisch*“, доступно на: dejure.org/.../rechtsprechung?...BPatG...26+W+, 14.3.2016.

⁴ Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 17.10.1996, I ZR 153/94 „*Wärme fürs Leben*“, *GRUR* 7/1997, 308.

пракси Европског суда правде рекламним слоганом се означава ознака у речи која поседује хвалећи или похваљујући смисао у вези са производима или услугама.⁵

Регистрација рекламних слогана је најпре разматрана у вези са забраном регистрације ознака које су постале уобичајене у свакодневном говору и поштеним и сталним пословним обичајима. Ова околност је јасно изражена и у неким судским одлукама. На пример, за регистрацију је била пријављена реч *YES* за обележавање сировог дувана, цигарета и других дуванских производа. Савезни патентни суд Немачке потврдио је одлуку немачког Патентног уреда којом је одбијена регистрација.⁶ Наиме, суд је истакао да се чл. 8, ст. 2, бр. 3, немачког Закона о жиговима⁷ не обухватају само ознаке рода, него и општи искази препоручивања који се у свакодневном говору користе за обележавање производа. При томе је значајно да се не захтева нека непосредна и специфична веза са производима или услугама. Другим речима, пропис се такође примењује и на податке који су у општој језичкој употреби или који су уобичајени у производњи или пласману за дотичне производе, што је нарочито случај са општим рекламним елементима. Пријављена енглеска реч *YES* припада најједноставнијим и основним речима овог језика, а у немачком језику је њено значење познато не само учесницима у промету који владају енглеским језиком, него и у ширем промету. Као нарочита форма подесна је за примену, као рекламно уобичајена, у смислу препоручивања производа или услуга. Наиме, њоме се ствара повољна атмосфера и њен циљ је да изазове одлуку о куповини. На ову околност не може се штетно испољити чињеница да не постоји непосредна и специфична веза између ове речи и пријављених производа или услуга. Другим речима, реч *YES* се као рекламно уобичајена препорука аутоматски разуме као таква и као израз сагласности којом се утиче на одлуку о куповини.⁸

У закључку „*ADVANTAGE*” према становишту Савезног патентног суда Немачке, на основу чл. 8, ст. 2, бр. 3, немачког Закона о жиговима, из регистрације су искључене опште рекламне речи. Овај суд истиче да услов за примену чл. 8, ст. 2, бр. 3, за разлику од чл. 8, ст. 2, бр. 2, није постојање „податка о својствима”. Такође се наглашава да се чл. 8, ст. 2, бр. 3, свакако, захтева веза између ознаке и производа или услуга, што значи да се према изворном тексту наведени пропис не односи на случај јасних позива на куповину. Међутим, суд сматра да се формулацијом чл. 8, ст. 2, бр. 3, превазилази смисао чл. 3, ст. 1 (д) Прве директиве бр. 89/104/ЕЕЗ од 21.

⁵ Пресуда Европског суда правде од 12.7.2012, C-311/11 P „Smart Technologies”/HABM „Wir machen das Besondere einfach”, тач. 40, *GRUR INT* 10/2012, стр. 914.

⁶ Закључак Савезног патентног суда Немачке од 15.7.1999, I ZB 16/97 „YES”, тач. 10, *GRUR* 12/1999, стр. 1089.

⁷ § 8 MarkenG - [dejure.org](http://dejure.org/gesetze/MarkenG/8.html), доступно на: dejure.org/gesetze/MarkenG/8.html, 23.1.2016.

⁸ Исто, тач. 11, стр. 1090.

децембра 1988. године за усклађивање закона држава чланица у односу на право жига (у даљем тексту: Прва Директива).⁹ На основу тумачења овог члана Прве Директиве уобичајени позиви на куповину, који су сасвим опште природе, као што је реч *ADVANTAGE*, искључени су из регистрације и на основу чл. 8, ст. 2, бр. 3, немачког Закона о жиговима.¹⁰ Наиме, у питању је општа реч енглеског језика, која се доказано употребљава у рекламирању у смислу упућивања на корисност неког производа. У промету се ова реч управо препознаје и разуме као таква, јер се њоме једнозначно препоручује производ у циљу подстицања куповине, те се сматра само као позив на куповину, а не као упућивање на порекло.¹¹ По становишту Савезног патентног суда Немачке у пракси Савезног врховног суда Немачке је нејасно да ли ће се ускратити регистрација неке речи као недистинктивне или описујуће, у случају да се њоме непосредно не описују пријављени производи или услуге, а њена примена чисто рекламног карактера се не може доказати за конкретно пријављене производе и услуге, али је уобичајена као хваљење за друге производе или услуге на сектору на који се односи пријављени жиг.¹²

Према пресуди „*Merz & Krell*” Европског суда правде регистрација жига, који се састоји из ознака и података, који се иначе употребљавају као рекламни слогани, упућивање на квалитет или позиви на куповину производа или услуга на које се жиг односи, није искључена већ због таквог коришћења.¹³ Другим речима, за регистрацију рекламних слогана се више не може аутоматски применити одредба о забрани регистрације ознака које су постале уобичајене у свакодневном говору и поштеним и сталним пословним обичајима, већ је у првом плану утврђивање њихове дистинктивности.

⁹ First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 40, 11. 2. 1989, стр. 0001 - 0007. Пропис је кодификован 22. 10. 2008. године (Directive 2008/95/EC of the European Parliament and the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 299, 8. 11. 2008, 25 - 32). Новом реформом права жига усвојена је и: Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, *Official Journal L* 336, 23.12.2015, стр. 1–26. С обзиром на циљ овог рада користићемо изворни облик овог прописа.

¹⁰ Влашковић, Б., *Описујуће ознаке и сложеннице у поступку регистрације жига*, Правни живот, бр. 11/2015, стр. 507.

¹¹ Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 1.4.1998, 29 W (pat) 78/97 „ADVANTAGE”, *GRUR* 2/1999, стр. 170.

¹² Мишљење општег правозаступника Damaso Ruiz-Jarabo Colomer поводом спора C 517/99, од 18.1.2001, тач. 4, доступно на: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?...en...C-517/99, 27.1. 2016.

¹³ Пресуда Европског суда правде од 4.10.2001, C-517/99 *Merz & Krell*, тач. 40, *GRUR* 12/2001, стр. 1148.

3. О дистинктивности ознаке

Дистинктивност жига је његова подесност да означи производе за које је захтевана регистрација као оне који потичу из одређеног предузећа и тиме их разликује од производа других предузећа.¹⁴

Једно од основних правила за одређивање дистинктивности је да се она везује за производе и услуге за које је жиг пријављен, као и за опажање меродавних прометних кругова. При томе се мора имати у виду да се просечном потрошачу само у малом броју случајева нуди могућност да различите жигове међусобно непосредно упореди. Напротив, потрошач се ослања на непотпуну слику о жиговима, коју је задржао у сећању.¹⁵

При утврђивању дистинктивности ознаке поступа се веома либерално, што значи да је за регистрацију довољан и сасвим низак степен дистинктивности. У пракси се сматра да је ознака дистинктивна када јој се у вези са пријављеним производима или услугама не може приписати описујући садржај, који је у првом плану, и када није у питању реч домаћег или неког познатог страног језика, која се у промету на основу одговарајуће употребе у рекламирању, разуме само као таква, а не као средство разликовања. Критеријуми за оцену дистинктивности су исти за све жигове.

4. Специфичности при утврђивању дистинктивности слогана

Меродавни потрошачи не опажају све жигове на исти начин, па, полазећи од такве околности, у конкретним случајевима може бити отежано доказивање дистинктивности неких жигова. О овом питању је одлучивао и Европски суд правде. На пример, у пресуди „*Libertel*” суд истиче да се ознака, која се састоји из боје као такве, у меродавним прометним круговима не опажа нужно на исти начин као жиг у речи или у слици. Наиме, ови жигови садрже ознаку независну од појавног облика производа који је означен жигом. Меродавни прометни кругови су навикнути да жигове у речи или слици непосредно схватају као ознаке којима се указује на одређено порекло производа или услуга. Међутим, то нужно не важи и за ознаке које су стопљене са појавном сликом производа за који је затражена регистрација ознаке. Потрошачи, дакле, нису навикнути да на основу боје производа или паковања, без графичких елемената или речи, закључе о пореклу производа.¹⁶ Наиме, према садашњим трговачким обичајима сама боја

¹⁴ Влашковић, Б., *Дистинктивност као услов за регистрацију жига*, Право и привреда, бр. 7-9/2015, стр. 11-20.

¹⁵ Влашковић, Б., *Тродимензионални жигови и жигови у боји*, Право и привреда, бр. 4-6/2011, стр. 833-844.

¹⁶ Пресуда Европског суда правде од 6. 5. 2003, C-104/01 „*Libertel Groep BV/Benelux-Merkenbureau*”, тач. 65, *GRUR* 7/2003, стр. 604.

се начелно не употребљава као средство за идентификацију. Другим речима, она уобичајено не поседује особину да се њоме разликују производи различитих предузећа.

Европски суд правде не искључује могућност да се оваква пракса примени и на жигове у форми рекламног слогана. То нарочито може да буде случај када се при утврђивању дистинктивности жига установи да се њиме остварује рекламна функција, која се, на пример, може огледати у хваљењу дотичних производа или услуга. Постоје и случајеви у којима ова функција има исти значај као и основна функција жига, тј. функција упућивања на порекло. Надлежни органи тада могу да узму у обзир чињеницу да просечни потрошач, на основу таквих слогана, уобичајено не закључује о пореклу производа. Међутим, тешкоће које су везане за утврђивање дистинктивности на основу природе жигова, као што је случај са рекламним слоганима, не оправдавају успостављање нарочитих критеријума, којима би се заменили постојећи или би се од њих одступило.¹⁷ Сви жигови који се састоје из ознака или података, који се иначе употребљавају као рекламни слогани, упућивање на квалитет или као позиви на куповину жигом означених производа или услуга, по својој природи садрже, у већој или мањој мери, неки описујући исказ. Међутим, само на основу те околности се не може закључити да нису дистинктивни. Другим речима, битно је да такви жигови нису описујући, што значи да су, упркос простог описујућег исказа, ипак подесни да потрошача упуте на порекло производа или услуга.

У пракси европских судова било је спорно у каквом су односу рекламна функција жига и функција упућивања на порекло, које се остварују истим слоганом. О овом питању су заступана различита становишта. У пресуди „*Audi AG*” је нарочито истакнуто да хвалећи или препоручујући смисао неког жига у речи не искључује његову подесност да потрошачима гарантује порекло производа или услуга.¹⁸ Такав жиг се у прометним круговима може истовремено опажати као рекламни слоган и као упућивање на порекло производа или услуга. Уколико се жиг у промету опажа као упућивање на порекло за потврђивање дистинктивности је небитно да ли се жиг истовремено, или чак првенствено схвата као рекламни слоган. У претходном поступку Европски суд прве инстанце заступао је супротан став. По становишту овог суда, жиг је само онда дистинктиван када се у меродавним прометним круговима непосредно опажа као упућивање на порекло. У конкретном случају меродавни прометни кругови жиг опажају пре свега као рекламни слоган, па се жиг зато сматрао

¹⁷ Пресуда Европског суда правде од 21.10.2004, C-64/02 P: „*Markenschutz für Werbeslogan-Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt [Marken, Muster und Modelle]*”, тач. 36, GRUR 12/2004, стр. 1027.

¹⁸ Пресуда Европског суда правде од 21.1.2010, C-398/08 P „*Audi AG*”, GRUR INT 3/2010, стр. 225.

недистинктивним.¹⁹ Наиме, за просечног потрошача који долази у контакт са рекламним слоганом је тада тешко да га схвати као упућивање на производно порекло. То је нарочито случај када се слоганом хвале особине које се мисаоно могу довести у везу са свим производима или услугама дотичне класе. Под оваквим околностима, просечни потрошач хваљење својстава производа неће схватити као упућивање на друго порекло у поређењу са пореклом било које друге робе исте класе. Овакви слогани се разликује од оних који садрже било какав додаток којим се омогућава да просечни потрошач препозна порекло одређеног производа у односу на производе исте класе.²⁰ У том смислу, у теорији се сматра да је слоган дистинктиван када просечни потрошач аутоматски не успоставља везу између садржине слогана и особина којима се изазивају асоцијације на одређену класу производа или услуга.²¹

5. Примери из праксе немачких судова и Европског суда правде о регистрацији рекламних слогана

На основу примера које ћемо изложити видљиво је да је питање утврђивања дистинктивности основно за регистрацију рекламних слогана. У зависности од околности конкретног случаја, дистинктивност је некада потврђивана, а некада негирана.

У пракси немачких судова разматрана је регистрација слогана „HOT“. Овај рекламни слоган има више значења, као што су: врућ, љут, љуто зачињен у погледу укуса или у преносном смислу такси, у моди, изванредан, а сва су описујућег карактера у вези са пријављеним производима. Савезни патентни суд Немачке је ову ознаку сматрао недистинктивном, јер поседује само описујући садржај у вези са пријављеним производима и услугама, који је у првом плану или се схвата само као општи рекламни исказ. Реч „HOT“ припада основним речима енглеског језика, а једноставно графичко обликовање не показује никаква карактеристична обележја која превазилазе декоративни карактер, те овакво обликовање није довољно за остваривање функције порекла производа и услуга.²²

Овакав став потврдио је и Савезни врховни суд Немачке. Овај суд истиче да оспорена реч поседује само описујући садржај за пријављене производе и услуге.

¹⁹ Rechtsmittel der Audi AG gegen das Urteil des Gerichts Erster Instanz (Vierte Kammer) vom 09. Juli 2008 in der Rechtssache T-70/06, Audi AG gegen Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster, Modelle), eingelegt am 16. September 2008, доступно на: <https://dejure.org/.../rechtsprechung?...C-398/08>, 21.1.1016.

²⁰ Мишљење општег правозаступника Roares Maduro поводом спора C 64/02 „OHIM v Ergo Möbelwerk“ од 17.6.2004, тач. 37, доступно на: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?...en...C-64/02, 27.1.2016.

²¹ Исто, тач. 39.

²² Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 9.10.2012, 27 W (pat) 49/11, доступно на: openjur.de > BPatG > Rechtsprechung, 27.1.2016.

Претпоставка описујућег значења неког појма није условљена околношћу да се њиме производ „исцрпљујући“ описује. Наиме, већ из самог законског текста чл. 8, ст. 2, бр. 2, немачког Закона о жигу произилази да неко описујуће значење долази у обзир у односу на велики број обележја производа и услуга. За негирање дистинктивности довољно је да делови у речи одређене ознаке поседују неки описујући садржај или да се сигурно успоставља тесни описујући однос према пријављеним производима и услугама. При томе се обележје описујућег односа не може установити као апсолутно, него је зависно од околности конкретног случаја, а нарочито од значења конкретне ознаке и конкретних производа и услуга за које је захтевана заштита. Такође, од значаја није ни околност да ли у промету на основу ознаке настаје конкретна представа о нарочитим својствима наведених производа и услуга. Описујући карактер није условљен ни чињеницом да пријављена ознака има чврсте појмовне контуре и да се формирало јединствено схватање о њеном садржају. Напротив, описујући појам постоји и у случају да реч има више значења, а њен садржај је нејасан или се само једним од могућих значења описује наведени производ или услуга.²³ Међутим, у контексту ове пресуде интересантно је да је реч „HOT“ регистрована у САД као жиг.²⁴

Исти став Савезни патентни суд Немачке заступао је и у поновљеном поступку „*Bonus II*“²⁵. Наиме, претежни део промета реч Bonus сматра само опште познатим изразом и упућивањем на неко својство производа. Ова реч је препорука робе у смислу да је са њеним стицањем повезана одређена корист за потрошаче.

Међутим, Савезни врховни суд Немачке није прихватио ова образложења. У закључку је најпре поновио дефиницију дистинктивности и закључио да су у претходној инстанци постављени превисоки захтеви за њено утврђивање. По становишту овог суда, претходна инстанца је, за разлику од става који је раније заступала, сада разматрала питање о својству производа, а не о податку у вези са модалитетима пласмана, другим речима, о додатној услузи која се разликује од саме робе. Међутим, о својству робе се не може говорити, без обзира на чињеницу да у пословном промету реч Bonus у смислу ценовне повољности, има исти значај као и критеријуми који се односе на квалитет, дизајн или трајност производа. На основу анализе значења ове речи, Савезни врховни суд Немачке сматра да она поседује комплексан појмовни садржај, који се може различито тумачити. Није, дакле, у питању хомоним, јер су сва могућа значења везана за означавање било које користи за потрошаче. Упркос тога, значење је веома широко и не односи се само на сложене привредне процесе различите врсте, него и на процесе који се одвијају ван привреде. Мора се узети у обзир да се ова реч употребљава и у преносном

²³ Закључак Савезног врховног суда Немачке од 19.2.2014, I ZB 3/13: „Keine Unterscheidungskraft einer Marke mit mehreren beschreibenden Bedeutungen - HOT“, GRUR 6/2014, стр. 569.

²⁴ Исто, тач. 33, стр. 570.

²⁵ Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 10.12.1998, 25 W (pat) 75/92 „BONUS II“, GRUR 8-9/1999, стр. 740.

значењу. С обзиром на различита значења, искључена је могућност да ће се у промету у значајној мери ова реч разумети само у једној од могућих варијанти. Из наведених разлога Савезни врховни суд Немачке је поново укинуо одлуку Савезног патентног суда и предмет вратио на поновно одлучивање.²⁶

Напомене које је Савезни врховни суд Немачке навео у овом случају значајне су за даљи развој судске праксе у вези са питањем односа чл. 8, ст. 2, бр. 1 и чл. 8, ст. 2, бр. 3, немачког Закона о жиговима. То је, на пример, јасно изражено у закључку Савезног патентног суда Немачке, којим је негирана дистинктивност речи *hey* у вези са пријављеним производима и услугама.²⁷ Суд је у образложењу истакао да је реч *hey* уобичајена и у промету се увек схвата само као таква, а не као средство разликовања производа и услуга. Другим речима, у привредном промету се ова реч схвата само као опште обраћање купцима, као форма поздрава, или као узвик којим се скреће пажња публике на одређене производе или услуге, те тако делује као рекламна препорука. Поред тога, Савезни патентни суд Немачке наглашава да управо за рекламне исказе опште врсте којима се не описују производи или услуге, нити постоји описујући садржај који је у првом плану, ипак постоји интерес за њиховим слободним коришћењем у рекламирању. Оваква констатација не може се довести у сумњу такође и за неки опште употребљавани повик или уобичајени облик поздрава, што важи и за реч *hey*.

Ове констатације поновио је и Савезни врховни суд Немачке. Наиме, овај суд још истиче да се промет навикао на такве позиве и оцењује их у вези са наведеним производима и услугама само као покушај за стварање повољне климе, као побуђивање спремности купаца, а тиме и као рекламно хваљење. Реч *hey* није стекла дистинктивност одређеном појмовном нејасноћом. Вишезначност и потреба за интерпретацијом могу да буду основа за довољну дистинктивност. Међутим, у конкретном случају на основу различитих могућности интерпретације ова реч није стекла ни најмању дистинктивност, јер се сва њена значења ограничавају на аутоматски разумљиве исказе у смислу повика, узвика или поздрава.

Савезни врховни суд Немачке није прихватио наводе жалбе подносиоца пријаве за регистрацију у којој је истакнуто да је у питању исказ којим се превазилази буквално значење наведене речи. Наводи жалбе нису прихваћени с обзиром да је у претходној инстанци утврђено значење речи у смислу повика, усклика и поздравног облика. На основу тога, суд је с правом закључио да се реч *hey* у привредном промету не сматра као средство разликовања, него само као препоручивање робе или рекламни исказ опште природе.²⁸

²⁶ Закључак Савезног врховног суда Немачке од 28.2.2002, I ZB 10/99 „Bonus II“, тач. 17, GRUR 9/2002, стр. 818.

²⁷ Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 4.3.2009, 29 W (pat) 64/08, доступно на: [dejure.org/.../rechtsprechung?...29%20W\(pat\), 4.2.2016](http://dejure.org/.../rechtsprechung?...29%20W(pat), 4.2.2016).

²⁸ Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 14.1.2010, I ZB 32/09: Fehlende Unterscheidungskraft einer Grußformel als Wortmarke - hey!, GRUR 7/2010, 640.

С обзиром на недистинктивност, регистрација је ускраћена и за реч *BONSOIR* за обележавање, између осталог, спортских и културних услуга.²⁹ Наиме, у питању је француска реч која се у меродавним прометним круговима аутоматски разуме у значењу „добро вече”. Потрошач у овој речи види облик поздрава који му је познат и разуме га само као таквог. Поред функције поздрава потрошач не увиђа никакве друге информације којима може бити подстакнут да обележене услуге припише неком привредно субјекту као понудиоцу. Савезни патентни суд Немачке истиче да и такве ознаке које нису описујући подаци у смислу чл. 8, ст. 2, бр. 2, немачког Закона о жиговима и такође нису опште и уобичајене речи говорног језика могу да буду недистинктивне, што важи за конкретни случај. Наиме, пријављена реч није подесна да се њоме пријављене услуге обележе као услуге одређеног предузећа. У овом случају реч је о општем поздраву, који је без икакве директне везе са пријављеним услугама, а његово разумевање не захтева никакво нарочито знање. У овом значењу појам није подесан да укаже на порекло производа. У вези са услугама као што су забава, спортске и културне активности у првом плану је јасно значење овог поздрава, па потрошач неће чак ни претпоставити неко индивидуализовање у смислу порекла, нити ће га сматрати очигледно разумљивим у таквом значењу.

Европски суд правде потврдио је дистинктивност рекламног слогана „*Vorsprung durch Technik*”.³⁰ У образложењу је, поред осталог, истакао да наведени слоган показује оригиналност и прегнантност на основу којих се лако опажа у промету. Суд понавља раније ставове да околности, као што су: фантастичност, неочекиваност, вишезначност, степен опажања и ефекат изненађења, нису нужни услови за потврђивање дистинктивности рекламног слогана, али да су оне подесне да рекламни слоган буде дистинктиван. На крају се истиче да је реч о чувеном слогану, који компанија Audi употребљава више година, те се не може искључити да ће промету, који је већ навикнут да слоган повезује са аутомобилима овог произвођача, бити олакшано препознавање производног порекла означених производа или услуга.³¹

6. Закључак

Регистрација рекламних слогана је у првом периоду нарочито разматрана у вези са појмом, па тиме и домашајем забране регистрације ознака које су постале уобичајене у свакодневном говору и поштеним и сталним пословним обичајима за обележавање производа или услуга. Међутим, преласком на либералну праксу регистрације наведених ознака, тј. на сужавање њиховог појма, регистрација

²⁹ Закључак Савезног патентног суда Немачке од 1.2.2011, 27 W (pat) 561/10 „BONSOIR”, доступно на: openjur.de > BPatG > Rechtsprechung, 5.2.2016.

³⁰ Пресуда Европског суда правде од 21.1.2010, C-398/08 P „Vorsprung durch Technik”, GRUR INT 3/2010, стр. 228.

³¹ Исто, тач. 21, стр. 229.

рекламних слогана разматра се у измењеном контексту. Наиме, као основно поставља се питање утврђивања њихове дистинктивности.

Опште је прихваћен став да се дистинктивност рекламних слогана утврђује на исти начин и према истим критеријумима, као и дистинктивност других ознака. Другим речима, при утврђивању дистинктивности поступа се веома либерално, што значи да је за регистрацију довољан и сасвим незнатни ниво дистинктивности ознаке. У пракси се сматра да је ознака дистинктивна када јој се у вези са пријављеним производима или услугама не може приписати описујући садржај, који је у првом плану, и када није у питању реч домаћег или неког познатог страног језика која се у промету, на основу одговарајуће употребе у рекламирању, разуме само као таква, а не као средство разликовања.

Специфичност рекламних слогана огледа се у томе што се њима остварује и рекламна функција жига, која се, на пример, може испољавати кроз хваљење дотичних производа или услуга. У неким случајевима ова функција, у поређењу са основном функцијом жига, тј. функцијом упућивања на порекло, може имати исти или чак потенциранији значај. За просечног потрошача је тешко да рекламни слоган схвати као упућивање на производно порекло, нарочито када се слоганом хвале особине које се мисаоно могу довести у везу са свим производима или услугама дотичне класе. Стога се сматра да је рекламни слоган дистинктиван када просечни потрошач аутоматски не успоставља везу између садржине дотичног слогана и особина које га нормално асоцирају на одређену класу производа или услуга.

*Božin Vlašković, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

REGISTRATION ADVERTISING SLOGAN FOR THE MARKING OF PRODUCTS AND SERVICES

Summary

Registration of advertising slogans, which have become common in everyday speech and fair business practices and constantare, are not directly linked with the prohibition of registration of marks any more. Rather, the focus is on determining their distinctiveness, which is determined by general rules. Given the nature of advertising slogans of their distinctiveness will be confirmed when the average consumer does not automatically establishes a connection between the content of the slogans and characteristics which cause the association to a particular class of goods or services.

Key words: concrete distinctiveness, feature references to the origin, the function of advertising, the average consumer, the usual mark.

Литература

- Vaumbach A., Hefermehl Wolfgang, Warenzeichengesetz, München, 1985.
Vaumbach A., Wettbewerbsrecht, München 2001.
Влашковић Б., Описујуће ознаке и сложенице у поступку регистрације жига, Правни живот, бр. 11/2015.
Влашковић Б., Тродимензионални жигови и жигови у боји, Право и привреда, бр. 4-6/2011.
Влашковић Б., Дистинктивност као услов за регистрацију жига, Право и привреда, бр. 7-9/2015.
Закључак Савезног патентног суда Немачке од 1.2.2011, 27 W (pat) 561/10 „BONSOIR”, доступно на: openjur.de > BPatG > Rechtsprechung.
Закључак Савезног патентног суда Немачке од 15.7.1999, I ZB 16/97 „YES”, тач. 10, GRUR 12/1999.
Закључак Савезног врховног суда Немачке од 19.2.2014, I ZB 3/13: „Keine Unterscheidungskraft einer Marke mit mehreren beschreibenden Bedeutungen - HOT”, GRUR 6/2014.
Мишљење општег правозаступника Damaso Ruiz-Jarabo Colomer поводом спора C 517/99, од 18.1.2001, тач. 4, доступно на: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?...en...C-517/99.
Мишљење општег правозаступника Roares Maduro поводом спора C 64/02 „OHIM v Ergo Möbelwerk” од 17.6.2004, тач. 37, доступно на: curia.europa.eu/juris/liste.jsf?...en...C-64/02.
Одлука Савезног патентног суда Немачке од 22.1.1997, 28 W (pat) 35/96 „Du darfst”, GRUR 4/1997.
Одлука Савезног патентног суда Немачке од 3.12.1997, 26 W (pat) 97/97 „Zisch & Frisch”, доступно на: dejure.org/.../rechtsprechung?...BPatG...26+W+.
Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 17.10.1996, I ZR 153/94 „Wärme fürs Leben”, GRUR 7/1997.
Пресуда Европског суда правде од 12.7.2012, C-311/11 P „Smart Technologies”/HABM „Wir machen das Besondere einfach”, тач. 40, GRUR INT 10/2012.
Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 1.4.1998, 29 W (pat) 78/97 „ADVANTAGE”, GRUR 2/1999.
Пресуда Европског суда правде од 4.10.2001, C-517/99 Merz & Krell, тач. 40, GRUR 12/2001.
Пресуда Европског суда правде од 6. 5. 2003, C-104/01 „Libertel Groep BV/Benelux-Merkenbureau”, тач. 65, GRUR 7/2003.
Пресуда Европског суда правде од 21.10.2004, C-64/02 P: „Markenschutz für Werbeslogan-Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt [Marken, Muster und Modelle]”, тач. 36, GRUR 12/2004.

Зборник радова „Услуге и услужна правила“, Крагујевац, 2016.

- Пресуда Европског суда правде од 21.1.2010, C-398/08 P „Audi AG”, GRUR INT 3/2010.
- Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 9.10.2012, 27 W (pat) 49/11, доступно на: openjur.de > BPatG > Rechtsprechung.
- Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 10.12.1998, 25 W (pat) 75/92 „BONUS II”, GRUR 8-9/1999.
- Пресуда Савезног патентног суда Немачке од 4.3.2009, 29 W (pat) 64/08, доступно на: [dejure.org/.../rechtsprechung?...29%20W\(pat\)](http://dejure.org/.../rechtsprechung?...29%20W(pat)).
- Пресуда Савезног врховног суда Немачке од 14.1.2010, I ZB 32/09: Fehlende Unterscheidungskraft einer Grußformel als Wortmarke - hey!, GRUR 7/2010.
- Пресуда Европског суда правде од 21.1.2010, C-398/08 P „Vorsprung durch Technik”, GRUR INT 3/2010.
- Rechtsmittel der Audi AG gegen das Urteil des Gerichts Erster Instanz (Vierte Kammer) vom 09. Juli 2008 in der Rechtssache T-70/06, Audi AG gegen Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster, Modelle), eingelegt am 16. September 2008, доступно на: <https://dejure.org/.../rechtsprechung?...C-398/08>.
- Fezer K. H., Markenrecht, Auflage 3, München, 2001.
- First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, Official Journal L 40, 11. 2. 1989.
- Findeisen M., Markenschutz für Werbslogans, Media & Kommunikation 4/2014.

**ЗДРАВСТВО И СОЦИЈАЛНА
ЗАШТИТА**

Др Емилија Станковић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 331.54:614(37)

ПРОФЕСИЈА ЛЕКАРА У СТАРОМ РИМУ*

Резиме

Допринос Римљана на пољу медицине био је јако скроман. Иако је то неспорна чињеница не треба занемарити њихов допринос у области коју данас можемо назвати јавним здрављем и санитарним прописима. Упркос овој чињеници у Риму је било лекара и они су веома ревносно обављали своју дужност. Лекарска професија припадала је тзв. слободним вештинама (*ars liberalis*), чинила је част, због чега су у најранијој историји њихове услуге биле бесплатне. Додуше могли су доцније услуге наплатити путем уговора о најму радне снаге (*locatio conductio operatum*). У каснијем периоду због изузетне важности професије лекари су били изузети од плаћања одређених пореза (*stipendia*). Поред тога јавља се и тзв. државна медицина. Наиме, одређени број лекара плаћа држава да би бесплатно лечили сиромашне слојеве становништва.

Кључне речи: Римљани, медицина, лекарска професија, државни лекари.

Допринос Римљана на пољу медицине био је јако скроман. Иако је то неспорна чињеница не треба занемарити њихов допринос у области коју данас можемо назвати јавним здрављем и санитарним прописима. Упркос овој чињеници у Риму је било лекара и они су веома ревносно обављали своју дужност. Лекарска професија припадала је тзв. слободним вештинама (*ars liberalis*),¹ чинила је част, због чега су у најранијој историји њихове услуге биле бесплатне.

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство, просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society Independence Square, Philadelphia, 1953, Reprinted 1980, 1991, стр. 580; *Artes liberales* или интелектуалне делатности како су означене неке делатности у античком Риму. О томе више у Кнежић-Поповић, Д., *Историја слободних професија од Artes liberales до савременог доба*, Страни правни живот, Београд, 2/2008, стр. 16.

Када се постави питање професија у античком Риму отварају се различите дилеме сходно чињеници да је однос према раду био специфичан захваљујући пре свега робовласничком карактеру друштва. Такође не треба занемарити ни друштвене промене које су биле знатне у појединим развојним фазама римског друштва. Како год, оно што је прихваћено као општи став и генерална карактеристика је чињеница да је земљорадња била једино занимање које је кроз читаву римску историју уживало највиши углед и поштовање.² Похвале земљорадницима и земљорадњи налазимо и у делима Катона: „Када су наши стари хвалили неког човека, хвалили су га као доброг земљорадника и колона...Од земљорадника настају најснажнији људи и најхрабрији ратници, то је најпобожнији и најпоузданији слој, најмање склон зависти.“³ Дакле, општи став државе у Риму према земљорадњи је био позитиван, била је на пиједесталу, док је према занатима⁴ и трговини био прилично либералан, с тим што су припадници владајућих кругова имали одвојен став према занатима, и то свим, као и према трговини, осим трговине на велико.⁵ Трговина на велико је доносила велике приходе и била је привилегија виших слојева као и улагања у облику поморског заја (*fenus nauticum*) иако је реч о специфичном виду зеленашења које је иначе било забрањено.⁶ Тако се рецимо зна да је Катон давао поморски зајам неколицини дужника удружујући се са већим бројем поверилаца.⁷ Судаћи по овим цитатима пољопривреда је било најпожељније и најдостојније занимање слободног човека, као и трговина, нарочито она на велико, а обе ове делатности су првобитно улазиле у круг слободних вештина (*ars liberalis*).⁸ Будући да је римска држава трајала јако дуго и да је друштвено економска структура мењана коренито (затворена кућна привреда, развијена робно новчана производња, натурализација привреде) мењали су се и ставови о томе које делатности су улазиле у круг слободних вештина (*artes liberales*). Без обзира на све разноликости и промене којима је римско друштво било изложено ипак, се најчешће ставља знак једнакости између *artes liberales* и интелектуалног рада.⁹

² Cicero, De Officiis: „Међутим, од свих занимања која су извор прихода, ниједно није боље, ниједно издашније, ниједно пријатније, нити слободног човека достојније од земљорадње.“

³ Cato, De agri cultura, praef.

⁴ Поред тога што су медицинске услуге (услуге лекара) сврстане у *Artes liberales* оне су могле бити, а и биле су посматране и као вештина

⁵ Cicero, De Officiis

⁶ Карајовић, Е., *Диоклецијанов Едикт о ценама*, Крагујевац, 1997, стр. 64.

⁷ Plutarch, Cato, стр. 45.

⁸ Кнежић-Поповић, Д., *нав. чланак*, стр. 16.

⁹ Исто.

Лекарска професија је по свему судећи сврстана у *artes liberales*, те је из тих разлога она чинила част ономе ко је врши (*honor*).¹⁰ Сматра се да су и лекари добијали *honorarium*.¹¹ За обављање обичних послова, за физички рад тј. за послове ниже врсте радници су били плаћени и добијали наднице које су носиле назив *merces*.¹² Како су ти послови по владајућем схватању били недостојни слободног човека то су плаћања односно дарови који су давани за обављање интелектуалних делатности добили назив *honorarium*.¹³

У најстаријем периоду лекарске услуге су биле бесплатне,¹⁴ управо из разлога што је лекарска професија припадала интелектуалним занимањима која су била почасна (*artes liberales*). Ипак, лекари су могли тражити да њихове услуге буду плаћене, што су најчешће и чинили и то на тај начин што су правили тобожњи уговор о најму радне снаге (*locatio conductio operarum*).¹⁵ Закључивање оваквог уговора да би се наплатиле услуге лекара није специфична само за ову делатност јер се у периоду принципата за пружање свих интелектуалних услуга уз накнаду користи *locatio conductio* уместо до тада коришћеног бесплатног мандата (*mandatum*).¹⁶ У том периоду накнаде нису биле нужно високе.¹⁷

У Риму су лекари најпре били Грци и то робови или ослобођени робови (ослобођеници).¹⁸ Тако нам Петроније описујући Трималхионову гозбу говори да би се за неку суму могло „купити много више робова, па чак и лекара“.¹⁹ Социјални положај лекара није био добар што је у складу са лошом репутацијом лекарског звања и чињеницом да су првобитно лекари најчешће били Грци, робови или ослобођени робови. Како су у раном периоду лекари у Рим долазили из Грчке не чуди што су тада све медицинске расправе вођене на

¹⁰ Ромац, А., *Рјечник Римског права*, Загреб, 1975, стр. 222, *Honorarium* је латинска реч и значи почасни дар, а настала је од латинске речи *honor* што значи част, почаст. Дакле, *Honorarium* представља дар, награду или нешто друго што се даје као почаст што су у доба принципата за услуге интелектуалне нарави примале неке особе као што су на пример, правници, адвокати, професори и слично.

¹¹ Berger, А., *нав. дело*, стр. 488.

¹² Berger, А., *нав. дело*, стр. 488; Ромац, А., *нав. дело*, стр. 222.

¹³ Berger, А., *нав. дело*, стр. 488.

¹⁴ *Исто*, стр. 580.

¹⁵ *Исто*, стр. 580.

¹⁶ D.17.1.16.

¹⁷ D.50.6.7.(6).

¹⁸ D.38.1.25.2.

¹⁹ Петроније Арбитер. Сатирикон. *Трималхионова гозба*. Превод: Шалабалић, Р., Београд, 1976, стр. 22-79

грчком језику.²⁰ Конзервативним Римљанима то није одговарало па су се не ретко противили. Најгласнији и веома драстичан противник доласка грчких лекара био је Катон, као што је предњачио и у осуди медицинске струке.²¹ У најранијем периоду лекари Грци иако цењени због потребе лечења имали су неповољан друштвени положај, до те мере да нису били пуноправни грађани. Тек је Јулије Цезар (*Julius Caesar*) дао статус римских грађана сваком грчком доктору који се настанио и радио у Риму.²² Социјални и професионални статус лекара се врло споро мењао и може се рећи да је значајно побољшан тек у другом и трећем веку после Христа. Прихватање лекара и њихов пријем у оквиру локалне самоуправе догодио се прилично касно, тек у време хришћанског Царства.²³ Упркос свим препрекама које су постојале, лекари Грци су долазили у приличном броју а нарочито 293. г. пре Христа када је владала велика епидемија куге. Та појава се конзервативним Римљанима није баш допадала. Тада је чак Сенат донео одлуку да се тражи савет из Сибилских књига (*Libri Sibyllini*), а последица такве одлуке била је ширење Асклепијевог култа (*Eskulap – Aesculapius*) који се у Грчкој већ дуго поштовао као бог заштитник од болести. Ширење Есклепијевог култа довело је у Рим и многе грчке лекаре који доносе сасвим нови поглед на настанак али и развој болести. Због велике опасности и угрожености од епидемије куге на острву на Тибру саграђен је Есклепијев храм што је представљало прву зону у коју су се болесни могли изоловати.²⁴ Међутим, многи господари су своје болесне и изнемогле робове такође слали на Есклепијево острво да их не би морали лечити. Клаудије је својим едиктом прописао да сви такви робови уколико оздраве постају слободни те се не морају враћати у службу код својих господара.²⁵ Заправо у овом рекли бисмо раном периоду развоја римске државе, а и медицине и лечења власници великих имања имали су обавезу али и потребу да се старају о здрављу својих потчињених те су у те сврхе често користили и разне области са добром климом или минералним водама. О томе нам сведоче Катон (*Cato*), Варон (*Varo*) и Колумела (*Columela*).

Говорити о медицини и лекарима у Риму немогуће је без помињања Плинија Старијег (*C. Plinius Secundus, 23-79. године н.е.*), који је у свом значајном делу „*Historia naturalis*“, састављеном од 37 књига, један број књига (20-32) посветио је медицини. Ове Плинијеве књиге посвећене медицини немају неку изузетну вредност. Ипак, делови који говоре о вредности термалних вода за здравље су опширни, прецизни и веома драгоцени. У

²⁰ Robinson, O. F., *Ancient Rome City Planning and Administration*, Routledg, London, 1994, стр. 127.

²¹ Pliny the Elder, *The Natural History*, Book 29.8.

²² Rodgers, N., *Life in Ancient Rome People and Places*, стр. 206.

²³ Robinson, O.F., *нав. дело*, стр. 129.

²⁴ *Исто*, стр. 127.

²⁵ Гај Светоније Транквил, превод Стјепан Хосу, Клаудије, стр. 25.

средњем веку ова Плинијева дела су имала знатан утицај на развој и значај медицине. Како год из Плинијевих дела која говоре о медицини можемо сазнати доста интересантних детаља. Тако рецимо у једној од својих књига износи свој став о лекарима који вероватно најбоље илуструје следеће: „Лекари јуре на очиглед света помно за новинама, да би се истакли и прочули, и са животима својих болесника праве послове; они се уз то још и јадно свађају међу собом поред болесничке постеле и сваки саветује нешто друго, само да би се показао самосталним, отуда натпис на гробу једног умрлог да је, умро због мноштва лекара који су га лечили“..²⁶

Лекари су били одговорни за невесто лечење или неуспеле операције. Тим поводом су могли бити тужени било контрактном тужбом *ex locato* или деликтном *ex lege Aquilia*.²⁷ Дакле, постојали су начини да се пацијенти од „лекарске грешке“ заштите путем тужби у судском поступку. Ипак није било законских прописа којима би се кажњавала неукост лекара.²⁸ *Ex lege Aquilia* се користила у случајевима када је пацијент био роб.

Лекари су због важности своје професије уживали изузеће од јавних дажбина (*munera*).²⁹ Наиме ослобађање од јавних обавеза (*munera*) била је посебна привилегија коју је најпре додељивао Сенат у форми декрета (*senatus consultum*), а затим у време Царства, цар у форми едикта (*edictum*)³⁰ појединцима, припадницима одређених сталешких група, као и неким професијама: професорима, правницима свештеницима или одређеним насељима или територијалним подручјима.³¹ Да су лекари били ослобођени одређених јавних дажбина и да су имали тзв. *munerum vacationem* сведочи нам едикт Веспанзијана и Хадријана.³² Овим едиктом ослобађање од дажбина дато је граматичарима, ораторима лекарима и филозофима. Сличан је и рескрипт цара Домицијана који такође даје привилегије лекарима, али исто тако говори о похлепи лекара и њиховим злоупотребама.³³ Потврду оваквих ставова и давања привилегија лекарима налазимо и у Модестиновим текстовима: (1) граматичари, софисти, реторичари и лекари у пракси имају право на ослобађање од управничких и других јавних давања. (2) „Мали градови могу имати 5 лекара, 3 софиста, један број граматичара који су изузети од јавних терета (давања); већи градови могу имати седам лекара а највећи градови могу

²⁶ Bostock, J., M.D., F.R.S., H.T. Riley, Esq., B.A., Ed. Pliny the Elder, *The Natural History*, Book 29.

²⁷ Berger, A., *нав. дело*, стр. 580.

²⁸ Pliny the Elder, *The Natural History*, Book 29.8.

²⁹ Berger, A., *нав. дело*, стр. 580.

³⁰ *Исто*, стр. 492.

³¹ Ромац, А., *нав. дело*, стр. 227; Berger, A., *нав. дело*, стр. 461, 589.

³² D. 50.4.18.30

³³ Berger, A., *нав. дело*, стр. 450.

имати 10 лекара, 5 реторичара и исти број граматичара.³⁴ Реч је о рескрипту Антонија Пија (*Antonianus Pius*) који је упућен провинцији Азији којим се одређује број запослених у државној служби (реторичари, софисти, граматичари, лекари) а уживају имунитет тј. поседују *munerum vacationem*. Овај рескрипт могао је бити примењен и на друге провинције. Иако је вероватно рескрипт Антонија Пија (*Antonianus Pius*) имао шири можда и универзални карактер он је примењиван и важио је само у градовима источних провинција где су лекари били запослени од стране градских власти и то много раније него што се то догодило у граду Риму.³⁵ Лекари су били обучени и постојао је одређени степен специјализације, па се тако говори о хирургима, очним лекарима и сл.³⁶ Уколико лекари не испуњавају своје дужности на прави начин град може да повуче признање професије и привилегије које им је дао. Изгледа мало невероватно али упућивање професионалним лекарима знатно раније је постојало у градовима источних провинција но у самом Риму. Тако податке о првом званичном упућивању лекару професионалцу не налазимо пре 368. године.³⁷ Ови подаци нам указују на извесно назадовање Рима у односу на унутрашњост. Римљани у периоду Републике и раног Царства захваљујући пре свега својој традицији и конзервативности више су окренути филозофији те више желе саосећање и дружење са лекаром него његов третман.³⁸ Тако у доба Антонина лекари се по мало баве и филозофијом па поред лечења донекле утичу и на начин живота. Рецимо баве се начином исхране саветујући какав треба да буде. Константин ништа није мењао у погледу припадника професија које су биле ослобођене од *munera*, то су и даље били граматичари, лекари и професори.³⁹

У Риму су најпре осниване и постојале војне болнице⁴⁰ чији је назив био *valentudinarije*. У ове првобитне болнице су чак и земљопоседници смештали своје робове да се опораве, што боље оспособе за послове које треа да обављају да им не би пала цена на пијацама робова. Развој војних болница и њихово прерастање у цивилне болнице у којима су се могли лечити грађани догадио се тек након развоја римског царства у периоду после Христа. Август као један од највећих реформатора и најуспешнијих владара схватио је важност лекарске професије мада би се могло рећи да је том ставу допринела и чињеница да је и сам био у неколико наврата болестан и да се успешно опоравио захваљујући

³⁴ D. 27.1.6.1-4

³⁵ D. 34.1.16.1

³⁶ Нарочито је било доста хирурга неопходних приликом великих војних похода који су увек пратили римску војску. И овде се треба сетити Хипократове опаске „рат је најбоља школа за хирурге“

³⁷ С.Т. 13,3,8 -9

³⁸ Robinson, O.F., *нав. дело*, стр. 128.

³⁹ С.Т. 13,3,1-3

⁴⁰ Robinson, O.F., *нав. дело*, стр. 127.

свом личном лекару Антонију Музи.⁴¹ Свом лекару је веровао јер га је неколико пута излечио од опасних и тешких болести, најтежа је била након што је покорена Кантабрија. Тада се у потпуности препустио свом лекару који га је лечио потпуно супротно од до тада познатих метода лечења.⁴² Иначе Антоније Муза је био ослобођеник (ослобођени роб) и имао је плату у износу од 300 000 сестерција.⁴³ У знак захвалности што га је излечио од тешке болести Август је свом лекару доделио одрђене привилегије, и не само њему већ је дао имунитет и свим осталим лицима која ће се убудуће бавити лечењем.⁴⁴ Иначе нормално је да су царева лечили најугледнији лекари чији назив је био *archiaterus*. Почев од Августа војска има сопствене лекаре, као и хирурге. Лекаре су имале гладијаторске школе, гимназије као и занатске школе. У време Августа лекари су сиромашнима своју услугу наплаћивали једну сестерцију, док су се са богатима погађали око цене. Тако нам Плиније саопштава: „Ја нећу да оптужујем лекаре, па чак ни њихове професоре за среброљубље, за пљачкашке преговоре са богатима, док се њихова судбина нише на теразијама.“⁴⁵ Појава погађања богаташа са лекарима око лечења и њихов страх за свој живот нашла је место и у Плаутовим комедијама. Клаудије који је најпре био слабог здравља, а након што је постао цар, имао проблема само са желудцем које је јако тешко подносио⁴⁶ није имао баш благонаклон став према лекарима. Познато је да је Клаудије казнио лекара Алкона (*Alcon*) који је био хирург са десет милиона сестерција и да је истовремено био прогнан у Галију. Нису наведени разлози за овакву одлуку Клаудија. Оно што се зна је да је након опозива изгнанства лекар Алкон (*Alcon*) у року од неколико година стекао износ подједнако велики са оним којим је био кажњен.⁴⁷ Такође је позната чињеница да је лекар по имену Цхармис (*Charmis*) направио погодбу са својим пацијентом из унутрашњости да ће добити две стотине хиљада сестерција уколико га излечи.⁴⁸ На основу поменутих текстова могло би се закључити да суме које су лекари добијали за своје услуге од богатих Римљана нису биле мале. Напротив реч је о значајно великим износима.

У другом веку у Риму се јавља тзв. државна медицина. Од тада лекаре плаћа држава. Мада је још Веспанзијан грчким и римским реторима одредио годишњу плату која се исплаћивала из државне благајне, фиска (*fiscus*),⁴⁹ што се на неки начин може сматрати оснивањем државних школа а надаље и бриге

⁴¹ Гај Светоније Транквил, *нав. дело*, Август, стр. 92.

⁴² *Исто*, стр. 103.

⁴³ Pliny the Elder, *The Natural History*, Book 29.8.

⁴⁴ Кнежић-Поповић, Д., *нав. чланак*, стр. 18.

⁴⁵ Pliny the Elder, *The Natural History*, Book 29.8.

⁴⁶ Гај Светоније Транквил, *нав. дело*, Клаудије, стр. 213.

⁴⁷ Pliny the Elder, *The Natural History*, Book 29.8.

⁴⁸ *Исто*.

⁴⁹ Гај Светоније Транквил, *нав. дело*, Веспанзијан, 18.1.

државе о осталим професијама које су се могле сврстати у *artes liberales*. Лекаре је у условима када је медицина и лечење постало државна брига плаћала држава из своје благајне фиска (*fiscus*). Сиромашне пацијенте лечили су бесплатно. Било је четрнаест лекара одговорних за здравље у Царству при чему је сваки од четрнаест најчувенијих лекара био задужен за по једну регију. Лекари, *archiatri populares* да би обављали своју дужност морали су да полагају испит и показују своје умеће пред комисијом признатих лекара. Лекари су се временом удруживали и формирали своја професионална удружења *collegia*.

Може се рећи да су у Риму најпре постојале амбуланте за лечење болесних *tabernae medicae*. Касније су осниване болнице при чему је прва цивилна болница била Ескулапова болница на Тибру основана 293. године пре Христа и то као храм посвећен Ескулапу. То и није била болница у правом смислу те речи већ више једна врста стационара или склоништа где су били изоловани болесни робови да би се опоравили. Амбуланте и Ескулапов храм су заправо једна врста места за изолацију болесних а сматрају се првим медицинским установама у Риму за лечење цивила.

*Emilija Stanković, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

MEDICAL PROFESSION IN ANCIENT ROME

Summary

Contribution of the ancient Romans to the medical science was very modest. However they have given their contributions in the field that nowadays we call public health and sanitarian legislation. Despite of those facts, there were medical doctors in the Rome, and they provided their services very eagerly. Medical profession has belong to the so called ars liberalis, practicing it was an honor, and therefore in the early periods services of doctors were free. They could been paid for their services later through contracts like location conductio operarum. In the later periods doctors were excluded from paying some sorts of taxes (munera) due to the importance of their profession. At the same time so called state medicine has been formed, and that means that certain number of doctors has been paying to the state for the privilege of working with poorest social classes.

Key words: *Romans, medicine, medical profession, doctor in public services*

Литература

- Berger, A., Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society Independence Square, Philadelphia, 1953, Reprinted 1980, 1991.
- Карајовић, Е., Диоклецијанов Едикт о ценама, Крагујевац, 1997.
- Кнежић-Поповић, Д., *Историја слободних професија од Artes liberales до савременог доба*, Страни правни живот, Београд, 2/2008.
- Nigel, R., *Life in Ancient Rome, People and Places*.
- Robinson, O.F., Ancient Rome City Planning and Administration, Routledg, London, 1994.
- Ромац, А., Рјечник Римског права, Загреб, 1975.
- Ромас, А., *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973.
- Извори:**
- Cato, De agri cultura, praef.
- Cicero, De Officiis
- Corpus iuris civilis, Digesta, Codex Iustinianus, P. Krueger et Th. Mommsen, Berolini, 1893.
- Codex Theodosianus, ed. Th. Mommsen et P. Meyer, Berolini, 1905.
- Gaj Svetonije Trankvil, Dvanaest riskih careva, Naprijed
- Bostock, J., M.D., F.R.S., H.T. Riley, Esq., B.A., Ed. Pliny the Elder, The Natural History, Book 29
- Plutarch, Cato
- Петроније Арбитер. Сатирикон. Трималхионова гозба. Превод: Шалабалић, Р., Београд, 1976.

*Др Нина Планојевић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 725.51

ЗДРАВСТВЕНА УСТАНОВА КАО ЦЕНТАР КЛИНИЧКОГ ИСПИТИВАЊА*

Резиме

Предмет рада је анализа прописа који регулишу положај здравствених установа које су подобне да буду место за извођење клиничких испитивања. Аутор најпре констатује да ова материја није систематично регулисана и да су одредбе о овим установама «разбацане» по бројним прописима, што онемогућава целовито сагледавање њихове улоге у клиничким испитивањима. У првом делу рада аутор се бави појмом и врстама здравствених установа, подобних да буду центри испитивања. Други део рада посвећен је анализи услова под којима једна установа може бити место испитивања. У трећем делу рада разматрана је садржина уговора који закључују спонзор и центар испитивања; а у четвртом делу аутор се бави субјектима који врше контролу над установама у којима се спроводе клиничка испитивања. У закључном делу рада аутор даје предлоге за кориговање домаћих прописа који регулишу ову материју.

***Кључне речи:** медицинско право; медицинске услуге; клиничко испитивање; центар испитивања; здравствена установа.*

1. Увод

За успешно спровођење клиничких испитивања нових лекова потребно је да се стекне много услова. На први поглед чини се да је најважније и најтеже обезбедити финансијска средства, спонзора и пронаћи одговарајуће испитанике¹. Међутим, када се тај проблем реши, постаје јасно да ни наредни кораци у реализацији испитивања нису лаки: ништа мање проблематично није ни проналажење квалификованих и искусних истраживача, као ни здравствене установе довољно опремљене за спровођење испитивања, посебно у сиромашној држави попут Србије. Иако је јасно да су сви наведени фактори подједнако

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство, просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Више о томе: Клајн Татић, В., *Етички и правни положај људи као субјеката биомедицинских истраживања и клиничких огледа*, Београд, 2012.

важне карике у ланцу клиничког испитивања², чињеница је да им ни законодавац при регулисању испитивања, ни правна теорија у својим радовима не посвећују исту пажњу. У том смислу посебно су занемарене здравствене установе у којима се изводе клиничка испитивања.

О положају и улози ових субјеката³, без којих је извођење испитивања незамисливо, у домаћој теорији медицинског права није писано; а правне норме које се односе на њих нису систематизоване. Оне су «разбацане» по различитим прописима, што отежава њихово проналажење и поштовање и онемогућава целовито сагледавање улоге здравствених установа у клиничким испитивањима. Из наведених разлога за тему рада изабрали смо разматрање положаја здравствених установа које представљају центре клиничких испитивања. У даљем тексту ћемо покушати да сакупимо, систематизујемо и извршимо анализу свих одредби о здравственим установама у којима се изводе клиничка испитивања, како би њихова својства и улога били јаснији. Ову тему обрадићемо кроз следећа питања: регулатива; појам и врсте здравствених установа и услови под којима оне могу бити центар испитивања; уговор спонзора и установе; и контрола адекватности установе за извођење испитивања.

2. Регулатива положаја здравствених установа у којима се изводе клиничка испитивања

Својства и положај здравствене установе која може бити центар испитивања у Србији нису систематично регулисани ни у једном пропису који уређује област клиничких испитивања. Одредбе о овим установама нису бројне, али су «разбацане» по тим прописима, што онемогућава целовито сагледавање њихове улоге у клиничким испитивањима.

Највећи број одредби о установама у којима се изводе клиничка испитивања садрже *Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању*⁴ (у даљем тексту: Смернице), које регулативи овог питања посвећују десетак⁵ од више стотина тачака које чине њихову садржину. Тачке које се тичу установа о којима је реч, међутим, нису сакупљене под једним насловом и на једном месту у Смерницама⁶, као што је то случај са одредбама о етичком одбору,

² О овој теми: Планојевић, Н., *Предмет клиничког испитивања*, Правни живот, 9/2013, стр. 373-390.

³ Coleman, H. C., *Duties to subjects in clinical research*, Vanderbilt law review, 58 (2)/2005, стр. 387-449.

⁴ Guidelines for Good Clinical Practice (донете на International Conference on Harmonisation of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use, 1997.) у правни систем Србије укључене су 2008. под називом «Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању» (Сл. гласник РС 28/08).

⁵ То су тачке: 1.30.; 1.59.; 3.2.1.; 5.1.2.; 5.1.4.; 5.6.3.; 5.9.; 6.1.7. Смерница.

⁶ Више о Смерницама: Мујовић Зорнић, Х., *Правни значај водича праксе у медицини и одговорност*, Правни живот, 9/2005, стр. 427-448.

испитаницима, истраживачима, спонзору и другим питањима и темама. Оне су раштркане свуда по тексту Смерница, почев од првог до шестог од укупно осам делова овог изузетно обимног документа, тако да су и само њихово проналажење и систематизација у циљу анализе захтевали много времена, па се с правом може поставити питање како ће их упознати и испоштовати субјекти клиничких испитивања којима су ове норме упућене.

Неколико одредби у вези ових установа садржи и *Правилник о садржају захтева, односно документације за одобрење клиничког испитивања лека и медицинског средства, као и начин спровођења клиничког испитивања лека и медицинског средства*⁷ (у даљем тексту: Правилник) и оне такође нису на једном месту у овом документу⁸.

Установе у којима се изводе клиничка испитивања помињу се само узгредно у *Закону о лековима и медицинским средствима*⁹ (у даљем тексту: Закон) у неким одредбама које регулишу друга питања¹⁰; док *Закон о здравственој заштити*¹¹ (чл. 38) и *Закон о правима пацијената*¹² (чл. 25) ову материју регулишу посредно, забрањујући извођење клиничких испитивања у приватној пракси.

У даљем тексту анализираћемо и коментарисати решења свих наведених прописа у вези центара у којима се изводе клиничка испитивања.

3. Појам и врсте здравствених установа у којима се изводе клиничка испитивања

1. Смернице садрже два термина за означавање локације на којој се реализују клиничка испитивања лекова и медицинских средстава и оба дефинишу. Први термин је место клиничког испитивања, а други је центар испитивања.

Под *местом клиничког испитивања*¹³ се подразумева једна или више здравствених установа у којима се испитаник лечи, а у којима се спроводи клиничко испитивање. Као што се види, да би једна здравствена установа имала својсво места клиничког испитивања, морају кумулативно бити испуњена два услова: и извођење испитивања у њој и да се испитаник на коме се испитивање врши лечи у тој установи. Из наведене дефиниције такође произилази да се клиничко испитивање не мора спроводити само у једној здравственој установи, већ је могуће да се оно реализује у већем броју тих установа, које се према нашим

⁷ Сл. гласник РС, 64/11.

⁸ То су чл. 2, 6, 37, 38, као и чл. 12, 16, 23 и 48 у којима се ове установе узгредно помињу.

⁹ Сл. гласник РС 30/2010, 107/12.

¹⁰ Видети чл. 73 Закона.

¹¹ Сл. гласник РС 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11.

¹² Сл. гласник РС 45/2013.

¹³ Видети т. 1.30. Смерница.

сознањима чак могу налазити и у различитим државама - ако медицински разлози то захтевају. Пракса, међутим, показује да су испитивања по правилу везана за једну установу, а да су она која се реализују у већем броју здравствених установа ређа. За ова друга Смернице имају и посебан назив: то су тзв. мултицентрична клиничка испитивања¹⁴.

Под *центром испитивања*¹⁵ се, по слову Смерница, подразумева «установа у којој се спроводи клиничко испитивање». Израз центар испитивања Смернице дефинишу тридесетак тачака након израза место испитивања, изостављајући у тој дефиницији захтев да се испитаник лечи у тој установи – што је, као што смо објаснили, неопходно да би се једна установа сматрала местом испитивања.

Из изложеног се могу извести два различита, супротна закључка о значењу и међусобном односу наведених израза. Први закључак би био да је термин «центар испитивања» шири од термина «место испитивања» и да га обухвата својом садржином, јер је центар испитивања свака установа у којој се оно спроводи, а место клиничког испитивања само она установа која испуњава и један додатни услов: да се испитаник у њој лечи. То даље значи да се под центром испитивања подразумевају установе у којима се изводе испитивања и на оболелим и на здравим људима (они се не лече у њима), што је одлика тзв. нетерапијских испитивања¹⁶; док би се под местом испитивања подразумевале само установе у којима се изводе испитивања на оболелим испитаницима, који се у њима и лече (тзв. терапијска испитивања).

Други, супротан закључак, који произилази из читања комплетног текста Смерница, би био да је значење ова два израза исто, тј. да су они синоними, а да је циљ Смерница био само скраћено објашњавање једног израза који је често у употреби поред израза место испитивања, а то је синтагма «центар испитивања». Овај други закључак је по нашем мишљењу прихватљивији, јер се из текста Смерница ипак не стиче утисак да ови изрази имају различита значења, како се то на први поглед чини. У прилог оваквом виђењу ствари навели бисмо и чињеницу да Правилник користи само израз место испитивања дефинишући га на исти начин као и Смернице. Мишљења смо да би у циљу избегавања недоумица ипак требало да се у тексту Смерница нађе одредба која јасније разграничава значење ова два израза – ако они уопште имају различито значење.

2. Пошто Смернице одређују само *број* установа у којима се може изводити клиничко испитивање (једна или више здравствених установа), следеће питање које се логично намеће је: које *врсте* здравствених установа могу бити центри испитивања? Одговор на њега не дају ни Смернице ни Закон ни Правилник, али

¹⁴ О мултицентричним клиничким испитивањима више: Планојевић, Н., *Врсте клиничких испитивања*, Зборник: XXI век - век услуга и Услужног права, књ. 5, Крагујевац, 2014, стр. 235-254.

¹⁵ Видети т. 1.59. Смерница.

¹⁶ О нетерапијским клиничким испитивањима више: Планојевић, Н., *нав. дело*, стр. 235-254.

га је могуће наћи «заобилазним» путем, уз помоћ Закона о здравственој заштити¹⁷, према коме је један од задатака здравствених установа *и извођење испитивања*. У здравствене установе овај закон затим убраја: заводе, заводе за јавно здравље, клинике, институте, клиничко-болничке центре и клиничке центре. Пошто ни један од прописа који уређују област клиничких испитивања не садржи забрану спровођења испитивања за било коју од набројаних здравствених установа, можемо закључити да је свака од њих подобна да буде центар испитивања – уколико испуњава и друге услове предвиђене прописима за извођење клиничких испитивања, а о којима ће бити речи у даљем тексту.

Из наведеног такође произилази да центар испитивања може бити само правно лице које спада у категорију установа и то установа које корисницима пружају здравствене услуге; али не и било која врста удружења.

4. Услови под којима здравствена установа може бити место клиничког испитивања

Следеће питање које се поставља у вези места извођења клиничког испитивања¹⁸ јесте: под којим условима нека од наведених врста здравствених установа може бити центар испитивања? Одговор на њега такође није могуће наћи на неком одређеном месту ни у анализираним законским текстовима ни у Смерницама. Иако је ово питање веома важно, услови о којима је реч нигде нису систематизовани и набројани, већ се морају пронаћи у различитим одредбама сваког од прописа који регулишу клиничка испитивања. Читајући комплетне текстове Смерница, Правилника и сва три закона који уређују ову материју издвојили смо пет таквих услова.

1. *Први услов* који мора бити испуњен да би једна здравствена установа могла да буде место извођења клиничког испитивања је да има дозволу за обављање здравствене делатности издату од стране Министарства здравља, у складу с прописима којима се уређује здравствена заштита. Он је предвиђен Правилником¹⁹ и важи за све здравствене установе и све врсте клиничких испитивања. Овај услов је апсолутно неопходан, јер је незамисливо да се испитивање изводи у установи која нема дозволу за рад. Иако је реч о основном, примарном услову, занимљиво је да га Правилник наводи тек у чл. 37, након следећег услова из нашег рада.

2. *Други услов* који мора испуњавати свака здравствена установа да би била место испитивања је да је директор те установе дао писмену сагласност за

¹⁷ Видети чл. 81, ст. 1, т. 2.

¹⁸ О извођењу клиничких испитивања: Fitchett, R. J., *Ethical considerations of clinical trials in the developing world*, The royal society of tropical medicine and Hygiene, 103/2009, стр. 756-760.

¹⁹ Видети чл. 37 Правилника.

спровођење испитивања у њој²⁰. Чињеница да једна здравствена установа има дозволу за рад и да је спонзор предложио²¹ да се у њој обави одређено испитивање свакако није довољна да се она аутоматски сматра местом испитивања, већ је потребно да орган који управља њоме изврши процену да ли је установа о којој је реч у стању да одговори том задатку и да донесе одлуку о томе. Зато услов сагласности сматрамо прикладним, па и неопходним, јер тренутак њеног давања чини извесном ситуацију око извођења испитивања и омогућава спонзору да предузме наредне кораке како би оно било реализовано. Писана сагласност је и један од докумената који се прилаже Агенцији за лекове и медицинска средства у циљу добијања одобрења за спровођење испитивања²².

3. *Трећи услов* који здравствена установа мора испуњавати да би могла бити центар испитивања прописан је Законом о здравственој заштити²³ и Законом о правима пацијената.²⁴ Он се може извести из забране извођења медицинских огледа у приватној пракси, коју садрже ови законски текстови. Пошто клиничка испитивања представљају једну врсту медицинских огледа²⁵, из наведеног се може закључити да место испитивања могу бити само установе чији је оснивач држава.

С обзиром на то да домаћи прописи предвиђају строге услове за дозвољавање спровођења клиничког испитивања и ригорозну контролу њихове испуњености – не видимо разлог за дискриминацију приватне праксе у погледу могућности извођења клиничких испитивања, ако она испуњава све прописане услове да буде његов центар. Наиме, познато је да су неке од ових установа опремљене боље од државних и да се у некима од њих изводе врло компликоване интервенције. Оне такође често имају елитне кадрове, који понекад налазе законом дозвољен начин да буду ангажовани и у државној и у приватној установи, па се долази у смешну ситуацију да исти човек може да учествује у клиничком испитивању као истраживач у државној, а не може у приватној здравственој установи. Што се тиче пропуста везаних за рад приватне праксе – чињеница је да их је било, али је исто тако општепозната чињеница да их ништа мање није било ни у државном сектору, само што медији обично већи публицитет дају пропустима приватне праксе, па се чини да их је више. Зато се то по нашем мишљењу не може сматрати разлогом за дискриминацију приватне праксе ако она испуњава остале законске услове да буде центар испитивања. При том једини ограничавајући фактор може да буде питање да ли имамо приватну праксу која је организована као установа са својством нпр. клинике или другог

²⁰ Видети чл. 6, ст. 1, т. 10 Правилника.

²¹ Видети чл. 37 Правилника.

²² Видети чл. 6 Правилника.

²³ Видети чл. 38.

²⁴ Видети чл. 25.

²⁵ Више о односу медицинског огледа и клиничког испитивања: Планојевић, Н., *Појам клиничког испитивања у правним системима Србије и Европске уније*, Зборник: Усклађивање права Србије са правом Европске уније, Ниш, 2014, стр. 57-58.

облика организовања који се по закону може подвести под појам здравствене установе.

4. *Четврти услов* произилази из дефиниције места клиничког испитивања коју садрже Смернице и Правилник у идентичном тексту, а која је изложена у претходном делу рада. Ставили смо га на четврто место, јер нам се чини спорним питање да ли свака установа мора да га испуњава. Он гласи: да би једна здравствена установа била место спровођења испитивања потребно је *да се испитаник у њој лечи*.

Из формулације одредбе о којој је реч не произилази само то да овај услов мора бити испуњен да би једна установа могла да буде место за спровођење клиничког испитивања (ако усвојимо тезу да изрази место и центар испитивања имају исто значење); већ је њоме одређено и где се могу изводити терапијска испитивања²⁶, што је корисно. Пошто се терапијска испитивања изводе само на оболелим људима, јасно је да ће центар испитивања бити она здравствена установа у којој се испитаник лечи. Недостатак ове одредбе је, међутим, у томе што она не даје одговор на питање која ће установа бити место нетерапијских испитивања, тј. оних испитивања у којима учествују испитаници који се не лече ни у једној установи, јер су здрави. Ако би се ова одредба посматрала изоловано од остатка текста Смерница и Правилника који је садрже, чак би се могао стећи утисак да у нашем праву нетерапијска испитивања уопште нису дозвољена, јер услов да се испитаник мора лечити у здравственој установи да би она била место испитивања код њих никада не може бити испуњен. Ипак, из Смерница, које регулишу и нетерапијска испитивања, произилази да није тако. Нетерапијска испитивања могу се изводити и код нас, али је очигледно да овај услов, који произилази из дефиниције места клиничког испитивања код њих неће моћи да буде испуњен. То нас опет враћа на горњу дилему: да ли изрази место и центар испитивања имају или немају исто значење?

С обзиром на чињеницу да је неспорно да су у нашем праву допуштена и терапијска и нетерапијска испитивања, наведену регулативу би зато требало кориговати. Место извођења терапијских испитивања би требало да буду само оне здравствене установе у којима се оболели испитаник лечи. Овај услов не би важио за здравствене установе у којима се изводе нетерапијска испитивања, а у којој ће се од више здравствених установа које испуњавају услове за извођење конкретног нетерапијског испитивања оно и спровести треба да зависи од предлога који би давао спонзор, као организатор испитивања. Спонзор би

²⁶ Под *терапијским испитивањима* се подразумевају она, од којих особа на којој се изводе може имати користи за сопствено здравље, јер је оболела од болести или се налази у стањима за које је лек или медицински третман који се испитује намењен. *Нетерапијска испитивања* се изводе на здравим особама, које од тога не могу имати здравствене користи. О томе више: Радишић, Ј., *Медицинско право*, Београд, 2004, стр. 227-229; Клајн Татић, В., *Етички и правни положај људи као субјеката биомедицинских истраживања и клиничких огледа*, Београд, 2012, стр. 36-38; Планојевић, Н., *Врсте клиничких ...*, стр. 235-254.

требало да предложи ону установу у којој, по његовој процени, постоје најбољи услови за извођење тог нетерапијског испитивања (што он и иначе ради), уз прилагање одговарајуће аргументације и документације за дати предлог. Адекватност предлога би процењивала тела која су задужена за контролу подобности једне установе да буде место испитивања – о чему ће у даљем тексту бити речи.

5. *Пети услов* који мора да испуњава свака здравствена установа да би била место испитивања је формалне природе: њу спонзор испитивања мора предложити²⁷. Без тог предлога она не може постати местом испитивања. Мишљења смо да је у реду што овакав предлог даје спонзор, јер је он и највише заинтересован да испитивање успе и свакако неће предложити установу која нема капацитет за извођење испитивања. Уколико из било којих разлога спонзор злоупотреби овлашћење које му законодавац даје па предложи неадекватну установу, ту су тела и органи који одобравају и контролишу испитивање и која могу спречити његово извођење у предложеној установи.

5. Уговор спонзора и здравствене установе у којој се изводе клиничка испитивања

Ако директор предложене здравствене установе да сагласност да она буде место испитивања, спонзор²⁸ је дужан закључити писани уговор са њом, којим се регулишу њихова међусобна права и обавезе, што је прикладно и логично решење. Овај уговор може да буде посебан документ или део протокола²⁹, а његову обавезну садржину регулишу и Смернице и Правилник и то на различите начине, па је неопходно имати у виду одредбе оба прописа како би уговор садржао регулативу свих питања које је законодавац сматрао важним.

За разлику од Правилника, Смернице обавезну садржину овог уговора не прописују у оквиру једне, већ више различитих тачака, које се налазе разбацане у различитим деловима овог документа. Тако је у тачки 6.1.7. предвиђено да уговор мора садржати назив и адресу клиничких лабораторија, других медицинских и техничких служби и установа укључених у испитивање, о чему се закључује на основу садржине протокола (чији је уговор по правилу део); док тачке 5.1.2., 5.6.3. и 5.9. прописују да обавезни саставни део садржине овог уговора мора чинити и споразум о: - осигурању директног приступа центрима испитивања и њиховој документацији од стране спонзора, домаће и стране инспекције у циљу мониторинга и одита; - о финансијским аспектима

²⁷ Видети чл. 37 Правилника и т. 5.6.1. Смерница.

²⁸ Више о улози спонзора: Планојевић, Н., *Правни положај спонзора клиничких испитивања у српским прописима и Директиви 2001/20/EУ*, Збопник: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, књ. 1, Крагујевац, 2013, стр. 225-248.

²⁹ Видети т. 5.1.4. Смерница.

испитивања; - о спровођењу испитивања у складу са добром клиничком праксом, прописима, протоколом, повољним мишљењем етичког одбора и уз поштовање свих поступака за чување података и извештавање; - о чувању основних докумената у вези испитивања.

Према Правилнику³⁰ овим уговором морају бити регулисана и следећа питања: услови и начин спровођења клиничког испитивања; висина и начин плаћања надокнаде коју спонзор исплаћује за коришћење капацитета центра за спровођење клиничког испитивања; број здравствених радника и других лица која учествују у спровођењу клиничког испитивања, а који су запослени у здравственој установи; као и друга питања битна за регулисање њихових међусобних односа.

Мишљења смо да су питања о којима се спонзор и установа по Смерницама и Правилнику морају уговором споразумети добро одабрана и да она и јесу најважнија за њих. Листи тих питања ми бисмо додали још и навођење обавеза које установа о којој је реч има у клиничком испитивању и које су предвиђене Правилником³¹, а то су: обезбеђивање услова за рад истраживача и главног истраживача³² и за неометан рад монитора, одитора и овлашћеног лица Агенције за контролу спровођења клиничког испитивања у складу са прописима.

Пошто се ради о важном уговору, који не спада у категорију Законом о облигационим односима именованих уговора, мишљења смо да је добро што је регулисана његова обавезна садржина. Добро би било и да се шаблон једног таквог уговора, који би израдили правни стручњаци, нађе на сајту Агенције за лекове и медицинска средства. Оно што се може констатовати у вези правне природе овог уговора је да је он сложен правни посао са елементима различитих уговора, али да свакако има доста елемената уговора о закупу.

6. Контрола здравствених установа у којима се изводе клиничка испитивања

Смернице и Закон садрже низ одредби којима се обезбеђује контрола над адекватношћу једне установе за извођење клиничких испитивања - и то не само у моменту започињања испитивања, већ и током читавог његовог трајања, што је посебно важно, јер се ти услови могу и променити. За то су задужени различити субјекти: етички одбор, Агенција за лекове и медицинска средства³³ (у даљем тексту: Агенција), Институционални надзорни одбор, монитор и надлежна

³⁰ Видети чл. 38 Правилника.

³¹ Видети чл. 38 Правилника.

³² Више о улози истраживача: Планојевић, Н., *Правни положај истраживача у испитивањима нових лекова*, Зборник: Услужни послови, Крагујевац, 2014, стр. 615-636.

³³ Мујовић Зорнић, Х., Миленковић, М., *Правни аспекти рада Агенције за лекове и медицинска средства и значај за сигурност лекова*, Правни живот, 9/2012, стр. 409-432.

инспекција. За регулативу овог питања наведеним прописима важи иста она примедба коју смо наводили и у вези регулативе претходних питања, обрађених у раду: ни и у Смерницама ни у Закону не постоје један или више чланова који би регулисали ову материју. О томе који субјекти врше контролу над местом испитивања може се закључити тек на основу упознавања са листом надлежности тих субјеката, а одредбе о томе су опет раштркане свуда по овим прописима.

1. Етички одбор је први субјекат у чију надлежност спада контрола адекватности једне установе да буде центар испитивања. Свака здравствена установа има етички одбор³⁴ који пре доношења одлуке о спровођењу испитивања разматра и могућности установе - правног лица за његово извођење³⁵. Чини се да је и то један од разлога због кога најмање један члан етичког одбора мора бити независан од установе која је центар испитивања³⁶. Уколико етички одбор процени да установа не испуњава потребне услове, он неће дати позитивно мишљење о спровођењу испитивања, а без позитивног мишљења испитивање неће бити одобрено. Обавеза сваког центра испитивања је да спонзору достави назив и адресу свог етичког одбора³⁷.

2. Списак установа у којима ће се испитивање изводити саставни је део и документације коју спонзор подноси Агенцији уз захтев за добијање дозволе за спровођење испитивања³⁸, која свакако и то има у виду када доноси одлуку – па је Агенција следеће «контролна станица» за место испитивања.

3. И Институционални надзорни одбор има задатак да, између осталог, потврди да се клиничко испитивање може спровести у центру испитивања³⁹, што га сврстава међу субјекте који контролишу његову адекватност. Институционални надзорни одбор⁴⁰ је независно тело састављено од медицинских, научних или ненаучних чланова чија је дужност да обезбеди заштиту права, безбедност и добробит испитаника укључених у клиничко испитивање, између осталог и контролом, одобравањем, обезбеђивањем сталног

³⁴ О етичким одборима више: Клајн Татић, В., *Комитети за етику који оцењују истраживања на људима са биомедицинског, етичког и правног становишта*, Правни живот, 9/2011, стр. 373-390; Планојевић, Н., *Састав етичких одбора здравствених установа у правним системима Србије и Републике Српске*, Правна ријеч, 40/2014, стр. 491-508; Живојиновић, Д., *Захтеви етичке оправданости клиничких испитивања*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2012, стр. 331-347; Hedgcoe, A., etc, *Research ethics committees in Europe: implementing the directive, respecting diversity*, Journal of Medical Ethics, 32/2006, стр. 483-486.

³⁵ Видети чл. 73, ст. 2, т. 5 Закона.

³⁶ Видети т. 3.2.1. Смерница.

³⁷ Видети т. 5.11.1. Смерница.

³⁸ Видети чл. 78 Закона.

³⁹ Видети т. 1.5. Смерница.

⁴⁰ Видети т. 1.31. Смерница.

увида у протокол испитивања и амандмане, као и метода и материјала намењених за документовање и добијање пристанка испитаника.

4. И једна од дужности монитора је да утврди да су могућности установе у којој се спроводи испитивање адекватне за његово безбедно и правилно спровођење - укључујући лабораторије, опрему и особље - и да ће остати одговарајуће током читавог периода испитивања⁴¹. Мониторинг Смернице⁴² дефинишу као поступак праћења процеса клиничког испитивања и потврђивања да се спровођење, документовање клиничког испитивања, као и извештавање спроводе у складу са протоколом, стандардним оперативним поступцима, Добром клиничком праксом и прописима који се примењују.

5. Пошто надзор над спровођењем Закона и прописа донетих за његово спровођење врши и министарство надлежно за послове здравља преко инспектора за лекове и медицинска средства, и њега можемо уврстити међу субјекте који врше контролу над установом која је место испитивања, а која је дужна омогућити му приступ⁴³. Инспектор о коме је реч може изрећи и законом предвиђене мере ако уочи било какве неправилности у раду места испитивања.

Из свега наведеног произилази да је установа у којој се испитивање изводи субјекат који је врло важан за њихову успешну реализацију и да домаћи прописи бројним субјектима поверавају бригу о подобности центра испитивања за обављање те улоге, што сматрамо добрим решењима.

7. Закључак

На основу свега у раду изнетог можемо закључити да је највећи проблем у вези регулативе положаја здравствених установа као центара клиничких испитивања у раштрканости одредби које се на њих односе и то у двоструком смислу. Прво, оне се налазе у пет различитих прописа: у Смерницама, три закона и Правилнику. Друго, оне нису смештене заједно ни у оквиру сваког од наведених прописа, већ су и по њима разбацане и «помешане» са регулативом других питања, што се посебно односи на Смернице. То указује на непостојање намере законодавца да се на систематичан начин бави уређивањем њиховог положаја, већ се ових установа «дотиче» само онда када је то неопходно за регулисање неког другог питања. Тако нпр. о сагласности директора установе, као услову да би она била центар испитивања, сазнајемо читајући о документацији коју спонзор подноси Агенцији ради добијања одобрења за извођење клиничког испитивања. Други услов је прописан двадесетак чланова даље у Правилнику, а трећи у Смерницама – о чему је било речи у раду и што је неприхватљиво. Оваква ситуација отежава упознавање са овим одредбама и њихово поштовање од стране субјеката којима су упућене. Зато смо мишљења да

⁴¹ Видети т. 5.18.4. Смерница.

⁴² Видети т. 1.38. Смерница.

⁴³ Видети чл. 208 и 214. Закона.

би требало ревидирати наведене прописе и одредбе о центрима клиничког испитивања сместити заједно, јер регулишу питање које је врло значајно за успешно извођење клиничких испитивања.

Што се тиче садржине регулативе, њу начелно можемо оценити као адекватну. То се пре свега односи на уређивање обавезне садржине уговора који закључују спонзор и установа у којој се клиничко испитивање изводи; као и на број и врсту субјеката који врше контролу подобности здравствене установе да буде место испитивања. Такође сматрамо да су и услови које ове установе морају испуњавати да би се у њима могла изводити клиничка испитивања добро уређени, уз резерву у погледу забране извођења клиничких испитивања у приватној пракси из разлога о којима је у раду било речи.

У прописима о установама у којима се изводе клиничка испитивања ипак постоје и два питања која нису јасно регулисана и која стварају дилему. Прво питање је да ли термини место и центар клиничког испитивања имају или немају исто значење? Друго питање је како ће установе у којима се изводе нетерапијска испитивања испунити услов да се у њима испитаник лечи, што улази у појам места испитивања, када се нетерапијска испитивања изводе на здравим добровољцима? Мишљења смо да наведени проблем треба решити тако што би се прописи о којима је реч изменили, па лечење испитаника у установи не би било део дефиниције места испитивања као таквог, већ би оно било услов, чија је испуњеност неопходна само за установе у којима се изводе терапијска испитивања.

*Nina Planojević, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

MEDICAL INSTITUTION AS THE PLACE OF CLINICAL TRIALS

Summary

The subject of this paper is the analysis of laws that regulate the position of medical institutions as suitable places for conducting clinical trials. First, the author underlines the fact that this matter is not systematically regulated and that the provisions regulating the work of these institutions are scattered in many different laws which makes it difficult to perceive their role in clinical trials in a comprehensive way. In the first part of the paper, the author discusses the concept and types of medical institutions suitable to be centers of medical trials. The second part is dedicated to the analysis of conditions that an institution has to meet in order to conduct clinical trials. In the third part of the paper the author

discusses the contents of the contract which is signed between the medical institution and the sponsor and in the fourth, the subject that should monitor the work of the institutions conducting clinical trials. In the concluding part, the author presents her suggestions for amending national norms regulating this matter.

Key words: *medical law, medical services, clinical trials, the center of clinical trials, medical institution.*

Литература

- Живојиновић, Д., Захтеви етичке оправданости клиничких испитивања, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2012.
- Клајн Татић, В., Етички и правни положај људи као субјеката биомедицинских истраживања и клиничких огледа, Београд, 2012.
- Клајн Татић, В., Комитети за етику који оцењују истраживања на људима са биомедицинског, етичког и правног становишта, Правни живот, 9/2011.
- Мујовић Зорнић, Х., Миленковић, М., Правни аспекти рада Агенције за лекове и медицинска средства и значај за сигурност лекова, Правни живот, 9/2012.
- Мујовић Зорнић, Х., Правни значај водича праксе у медицини и одговорност, Правни живот, 9/2005.
- Планојевић, Н., Врсте клиничких испитивања, XXI век - век услуга и услужног права, књ. 5, Крагујевац, 2014.
- Планојевић, Н., Појам клиничког испитивања у правним системима Србије и Европске уније, Зборник међународне научне конференције "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", Ниш, 2014.
- Планојевић, Н., Предмет клиничког испитивања, Правни живот, 9/2013.
- Планојевић, Н., Правни положај спонзора клиничких испитивања у српским прописима и Директиви 2001/20/ЕУ, Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, књ. 1, Крагујевац, 2013.
- Планојевић, Н., Правни положај истраживача у испитивањима нових лекова, Зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 9. маја 2014. године на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2014.
- Планојевић, Н., Састав етичких одбора здравствених установа у правним системима Србије и Републике Српске, Правна ријеч, 40/2014.
- Радишић, Ј., Медицинско право, Београд, 2004.
- Fitchett, R. J., Ethical considerations of clinical trials in the developing world, The royal society of tropical medicine and Hygiene, 103/2009.
- Coleman, H. C., Duties to subjects in clinical research, Vanderbilt law review, 58 (2)/2005.
- Hedgecoe, A., etc, Research ethics committees in Europe: implementing the directive, respecting diversity, Journal of Medical Ethics, 32/2006.

*Др Драгица Живојиновић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 614.253:341.24

ПОЈАМ ИСПИТАНИКА И КАРАКТЕР ЊЕГОВОГ УЧЕШЋА У МЕДИЦИНСКОМ ИСТРАЖИВАЊУ НА ЉУДИМА*

Резиме

Предмет ауторовог интересовања у овом раду је утврђивање шта се подразумева под појмом испитаника у контексту спровођења медицинских истраживања на људима и да ли постоји право на учешће у медицинском истраживању. Ова питања аутор изучава из угла решења садржаних у међународним, европским и српским правним и етичким нормама којима се уређује ова материја. Налази да у анализираним регулативама не постоји целовит појам испитаника, што је неопходно за препознавање на које све субјекте се примењују нормативним актима утврђене мере њихове заштите. По питању карактера учешћа неког лица у истраживању, аутор сматра да овде не може бити говора о постојању права на учешће у истраживању, већ да се ради о слободи учешћа; али и да се не слаже са увођењем обавезе приступања истраживању, за шта има заговорника, јер би се то противило аутономији појединца. У завршном делу рада аутор предлаже усвајање посебног нормативног аката у српско право, који би не само садржао свеобухватну дефиницију појма испитаника, него исто тако конципирану заштиту његових права у контексту извођења медицинских истраживања на људима.

Кључне речи: *медицинско право, медицинска истраживања на људима, испитаник, пристапак на учешће у истраживању, аутономија појединца.*

1. Увод

Унапређење медицине немогуће је без извођења медицинских истраживања у којима човек има положај испитаника – субјекта на коме се, односно уз чије учешће се она спроводе. Но, како главнину ризика и терета¹ повезаних са

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Живојиновић, Д., *Ризици и користи из медицинских истраживања на људима и њихов однос*, Правни живот 2015, књига 578, бр. 9, стр. 423-437.

вршењем медицинских истраживања управо трпе испитаници, заштити њихових права, интереса и безбедности придаје се велики значај. Претежни део наднационалне, као и националних регулатива ове материје - како правне тако и етичке, управо је посвећен овом питању. У овом смислу, утврђивање појма испитаника, што је први задатак којим ћемо се бавити у овом раду, неопходно је за отклањање било каквих недоумица о томе на које све субјекте се примењују нормативним актима предвиђене мере њихове заштите.

Ово је нарочито важно јер се због потребе за научном провером добијених резултата медицинска истраживања најчешће спроводе у виду упоредивог експеримента (експериментална или интервенцијска истраживања). Та упоредивост се постиже поделом испитаника у две или више група,² где једна група испитаника прима експерименталну интервенцију, а друга (или друге), контролну интервенцију, у односу на коју се експериментална пореди. Контролна интервенција може бити доказана ефикасна интервенција (активна контрола) или плацебо (без ефикасне интервенције).³ За медицинска истраживања, међутим, није својствен само експеримент. Она се, како смо истакли, најчешће изводе као експериментална истраживања, у којима су ризику изложена најзначајнија права човека – право на живот и здравље, али медицинска истраживања могу бити и опсервацијског карактера, или за предмет могу имати хумани материјал и податке, где потенцијално не постоји опасност повреде поменутих, већ неких других заштићених права човека (право на приватност, поверљивост података, право на аутономију итд.). Из ових разлога, значајним сматрамо давање једне свеобухватне дефиниције појма испитаника у контексту извођења медицинских истраживања на људима.

Други циљ овог рада усмерен је ка изналагању одговора на питање да ли се може говорити о праву појединца на учешће у медицинском истраживању, каква одредба је садржана у српским прописима и има ли места увођењу обавезе учешћа у медицинским истраживањима, за шта има заговорника у стручној литератури. Поменута питања биће анализирана из угла актуелних међународних, европских и српских правних и етичких аката, као и ставова садржаних у стручној литератури.

² Подела испитаника у групе врши се најчешће путем њиховог насумичног „двоструко слепо“ разврставања. То значи да ни испитаницима, ни истраживачима није познато ко од испитаника је распоређен у коју групу. Разврставање испитаника може бити и „једнострано слепо“, што значи да испитаницима није, али истраживачима јесте познато ко је распоређен у експерименталну, а ко у контролну групу.

³ „Плацебо је препарат који садржи фармаколошки неутралну супстанцу, а по облику и изгледу не разликује се ни по чему од новог лека који се испитује.“ *Медицински лексикон*, Београд, 1999, стр. 755.

2. Појам испитаника у међународној правној и етичкој регулативи медицинских истраживања на људима

Од препознавања потребе за заштитом права и интереса испитаника који у контексту извођења медицинских истраживања на људима могу бити повређени,⁴ она је на наднационалном плану обезбеђивана правним и етичким нормама.⁵ Иако се генерално може рећи да је развој ових регулатива текао напоре, према редоследу њиховог усвајања и садржини заштите која им је пружана, предњачиле су норме етичког карактера.

Први документ ове врсте, за чије усвајање се везује почетак развоја међународне нормативе ове материје - Нирнбершки кодекс,⁶ чине директиве за извођење хуманих експеримената.⁷ Њима је уређиван положај, права и обавезе припадника две категорије субјеката који учествују у њиховом вршењу – оних *на којима* се експерименти изводе и оних *који их спроводе*; и утврђивана су правила на којима мора почивати њихова реализација. У овом кодексу акценат је стављан на утврђивању квалитета пристанка испитаника (да је добровољан, слободан и да му је претходило информисање испитаника о планираном експерименту) као апсолутно неопходног услова учешћа неког лица у хуманом експерименту. Његов значај огледа се и у постављању захтева за друштвеном вредношћу и научном заснованошћу експеримента, за постојањем одговарајућег односа ризика и користи повезаних са њиховим спровођењем, за обезбеђењем заштите права, интереса и

⁴ Историја медицинских експеримената (огледа) на хуманој популацији, као најчешћег облика реализације истраживања, дуга је колико и лекарска вештина. Упркос њиховог неспорно великог значаја за развој медицине, њихово спровођење пратили су бројни случајевима злоупотребе испитаника. Више о овоме, Rice, T. W., *The historical, ethical and legal background of human-subjects research*, Respiratory Care 2008, vol. 53, no. 10, p. 1325-1329.

⁵ Етичке норме овакве садржине утврђене су актима којима се уређују правила понашања, права и дужности здравствених радника приликом обављања своје професије, а које доносе професионална удружења и организације здравствених радника. У основи етичких норми за лекарску професију налази се хуманост. Оне чине *сталешка правила* и представљају *аутономни извор медицинског права*. Више о односу између медицинске етике и медицинског права видети, Мујовић-Зорнић, Х., *Увод у медицинско право*, интернет презентација на адреси: http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM_educacije_-_tekst.pdf, приступ, 12.05.2015.

⁶ *Nuremberg Code*, Reprinted from *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 2, pp. 181-182. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1949.

⁷ О разлици између појма хуманог експеримента и појма медицинског истраживања на људима видети, Живојиновић, Д., *Појам и циљ медицинских истраживања на људима*. Зборник: XXI век - век услуга и услужног права. Књ. 6, Крагујевац, 2015, стр. 215-228.

добробити испитаника;⁸ међутим, њиме није прецизирано шта се подразумева под појмом "субјект експеримента" који би олакшао препознавање на које то учеснике експеримента се односе овим кодексом утврђене мере њихове заштите.

Ни у Хелсиншкој декларацији,⁹ најзначајнијем акту из ове материје, није садржана дефиниција испитаника. Значај ове декларације огледа се у томе, што су на темељу успостављених етичких принципа доношене не само смернице (упутства, водичи) којима су ти принципи даље разрађивани у циљу њихове адекватне примене у истраживачкој пракси,¹⁰ него су они послужили као основ усавајања наднационалних *правних* аката у овој области. Сви етички принципи Хелсиншке декларације у функцији су заштите права, интереса и безбедности испитаника.¹¹ Они имају својство *основних* принципа, што значи да је њихова примена обавезна без обзира на карактер и предмет медицинског истраживања и на то ко су укључени испитаници – да ли су здрави добровољци или пацијенти, ког су пола, узраста и да ли међу њима има оних који се сматрају рањивим (вулнерабилним)¹² и слично. Такође, они имају својство *универзалних*, што подразумева њихову примену без обзира на место извођења истраживања. Циљ подизања ових принципа на ниво универзалности је супротстављање политици "двоструких стандарда"¹³ која значи њихово поштовање када се истраживања

⁸ Више о значају Нирнбершког кодекса за развој међународне регулативе медицинских истраживања видети, Shuster, E., *Fifty years later: The significance of the Nuremberg Code*, The New England Journal of Medicine 1997, vol. 337, no. 20, p. 1436-1440.

⁹ World Medical Association, *Declaration of Helsinki: Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, Helsinki, Finland (1964-2013).

¹⁰ Велики је број оваквих аката: - Операциони водич за етичке комитете који оцењују биомедицинска истраживања, усвојен 2000. год. од стране Светске здравствене организације (СЗО); - Међународни водич за етичку оцену епидемиолошких истраживања,¹⁰ усвојен 1991. од стране Савета за међународне организације медицинских наука (CIOMS), - Међународни етички водич за биомедицинска истраживања на људима, такође усвојен од стране Савета за међународне организације медицинских наука (CIOMS), итд.

¹¹ Из текста Хелсиншке декларације могуће је издвојити следеће етичке принципе: - научна заснованост медицинског истраживања (тач. 21 ХД); - неопходност независне процене истраживачких протокола од стране истраживачких етичких одбора (тач. 23 ХД); - вредновање односа ризика и користи из истраживања (тач. 16, 17 и 18 ХД); - постојање слободног информисаног пристанка испитаника (тачке 25-32 ХД), и - поштовање права и достојанства испитаника (тач. 8-10, 12-15, 24, 25, 33, 34 ХД итд).

¹² Живојиновић, Д., *Заштита вулнерабилних субјеката клиничких испитивања у Декларацији из Хелсинкија*, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013, стр. 681-697.

¹³ Angell, M., *The ethics of clinical research in the third world*, The New England Journal of Medicine 1997, vol. 337, no. 12, p. 847-849; Glickman, S W., et al, *Ethics and scientific implications of the globalization of clinical research*, The New England Journal of Medicine 2009, vol. 360, no. 8, p. 816-823.

изводе у развијеним земљама, а примена нижих критеријума када се она спроводе у неразвијеним државама света.

У погледу значајнијих етичких аката на међународном нивоу, а по питању дефинисања појма испитаника, издвајају се Смернице добре клиничке праксе (*Guideline for Good Clinical Practice*),¹⁴ које представљају међународни етички и научни стандард квалитета за планирање, спровођење, записивање и извештавање при клиничким испитивањима која се изводе на људима. Како су ове смернице на основу чл. 29. ст. 2 Закона о лековима и медицинским средствима,¹⁵ прихваћене од стране Министра здравља Републике Србије и њиховим објављивањем у Службеном гласнику РС,¹⁶ постале саставни део домаћег правног поретка, то ћемо се појмом испитаника датом у овом акту бавити у оквиру разматрања српске регулативе.

Прва међународна конвенција из области људских права којом се истиче неопходност поштовања и заштите права човека који у медицинском експерименту учествује у својству испитаника је Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године.¹⁷ Чланом 7. Међународног пакта прописана је забрана подвргавања неког лица медицинском или научном експерименту без његовог слободног пристанка, чиме је наглашена обавеза поштовања аутономије појединца и права човека на самоодређење у односу на тело. Остале одредбе ове конвенције нису се тичале извођења хуманих експеримената и уопште медицинских истраживања на људима, нити су за предмет имале подробнију заштиту права испитаника, па се њом није ни утврђивао њихов појам.

Од усвајања Међународног пакта о грађанским и политичким правима, на глобалном нивоу дуго низ година није било конвенције којом би се ова проблематика темељније *правно* уредила. То је учињено тек почетком XXI века, усвајањем једне из серије УНЕСКО-вих биоетичких декларација¹⁸ и то Универзалне декларације о биоетици и људским правима.¹⁹ Овом декларацијом се у циљу поштовања људског достојанства и заштите права човека у контексту

¹⁴ International Conference on Harmonization of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use, *Guideline for Good Clinical Practice*. ICH Topic E 6 (R1) London UK, 1997. Текст доступан на адреси, http://www.emea.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Scientific_guideline/2009/09/WC500002874.pdf, од 08. 02. 2012.

¹⁵ Закон о лековима и медицинским средствима, „Службени гласник РС“ бр. 30/2010 и 107/2012.

¹⁶ Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању, „Службени гласник РС“ бр. 28/2008.

¹⁷ United Nations General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 1966.

¹⁸ Видети Клајн-Татић, В., *Етички и правни положај пунолетних пословно способних људи као субјеката биомедицинских истраживања или огледа*, Страни правни живот, Београд 2010, бр. 2, стр. 216.

¹⁹ General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO), *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, 2005.

развоја и примене биомедицине и са њом повезаних технологија, утврђује универзални правни оквир сачињен од принципа и процедура које ће служити као водич државама потписницама у доношењу прописа, формулисању политике или увођењу других инструмената заштите човека на пољу биоетике.²⁰ Принципи прокламовани овом декларацијом подударају се са *етичким начелима* утврђеним раније усвојеним међународним документима из ове области, који се у преамбули текста помињу као њени извори и узор, међу којима је и горе поменута Хелсиншка декларација. Поред ове, још две УНЕСКО-ве декларације, проблематиком коју уређују, дотичу бројна питања повезана са извођењем медицинских истраживања на људима и то: Универзална декларација о људском геному и људским правима²¹ из 1997. и Међународна декларација о људским генетским подацима²² из 2003. године; међутим, ниједном од њих није утврђен појам испитаника, било генерално или у контексту извођења истраживања која за предмет имају људски геном или људске генетске податке.

На европском правном простору, заштити права испитаника у извођењу медицинских истраживања посвећена је Конвенција за заштиту права човека и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини.^{23,24} У њеним основним одредбама истиче се да у случајевима примене медицине и биологије треба поштовати достојанство, интегритет, основна људска права и слободе сваког људског бића, без дискриминације било које врсте.²⁵ Конвенцијом о људским правима и биомедицини људско биће се поставља изнад свих вредности и утврђује да интереси и добробит човека морају имати предност над интересима науке и друштва.²⁶ Проблематика извођења медицинских истраживања на људима се још детаљније регулише Додатним протоколом Конвенције о људским правима и

²⁰ Сјеничић, М., *Основни принципи медицинске етике*, Правни живот 2005, књига 493, бр. 9, стр. 461-478.

²¹ General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO), *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, 1997.

²² General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO), *International Declaration on Human Genetic Data*, 2003.

²³ Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regards to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*. Овиједо 1997, Текст доступан на адреси: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/164.htm>, приступ 10.02.2012.

²⁴ Конвенција о људским правима и биомедицини је ступила на снагу 1999. а ратификована је у Србији 2010. године („Службени гласник РС – међународни уговори”, бр.12/2010.)

²⁵ Мујовић-Зорнић, Х., *Перспективе медицинског права у светлости Европске конвенције о људским правима и биомедицини*. Зборник: Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум (Босна и Херцеговина) 2004, стр. 133-147.

²⁶ Видети чл. 2 Конвенције о људским правима и биомедицини.

биомедицини који се тиче биомедицинских истраживања,²⁷ међутим, ни Конвенцијом, ни Додатним протоколом не даје се појам испитаника у контексту извођења ових истраживања.

За подручје ЕУ за заштиту права испитаника у извођењу клиничких испитивања која за предмет имају медицинске производе намењене хуманој употреби, значајна је и Директива Европског парламента и Савета Европе бр. 20 из 2001. године (у даљем тексту: Директива 2001/20/ЕС).²⁸ Донета је у циљу поједностављења и хармонизације регулативе клиничких испитивања унутар ЕУ и олакшања унутрашњег промета медицинским производима. За разлику од претходно побројаних аката, Директивом 2001/20/ЕС се у чл. 2 дефинише значење израза који се у њеном тексту користе, па се под ”субјектом клиничких испитивања” подразумева појединац који учествује у клиничком испитивању било да прима медицински производ који је предмет клиничког испитивања (нову, експерименталну интервенцију) или контролну интервенцију.²⁹ Иако је утврђивање поменутог појма значајно за заштиту права ових лица, он се, као што се може видети, односи само на субјекте *клиничких испитивања*. Клиничка испитивања представљају *један од облика* извођења медицинских истраживања на људима, односно појам медицинска истраживања на људима обухвата већи број категорија истраживања која се изводе уз учешће људи од оних на које се односи термин клиничка испитивања; то су, на пример, и истраживања која имају опсервацијски карактер, било да су дескриптивна или аналитичка, она која за предмет имају хумани материјал или податке. Све ово говори да је појам субјекта клиничког испитивања који се утврђује Директивом 2001/20/ЕС преузак за дефинисање појма испитаника у контексту медицинских истраживања на људима.

3. Појам испитаника у српским прописима

У домаћем праву проблематика извођења медицинских истраживања на људима регулисана је већим бројем нормативних аката. У чл. 38 Закона о здравственој заштити³⁰ говори се о праву пацијента над којим се врши медицински оглед, али се не прецизира ко се сматра пацијентом у овом контексту. На готово идентичан начине ово право пацијената регулише се Законом о правима

²⁷ Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research*, Strasbourg 2005.

²⁸ The European Parliament and the Council of the European Union, Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council, Official Journal of the European Communities, L121/34, 01.05.2001. Текст доступан на адреси, <http://www.eortc.be/services/doc/clinical-eu-directive-04-april-01.pdf>, приступ 18.02.2012.

²⁹ Видети чл. 2. ст. 1 (i) Директиве 2001/20/ЕС

³⁰ Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник РС“ бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 –др. закон и 93/2014.

пацијената.³¹ Међутим, уколико упоредимо чл. 25 Закона о правима пацијената и горе поменути чл. 38 Закона о здравственој заштити, уочићемо извесне разлике, и то позитивног карактера.

Најпре, Законом о правима пацијената говори се о праву пацијената на учешће у *медицинском истраживању*, а не у медицинском огледу, па је заштитом коју овај закон предвиђа обухваћен сваки субјект медицинског истраживања, а не само онај који учествује у истраживањима експерименталног (огледног) карактера.³² Овим законом се даље, истиче потреба за пристанком на учешће у медицинском истраживању детета и пацијента лишеног пословне способности, што представља праву меру поштовања права на самоодређење у односу на тело ових лица.³³ Најзад, њиме се даје значење израза који се у њему употребљавају, па се под појмом пацијент подразумева "лице, односно осигурано лице у смислу Закона о здравственом осигурању, болесно или здраво, које затражи или коме се пружа здравствена услуга ради очувања и унапређења здравља, спречавања, сузбијања и раног откривања болести, повреда и других поремећаја здравља и благовременог и ефикасног лечења и рехабилитације". Иако је појам пацијента тако утврђен да се под њега, применом екстензивног тумачења, могу подвести и субјекти који учествују у извођењу медицинског истраживања,³⁴ мишљења смо да је прављење јасне термилошке разлике између ова два појма важно из мноштва разлога, међу којима је и избегавање тзв. терапијске заблуде.³⁵

За разлику од српских прописа у међународним актима из ове материје прави се јасна термилошка разлика између појма пацијента и појма испитаника,³⁶ па сматрамо да недовољна термилошка издиференцираност по овом питању у поменутим законима може створити забуну и неповољно се одразити на заштиту

³¹ Закон о правима пацијената, „Сл. гласник РС“ бр. 45/2013.

³² Као што је напред било речи, истраживања експерименталног карактера или огледи, само су један од облика медицинских истраживања на људима.

³³ Видети чл. 25 ст. 5 и 6 Закона о правима пацијената.

³⁴ Ово се посебно односи на део дефиниције у коме се говори о пружању здравствених услуга ради унапређења здравља. Ипак, рекли бисмо да је сврха пружања здравствених услуга *пацијенту*, онако како се то овде истиче, па и оних усмерених на унапређење и очување здравља, намењено добробити конкретног пацијента, а не постизању колективних циљева, што је задатак спровођења медицинских истраживања.

³⁵ Терапијска заблуда је честа међу учесницима клиничких испитивања. Добру илустрацију ове тврдње поткрепљују резултати истраживања квалитета информисаног пристанка у студијама канцера, који су показали да 48% испитаника сматра да сви третмани и процедуре у студији представљају стандардну терапију за одређени тип канцера; 38% њих верује да испитивање не носи никакав додатни ризик или тегобе у односу на стандардни третман, док 29% њих мисли да је третман којим се подвргавају у студији најбољи одобрен третман за ту врсту канцера. Наведено према, Joffe, S., Cook, E F., Cleary, P D., Clark, J W., Weeks, J C., *Quality of informed consent in cancer clinical trials: a cross-sectional survey*, The Lancet 2001, vol. 358, no. 9295, p. 1772-1777.

³⁶ Испитаник се по правилу назива "субјект експеримента", а не пацијент.

права испитаника. Појам пацијент се, наиме, превасходно користи у контексту вршења медицинске праксе, док се појам испитаник употребљава за означавање субјеката који учествују у спровођењу медицинских истраживања.

Потреба за овим итекако постоји јер су циљеви медицинских истраживања и медицинске праксе различити. Медицинска истраживања за циљ имају ”разумевање узрока, развоја и ефеката болести и унапређење превентивних, дијагностичких и терапијских интервенција (метода, процедура и третмана)“.³⁷ Њихово извођење усмерено је ка постизању општих, *колективних циљева* – стицању нових сазнања које ће допринети развоју медицине, науке и друштвеном просперитету. Здравствена добробит хуманих субјеката који у истраживању имају улогу испитаника, није непосредни повод њиховог предузимања. Сврха спровођења медицинских истраживања на људима није лечење испитаника, већ прикупљање нових информација које ће њиховом анализом, тумачењем и довођењем у везу са постојећим знањима, допринети унапређењу медицине и добробити *будућих* пацијената. За разлику од овог стандардна медицинска пракса је она која се заснива на познатим, доказаним и провереним медицинским сазнањима у превентиви, дијагностици и терапији, која се уобичајено примењују од стране лекара исте струке или специјалности.³⁸ У њој се постављање дијагнозе или терапијска интервенција предузимају искључиво и једино за добробит конкретног пацијента.

Следећи закон којим се регулише област тачније, део области која се односи на спровођење медицинских истраживања на људима је Закон о лековима и медицинским средствима. Део овог закона посвећен је клиничком испитивању лека и медицинског средства,³⁹ па су у њему садржане норме којим се утврђују услови за њихово спровођење и предвиђају мере заштите права, интереса и безбедности испитаника. Иако се израз испитаник овде потпуно оправдано користи, а не термин пацијент, овим законом се не утврђује његово значење, мада су у чл. 2 то чини када су други изрази у питању. Појам испитаника се додуше даје у Смерницама добре клиничке праксе у клиничком испитивању на чију примену у чл. 59 ст. 6 Закон о лековима и медицинским средствима упућује, чиме је овај недостатак отклоњен.

Тако, у тачки 1.57. Смерница добре клиничке праксе у клиничком испитивању, „испитаник“ се дефинише као „појединац који учествује у клиничком испитивању лека, без обзира да ли је корисник лека који се клинички испитује или учествује ради контроле примене лека, односно ако узима лек са којим се лек у клиничком испитивању пореди“. Међутим, како се може видети, овај појам се односи на учешће субјекта у својству испитаника у *клиничком испитивању лека*, па је неодговарајући, односно преузак за појам испитаника у контексту вршења медицинских истраживања на људима.

³⁷ Видети тач. 6 Хелсиншке декларације.

³⁸ Радишић, Ј., *Медицинско право*, Београд 2004, стр. 227.

³⁹ Видети чл. 59-93 и чл. 199 Закона о лековима и медицинским средствима.

За правно регулисање материје медицинских истраживања на људима у Републици Србији, релевантни су и потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права која представљају део унутрашњег правног поретка.⁴⁰ Сходно Уставу Републике Србије, они не смеју бити у супротности са Уставом, док закони и други општи акти донети у Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права,⁴¹ што их по правној снази ставља изнад закона. Нажалост мали је број међународних аката из ове проблематике које је Србија ратификовала. Од у првом делу рада побројаних наднационалних аката из ове области, овакву правну снагу имају норме садржане у ратификованој европској Конвенцији за заштиту права човека и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенцији о људским правима и биомедицини; међутим, како смо видели, у њој није дат појам испитаника.

Даље, за правну нормативу медицинских истраживања на људима у Србији значајна су и *сталешка правила* усвојена од стране националних и интернационалних удружења лекара. Наше национално удружење лекара – Лекарска комора Србије, којој припада сваки лекар у нашој земљи,⁴² чланица је Светског лекарског удружења (*World Medical Association*). То значи да их обавезују сви акти које Лекарска комора Србије прихвата аутоматски, самим својим чланством у овом светском удружењу лекара, па и Хелсиншка декларација.⁴³ На такву дужност се упозорава у чл. 78 ст. 2 Кодекса професионалне етике Лекарске коморе Србије⁴⁴ у коме се истиче да су „за чланове Коморе обавезујућа међународна хуманитарна начела која се односе на професионални рад лекара у превентиви, куративи и рехабилитацији, као и смернице и изјаве Светског лекарског удружења, са којима се могу упознати и преко Коморе, на начин утврђен њеним актима.”

Подизање правила струке и медицинске етике којих су дужни да се придржавају лекари у извођењу медицинских истраживања на људима *на ниво правних норми*, у српском законодавству извршено је Законом о здравственој заштити у коме се истиче да су здравствени радници дужни да здравствену делатност обављају у складу са *важећом здравственом доктрином и кодексом професионалне етике*.⁴⁵ Сходно овом закону, непоштовање тих правила подлеже не само моралним и дисциплинским, него и кривично-правним и грађанско-

⁴⁰ Видети чл. 194, ст. 4 Устава Републике Србије, „Службени гласник РС”, бр. 98/2006.

⁴¹ Видети чл. 194, ст. 5 Устава Републике Србије.

⁴² Видети чл. 1 и чл. 12 ст. 1 Статута Лекарске коморе Србије „Службени гласник РС”, бр. 111/2006, 68/2008, 14/2010, 36/2011 – одлука Уставног суда, 43/2011 и 22/2012.

⁴³ У вршењу здравствене делатности, лекари у Србији су у обавези да поступају у складу са Међународним кодексом медицинске етике, Женевском декларацијом итд.

⁴⁴ Кодекс професионалне етике Лекарске коморе Србије, „Службени гласник РС”, бр. 121/2007.

⁴⁵ Видети чл. 169 ст. 1 Закона о здравственој заштити.

правним санкцијама.⁴⁶ Нажалост, и поред великог броја нормативних аката, како правних тако и етичких, којим се уређује спровођење медицинских истраживања на људима на домаћем правном простору, ни у једном од њих није садржана свеобухватна дефиниција испитаника, што је важно за постојање њихове адекватне заштите и спречавање њихове злоупотребе за рачун унапређења науке и друштва.

Имајући у виду шта је циљ медицинских истраживања на људима, и шта све може бити њихов предмет,⁴⁷ под испитаником треба подразумевати свако физичко лице чији хумани материјал, подаци или реаговање организма на експерименталну интервенцију су релевантни за одговор на истраживањем постављено питање; као, и оно лице које је предмет посматрања у циљу прикупљања и/или анализе података потребних за решавање истраживањем постављеног медицинског проблема. Код истраживања која имају експериментални карактер, положај испитаника има како оно лице које прима експерименталну интервенцију, тако и оно које је распоређено у једну или више контролних група, ради контроле примене експерименталне интервенције, где прима другу ефикасну интервенцију или плацебо. Од осталих учесника медицинских истраживања, испитаници се разликују по томе што једино они сnose ризике и терете који су са његовим извођењем повезани; и што у циљу прибављања генерализованог знања релевантног за развој науке и друштва, њихова права могу бити повређена, а субјективитет нарушен.

4. Учешће у медицинском истраживању: право или слобода

Постојање потенцијалне *могућности учешћа* ма ког физичког лица у медицинском истраживању у својству испитаника,⁴⁸ не значи, међутим, да постоји *право* појединца на учешће у њима, како се то у српским прописима истиче.⁴⁹ Он не само да нема право да захтева учешће у истраживању, него нема ни право да тражи да остане у студији у коју је укључен, ако за престанак његовог учешћа постоје ваљани разлози (на пример, да се у току студије утврди да ризици по испитанике превазилазе очекиване користи).⁵⁰ Да се у овом случају не ради о праву, већ о *слободи учешћа*, јасно произилази из околности да то наводно право, у случају његове евентуалне повреде, односно у случају неукључивања неке особе у

⁴⁶ Видети чл. 169 ст. 2 Закона о здравственој заштити.

⁴⁷ Више о предмету медицинских истраживања на људима, видети: Живојиновић, Д., Планојевић, Н, *Медицинска истраживања на људима према Хелсиншкој декларацији*, Крагујевац, 2015, стр. 74-76.

⁴⁸ Slavicek, G., Forsdahl, G., *Informed consent in clinical research*, International Journal of Stomatology and Occlusion Medicine 2009, no. 3, p. 143.

⁴⁹ Видети чл. 25 ст. 10 Закона о правима пацијената и чл. 38 ст. 8 Закона о здравственој заштити.

⁵⁰ Видети тач. 18 Хелсиншке декларације.

медицинско истраживање упркос њеном хтењу, није „покривено“ одговарајућим захтевом, односно могућношћу његовог принудног остварења подношењем тужбе суду.⁵¹ Наиме, да би неко лице заиста било укључено у истраживање потребно је да „одговара“ научно и медицински постављеним условима (тзв. укључујућим и искључујућим критеријумима) који су тесно повезани са циљем извођења истраживања, да буде позвано на учешће и наравно, да на то добровољно пристане. Такође, истраживач је дужан, па самим тим и одговоран, за заштиту права, интереса и безбедности испитаника током извођења истраживања.⁵² Уколико уочи опасност од повреде права укључених испитаника, он је дужан да је отклони, па и да против њихове воље, заустави спровођење истраживања.

Иако, како смо видели, испитаник нема право да захтева учешће, последњих година се у стручној литератури све више говори о учешћу у истраживању као *моралној дужности* појединца, па чак указује и на потребу увођења *обавезе* сваког човека да му приступи, ако на то буде позван. Овакво становиште образлаже се околностима да свако од нас ужива у медицинским знањима и научним достигнућима која потичу из истраживања изведених у прошлости. Наводи се да сваки појединац има користи од знања која се у овом тренутку стичу у студијама, јер нам унапређење превентивних, терапијских и дијагностичких интервенција улива сигурност и нуди наду у могућност излечења од болести које нас или наше најближе, могу задести у будућности.⁵³

Заговорници овог става медицинско знање посматрају као *јавно добро*, свима доступно, чак и онима који у његовом стицању нису учествовали. Пристанак на учешће у истраживању виде као начин *давања доприноса општем интересу*, па предлажу да се постојеће правне и моралне норме према којима појединац треба да приступи истраживању ако има добар разлог за то, замене онима према којима појединац треба да учествује у истраживању, осим ако има добар разлог да то не учини.⁵⁴ У прилог овог става наводе се бројни случајеви када се у циљу остварења општих интереса ограничавају или појединцима потпуно одузимају поједина лична права - право на аутономију, право на телесни и психички интегритет, право на самоодређење у односу на тело; која и у контексту медицинских истраживања могу бити угрожена. Појединци, истичу они, прихватају такво „жртвовање“ у случају примене прописа којима се ограничава коришћење и промет дрогама и

⁵¹ Више о томе који елементи чине субјективно право видети, Стојановић, Д., *Увод у грађанско право*, Београд, 1990, стр. 146.

⁵² Видети тач. 8 Хелсиншке декларације, чл. 62 Закона о лековима и медицинским средствима итд.

⁵³ Harris, J., *Scientific research is a moral duty*, Journal of Medical Ethics 2005, vol. 31, no. 4, p. 242-248.

⁵⁴ Owen, G., Schaefer, B A., Emanuel, E J., Wertheimer, A., *The Obligation to Participate in Biomedical Research*, The Journal of the American Medical Association 2009, vol. 302, no. 1, p. 67-72.

опасним супстанцама; намеће обавезна вакцинација; поштовање карантина код инфективних болести; код норми којима се регулише саобраћај, као што је правило о обавезном везивању појаса; код забране прекида трудноће након одређеног периода у развоју плода, осим уз постојање тачно одређених индикација; обавезног тестирања и прегледа трудница у циљу утврђивања здравља фетуса; обавезног основног образовања становништва итд.

Мишљења смо да се одговор на питање да ли учешће у истраживању треба посматрати као морални чин или му треба дати карактер правне обавезе, мора потражити у повезивању циља медицинских истраживања са мотивима који покрећу човека да им приступи. Пристанком на учешће у истраживању појединац *испољава сопствену хуманост*, жељу да управо на овај начин, кроз допринос развоју генерализованог знања неопходног за унапређење науке и друштва, помогне остварењу колективних интереса. Својим пристанком појединац дакле, дозвољава захват у свој телесни и психички интегритет, саглашава се са могућом повредом заштићених личних права, ради постизања општих циљева. Остварење његове личне здравствене користи, ако је уопште присутно,⁵⁵ има споредан, супсидијарни значај, па га услед тога не треба узимати за основну покретачку побуду учешћа у истраживању.

За разлику од овога, у горе поменутих случајевима који се наводе као пример толерисања ограничавања или (привременог) одузимања појединих личних права човека у циљу остварења општих интереса, присутно је не само остварење колективних циљева, него истовремено деловање у правцу заштите неког од права појединца. Тако, на пример, обавезном вакцинацијом штити се здравље појединца (индивидуални интерес), док се остварење колективних интереса налази у спречавању настанка и ширења заразних болести. Да се између учешћа у медицинском истраживању и истакнутих примера захвата у лична права појединца, не може поставити знак једнакости, видљиво је и из околности да се испитаницима покривају трошкови које су имали поводом учешћа у студији – што нам говори да они нешто чине за туђу корист, а не сопствену. Они такође, често могу добити новац или другу врсту компензације за претрпљене неугодности и утрошено време⁵⁶ (ово друго посебно ако се на месту испитаника налазе здрави добровољци који учествују у нетерапијским истраживањима) - чега по правилу нема када се појединцима у горе побројаним случајевима ограничавају каква лична права.

Иако посматрање медицинског знања као јавног добра у коме сваки појединац једнако ужива, лепо звучи као аргумент за наметање обавезе учешћа у истраживањима, у реалном животу његова доступност зависи преваходно од тога где живите и колико можете да платите да би у њему уживали. Зато би посебну

⁵⁵ Она није својствена за свако медицинско истраживање, а тамо где је евентуално има, ради се само о *очекиваној* користи.

⁵⁶ Видети Смерницу 7 Међународног етичког водича за биомедицинска истраживања на људима.

етичку димензију имала примена овог става на заједнице и државе из економски неразвијених делова света чије становништво најалост, нити ужива у постојећем медицинском сазнању, нити постоји реална претпоставка да ће уживати у оним новостеченим, оствареним наметањем обавезе њиховог учешћа (или макар не у већини од њих); што умногоме отежава прихватљивост овог становишта.⁵⁷

Такође, осећање хуманости које сматрамо кључним за давање пристанка на учешће у истраживању, није подједнако заступљено код сваког појединца. Оно је условљено бројним факторима какви су: религијско уверење, културне особености иманентне одређеним заједицама и друштвима, васпитање, ниво образовања, лични ставови и животно искуство; а друго, они који то осећање поседују, не морају га испољавати на идентичан начин.

Општој добробити може се допринети на различите начине, па сматрамо да се учешће у медицинском истраживању мора искључиво сагледавати као *морални чин*, а не као обавеза. Оно мора бити праћено добровољношћу - како је уосталом то у актуелној међународној и националним регулативама медицинских истраживања на људима утврђено.⁵⁸ То значи да сваком појединцу треба признати слободу да одлучи када, где и како ће помоћи другима - да ли ће то учинити учешћем у медицинском истраживању и на тај начин се евентуално одужити за хумане гестове које су у прошлости учинили други људи у циљу постизања медицинских сазнања у којима он данас ужива; или на неки други начин. Наметање било какве обавезе учешћа у медицинском истраживању значило би негирање аутономије појединца, што је неприхватљиво.

5. Закључак

Упркос бројним етичким и правним актима наднационалног карактера којима се уређује извођење медицинских истраживања на људима, у њима није садржан свеобухватни појам испитаника којим би се олакшало препознавање на које све субјекте истраживања се примењују овим актима утврђене мере заштите, што је значајно због спречавања њихове потенцијалне злоупотребе.

И у оквиру српског правног подручја наилазимо на идентичан проблем. Системским законима у области здравља недовољно се регулише ова област, што је за очекивати, јер то и није њихов предмет. У Закону о здравственој заштити и Закону о правима пацијената само је по један члан посвећен праву пацијента на учешће у медицинском огледу, односно истраживању, а у њима се чак не врши ни термилошко разграничење између појма пацијента и испитаника. Смерницама добре клиничке праксе у клиничком испитивању, на чију примену упућује Закон о лековима и медицинским средствима као *lex specialis*, утврђује се појам

⁵⁷ Varmus, H., Satcher, D., *Ethical complexities of conducting research in developing countries*, The New England Journal of Medicine 1997, no. 337, p. 1003-1005.

⁵⁸ Видети тач. 25 Хелсиншке декларације, чл. 61 ст. 1 тач. 5) Закона о лековима и медицинским средствима.

испитаника, али само у контексту спровођења клиничког испитивања лека, што је преуско и недовољно за постојање адекватне заштите лица која у својству испитаника учествују у медицинским истраживањима на људима.

Под испитаником треба подразумевати свако физичко лице чији хумани материјал, подаци или реаговање организма на експерименталну интервенцију су релевантни за одговор на истраживањем постављено питање; као, и оно лице које је предмет посматрања у циљу прикупљања и/или анализе података потребних за решавање истраживањем постављеног медицинског проблема. Код истраживања која имају експериментални карактер, испитаником се сматра како оно лице које прима експерименталну интервенцију, тако и оно које је распоређено у једну или више контролних група, ради контроле примене експерименталне интервенције, где прима другу ефикасну интервенцију или плацебо. Проблем недостатка свеобухватне дефиниције и исте такве заштите испитаника у контексту спровођења медицинских истраживања на људима у домаћем праву требало би решавати усвајањем посебних аката чији би то био искључиви предмет, каква пракса постоји у појединим законодавствима.⁵⁹

Не постоји никакво право појединца на учешће у медицинском истраживању, нити може постојати таква обавеза. Пристајање човека да приступањем медицинском истраживању допринесе општој добробити, искључиво се може сагледавати као морални чин, а наметање било какве обавезе учешћа, значило би непоштовање његовог субјективитета и аутономије.

*Dragica Živojinović, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

THE TERM TESTING SUBJECT AND THE CHARACTER OF HIS PARTICIPATION IN MEDICAL RESEARCH ON HUMAN BEINGS

Summary

The theme of the author's interest in this paper is to determine what is meant by the term testing subject in the context of conducting medical research

⁵⁹ Видети, Canadian Institutes of Health Research, Natural Sciences and Engineering Research Council of Canada, and Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, Tri-Council Policy Statement: Ethical Conduct for Research Involving Humans, December 2010, Code of Federal Regulations. Title 45. Public Welfare. Part 46. Protection of Human Subjects, USA, 2009.

on human beings and whether there is a concept of legal right to participate in medical research. The author investigates these issues from the point of view of the legal solutions that exist in international, European and Serbian legal and ethical norms that regulate this matter. She further discovers that in the analyzed regulations, there is no a comprehensive concept defining a testing subject, although this is necessary precondition in order to recognize to which subjects these normative acts apply, especially in relation to their protection. As for the character of the participation of a person in a medical research, the author believes that it cannot be considered as the right to participation, but as freedom. The author also expresses her disagreement, supported by some authors, with the introduction of the obligation to participate in medical research since it would be against person's autonomy. In the concluding part, the author proposes that special normative acts should be included into Serbia legislation which would not only contain a more comprehensive definition of the term testing subject, but also well defined protection of his rights in the context of conducting medical research on human beings.

Key words: *medical law, medical research on human beings, testing subject, informed consent, person's autonomy.*

Литература

- Angell, M., The ethics of clinical research in the third world, *The New England Journal of Medicine*, vol. 337, no. 12/1997.
- Varmus, H., Satcher, D., Ethical complexities of conducting research in developing countries, *The New England Journal of Medicine*, no. 337/1997.
- Glickman, S W., et al, Ethics and scientific implications of the globalization of clinical research, *The New England Journal of Medicine*, vol. 360, no. 8/2009.
- Живојиновић, Д., Заштита вулнерабилних субјеката клиничких испитивања у Декларацији из Хелсинкија, Зборник: Услужно право, Крагујевац: 2013.
- Живојиновић, Д., Планојевић, Н., Медицинска истраживања на људима према Хелиншкој декларацији, Крагујевац, 2015.
- Живојиновић, Д., Појам и циљ медицинских истраживања на људима, Зборник: XXI век - век услуга и служног права. Књ. 6, Крагујевац, 2015.
- Живојиновић, Д., Ризици и користи из медицинских истраживања на људима и њихов однос, *Правни живот* бр. 9/2015.
- Joffe, S., Cook, E F., Cleary, P D., Clark, J W., Weeks, J C., Quality of informed consent in cancer clinical trials: a cross-sectional survey, *The Lancet*, vol. 358, no. 9295/2001.
- Клајн-Гатић, В., Етички и правни положај пунолетних пословно способних људи као субјеката биомедицинских истраживања или огледа, *Страни правни живот*, Београд, бр. 2/2010.

- Мујовић-Зорнић, Х., Перспективе медицинског права у светлости Европске конвенције о људским правима и биомедицини. Зборник: Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум (Босна и Херцеговина) 2004.
- Мујовић-Зорнић, Х., Увод у медицинско право, интернет презентација на адреси: http://www.lks.org.rs/Storage/Global/Documents/dogadjaji/PROGRAM_educacije_-_tekst.pdf, приступ, 12.05.2015.
- Owen, G., Schaefer, B A., Emanuel, E J., Wertheimer, A., The Obligation to Participate in Biomedical Research, *The Journal of the American Medical Association*, vol. 302, no. 1/2009.
- Радишић, Ј., Медицинско право, Београд 2004.
- Rice, T W., The historical, ethical and legal background of human-subjects research, *Respiratory Care*, vol. 53, no. 10/2008.
- Sjeničić, M., Osnovni principi medicinske etike, *Pravni život*, br. 9/2005.
- Slavicek, G., Forsdahl, G., Informed consent in clinical research, *International Journal of Stomatology and Occlusion Medicine*, no. 3/2009.
- Стојановић, Д., Увод у грађанско право, Београд, 1990.
- Shuster, E., Fifty years later: The significance of the Nuremberg Code, *The New England Journal of Medicine*, vol. 337, no. 20/1997.
- Harris, J., Scientific research is a moral duty, *Journal of Medical Ethics*, vol. 31, no. 4/2005.
- Прописи:**
- General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO), Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, 2005.
- General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO), Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, 1997.
- General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO), International Declaration on Human Genetic Data, 2003.
- Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник РС“ бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – др. закон и 93/2014.
- Закон о лековима и медицинским средствима, „Службени гласник РС“ бр. 30/2010 и 107/2012.
- Закон о правима пацијената, „Сл. гласник РС“ бр. 45/2013.
- International Conference on Harmonization of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use, Guideline for Good Clinical Practice. ICH Topic E 6 (R1) London UK, 1997. Текст доступан на адреси: http://www.emea.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Scientific_guideline/2009/09/WC500002874.pdf, од 08.02.2012.
- Кодекс професионалне етике Лекарске коморе Србије, „Службени гласник РС“, бр. 121/2007.
- Конвенција о људским правима и биомедицини је ступила на снагу 1999. а ратификована је у Србији 2010. године („Службени гласник РС – међународни уговори“, бр. 12/2010.)
- Nuremberg Code, Reprinted from *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. 2*, pp. 181-182. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1949.
- Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању, „Службени гласник РС“ бр. 28/2008.
- Статут Лекарске коморе Србије „Службени гласник РС“, бр. 111/2006, 68/2008, 14/2010, 36/2011 – одлука Уставног суда, 43/2011 и 22/2012.

Драгица Живојиновић, Појам испитаника и карактер његовог учешћа у
медицинском истраживању на људима (стр. 531-548)

- The European Parliament and the Council of the European Union, Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council, Official Journal of the European Communities, L121/34, 01.05.2001. Текст доступан на адреси, <http://www.eortc.be/services/doc/clinical-eu-directive-04-april-01.pdf>, приступ 18.02.2012.
- Устав Републике Србије, „Службени гласник РС”, бр. 98/2006.
- United Nations General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 1966.
- Canadian Institutes of Health Research, Natural Sciences and Engineering Research Council of Canada, and Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, Tri-Council Policy Statement: Ethical Conduct for Research Involving Humans, December 2010.
- Code of Federal Regulations. Title 45. Public Welfare. Part 46. Protection of Human Subjects, USA, 2009.
- Council of Europe, Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research, Strasbourg 2005.
- Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regards to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Овједо 1997, Текст доступан на адреси: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/164.htm>, приступ 10.02.2012.
- World Medical Association, Declaration of Helsinki: Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, Helsinki, Finland (1964-2013).

*Др Маја Просо, доцент
Правног факултета Свеучилишта у Сплиту*

УДК: 614.253:347.56

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ПРУЖАТЕЉА ЗДРАВСТВЕНЕ УСЛУГЕ ЗА ЛИЈЕЧЕЊЕ БЕЗ СУГЛАСНОСТИ

Резиме

Како би пацијент остварио субјективно право на здравствену заштиту, мора му бити пружена одређена здравствена услуга. Пружање здравствених услуга одвија се кроз правни однос између пружатеља здравствене услуге здравственог радника (поглавито лијечника), с једне стране и корисника те исте услуге тј. пацијента с друге стране. Уговор о здравственој услузи, између осталог, подразумијева да је пацијент дао обавијештену сугласност за пружање одређене здравствене услуге, нпр. лијечење. У раду ауторица настоји указати “de lege lata” као и “de lege ferenda” на појам, правну природу и садржај уговора о здравственој услузи, права и обвезе корисника и пружатеља здравствене услуге као и на правила грађанскоправне одговорности пружатеља здравствене услуге- здравствених радника, поглавито лијечника за пружену здравствену услугу, за коју корисник услуге-пацијент није дао правноваљану сугласност.

Кључне речи: *уговор о здравственој услузи, лијечник, пацијент, информисана сугласност, грађанскоправна одговорност.*

1. Уводне напомене

Здравствена дјелатност је она јавна друштвена дјелатност, од интереса за Републику Хрватску, а која је у функцији остварења здравствене заштите грађана. Проводе је здравствени радници при пружању здравствене заштите. Здравствена заштита представља сустав друштвених, скупних и индивидуалних мјера, услуга и активности за очување и унапређење здравља, спречавање болести, рано откривање болести, праводобно лијечење те здравствену његу и рехабилитацију (чл. 2. Закона о здравственој заштити Републике Хрватске, даље у тексту: ЗОЗЗ).¹ У Републици Хрватској здравствена се заштита проводи у складу с начелима свеобухватности,

¹ Народне новине, бр. 150/08, 71/10, 139/10, 22/11, 84/11, 154/11, 12/12, 35/12, 70/12, 144/12, 82/13, 159/13, 22/14, 154/14.

континуираности, доступности и цјеловитог приступа у примарној здравственој заштити, а специјализираног приступа у специјалистичко-конзилијарној и болничкој здравственој заштити (чл. 11. ЗОЗЗ). Свеобухватност здравствене заштите укључује цјелокупно становништво Републике Хрватске у provedби одговарајућих мјера здравствене заштите у складу са законом. Континуираност здравствене заштите постиже се укупном организацијом здравствене дјелатности, особито на разини примарне здравствене дјелатности која пружа непрекидну здравствену заштиту становништву кроз све животне доби. У осигурању континуираног дјеловања, сустав здравствене дјелатности у Републици Хрватској мора бити међусобно функционално повезан и усклађен. Доступност здравствене заштите остварује се таквим распоредом здравствених установа, трговачких друштава која обављају здравствену дјелатност и здравствених радника на подручју Републике Хрватске који ће омогућити становништву подједнаке увјете здравствене заштите, нарочито на примарној разини здравствене дјелатности.

Доступност здравствене заштите на свом подручју јединица подручне (регионалне) самоуправе осигурава организирањем здравствене заштите у установама чији је оснивач, давањем концесија за обављање јавне здравствене службе, координирањем њиховог рада те судјеловањем у осигуравању средстава за провођење здравствене заштите на свом подручју. Начело цјеловитог приступа примарне здравствене заштите осигурава се провођењем обједињених мјера за унапређењем здравља и превенцијом болести те лијечењем и рехабилитацијом. Начело специјализираног приступа осигурава се организирањем и развијањем посебних специјализираних клиничких, јавноздравствених достигнућа и знања те њиховом примјеном у пракси (чл. 12, 13, 14, 15, 16. ЗОЗЗ)

Здравствена дјелатност обавља се на примарној, секундарној и терцијарној разини те на разини здравствених завода (чл. 25. ЗОЗЗ). На примарној, секундарној и терцијарној разини здравствена се заштита састоји од пружања здравствених услуга. Субјективно право на здравствену заштиту пацијент остварује кроз своје право на здравствену услугу која, у складу с одредбом чл. 22. т. 3. ЗОЗЗ, мора бити стандардизирани квалитете и једнаког садржаја за све грађане.

Пацијент остварује субјективно право на здравствену заштиту путем пружања одређене здравствене услуге. То подразумијева постојање правног односа између даватеља здравствене услуге, с једне стране и корисника те исте услуге тј. пацијента с друге стране. Пацијент је свака особа, без обзира на доб, спол, расну, вјерску и другу припадност, имовно стање, врсту и ступањ здравствених потреба, болесна или здрава, која у било којој здравственој установи и/или приватној пракси затражи одређену услугу или настоји задовољити своју здравствену потребу. У том смислу пацијенти у најширем смислу ријечи јесу сви грађани с обзиром на своју обвезу подвргавања мјерама примарне превенције, односно, оног дијела здравствене заштите који је од

најширег националног интереса и којим су обухваћени сви грађани Републике Хрватске који су то рођењем и држављанством. У увјетима утврђенима Законом о заштити права пацијената,² другим законима и међународним уговорима, пацијентима се сматрају и страни држављани који користе било који облик здравствене заштите у здравственим установама и/или приватним праксама на подручју Републике Хрватске (Закон о заштити права пацијената, чл. 3. т. а/).

Грађанскоправна одговорност лијечника и другог здравственог особља је типичан ризик сваког професионалног дјеловања, а здравствена је дјелатност по много чему специфична па стога и одговорност, првенствено лијечника који је у директном контакту с пацијентом, има одређене специфичности. Приликом просуђивања грађанскоправне (професионалне) одговорности у здравственој дјелатности тежиште се поставља на штетним радњама, односно радњама или пропуштањима који су довели, или су могли довести до одређене штете на страни пацијената. Из тога произлази дужност лијечника или другог здравственог радника који је подузео, судјеловао или пропустио медицинску интервенцију да проузрочену штету поправи. О лијечењу без сугласности ради се у случајевима када пацијент није пристао на одређену медицинску интервенцију, а нису испуњене претпоставке које овлашћују лијечнике и друге здравствене раднике да пруже здравствену услугу без обзира на сугласност, или ако је пацијент сугласан са одређеном интервенцијом, али је његова сугласност неваљана. Лијечење без сугласности постоји и у случају да је пацијент изричито одбио захват, а нису испуњене претпоставке за подузимање медицинске интервенције успркос његову противљењу. На сугласност пацијента примјењују се и опћи прописи обвезног права. Одредбе Закона о обвезним односима (даље у тексту: ЗОО)³ примјењују се на одговорност за штету која настане због лијечења без сугласности пацијента. Повреда особних неимовинских добара пацијента, као што је примјерице тјелесни интегритет може довести до настанка грађанскоправног односа одговорности за штету, осим у случају сугласности пацијента на лијечење, будући се сугласност пацијента у грађанскоправном смислу сматра пристанком оштећеника, тј. разлогом искључења протуправности.⁴

У раду ауторица настоји указати *de lege lata* као и *de lege ferenda* на појам, правну природу и садржај уговора о здравственој услузи, права и обвезе корисника и пружатеља здравствене услуге као и на правила грађанскоправне одговорности пружатеља здравствене услуге - здравствених радника, поглавито лијечника за пружену здравствену услугу, за коју корисник услуге - пацијент није дао правноваљану сугласност.

² Народне новине бр. 169/04, 37/08.

³ Закон о обвезним односима, Народне новине бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

⁴ Чл. 1054. ЗОО.

2. Уговор о здравственој услузи

Да би пацијент остварио субјективно право на здравствену заштиту, зајамчено законом, мора му бити пружена одређена здравствена услуга. Пружање здравствених услуга одвија се кроз правни однос између пружатеља здравствене услуге - здравственог радника (поглавито лијечника), с једне стране, и корисника те исте услуге тј. пацијента, с друге стране.

2.1. Правна природа уговора о здравственој услузи

У претежитом дијелу правне теорије превладава став како је однос пружатеља и корисника здравствене услуге приватноправне, грађанскоправне природе.⁵

Грађанскоправни однос може бити уговорне или пак извануговорне природе. Који је овдје посриједи? У претежитом броју случајева радити ће се, мишљења смо управо о уговорном односу, но постоје одређене ситуације када ће грађанскоправни однос пружатеља и корисника одређене здравствене услуге имати извануговорну природу.⁶ Ради се, наиме, о ситуацијама код којих постоји потреба за хитном лијечничком интервенцијом, када је пацијент без свијести или је, пак, у шоку.

У другим ситуацијама код којих је корисник здравствене услуге, дакле пацијент, при свјести и способан правноваљано очитовати своју вољу у одређеном смјеру, ради се, како је већ речено, о уговорном односу. Већ овисно о томе о којој је здравственој услузи у конкретном случају ријеч (ради ли се, наиме, о прегледу, дијагностицирању, лијечењу, или пак одређеном естетско - козметичком захвату, прекиду трудноће, итд) рабит ће се и другачији назив уговора. Уколико се конкретно ради о лијечењу, назив би био уговор о лијечењу. У њемачкој правној теорији и судској пракси већ се усталио назив уговор о медицинском третману (*Medizinischer behandlungsvertrag*), а под истим је називом уређен и у нисоземском Грађанском законнику.⁷ Како ЗОЗЗ употребљава термин здравствена услуга, тако ћемо за потребе овог рада користити назив уговор о здравственој услузи.

⁵ Супротан став, како се у том случају ради о односу с јавноправним карактеристикама заступљен је у дијелу француске грађанскоправне теорије и у неким швицарским кантонима. Види у: Auby, J. M., *la responsabilite medicale en France (Aspects de droit public)*, *Revue internationale de droit compare* 3/1976, стр. 511, Penneau, J., *Medical responsibility in Western Europe* (ed. Deutsch, Schreiber), Berlin, 1986, стр. 163.

⁶ У таквим се случајевима ради о пословодству без налога, и то нужном пословодству без налога, тако и: Deutsch, E., *Medizinrecht*, Berlin, 1999, стр. 47, Laufs, A., Uhlenbruck, W., *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 1999, стр. 356.

⁷ *Burgerlijk Wetboek* - Нисоземски грађански законик, књ. 7. (посебни уговори), чл. 446-468. Доступан на интернет страници: <http://www.dutchcivilaw.com/civilcodegeneral.htm>

У уговорном односу обвеза на коју се дужник обвезује вјеровнику може бити обвеза резултата тј. циља или обвеза средства. У првом случају критериј према којем ћемо процјењивати је ли или пак није дужник испунио преузету обвезу јест постизање одређеног циљ или резултата, без обзира на средства којима се дужник служио приликом испуњавања такве обвезе. У другом случају, код обвезе средства, дужник има дужност само се заузети с дужном пажњом, у складу с правилима струке да се постигне одређени циљ, односно резултат. Код прве врсте обвеза радило би се о уговору о дјелу, а код друге врсте о уговору о услузи.⁸

Каква ће бити правна природа конкретног уговора о одређеној здравственој услузи овиси првенствено о врсти и садржају предметне здравствене услуге, обвезу испуњења које је на себе преузео пружатељ здравствене услуге, дакле, здравствена установа или пак лијечник приватник.

Најчешће се ради о уговорима о услузи код којих се пружатељ здравствене услуге не обвезује на постизање успјеха, већ да ће пружити здравствену услугу, примјерице лијечење користећи дужну пажњу, у свему поступајући према правилима струке. Међутим, постоје и уговори о пружању здравствене услуге које бисмо, према њиховој правној природи (примјерице: обвеза израде зубне протезе, естетски третман пластичне хирургије, лабораторијско испитивање узорака), могли сврстати у уговоре о дјелу.⁹

Одредбе ЗОО-а не предвиђају уговор о услугама, већ уређују уговор о дјелу (чл. 590.-619.), иако је у његовом појмовном одређењу садржаном у одредби чл. 590.¹⁰ укључено и дјело и услуга.

Што се облика уговора тиче, ради се најчешће о неформалном уговору, који се претежито склапа усменим путем. Врло је често и склапање тзв. конклюдентним радњама (примјерице: доласком у лијечничкову ординацију, односно здравствену установу, давањем савјета медицинске природе, отпочињањем лијечења).

2.2. Субјекти уговора о здравственој услузи

Као пружатељ здравствене услуге јављају се здравствене установе, трговачка друштва и приватни здравствени радници те и друге правне и физичке особе у складу с посебним законом. Здравствену услугу у здравственим

⁸ Раније споменути низоземски грађански законик сматра уговор о медицинском третману подврстом уговору о налогу.

⁹ Тако је и судска пракса пружање одређене здравствене услуге, већ према њеном садржају оцијенила уговором о дјелу, па тако и..” вађење корјена зуба здравствена је услуга која чини предмет уговора о дјелу..” одлука Врховног суда РХ (даље у тексту: ВрХ) Рев. 2156/1991, од 8. сирјечња 1992, и Рев. 1403/1991, од 24. листопада 1991. Избор одлука, 1993, бр. 35.

¹⁰ “Уговором о дјелу извођач се обвезује обавити одређени посао, као што је израда или поправка неке ствари, извршење каква физичког или умног рада и сл., а наручитељ се обвезује платити му за то накнаду.”

установама пружају непосредно корисницима здравствених услуга у њима запослени здравствени радници. Здравствени радници су особе које имају образовање здравственог усмјерења и непосредно у виду занимања пружају здравствену заштиту становништву, уз обавезно поштовање моралних и етичких начела здравствене струке. Здравствени радници образују се на медицинском, денталном или фармацеутско-биохемијском факултету, студијском смјеру логопедије те другом високом училишту здравственог усмјерења, као и у средњим школама здравственог усмјерења, односно училишту или у средњим школама које имају одобрење за провођење образовног програма здравственог усмјерења. Обвеза је здравствених радника да при пружању здравствене заштите поступају према правилима здравствене струке, на начин да својим поступцима не угрозе живот и здравље људи. (чл. 124. ЗОЗЗ). Здравствену услугу у здравственим установама могу у одређеној мјери непосредно пружати и здравствени сурадници. То су особе које нису завршиле образовање здравственог усмјерења, а раде у здравственим установама и судјелују у дијелу здравствене заштите (дијагностички и терапијски поступци, чл. 129. ЗОЗЗ).

Како је уводно већ напоменуто, здравствену услугу корисницима могу пружати и здравствени радници у приватној пракси (чл. 145. ЗОЗЗ). Приватна пракса може бити организирана индивидуално, или пак групно, гдје се више здравствених радника високе стручне спреме удружују у тзв. групну приватну праксу (чл. 1. 52. ЗОЗЗ). Доктор медицине и доктор стоматологије обављају приватну праксу у приватним ординацијама, магистри фармације у приватним љекарнама, а магистри медицинске биохемије у приватним медицинско-биохемијским лабораторијама, док је изнимно доктору стоматологије допуштено да може поред приватне ординације основати зуботехнички лабораториј за потребе обављања приватне праксе која му је одобрена (чл. 146. ЗОЗЗ). Здравствени радници са завршеним свеучилишним дипломским студијем обављају приватну праксу у својим ординацијама, љекарнама и лабораторијама, али и у здравственим установама и трговачким друштвима која обављају здравствену дјелатност на темељу посебног уговора са здравственом установом, односно трговачким друштвом (чл. 154. ЗОЗЗ).

Друга страна у обавезноправном односу пружања здравствене услуге је корисник те исте услуге. Корисником може бити било који грађанин РХ, дакле, болесник, односно, како смо га уводно назвали - пацијент. У сваком обавезноправном односу странке ступањем у однос стјечу одређена права, али и обвезе.

2.3. Права и обвезе субјеката из уговора о здравственој услуги

Уговорни однос пружатеља и приматеља здравствене услуге спада у категорију уговора обавезног права с обавезатним садржајем, што значи да уколико је нетко по закону обавезан склопити уговор, заинтересирана особа

може захтијевати да се такав уговор без одгађања склопи. Одредбе прописа којима се, дјеломично или у цијелости, одређује садржај уговора саставни су дијелови тих уговора те их употпуњују или ступају на мјесто уговорних одредби које нису у складу с њима (чл. 248. ЗОО). Претежити дио садржаја овог уговора дефиниран је етичким, моралним и правним правилима здравствене струке. Све поврх тога, што странке споразумно желе унијети у његов садржај, мора бити у складу с тим правилима.

Пружатељ здравствене услуге према уговору о здравственој услузи има темељну обвезу извршити преузету конкретну здравствену услугу (обављање прегледа, узимање особне и обитељске анамнезе, постављање дијагнозе, провести поступак лијечења, поштујући правила здравствене струке¹¹ и уз дужну пажњу¹²), обавијестити приматеља здравствене услуге о питањима која се тичу његова здравља, водити медицинску документацију,¹³ чувати здравствене податке о приматељу здравствене услуге тј. пацијенту као професионалну тајну.¹⁴

¹¹ “Лекар је дужан да своје услуге пацијенту пружи сагласно важећим правилима медицинске науке и струке (*lege artis*). реч је о правилима струке која у датом тренутку чине медицински стандард” Види у: Мујовић-Зорнић, Х., *Уговор пацијента са лекаром*, Правни живот, бр. 9/2003, стр. 262.

¹² Од лијечника се очекује да у свом професионалном дјеловању употрејеби повећану пажњу, тј. пажњу доброг стручњака.” Судионик у обвезном односу дужан је у испуњавању обвезе из своје професионалне дјелатности поступати с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака) ” чл. 10. ст. 2 ЗОО.

¹³ Медицинска документација је сваки документ који је настао у здравственој установи, потписан од здравственог радника, најчешће лијечника. Види у: Чукић, Д., *Право на медицинску истину преко медицинске документације – теикоће, грешке, предлог мјера за њихово отклањање*, Правни живот, бр. 9/2002, стр. 260. По свом садржају медицинска документација је скуп свих писаних или на други начин приређених докумената (на електронском медију и сл.), у којима су садржани стручно релевантни подаци о пацијентовој болести и о његову здравственом стању, те упуте о лијечењу и упуте дане у сврху остваривања пацијентових права на здравствену заштиту (Закон о заштити права пацијената, „Народне новине“, бр. 169/04, даље у тексту: ЗЗПП, чл. 3. т. ц/).

¹⁴ Професионална тајна је, дакле, посебна врста особне, приватне тајне. Заштита професионалне тајне од особитог је значења с обзиром на особно право на приватност, јер њезино протуправно откривање редовито вријеђа нечије право на приватност. Види у: Gavella, N., *Osobna prava – I. dio*, Zagreb, 2000, стр. 222. Тијеком обављања своје професије лијечник може открити или утврдити одређене чињенице код пацијента које нису опћепознате и за које пацијент не жели да их други дознају. Сазнање таквих чињеница назива се и представља лијечничку тајну (енгл. *medical professional secret*, франц. *secret professionnel des medecins*, *secret medical*, тал. *segreto medico*, њем. *Aartzliches Berufsgeheimnis*). Лијечничка тајна је врста професионалне тајне која је везана за обављање лијечничког позива. Више о лијечничкој тајни види у: Чизмић, Ј., *Право пацијената на обавијештеност, с посебним освртом на заштиту тајности*

Сматра се¹⁵ како је обвеза пружатеља здравствене услуге обавити је особно, осим ако се приматељ здравствене услуге не сугласи са супротним.

Обвезе приматеља здравствене услуге биле би првенствено плаћање извршене здравствене услуге те обвеза сурадње (*compliance*) приматеља здравствене услуге, пацијента са лијечником о чему у великој мјери овиси успјешност пружене здравствене услуге. Случајеви несурадње приматеља здравствене услуге могу имати различите правне импликације. Примјерице непристајање пацијента на одређени медицински третман, правно је допуштено и сматра се једним од израза пацијентовог права на самоодређење.¹⁶ У остваривању здравствене заштите свака особа, у складу с одредбом чл. 22. ЗОЗЗ има право на једнакост у цјелокупном поступку остваривања здравствене заштите, слободан избор доктора медицине и доктора денталне медицине, здравствену услугу стандардизиране квалитете и једнаког садржаја, прву помоћ и хитну медицинску помоћ када јој је она потребна, одбијање лијечења од стране студената и одбијање свих других интервенција које би самостално обављали здравствени радници прије положенога стручног испита и исхођеног одобрења за самосталан рад, одбијање прегледа и лијечења, осим у случају када би одбијањем угрозила здравље других, укључујући ту и право да тијekom лијечења писаним путем затражи промјену доктора медицине, односно доктора денталне медицине из разлога који не мора шире образлагати, прехрану у складу са својим свјетоназором за вријеме боравка у здравственој установи, обављање вјерских обреда за вријеме боравка у здравственој установи у за то предвиђеном простору, опремање у мртвачници у случају смрти, уз примјену вјерских, односно других обичаја везаних уз исказ пијетета према умрлој особи. Приликом пружања здравствене услуге приматељ услуге, пацијент остварује и права сукладно ЗЗПП. Законом су тако таксативно набројана права хрватских пацијената; одредба чл. 6. уређује право пацијента на суодлучивање које у себи обухваћа право пацијента на обавјештеност, док одредба чл. 16. уређује право на прихваћање или одбијање појединог дијагностичког, односно терапијског поступка. Пацијент има право на приступ медицинској документацији, регулирану одредбом чл. 23. ЗЗПП, право на повјерљивост из одредбе чл. 25. ЗЗПП, док одредба чл. 26. пацијенту јамчи право на одржавање особних контаката. Посебно су уређена и права пацијента на самовољно напуштање здравствене установе, право на приватност као и на накнаду штете¹⁷.

података о здравственом стању пацијента, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр.1/2008.

¹⁵ Мујовић-Зорнић, *нав.дјело*, стр. 262.

¹⁶ Радишић, Ј., *Лекар и пацијент као уговорни партнери*, Зборник: Актуелни правни проблеми у медицини, Београд, 1996, стр. 332.

¹⁷ Одредбе чл. 27, 28. и 29. ЗЗПП-а.

3. Пружање здравствене услуге без сугласности

3.1. Појам сугласности пацијента

О лијечењу без сугласности ради се уколико пацијент уопће није сугласан са одређеним захватом, а нису испуњене претпоставке које овлашћује лијечнике и друге здравствене раднике да пруже здравствену услугу без обзира на сугласност, или ако је пацијент сугласан са одређеним захватом, али је сугласност неваљана. Исто тако, лијечење без сугласности постоји ако је пацијент изричито одбио захват, а нису испуњене претпоставке када се захват смије обавити успркос непостојања сугласности. Сугласност пацијента потребна је не само за лијечење у ужем смислу већ и за поједине дијагностичке поступке, а такођер и код особа које нису пацијенти у ужем смислу те ријечи.¹⁸ У свим наведеним случајевима долази до одређене интервенције у тијело пацијента, па ће без сугласности пацијента или других особа на чијем се тијелу подузима медицинских захват најчешће доћи до повреде права на тјелесни интегритет као једног од права особности пацијента.

3.2. Правни извори

Осим ЗЗПП правила о сугласности пацијента и других особа на медицинске захвате садрже и Закон о заштити особа с душевним сметњама,¹⁹ Закон о узимању и пресађивању дијелова људског тијела у сврху лијечења,²⁰ Закон о крви и крвним приправцима.²¹ На сугласност пацијента примјењују се и опћи прописи обвезног права. Одредбе ЗОО-а примјењују се на одговорност за штету која настане због лијечења без сугласности пацијента као и иначе код одговорности за штете које настану у обављању здравствене дјелатности. Повреда тјелесног интегритета и других особних неимовинских добара пацијента може довести до настанка односа одговорности за штету, осим у случају сугласности пацијента на лијечење, јер је сугласност пацијента с грађанскоправног стајалишта једнак пристанку оштећеника, тј. разлог за искључење протуправности.²² Конвенција о људским правима и биомедицини и ЗЗПП не уређују институт сугласности пацијента на једнак начин битно је

¹⁸ Пристанак се такођер захтијева и за медицинске захвате који се не подузимају на тијелу пацијента, него нпр. дароватељима крви или дијелова тијела. Те особе нису пацијенти јер се медицински захват на њиховом тијелу не обавља ради очувања и унапрјеђења њиховог здравља, већ ради помоћи другим особама.

¹⁹ Закон о заштити особа с душевним сметњама, Народне новине бр. 76/14.

²⁰ Закон о узимању и пресађивању дијелова људског тијела у сврху лијечења, Народне новине бр. 144/12.

²¹ Закон о крви и крвним приправцима, Народне новине бр. 79/06, 124/11.

²² Чл. 1054. ЗОО.

истакнути какав је однос између та два правна извора. Наиме, Конвенција о људским правима и биомедицини у начелу је изграђена на начелу аутономије пацијента, а ЗЗПП на неколико мјесто одступа од тог начела и ближи је начелу патернализма. Но, Конвенција о људским правима и биомедицини чини дио унутарњег правног поретка Републике Хрватске, по правној су снази изнад ЗЗПП.²³ То се одражава и на правне претпоставке ваљаности сугласности пацијента, што значи да ће се у ситуацијама у којима Конвенција уређује материју сугласности друкчије него што то чини ЗЗПП, предност имати одредбе Конвенције. ЗЗПП, те сви други прописи здравственог законодавства који уређују сугласност пацијента на лијечење морају бити у складу с Уставом Републике Хрватске, који прописује неповредивост човјекове слободе и особности.²⁴

3.3. Грађанскоправни значај лијечења без сугласности

Постојање медицинске индикације није довољно за искључење протуправности повреде тјелесног интегритета, већ се захтијева и пристанак пацијента. То значи да је лијечење протуправно без обзира на то што је проведено *lege artis*, ако не постоји пристанак пацијента, односно посебан разлог који оправдава лијечење без пристанка, као што је то нпр. потреба пружања хитне медицинске помоћи особи која није при свијести.²⁵ Код одговорност за штету због лијечења без сугласности пацијента битно је нагласити да разлози медицинске природе нису довољни за оправдање пружања такве здравствене услуге. И овдје је битно утврдити је ли пацијент сугласан са медицинским захватом којим се интервенира у његов тјелесни интегритет јер је сугласност пацијента један од појавних облика пристанка оштећеника, што значи има улогу искључења протуправности у смислу претпоставке одговорности за штету (*volenti non fit iniuria*), под претпоставком да радња којом је проузрочена штета није законом забрањена. Грађанскоправни аспект сугласности пацијента познат је у нашој пракси и прије доношења ЗЗПП и других прописа здравственог законодавства. Тако је нпр. у одлуци од 23. вељаче 1967. године Врховни суд заузео стајалиште: "Задирање у тјелесни интегритет одређене особе од стране треће стручне особе у сврху лијечења губи карактер протуправности једино уз претходни пристанак болесне особе, а без пристанка само онда ако се таква особа налази у стању у којем је

²³ Чл. 140. Устава Републике Хрватске, Народне новине бр. 41/01. - прочишћени текст, 55/01. – исправак.

²⁴ Чл. 22. ст. 1. Устава Републике Хрватске. Устав РХ, Народне новине бр. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

²⁵ Giesen, D., *Arzthaftungsrecht, Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland*, in Österreich und der Schweiz, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990, стр. 99.

неспособна изразити такав пристанак, а то стање без хитне лијечничке интервенције представља очигледну опасност за живот или здравље особе. Врховни суд Републике Хрватске у још неколико одлука утврдио је право пацијента да слободно одлучују о властитом здрављу.²⁶

3.4. Сугласност пацијента као разлог искључења протуправности

Лијечење и велик број других медицинских захвата без ваљане сугласности има карактер повреде тјелесног интегритета, као и повреде других особних добара. У грађанском праву такви захвати представљају повреду права особности, а у нашем правном поретку има и значење проузрочења неимовинске штете. Према новом ЗОО неимовинска штета се дефинира као повреда права особности, али повредом права особности не настаје искључиво захтјев усмјерен на поправљање штете, већ и још неки захтјеви, као што је право захтијевати престанак радње којом се повређује право особности те право захтијевати уклањање посљедица повреде (чл. 1048. ЗОО), а и право на поправљање имовинске штете настале повредом неимовинских права оштећеника. Да би сугласност пацијента довела до искључења протуправности та сугласност мора бити ваљана. То значи да било каква сугласност неће искључити протуправност већ само она која испуњава одређене претпоставке. У односу на пристанак оштећеника у смислу разлога искључења протуправности према одредби чл. 1054. ЗОО, нису прописане посебне претпоставке, али сугласност пацијента ваљана је искључиво ако је пацијент био обавијештен о нарави и посљедицама медицинског захвата (тзв. *informed consent*). Појам «*informed consent*» најчешће се преводи као «информирана сугласност», «информирани пристанак», «свјесни пристанак» или «информирани избор», а представља дату сугласност пацијента на неку интервенцију, и то ако је тој сугласности претходила информираност пацијента о тој интервенцији, ако је он добивену информацију правилно схватио и на темељу тога драговољно дао сугласност. Другим ријечима, *informed consent* било би давање информација пацијенту, како о ономе што би требало учинити,

²⁶ Види одлуке ВСХ, Гж-5/75. од 10. српња 1975. (одлука бр. 65.), објављене у Прегледу судске праксе 8/1975, Прилог Наше законитости бр. 2. Извадак из одлуке: "Оштећени није дужан подврћи се хируршком захвату (одстрањење киле), ради смањења штете, а нити га се може обвезати да се подвргне ризику хируршког захвата.". Да је суд супротно томе заузео став да је оштећени дужан подврћи се хируршком захвату тиме би посредно утјецало на одлуку пацијента о пристанку на здравствену услугу. На овај је начин потврђено постојање права пацијента на слободан пристанак на лијечење. Сличан је став заузео суд и у одлуци ВСХ, Гж-510/78. од 6. рујна 1978. (О. с. Сплит, П-660/77. од 27. рујна 1977.), (одлука бр. 197.), објављена у Прегледу судске праксе 14/1978. Извадак из наведене одлуке: "Оштећени се није дужан подврћи ризичној операцији да би отклонио штетне посљедице повреде коју је задобио".

тако и о могућим посљедицама.²⁷ Опсег информација које је лијечник дужан дати пацијенту одређен је понајвише циљем информирања пацијента, односно давањем могућности пацијенту да као лаик донесе одлуку о (не)прихватању предложене медицинске интервенције, дакле онај опсег информација који је потребан и довољан за испуњење тога циља.²⁸ Чл. 8. ЗЗПП прописује како пацијент има право на потпуну обавијештеност о своме здравственом стању, укључујући медицинску процјену резултата и исхода одређенога дијагностичког или терапијског поступка, препорученим прегледима и захватима те планираним датумима за њихово објављивање, могућим предностима и ризицима обављања или необављања препоручених прегледа и захвата, своме праву на одлучивање о препорученим прегледима или захватима, могућим замјенама за препоручене поступке, тијек поступака приликом пружања здравствене заштите, даљњем тијек пружања здравствене заштите и препорученом начину живота, правима из здравственог осигурања и поступцима за остваривање тих права Законско рјешење ЗЗПП није у складу с одредбом чл. 5. Конвенције о људским правима и биомедицини. Наиме, одредбом чл. 5. ст. 1. Конвенције одређено је: Захват који се односи на здравље може се извршити само након што је особа на коју се захват односи о њему информирана и дала слободан пристанак на њега. Теорију *informed consent* у нашем правном поретку доводи у питање одредба чл. 9. ЗЗПП-а према којој је здравствени радник високе стручне спреме који пацијенту изравно пружа одређени облик здравствене услуге дужан пацијенту пружити обавијести из чл. 8. ЗЗПП, али тек на усмени захтјев пацијента. Према нашем мишљењу такво је легислативно рјешење лоше јер релативизира право пацијента на обавијештеност на начин да је пружатељ здравствене услуге (или здравствени радник) дужан дати обавијести уколико их пацијент затражи.

Постоје и ситуације у којима не постоји дужност пружања обавијести пацијенту. Према схватањима у правној теорији прва изнимка односи се на ситуације када се пацијент налази у тако тешком здравственом стању да му здравствена помоћ мора бити пружена одмах, па стога нема времена за испуњење обвезе обавјештавања.²⁹ То су, између осталог, и ситуације када пружатељ здравствене услуге смије пружити здравствену услугу, јер пацијент није при свијести, али такођер и случајеви у којима је пацијент при свијести и способан дати пристанак, али разлози хитности не допуштају обавјештавање пацијента.³⁰

²⁷ Тако Šegota, I., *Informed Consent*, Rijeka, 1999, стр. 29.

²⁸ Петрић, С., *Претпоставке одитетне одговорности даватеља здравствених услуга у праву Босне и Херцеговине*, Зборник: Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум-Мостар, 2005, стр. 128.

²⁹ Wear, S., *Informed Consent, Patient Autonomy and Physician Beneficence within Clinical Medicine*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1993, стр. 15.

³⁰ Исто, стр. 16.

За способност пацијента да да ваљану сугласност за лијечење релевантна је одредба чл. 17. ст. 1. ЗЗПП која неизравно одређује која својства мора имати пацијент да би био способан дати сугласност за лијечење. Наведеном је одредбом прописано да за пацијента који није при свијести, за пацијента с тежом душевном сметњом те за пословно неспособног или малољетног пацијента, осим у случају хитне медицинске интервенције, сугласност потписује законски заступник, односно скрбник пацијента. Из тога произлази да пацијент, да би био способан да пристане на лијечење, мора бити при свијести, не смије имати теже душевне сметње те мора имати пословну способност. ЗЗПП такођер прописује да пацијент не смије бити малољетан, при чему не уважава чињеницу да у нашем правном поретку постоје малољетне особе које су потпуно пословно способне, јер су ступиле у брак, односно зато јер су родиле дијете.

Што се облика сугласности тиче, ЗЗПП одредбом чл. 16 прописује писани облик сугласности пацијента, а затим прописује да слијепа особа, глуха особа која не зна читати, нијема особа која не зна писати и глухослијепа особа, прихвата поједини дијагностички односно терапијски поступак изјавом у облику јавнобилежничког акта или пред два свједока исказаном изјавом о именовану пословно способне особе која ће у њезино име прихватавати или одбијати такав поступак.

3.5. Допуштеност лијечења без сугласности пацијента

Правило је да би се здравствена услуга у правилу требала пружати не темељу сугласности пацијента, а тек изнимно на темељу других правних основа.³¹ У нашем правном поретку правна основа за (допуштено) лијечење без сугласности налази се у одредби чл. 18. ЗЗПП. ЗЗПП је прописано да пацијент има право прихватити или одбити поједини дијагностички или терапијски поступак, осим у случају неодгодиве медицинске интервенције чије би неподузимање угрозило живот и здравље пацијента или изазвало трајна оштећења његовог здравља (чл.16. ЗЗПП). Такво рјешење је у супротности с одредбама Конвенције о људским правима и биомедицини. Наиме, према чл. 5. те Конвенције захват " ... који се односи на здравље може се извршити само након што је особа на коју се захват односи о њему информирна и дала слободан пристанак на њега." Тек ако се "... због хитне ситуације не може добити пристанак, било који медицински нужан захват може се провести одмах у корист здравља дотичног појединца." (чл. 6. Конвенције). Разлика према рјешењу Закона о заштити права пацијената огледа се у чињеници да је према Конвенцији изнимно допуштен захват без сугласности пацијента, док је према Закону о заштити права пацијент у сличним околностима допуштен захват чак и ако се пацијент противи пружању здравствене услуге. ЗЗПП садржи још једну изнимку

³¹ Giesen, D., *International Medical Malpractice Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Tubingen, Boston, London, 1988, стр. 252.

када се здравствена услуга смије пружити без сугласности пацијента и то када је ријеч о пружању здравствене услуге које захтијевају боравак пацијента у здравственој установи. Према одредби чл. 27. ЗЗПП одређено је да пацијент има право самовољно напустити стационарну здравствену установу, осим у случајевима прописаним посебним законом, као и у случајевима када би то штетило његовом здрављу и здрављу или сигурности других особа.

4. Грађанскоправне посљедице пружања здравствене услуге (лијечења) без сугласности

Повредом права особности настаје на страни оштећеника грађанскоправни захтјев усмјерен на престанак радње којом се повређује то право.³² Код лијечења без сугласности то значи да пацијент има право захтијевати престанак лијечења за које није дао сугласност. Оштећеник (пацијент) такођер има право захтијевати уклањање посљедица повреде, што подразумијева поправљање штете и друге радње које је штетник дужан подузети.³³

Лијечење без сугласности у грађанскоправном смислу значи проузрочење неимовинске штете. Штета код лијечења без сугласности може настати зато што је наступила смрт или оштећење здравља пацијента или зато што је повријеђено неко право особности пацијента, најчешће тјелесни интегритет, али могуће су ситуације гдје би пацијенту могао бити повријеђен и душевни интегритет, нпр. када претрпи душевни бол, страх, потиштеност, тјескобу који су код пацијента настали као посљедица злоупотребе односа повјерења између њега и лијечника (другог здравственог радника).

Лијечењем без сугласности за пацијента може настати и имовинска штета. То је посебно изражено у ситуацијама када сугласност пацијента није ваљана, ако нпр. лијечник повриједи обвезу обавјештавања и не обавијести пацијента о ризицима одређеног медицинског захвата, па се тај ризик оствари. Имовинска штета се у овом примјеру може манифестирати као трошкови даљњег лијечења, трошкови туђе помоћи која је потребна пацијенту чије је здравље нарушено, трошкови повећаних потреба пацијента, изгубљена зарада. Лијечник, односно здравствена установа у којој је запослен бит ће дужна поправити ту штету према одредбама чл. 1093 - 1097. ЗОО. Према наведеним одредбама накнађује се имовинска штета настала због трошкова погребња, трошкова лијечења и других трошкова у вези с лијечењем (нпр. пријевоза и смјештаја у мјесту гдје се пацијент лијечи) те изгубљена зарада због неспособности за рад. Пацијент чије је здравље нарушено или који је тјелесно озлијеђен има право на новчану ренту ако због потпуне или дјеломичне неспособности за рад, трајно повећаних потреба, уништених или умањених могућности развијања и напредовања. Право на имовинску штету према наведеним правилима имају и особе које је умрли

³² Чл. 1048 ЗОО.

³³ Чл. 1048. ЗОО.

пацијент уздржавао или редовито помагао те се у том случају може захтијевати накнада штете у облику новчане ренте.

5. Умјесто закључка

Како би пацијент остварио субјективно право на здравствену заштиту, мора му бити пружена одређена здравствена услуга. Пружање здравствених услуга одвија се кроз правни однос између пружатеља здравствене услуге здравственог радника (поглавито лијечника), с једне стране и корисника те исте услуге тј. пацијента с друге стране. Каква ће бити правна природа конкретног уговора о одређеној здравственој услузи овиси првенствено о врсти и садржају предметне здравствене услуге. Најчешће се ради о уговорима о услузи код којих се пружатељ здравствене услуге не обвезује на постизање успјеха, већ на пружање здравствене услуге *lege artis*, користећи дужну пажњу. Међутим, постоје и уговори о пружању здравствене услуге, примјерице прављење зубне протезе, које бисмо могли сврстати у уговоре о дјелу. Како је раније у раду било ријечи, будући да (како смо га за потребе овог рада назвали) уговор о здравственој услузи има одређене специфичности, мишљења смо како би се, по узору на низоземско рјешење, будућом новелом ЗОО-а могло, унутар материје посебних уговорних односа, уредити и уговор о здравственој услузи, не неопходно под тим називом.

Код дијела здравствених радника још увијек је, чини се, присутан став према којем су они дужни помоћи пацијенту, чак и кад он то не жели. Остатак је то ваљда, оног у свијету већ превазиђеног патерналистичког гледишта према којему приликом одлучивању о (не)подузимању одређеног медицинског захвата главна ријеч припада лијечнику (здравственом раднику). Начело аутономије (самоодређења) пацијента, пак, подразумијева да сваки пацијент самостално одлучује о својем здрављу (и животу), јер је здравље човјека особна ствар сваког појединца.³⁴ Стога је само у посебним околностима допуштено пружити здравствену услугу пацијенту који на то није дао сугласност. Дјеловање здравствених радника мора се кретати у границама начела аутономије пацијента. Наравно, начело аутономије пацијента долази до пуног изражаја само под претпоставком да је пацијент способан одлучивати о својим интересима, узимајући у обзир његову доб и психофизичко стање, те да су испуњене и остале претпоставке ваљаности пацијентове сугласности. Сугласност пацијента ваљана је искључиво ако је пацијент био обавијештен о нарави и посљедицама медицинског захвата, и ако је добивену информацију правилно схватио те на темељу тога драговољно дао сугласност за одређени медицински захват. Теорију информисане сугласности, нажалост, у нашем правном поретку доводи у питање одредба чл. 9. ЗЗПП-а према којој је здравствени радник високе стручне спреме који пацијенту изравно пружа одређени облик здравствене услуге дужан

³⁴ Gavella, N., *нав. дјело*, стр. 87.

пацијенту пружити обавијести из чл. 8. ЗЗПП, али тек на усмени захтјев пацијента. Такво је правно рјешење, у којему је здравствени радник у обвези обавјешћиванај пацијента само на пацијентово тражење у супротности са међународним правним документима који су дио унутарњег правног поретка РХ, по правној снази изнад закона. Потреба самоиницијативног обавјешћивања пацијента произлази не само из правних извора, већ и из правила медицинске струке. Наиме, пацијент који није примио обавијести неће моћи успјешно судјеловати у лијечењу, што барем код појединих медицинских захвата пријеко потребно, те се без судјеловања пацијента лијечење неће моћи успјешно провести. Стога се данас сматра да је пристанак пацијента који је утемељен на релевантним обавијестима о медицинском захвату пријеко потребни елемент добре клиничке праксе,³⁵ етике у здравственој дјелатности и правна претпоставка за пружање здравствене услуге.³⁶

Постојање посебне законске регулативе о заштити права пацијената не искључује у потпуности примјену опћих прописа обвезног права. То се посебно односи на питање сугласности пацијента, а с тим у вези и на грађанскоправну одговорност за лијечење без сугласности пацијента. Наиме, питање ваљаности пацијентове сугласности у грађанском праву просуђује се и према правилима ЗОО-а, јер ЗЗПП није у потпуности уредио материју пристанка пацијента као разлога за искључење протуправности штетне радње пружатеља здравствене услуге. У том смислу видимо простор за одређена побољшања правног уређења. У погледу грађанскоправне тј. одштетне одговорности пружатеља здравствене услуге која настане због лијечења без дане сугласности, правно уређење омогућује да се барем начелно доведу у равнотежу право на аутономију пацијента и патерналистичка схваћања. Ако је лијечење проведено успјешно, али без сугласности пацијента (а постојале су медицинске индикације) такав би се случај требало квалификовати као лакшу повреду права личности.³⁷ У случају кад лијечење није било успјешно, чињеницу да пацијент није дао сугласност на пружање здравствене услуге треба тумачити као тежу повреду права личности.³⁸

³⁵ Ågard, A., *Informed consent: theory versus practice*, Nature clinical practice cardiovascular medicine, June 2005, Vol. 2, No. 6, стр. 270.

³⁶ Dickens, B.M., Cook, R.J., *Dimensions of informed consent to treatment*, International Journal of Gynecology and Obstetrics, 85 (2004), стр. 309.

³⁷ Кларић, П., *Повреда права на тјелесни интегритет у медицини*, Зборник: Одговорност за неимовинску штету због повреде права личности, Загреб, 2006, стр. 203.

³⁸ Исто, стр. 204.

*Maja Proso, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Split*

CIVIL LIABILITY OF THE PROVIDER OF HEALTH CARE SERVICES FOR TREATMENT WITHOUT THE AGREEMENT

Summary

In order for the patient to achieve a subjective right to health protection, he must be given the specific health services. The provision of health care services takes place through the legal relationship between the providers of health care services health care professional (especially physicians), on the one hand and the user, the patient on the other side. Contract health service, among other things, implies that the patient is given an informed consent to the provision of certain health services, for example, the treatment. In this paper the author tries to point out "de lege lata" as well as "de lege ferenda" on the term, and the content of the legal nature of the contract of the health service, the rights and obligations of users and providers of health care services, as well as on the civil law rules of the responsibilities of the providers of health services, health care workers, especially physicians for health services provided, for which the user-patient services did not give valid consent.

Key words: *health service contract, physician, patient, informed consent, civil liability.*

Литература

- Ågard, A., Informed consent: theory versus practice, Nature clinical practice cardiovascular medicine, June 2005.
- Auby, J. M., La responsabilite medicale en France (Aspects de droit public), Revue internationale de droit compare 3/1976.
- Gavella, N., Osobna prava – I dio, Zagreb, 2000.
- Giesen, D., Arzthaftungsrecht, Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990.
- Giesen, D., International Medical Malpractice Law, Martinus Nijhoff Publishers, Tubingen, Boston, London, 1988.
- Dickens, B. M., Cook, R. J., Dimensions of informed consent to treatment, International Journal of Gynecology and Obstetrics, 85, 2004.

- Deutsch, E., *Medizinrecht*, Berlin, 1999.
- Кларић, П., Повреда права на тјелесни интегритет у медицини, Зборник: Одговорност за неимовинску штету због повреде права особности, Загреб, 2006.
- Laufs-Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, Munchen, 1999.
- Мујовић-Зорнић, Х., Уговор пацијента са лекаром, Правни живот, часопис за правну теорију и праксу, бр. 9/2003.
- Penneau, J., *Medical responsibility in Western Europe* (ed. Deutsch, Schreiber), Berlin.
- Петрић, С., Претпоставке одштетне одговорности даватеља здравствених услуга у праву Босне и Херцеговине, Зборник: Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум-Мостар, 2005.
- Радишић, Ј., Лекар и пацијент као уговорни партнери, Зборник: Актуелни правни проблеми у медицини, Београд, 1996.
- Чизмић, Ј., Право пацијената на обавијештеност, с посебним освртом на заштиту тајности података о здравственом стању пацијента, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, 2008.
- Чукић, Д., Право на медицинску истину преко медицинске документације – тешкоће, грешке, предлог мјера за њихово отклањање, Правни живот, бр. 9, 2002.
- Šegota, I., *Informed Consent*, Rijeka, 1999.
- Wear, S., *Informed Consent, Patient Autonomy and Physician Beneficence within Clinical Medicine*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1993.

Др Бојан Урдаревић, доцент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 614.253.83

ЗДРАВСТВЕНИ РАДНИЦИ КАО ПРУЖАОЦИ ЗДРАВСТВЕНИХ УСЛУГА И СТРУЧНА ГРЕШКА ЛЕКАРА *

Резиме

У правном систему савремених држава значајно место припада здравственом законодавству, односно законодавству које регулише област здравствене заштите и здравственог осигурања. Реформа система здравствене заштите је континуиран и унапред осмишљен процес који се заснива, како на упоредноправним, тако и на домаћим искуствима, а све у циљу потпуније заштите физичког и психичког здравља грађана и квалитетнијег пружања здравствених услуга.

Циљ рада је да се сагледају позитивно-правна решења у области здравствене заштите, а нарочито према последњим изменама и допунама Закона о здравственој заштити из децембра 2015. године. У раду ће посебно бити анализирана законска решења која се односе на давање статуса здравствених радника наставницима и сарадницима факултета здравствене струке који изводе наставу из клиничких предмета, као и стручна грешка лекара која је после увођења у законски текст била предмет различитих правних сватања и тумачења. Нека од њих су ишла толико далеко да су сматрала да је стручна грешка, нови четврти елемент одговорности, поред штете, кривице и узрочне везе.

Кључне речи: здравствена заштита, здравствени радник, стручна грешка, наставници и сарадници, накнада штете.

1. Појам здравственог радника

Према члану 165 ст.1 Закона о здравственој заштити¹ здравствени радници су лица која имају завршен медицински, стоматолошки, односно фармацеутски факултет, као и лица са завршеном другом школом здравствене струке, а која непосредно као професију обављају здравствену делатност у здравственим

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета у Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012 који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Закон о здравственој заштити ("Сл. гласник РС," бр. 107/2005....106/2015).

установама или приватној пракси, под условима прописаним овим законом. У наредном ставу истог члана закон дефинише појам здравственог сарадника, па тако здравствени сарадник јесте лице са средњом, вишом, односно високом стручном спремом које обавља одређене послове здравствене заштите у здравственој установи, односно, приватној пракси.

Дакле, да би неко лице имало статус здравственог радника уопште оно треба да обавља послове здравствене делатности. Треба напоменути да сматрамо да здравствену делатност не може обављати појединац, како то законски текст предвиђа, већ само здравствена установа, док здравствени радник обавља само одређене послове здравствене заштите у оквиру здравствене делатности.

Након последњих измена и допуна Закона о здравственој заштити од 20. новембра 2015. године део закона који се односи на здравствене раднике и здравствене сараднике бива допуњен са чланом 171а, који по први пут, прописује да здравствени радник, у смислу овог закона, јесте и наставник или сарадник факултета здравствене струке који изводи наставу из клиничких предмета у здравственој установи у складу са прописима о високом образовању. Интересантан је став 2 истог члана који прописује да наставник или сарадник факултета здравствене струке пружа и здравствене услуге из обавезног здравственог осигурања за потреба осигураних лица у здравственим установама из Плана мреже здравствених установа, а у складу са прописима којима се уређује здравствена заштита и здравствено осигурање.

Очигледно је намера законодавца била да се на овај начин превазиђе тренутна ситуација где један здравствени радник ради и на Медицинском факултету као наставник или сарадник, али и у установама здравствене заштите са пуним радним временом. Оваква вишедеценијска ситуација није у складу са радним законодавством и треба подржати иницијативу да се изађе из тог "зачараног круга". Потребно је нагласити да се и због специфичности медицинске струке, здравствени радници могу едуковати само у здравственим установама и да се неретко њихово радно време преплиће између рада на Факултету и рада на Клиници.

Ипак, постоји неколико недоумица на које законодавац није понудио конкретан одговор. Непосредно након доношења Закона поставило се питање, да ли је наставник или сарадник факултета који изводи наставу из клиничких предмета у обавези да пружа здравствене услуге у здравственој установи, или он само има законску могућност да то чини? Мишљења смо да је то његова обавеза, јер то произлази из саме природе делатности којом се бави. Незамисливо је да наставник или сарадник на клиничком предмету нема клиничко искуство или није ангажован на клиници. С друге стране, здравствени радник који је наставник или сарадник факултета здравствене струке који не изводи наставу из клиничких предмета, у складу са чл. 171а ст. 5 може, када је то потребно да пружа здравствене услуге. На овај начин Закон је направио разликовање између наставника или сарадника факултета који изводе наставу из клиничких предмета и оних који то не

чине, где је пружање здравствених услуга за ове прве обавеза, а за друге само могућност.

Друго питање које се намеће само по себи је везано за разлог због којег је законодавац одредио да наставник или сарадник факултета здравствене струке може да пружа здравствене услуге само у здравственим установама из Плана мреже здравствених установа². Према тренутно важећем члану 1 ст. 1 Уредбе о плану мреже здравствених установа утврђује се број, структура, капацитети и просторни распоред здравствених установа у државној својини и њихових организационих јединица по нивоима здравствене заштите, организација службе хитне медицинске помоћи, као и друга питања од значаја за организацију здравствене службе у Републици Србији. Оваквим законским и подзаконским регулисањем изостављене су приватне здравствене установе, које би у случају да имају потребу за ангажовањем наставника и сарадника факултета морале да закључе би морале да закључе посебан уговор о пружању здравствених услуга, или уговор о пружању консултантских услуга³. Додуше, члан 270 Закона о здравственој заштити прописује да ће Влада у року од 12 месеци од дана ступања на снагу овог закона донети нови План мреже здравствених установа.

Треће, имајући у виду да наставници, односно сарадници факултета здравствене струке пружају услуге из обавезног здравственог осигурања за потребе осигураних лица, закон одређује да се средства за пружање наведених услуга обезбеђују из обавезног здравственог осигурања. Овакво решење представља новину у нашем закону и донекле одступање од основних начела здравственог осигурања, с обзиром да према члану 171а став 4 здравствена установа из Плана мреже здравствених установа, факултет здравствене струке и Републички фонд за здравствено осигурање, закључују споразум којим се уређују њихова међусобна права и обавезе у вези са пружањем здравствених услуга. У пракси, то би значило да иако се здравствене услуге врше у здравственој установи, она не стиче средства од пружених здравствених услуга, већ средства припадају факултету здравствене струке у коме су запослени наставници и сарадници који су пружили здравствене услуге. У члану 171а став 6 прописано је да средства која факултет здравствене струке оствари у складу са овим споразумом представљају сопствени приход те високошколске установе и користе се у складу са прописима којима се уређује високо образовање и прописима којима се уређују плате запослених у јавним

² Уредба о Плану мреже здравствених установа ("Сл. гласник РС," бр. 42/2006, 119/2007.....92/2015).

³ Сматрамо да је било неопходно регулисати и правни однос између здравственог радника и приватних установа здравствене заштите. Тако, на пример, Закон о здравственој заштити Републике Хрватске (НН 82/13) у чл. 125б прописује да здравствени радник може уз одобрење послодавца склопити за свој рачун посао за обављање здравствене делатности само у здравственој установи, односно код приватног здравственог радника који нема склопљен уговор о спровођењу здравствене заштите са Заводом. Ово одобрење се издаје најдуже на годину дана.

службама⁴. На овај начин је омогућена супсидијерна примена Закона о високом образовању, као матичног закона код регулисања радноправног положаја ових лица.

У вези са овим питањем треба поменути и значајне измене у погледу одредби које се односе на допунски рад здравствених радника које су након последњих измена и допуна Закона о здравственој заштити сажете у одредбу члана 199 Закона. За разлику од претходног законског решења, више не постоји ограничење у погледу броја уговора о допунском раду које један здравствени радник може да закључи⁵, и значајно је проширен круг лица на које се односе одредбе о допунском раду.

2. Одговорност лекара за стручну грешку

У Закону о здравственој заштити помиње се, између осталог, и "стручна грешка здравственог радника", као једно од обележја које може да има утицаја на моралну и правну одговорност лекара и другог медицинског особља. Наиме, према члану 194 здравственом раднику са положеним стручним испитом комора издаје лиценцу на период од седам година. Комора здравственом раднику привремено одузима лиценцу у случајевима утврђеним у члану 197, а трајно ако је здравствени радник правноснажном судском одлуком осуђен на казну затвора због тешког кривичног дела против здравља људи. У поменутом члану прописано је и да Комора здравственом раднику привремено одузима лиценцу ако здравствени радник у обављању здравствене делатности начини стручну грешку којом се нарушава, односно погоршава здравствено стање пацијента. У том смислу закон у члану 197 ст. 4 стручну грешку дефинише као несавесно лечење, односно занемаривање професионалних дужности у пружању здравствене заштите, односно непридржавање или непознавање утврђених правила и професионалних вештина у пружању здравствене заштите које доводе до нарушавања, погоршања, повреде, губитка или оштећења здравља или делова тела пацијента. Постојање стручне грешке утврђује се у дисциплинском поступку пред надлежним органом коморе, односно у поступку редовне и ванредне спољне провере квалитета стручног рада здравствених радника. Можемо закључити да је разлог увођења појма стручне грешке у текст Закона о здравственој заштити био потреба да се утврди основ дисциплинске одговорности лекара и других здравствених радника.

⁴ Чл. 60 ст. 1 Закона о високом образовању ("Сл. гласник РС," бр. 76/2005, 100/2007.....45/2015) у делу који се односи на сопствене приходе прописује да средства која високошколска установа оствари, изузев средстава која обезбеђује Република, чине сопствени приход те високошколске установе (школарина, пружање услуга трећим лицима, поклон, донације, спонзорство, итд)

⁵ Према ранијем решењу чл. 199 ст. 3 прописивао је да здравствени радник може да закључи само један уговор о допунском раду. Ова одредба је измењена још 23. новембра 2010. године када су објављене измене и допуне Закона о здравственој заштити ("Сл- гласник РС", бр. 88/2010).

С друге стране, основ материјалне одговорности налази се у одредби члана 31 Закона о правима пацијената⁶ који прописује да пацијент који због стручне грешке здравственог радника, односно сарадника, у остваривању здравствене заштите претрпи штету на свом телу, или се стручном грешком проузрокује погоршање његовог здравственог стања, има право на накнаду штете према општим правилима о одговорности за штету⁷. Дакле, овако коципиран појам стручне грешке упућује на општа правила садржана у Закону о облигационим односима⁸. Према члану 170 овог закона, за штету коју радник на раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара организација, у овом случају здравствена установа, у којој је радник радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је радник поступао онако како је требало⁹. Здравствена установа може одговорати само за оне последице интервенције које настају услед нестручног, непажљивог или непрописног рада њених здравствених радника¹⁰. Међутим, питање које се поставља везано је за одговорност установе у ситуацији када су наступиле објективне последице медицинског лечења. Другим речима, када за наступеле последице није крив ни пацијент, ни здравствени радник, па ни здравствена установа. У том случају, пацијент ће сносити ризик само уколико је унапред обавештен о њему и ако га је прихватио¹¹.

У погледу индивидуалне одговорности лекара, односно при просуђивању да ли је једно лице коју је штету проузроковало криво или не, суд мора да води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати у датим околностима. Стручна лица одговарају према овом стандарду, али се у његовој примени узимају у обзир вештина, знање, стручне способности и друге особине које треба да има лице које се таквом професијом бави¹². Другим речима, према општим правилима одговорности за штету као

⁶ Закон о правима пацијената ("Сл. гласник РС," бр. 45/13).

⁷ Једно од основних права пацијената приписано у чл. 14 односи се на право пацијента на приватност и поверљивост. Више о овом праву пацијената видети у: Samuels, A., *The Doctor's duty of Confidentiality*, *Medico-Legal Journal*, Vol 83(4), 2015, стр. 167-171.

⁸ Закон о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93).

⁹ "Грађанскоправна одговорност здравствене организације постоји само ако се докаже да у датим околностима лекари и здравствено особље медицинске установе нису поступили онако како је требало". Видети одлуку Врховног суда Србије Rev. 1659/84.

¹⁰ Видети пресуду Врховног суда Србије Rev. 2066/80 од 14. јануара 1981. године

¹¹ "Уколико се пацијент, пре операције не упозна са свим могућим последицама оперативног захвата, здравствена установа одговара за све евентуалне штетне последице које могу настати по тог пацијента." Видети више: Врховни суд Србије, Rev. 182/05 од 19.05.2005. године.

¹² За грађанску одговорност лекара није потребна тежа кривица него је довољна и обична непажња која се цени према објективном мерилу за пажњу. Приликом оцене кривице не води се рачуна о личним способностима и знању туженог лекара него се судија увек пита како би се на месту туженог понашао искусан и савестан лекар одговарајуће струке. Видети више у: Ј. Радишић, *Медицинско право*, Београд, 2004, стр. 171.

стандард се узима понашање разумног и пажљивог човека, док код професионалне одговорности стандард је разуман и пажљив стручњак. Отуда када се суди о професионалној кривици лекара, или било ког другог стручњака судија треба да разматра и просуђује шта је тужени лекар требао да учини, а не шта је могао да учини¹³.

Овакво схватање о утврђивању штете у грађанскоправном смислу је од великог значаја за будућу судску праксу, јер су се у теорији, а након увођења института "стручне грешке" појавила и друга мишљења по овом питању¹⁴. Ипак, мерило по коме се просуђује кривица лекара мора бити апстрактно и објективизирано, дакле оно што се могло основано очекивати од разумног и пажљивог лекара у датим околностима¹⁵. За грађанску одговорност лекара није потребна тежа кривица, већ и обична непажња. Ово произлази из тога што се према општем правилу одговорност штетника за проузроковану штету у грађанском праву заснива на кривици, а за њу је довољна и обична непажња. Не постоји ни један ваљан разлог због којег би код утврђивања грађанскоправне одговорности стручних лица, па и лекара, било другачије¹⁶.

3. Штета и накнада штете

Накнада штете у области здравствене заштите настаје као последица лекарске грешке, односно "стручне грешке", али и као последица других чињења, односно нечињења лекара. Ваља напоменути да је у нашем праву прихваћено начело потпуне накнаде штете без обзира на то са којим степеном кривице је штета проузрокована. Довољно је да је штетник проузроковао штету обичном непажњом (*culpa levis*), па да накнада обухвата накнаду за обичну штету (*damnum emergens*) и накнаду за изгубљену добит (*lucrum cessans*). Исто правило се мора применити и када се ради о одговорности лекара и других здравствених радника. Другим

¹³ Cane, P., *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge, 2004, стр. 39.

¹⁴ Тако, на пример, све стручне лекарске грешке не доводе и до настанка штете и одговорности лекара, јер свака грешка лекара није и несавесно лечење. Уколико је лекар поставио нетачну или погрешну дијагнозу и поред примене свих доступних дијагностичких поступака и применио све оно што је било у оквиру његових могућности, али је и поред тога дошло до грешке у лечењу нема његове непосредне одговорности. Видети у: Стојановић, И., *Дијагностичке лекарске грешке*, Правни живот, бр. 1/2010.

¹⁵ Видети више у Орлић, М., *Дискусије - Закон о здравственој заштити и одговорности лекара за проузроковану штету*, Билтен судске праксе вишег суда у Београду, бр. 82/2012.

¹⁶ Ипак, судска пракса није јединствена по овом питању јер је више него очигледно да правни ставови и пракса Врховног касационог суда не допиру увек до нижих судова. Тако, у пресуди Првог основног суда у Београду 43-П бр. 49021/10, суд сматра да се "грађанска одговорност због лекарске грешке заснива на кривици лекара, али за то није довољна свака лекарска грешка, већ само груба лекарска грешка".

речима, лекар који је обичном непажњом проузроковао погоршање здравља пацијента, или му нанео неку другу повреду дужан је да му у потпуности надокнади штету, исто као и лекар који је штету проузроковао крајњом непажњом.

Штета може бити материјална и нематеријална. У члану 185 Закона о облигационим односима постављено је правило да је одговорно лицедужно да успостави стање које је било пре него што је штета настала, осим ако то није могуће. Када је у питању, смрт, телесна повреда или нарушавање здравља, успостављање ранијег стања је немогуће и зато се накнада штете у овим случајевима готово увек одређује у одговарајућем новчаном износу (новчана рента)¹⁷.

Утврђивање висине новчане ренте зависи од много елемената, а нарочито од тога на име чега се досуђује. Према члану 195 Закона о облигационим односима, ко другоме нанесе телесну повреду или му наруши здравље, дужан је да му надокнади трошкове лечења и друге потребне трошкове у вези са тим, као и зараду изгубљену због неспособности за рад за време лечења. Досуђена новчана рента на име накнаде проузроковане материјалне штете исплаћује се месечно унапред, ако суд не одреди нешто друго.

4. Закључна разматрања

Право на здравствену заштиту је основно социјално право јер свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља. Посматрано у контексту домаћег Закона о здравственом осигурању, право на здравствену заштиту је основно право за осигуранике и осигурана лица покривено обавезним здравственим осигурањем.

Ступањем на снагу измена и допуна Закона о здравственој заштити, по први пут је уређен положај наставника и сарадника факултета здравствене струке који изводе наставу из клиничких предмета у здравственој установи тако што им је признат статус здравствених радника. Како ће ово функционисати у пракси видећемо у наредном року од шест месеци када здравствене установе и праватна пракса имају законску обавезу да ускладе своје опште акте, организацију и рад са одредбама Закона о здравственој заштити.

Посебно важно питање које се односи на стручну грешку лекара треба ценити у оквиру општих правила деликтне одговорности за проузроковану штету, што је на крају, била и намера законодавца.

¹⁷ Према чл. 188 Закона о облигационим односима случају смрти, телесне повреде или оштећења здравља, накнада се одређује, по правилу, у облику новчане ренте доживотно или за одређено време. Ако је оштећено лице постало трајно неспособно за рад досуђује ми се доживотна рента.

*Bojan Urdarević, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

HEALTH WORKERS AS A PROVIDERS OF HEALTH SERVICES AND DOCTOR`S PROFESSIONAL ERROR

Summary

In a legal system of modern states important place belongs to a health care system, especially health care protection and health care workers. The reform of the health care system must be a well thought process based on comparative and domestic experiences with the purpose of a broader protection of physical and psychological health of citizens nad improvements of health services qualities.

The goal of this paper was to analyse a normative framework of domestic legislation in this specific area in regard to recent amendments to Health Care Act. Also, author will analyse a new provision related to a situation in professors and associates of the medical faculties can become health care workers. Finally, author will analyse the concevpt of professional error which is still highly debatable in theory and in practice.

Key words: *health care protection, health care workers, professional error, medical staff, compensation for damage.*

Литература

- Орлић, М., Дискусије - Закон о здравственој заштити и одговорности лекара за проузроковану штету, Билтен судске праксе вишег суда у Београду, бр. 82/2012.
Радишић, Ј., Медицинско право, Београд, 2004.
Стојановић, И., Дијагностичке лекарске грешке, Правни живот, бр. 1/2010.
Samuels, A., The Doctor`s duty of Confidentiality, Medico-Legal Journal, Vol 83(4), 2015.
Cane P, Atiyah`s Accidents, Compensation and the Law, Cambridge, 2004.
Закон о здравственој заштити ("Сл. гласник РС," бр. 107/2005....106/2015).
Закон о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93).
Закон о правима пацијената ("Сл. гласник РС,"бр. 45/13).
Закон о високом образовању ("Сл. гласник РС," бр. 76/2005, 100/2007.....45/2015)
Уредба о Плану мреже здравствених установа ("Сл. гласник РС," бр. 42/2006, 119/2007.....92/2015).

*Др Вељко Влашковић, доцент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 347.61/.64:618.2-07

ОСВРТ НА БИМЕДИЦИНСКУ УСЛУГУ ПОСТХУМНОГ ЗАЧЕЋА КАО ИЗРАЗА РЕПРОДУКТИВНЕ АУТОНОМИЈЕ*

Резиме

У домаћем законодавству којим се регулише право на биомедицинску помоћ и приступ услугама биомедицински потпомогнуте оплодње на недоречен и у извесном смислу противуречан начин уређује се и питање постхумног зачећа као вида репродуктивне аутономије. На овај начин наше право придружило се малобројним европским националним законодавствима која су препознала потребу за признавањем репродуктивног права на постхумно зачеће чије правне последице могу бити веома сложене како са правног, тако и са етичког, социолошког и антрополошког аспекта. Ипак, пропуштена је могућност да се у законодавству којим се по први пут у Србији на системски начин уредила материја пружања услуга биомедицинске помоћи заузме јасан правац по питању начина и услова за пружање поменутих услуга, уз присуство и одређене унутрашње несагласности унутар самог законског текста. Рад представља осврт на право на постхумно зачеће као израз најширег степена репродуктивне аутономије у контексту упоредноправних решења, али и са аспекта етичке, антрополошке и правне оправданости прихватања наведене услуге. Правна оправданост биомедицинске услуге постхумног зачећа посматра се посебно на размеђи циљева који се настоје остварити концептима репродуктивне аутономије са једне, и права детета са друге стране. У том смислу, рад је првенствено ограничен на породичноправне аспекте биомедицинске услуге постхумног зачећа.

Кључне речи: *криоконзервирање, постхумно зачеће, репродуктивна аутономија, права детета, најбољи интерес детета.*

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Увод

*„Осим човека, сва жива бића су бесмртна,
јер не знају за смрт...“
(Хорхе Луис Борхес)*

Од освета људске цивилизације човек је на својеврстан начин опседнут смрћу и њеним последицама. Представе о смрти и немогућност да се види иза хоризонта који означава престанак живота у физичком смислу окупирала је од памтивека идеје свих религија, митологија, философских учења, али и мисли обичног човека. Схватајући неизбежну пролазност живота, човек је одувек настојао да условно речено премости границе смрти као одсечног краја свог животног пута и сачува траг о свом некадашњем присуству на овом свету. Ако изузмемо оне малобројне „бесмртнике“ који су своја дела завештали вечности, одговор се, макар у материјалистичком смислу, тражио и тражи најчешће у потреби за породом, односно потомцима, као живим сликама својих родитеља и предака. Из тог разлога, жеља лица да се у биолошком смислу остваре као родитељи представљала је и представља један од најснажнијих порива човека. У сенци радости због родитељства лежи у извесној мери потреба да се кроз живот своје деце остави најречитији доказ сопственог живљења у одређеном времену и простору. Због тога немогућност зачећа и рађања ствара тешко бреме на плећима оних којима је природа или болест ускратила наведену способност.

Снажан узлет репродуктивне медицине и хумане ембриологије од друге половине XX века омогућио је да се у значајној мери отклоне последице неплодности, па чак и да се премости смрт као природна препрека зачећу детета. На тај начин, омогућило се остваривање изворног порива једног лица за родитељством у биолошком смислу, премда без могућности да истовремено буде и социолошки родитељ. Истовремено, пружила се могућност надживелом партнеру, као и родитељима умрлога да кроз дете зачето и рођено на овај начин још увек осећају присуство вољене умрле на јасно исказан начин.

Могућност постхумног рађања детета није условљена развојем биомедицинских услуга и позната је од древних и удаљених времена. Правни поредак препознао је и уважио дејство рађања детета након смрти свога родитеља, по правилу оца, кроз одређене правне установе, попут претпоставке брачног очинства чији се домашај у одређеним случајевима простире и на умрлог мужа мајке детета.¹ Међутим, напредак технологије биомедицински потпомогнуте оплодне и хумане ембриологије данас омогућава чак и зачеће

¹ Тако, према Породичном закону Србије, претпоставка брачног очинства примениће се и након смрти мужа мајке под условом да од момента престанка брака смрћу није прошло више од 300 дана и уколико мајка детета није закључила нови брак у наведеном року. Вид. чл. 45. ст. 2. Породичног закона Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/05. У даљем тексту: ПЗ.

детета након смрти свог биолошког родитеља, укључујући и зачеће након смрти биолошке мајке детета.² Могућност постхумног зачећа јавила се као последица могућности да се репродуктивне ћелије, али и ембриони сачувају употребом одговарајуће технологије замрзавања која се назива криоконзервирање или криопрезервација.³ На тај начин, нарочито када је реч о замрзавању семених ћелија, омогућено је да се дете роди и више година након смрти свог биолошког оца.⁴ Свој правни израз наведене биомедицинске услуге нашле су у проширеном концепту репродуктивних права и репродуктивне аутономије.⁵

Ипак, репродуктивна права, по правилу, не могу се остваривати у некаквом правном вакууму, изолована од права и интереса других лица, непосредног породичног окружења и шире друштвене заједнице.⁶ Због тога је право добило крајње сложен и незахвалан задатак да на одговарајући начин уреди односе поводом пружања услуга биомедицинске помоћи уз настојање да се оствари често тешко достижна равнотежа између интереса различитих страна. Ситуација је посебно сложена у ери владавине људских права, која истовремено представљају како ветар у леђа, тако и баласт концепту репродуктивне аутономије будући да обухватају интересе свих актера процеса биомедицинске оплодње, укључујући и дете које се из таквог поступка рађа. У том смислу, посебно је значајно сагледати границе репродуктивне аутономије, па и у случају постхумног зачећа, у контексту права детета, односно најбољег интереса детета рођеног из наведеног поступка. При томе, треба имати у виду да биомедицинске

² Вид. Kindregan, Jr., C. and McBrien, M., *Posthumous Reproduction*, Family Law Quarterly, http://sr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=suffolk_fp, 11. 04. 2016.

³ Замрзавање семених ћелија постало је могуће 1949. године, док се први забележени случај замрзавања јајних ћелија везује за 1986. годину. Вид. Sabatello, M., *Posthumously Conceived Child: An International and Human Rights Perspective*, Journal of Law and Health, 1/2014, стр. 30 – 31.

⁴ Семене ћелије и ембрион могу опстати и бити употребљени ради зачећа, односно рађања детета и дужи низ година након замрзавања, док јајна ћелија најчешће након одмрзавања губи својства потребна за успешну оплодњу. Детаљније вид. Живојиновић, Д., *Правни положај нерођеног детета*, Крагујевац, 2009, стр. 142.

⁵ Професор Херинг (*Herring*) истиче како репродуктивна аутономија подразумева, између осталог, и позитивну обавезу државе да обезбеди пружање одговарајућих биомедицинских услуга лицима која пате од неплодности, али да чак и најснажнији израз репродуктивне аутономије не значи право на дете, већ право на приступ одговарајућим медицинским услугама у циљу зачећа и рађања детета. Вид. Herring, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, стр. 317.

⁶ Када до зачећа долази природним путем, лица уживају најшири степен репродуктивне аутономије, будући да законодавац нема могућност да регулише природу и односе из најинтимније сфере човека. Овде је обавеза државе првенствено негативна и своди се на нечињење. Вид. Влашковић, В., *Најбољи интерес детета у контексту породичноправног аспекта услуге сурогације*, XXI век – век услуга и Услужног права Крагујевац, 2015, стр. 253.

услуге у циљу зачећа *post mortem* обухватају различите ситуације, од којих се неке тешко могу правдати како са аспекта репродуктивне аутономије, тако и са становишта права детета. Због тога је нужно да државе које крену путем правном регулисања постхумног зачећа на што јаснији начин предвиде услове за приступ поменути облицима биомедицинских услуга.

2. Појам и облици биомедицинских услуга постхумне оплодње

Биомедицинска помоћ у контексту постхумног зачећа обухвата разнородне и медицински сложене поступке који изазивају различите етичке, социолошке и правне дилеме. Заједничка црта наведеним поступцима је да подразумевају замрзавање гамета или ембриона у циљу зачећа детета након смрти једног или оба биолошка родитеља детета. Како би се њихов домашај и значај лакше сагледао пожељно је начинити одговарајуће поделе случајева, односно облика у којима може доћи до постхумног зачећа.

Најпре, у зависности од момента замрзавања репродуктивног материјала биолошког родитеља, односно биолошких родитеља, могу се разликовати случајеви када се гамети, односно рани ембрион криоконзервирају за живота једног лица са намером да до оплодње, односно имплантације ембриона, дође након смрти једног или оба генетска родитеља и ситуације када се репродуктивне ћелије узимају непосредно након смрти партнера и након тога замрзавају. Други вид постхумне оплодње подразумева, по правилу, узимање семених ћелија непосредно по смрти мушкарца по захтеву надживелог женског партнера и рађа најснажније дилеме етичке и правне природе.⁷ Овај облик постхумне оплодње тешко је замислив у случају смрти жене будући да би значајно узимање јајне ћелије што захтева да се претходно спроведе одговарајућа хормонска терапија, што би значило да би се жена вештачки морала одржавати у животу данима или чак недељама.⁸

Даље, у зависности од тога да ли постоји сагласност умрлог родитеља за узимање његових репродуктивних ћелија, могу се разликовати случајеви када је поменуто лице изричито дало сагласност да се његов репродуктивни материјал може користити у сврху постхумне оплодње, када се прећутно сагласило и када се из конкретних околности не може закључити да је биолошки родитељ пристао на узимање својих гамета у циљу постхумног зачећа. Само први вид оплодње након смрти генетског

⁷ Детаљније вид. Самарџић, С., *Породичноправни аспекти постхумне оплодње*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2013, стр. 389.

⁸ Вид. Peart, N., *Life Beyond Death: Regulating Posthumous Reproduction in New Zealand*, Victoria University of Wellington Review, 3/2015, стр. 727.

родитеља има своје пуно оправдање јер подразумева остваривање репродуктивне аутономије у истинском смислу. Реч је најчешће о ситуацијама када су партнери били укључени у процес вантелесне оплодње, при чему је један од њих изричито и у писаној форми исказао свој пристанак да у случају његове смрти надживели партнер може користити репродуктивне ћелије свог умрлог партнера у циљу зачећа детета.⁹ Упркос одређеним противуречностима унутар домаћег законодавства о биомедицински потпомогнутој оплодњи, могло би се ипак закључити како се у нашем праву допушта наведени облик постхумне оплодње. Наиме, домаћи законодавац предвиђа да се репродуктивни материјал чува у одговарајућој здравственој установи онолико времена колико се супружници или ванбрачни партнери о томе писмено споразумеју, али не дуже од 5 година.¹⁰ Уколико поменута лица не могу постићи сагласност о времену чувања својих гамета, односно неупотребљених раних ембриона, њихов репродуктивни материјал чуваће се 5 година.¹¹ Након истека предвиђених рокова, ЗБМПО прописује да репродуктивни материјал треба уништити, осим ако лице од кога репродуктивне ћелије и ембриони потичу није дало пре своје смрти изричит пристанак у писаној форми да се репродуктивне ћелије могу користити и након његове смрти.¹² Домаће право предвиђа да се након истека одговарајућих рокова замрзнуте репродуктивне ћелије односно неупотребљени рани ембриони могу користити у научноистраживачке сврхе, донирати другим лицима или уништити.¹³ У домаћој правној теорији оправдано се тумачи како пристанак на „донирање репродуктивног материјала другим лицима“ укључује и надживеле брачне и ванбрачне партнере.¹⁴ Међутим, треба рећи да се улози надживелог супружника или ванбрачног партнера у смислу правила о постхумној оплодњи може јавити једино жена, будући да би надживелом супружнику,

⁹ Вид. Самарџић, С., *нав. чланак*, стр. 389.

¹⁰ Вид. чл. 58. ст. 1. Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, *Службени гласник* бр. 72/2009. У даљем тексту: ЗБМПО.

¹¹ Вид. чл. 58. ст. 2. ЗБМПО.

¹² Таква изјава воље може се дати и у завештању („биолошки тестамент“). Вид. чл. 58. ст. 4. ЗБМПО. Иначе, временски период у којем се чува репродуктивни материјал може се из медицински утврђених разлога и уз сагласност Управе за биомедицину продужити највише за још 5 година, што значи да период замрзавања, односно криопрезервације семених ћелија, неупотребљених јајних ћелија и раних ембриона у нашем праву не може бити дужи од 10 година.

¹³ Вид. чл. 58. ст. 6. ЗБМПО.

¹⁴ Вид. Цвејић – Јанчић, О., *Актуелни изазови биомедицински потпомогнуте оплодње*, *Правни живот* 10/2010, стр. 16.

односно ванбрачном партнеру за услугу постхумне оплодне требала сурогат мајка, што ЗБМПО изричито забрањује и санкционише.¹⁵

Малобројне европске државе које регулишу биомедицинску услугу постхумне оплодне, укључујући и Енглеску након случаја *Diane Blood*, такође захтевају изричит пристанак у писаној форми од стране мужа или ванбрачног партнера, како би се његове репродуктивне ћелије користиле ради постхумног зачећа.¹⁶ Све ово указује како се концепт репродуктивне аутономије овде остварује првенствено у границама које поставља својом изјавом воље лице од кога се репродуктивни материјал узима. У том смислу, репродуктивно право надживелог партнера на услуге постхумног зачећа непосредно зависи од начина на који ће лице од кога репродуктивне ћелије потичу вршити своју репродуктивну аутономију.¹⁷ Наведени став потврдио је и Европски суд за људска права у познатом случају Еванс против Уједињеног Краљевства (*Evans v. United Kingdom*), који се, додуше, није непосредно односио на постхумну оплодњу.¹⁸ У поменутом случају, подносиатељка представке Натали Еванс (*Natallie Evans*) је услед болести била принуђена да одстрани јајник због чега су се она и њен тадашњи ванбрачни партнер пре хируршке интервенције окренули поступку вантелесне оплодне из које су створени ембриони који су потом замрзнути. Госпођици Еванс су лекари саветовали да сачека две године од хируршке интервенције како би се покушала имплантација ембриона у њену материцу. Међутим, у међувремену дошло је до раскида ванбрачне заједнице, па је њен партнер повукао своју сагласност да се његов репродуктивни материјал користи ради рађања детета. Подносиатељка представке је након тога покренула поступак пред

¹⁵ Вид. чл. 56. тач. 25. ЗБМПО у вези са чл. 73. ЗБМПО.

¹⁶ Оваква правила постоје у Шпанији, Грчкој и Белгији, док су у Енглеској усвојена након контроверзног случаја *Blood*. Вид. Busardo, P. F. и др., *The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members*, BioMed Research International, 2014, стр. 2, 6, 9. Законом о хуманој фертилизацији и ембриологији Уједињеног Краљевства из 2008. године наводи се како мушкарац може дати писану сагласност на имплантацију ембриона створених од његових семених ћелија и за период након његове смрти. Вид. Самарцић, С., *нав. чланак*, стр. 397.

¹⁷ Зарад правне сигурности и заштите права и интереса трећих лица, нарочито законских наследника, државе које допуштају оплодњу *post mortem* семеним ћелијама умрлог мушкараца обично прописују и у ком року од смрти наведеног лица се оплодња мора извршити. На пример, према шпанском праву постхумна оплодња може се обавити док не истекне 12 месеци од смрти мужа или ванбрачног партнера од кога потичу семене ћелије. Вид. Busardo, P. F. и др., *нав. чланак*, стр. 9.

¹⁸ Случај *Evans v. United Kingdom* [App. No. 6339/05] од 10. Априла 2007. године. За детаљан приказ наведеног случаја вид. Бордаш, Б., *Питања биомедицински потпомогнутог оплођења пред Европским судом за људска права*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2011, стр. 319 – 324.

судовима Уједињеног Краљевства захтевајући да донесу одлуку којом би заменили сагласност њеног бившег ванбрачног партнера са употребом раног ембриона у циљу зачећа детета. Како су сви њени захтеви одбијени и правна средства пред домаћим властима исцрпљена, обратила се Европском суду за људска права наводећи да је повређено право ембриона на живот, као и њено људско право на приватни живот на начин који је представљао дискриминацију.¹⁹ Суд у Стразбуру је одбио њен захтев поводом наводне повреде права на живот ембриона констатујући да поменуто питање чини домен поља слободне процене које државе уживају будући да по енглеском праву ембрион нема независна права и интересе.²⁰ Када је реч о тврдњама подносиољке представке како јој је повређено право на приватни живот из ЕКЉП, Суд је закључио да одлука да се постане генетски родитељ улази у опсег права на приватни живот, али није сматрао да ће се правична равнотежа између сукобљених интереса остварити тако што ће се интересу госпођице Еванс да постане генетски родитељ дати већи значај наспрам интереса њеног бившег ванбрачног партнера да са подносиољком представке нема заједничко дете.²¹

За разлику од случајева када је лице од кога репродуктивни материјал потиче изричито дало своју сагласност да се његове репродуктивне ћелије могу употребљавати ради постхумне оплодње, ситуација је знатно сложенија када постоје само одређени посредни показатељи да је такво лице било сагласно са оплодњом *post mortem*. По правилу, у питању су ситуације када је биомедицинским поступцима претходно замрзнут репродуктивни материјал брачних или ванбрачних партнера, али се они нису изричито изјаснили поводом могуће употребе њихових гамета у циљу постхумне оплодње.²² Признавање права на постхумно зачеће надживелом партнеру у оваквим случајевима неминовно значи фаворизовање интереса надживелог партнера наспрам репродуктивне аутономије умрлог лица. Штавише, одсуство изричитог пристанка на постхумну оплодњу лица које је дало своје репродуктивне ћелије указује да се у оваквим случајевима тешко уопште може говорити о репродуктивној аутономији умрлог супружника или ванбрачног партнера. Присуство замрзнутих гамета и ембриона указује да је намера за зачећем постојала, али не потврђује како је преминули партнер прихватио да се

¹⁹ Вид. чл. 2, 8. и 14. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Поменути међународни уговор закључен је под окриљем Савета Европе у Риму 4. Новембра 1950. године. Наша држава је ратификовала Конвенцију 2003. године. Вид. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003. У даљем тексту: ЕКЉП.

²⁰ Вид. Бордаш, Б., *нав. чланак*, стр. 321.

²¹ Вид. *исто*, стр. 323.

²² Вид. Самарџић, С., *нав. чланак*, стр. 389.

наведена идеја оствари и након његове смрти.²³ Родитељство нема само генетску димензију и могуће је да је умрли партнер желео да се оствари и као социолошки, а не само биолошки родитељ. Из тог разлога, државе се ретко одлучују да омогуће наведени вид постхумног зачећа. Упркос томе, у судској пракси појединих држава постоје случајеви где се надживелом супружнику или ванбрачном партнеру признало право на постхумну оплодњу, чак и без изричите сагласности умрлог партнера. У том смислу познат је случај *Parpalaix v. CECOS* из француске судске праксе, где се госпођи *Parpalaix* признало право на постхумну оплодњу семеним ћелијама њеног умрлог мужа *post mortem*.²⁴ Приликом доношења овакве одлуке није се пошло од концепта репродуктивне аутономије, већ је суд окарактерисао поверавање мужевљевих семених ћелија једној клиници као уговор о остави, па је отуда депозитар могао да опозове уговор у било које време док је био жив, што није учинио.²⁵ Француски суд је очито третирао гамете умрлог супружника као ствар у правном промету, што је неспојиво са идејом репродуктивних права, односно са правом на слободно родитељство. Чак и када би се прихватило да гамети постају ствар моментом одвајања од људског тела на њих би се требао примењивати посебан правни режим, који бу у суштини почивао на аутономији воље лица од кога оплодне ћелије потичу. Због свега наведеног, не чуди што је након судске одлуке у случају *Parpalaix* француски законодавац нашао за сходно предвидети како брачни или ванбрачни партнери морају бити живи у тренутку имплантације репродуктивног материјала, чиме је могућност постхумне оплодње правно елиминисана.²⁶

Ипак, најдрастичнија ситуација настаје у случајевима када се репродуктивне ћелије узимају непосредно након смрти супружника или ванбрачног партнера са намером да се употребе у циљу постхумног зачећа.²⁷ Искуства појединих држава показала су да интерес за овакав поступак не показује само надживела партнерка, већ и родитељи умрлог лица.²⁸ Један од најпознатијих случајева постхумне оплодње употребом оплодних ћелија узетих са умрлог партнера, односно партнера у стању

²³ Pennings, G. *и др.*, *ESHRE Task Force on Ethics and Law: Posthumous assisted reproduction*, Human Reproduction, 12/2006, стр. 3051.

²⁴ За детаљнији приказ наведеног случаја вид. Самарџић, С., *нав. чланак*, стр. 391 – 392.

²⁵ Вид. Живојиновић, Д., *нав. дело*, стр. 158.

²⁶ Вид. Ковачек – Станић, Г., *Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима*, Зборник матице српске за друштвене науке, 2010, стр. 426. Такође вид. Живојиновић, Д., *нав. дело*, стр. 158.

²⁷ Семене ћелије могу се узети одговарајућим методама са умрлог мушкарца, али је потребно то учинити у што краћем року након смрти јер квалитет оплодних ћелија мушкарца временом ишчезава. Вид. Pennings, G. *и др.*, *нав. чланак*, стр. 350.

²⁸ Вид. Sabatello, M., *нав. чланак*, стр. 33.

коме, јесте *R v HFEA ex p Blood* из 1996. године где се *Diane Blood* пред енглеским судовима изборила за право да узме семене ћелије умирућег мужа и обави постхумну оплодњу у Белгији, која је имала за последицу рођење једног, а касније и другог детета.²⁹ Будући да у овом случају оплодне ћелије мужа нису биле претходно замрзнуте, његова жеља за децом тумачила се искључиво на основу исказа госпође *Blood*.³⁰ У новије време узимање семених ћелија од умрлог партнера ради оплодне *post mortem* све више налази своје место у аустралијској судској пракси. Занимљиво је да се судови у циљу оправдања оваквих поступака позивају на најбољи интерес детета. Као пример, може се навести случај *Re H, AE (No 2)* из 2012. године. У поменутом случају, муж је настрадао у саобраћајној несрећи возећи моторцикл након годину дана проведених у браку са супругом са којом је претходно пет година живео у ванбрачној заједници.³¹ Непосредно након његове смрти, 21-годишња супруга подноси захтев суду да јој се одобри узимање семених ћелија настрадалог мужа. Суд по хитном поступку одобрава захтев уз услов да се семене ћелије узете од умрлог супружника не могу користити нити у једну сврху док суд не донесе нову одлуку. Пет месеци након тога суд у новој одлуци одобрава надживелој супрузи да употреби замрзнуте семене ћелије настрадалог мужа у циљу зачећа детета. Посебно је интересантно да је аустралијски суд нашао како је оваква одлука у складу са најбољим интересом детета имајући у виду лична својства надживеле супруге и исказану спремност шире породице да подржи овакво зачеће и помогне у подизању детета.³² Концепт „најбољег интереса путативног детета“ није стран у правној теорији и користи се како би се оправдало зачеће и рађање детета у поступку сурогације, премда за овај појам нема довољно упоришта у Конвенцији о правима детета.³³ Ипак, треба рећи како

²⁹ За детаљнији приказ случаја *Blood* вид. Sheldon, S., *Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies*, *The Modern Law Review*, 4/2005, стр. 537 – 539.

³⁰ Самарџић, С., *нав. чланак*, стр. 394.

³¹ Вид. Sabatello, M., *нав. чланак*, стр. 49.

³² *Исто*, стр. 50.

³³ Процена „најбољег интереса путативног детета“ суштински одговара условима које закон поставља за приступ услузи сурогације у смислу подобности уговорних страна (способност сурогат мајке да роди здраво дете, могућности намераваних родитеља да се на одговарајући начин старају о детету као социолошки родитељи и сл.) Вид. Trimmings, K., Beaumont, P., *General Report on Surrogacy*, *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level* (eds. Trimmings, K. and Beaumont, P.), Hart Publishing, Oxford – Portland, 2013, стр. 539. О принципу најбољег интереса детета у контексту сурогације детаљније вид. Влашковић, В., *нав. чланак*, стр. 247 – 272. Конвенција о правима детета усвојена је Резолуцијом 44/25 Генералне Скупштине Уједињених Нација од 20. Новембра 1989. године, а наша држава ју је ратификовала већ наредне године. Вид. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист*

сурогација подразумева остваривање репродуктивне аутономије свих уговорних страна, што код наведеног вида постхумне оплодње није случај. Због тога, пожељно је размотрити домашај услуге оплодње *post mortem* и са аспекта права и интереса детета рођеног из поменутог поступка.

3. Биомедицинска услуга постхумне оплодње у контексту најбољег интереса детета

Према општој формулацији из КПД, „у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета биће од првенственог значаја“.³⁴ У том смислу, приликом доношења сваке од одлуке од посредног или непосредног значаја за дете, принцип најбољег интереса детета мора имати примарни значај. Суштински, наведени принцип је индивидуалистичког карактера, што значи да се његова садржина прилагођава конкретном детету имајући у виду непосредно породично окружење детета, али и шири друштвени контекст у којем дете одраста и развија се. Као такав, најбољи интерес детета подразумева и својеврстан компромис између тренутних и пројектованих будућих интереса детета, али се у виду има дете које је рођено. У прилог оваквом становишту говори и схватање Комитета УН за права детета који сугерише да се садржина најбољег интереса детета треба одређивати путем приступа заснованог на правима детета (*right-based approach*), која дете стиче моментом свог рођења.³⁵ У том смислу, концепт најбољег интереса детета које још није ни зачето, односно рођено („интерес путативног детета“) може се исказивати само преко одговарајућих претпоставки које представљају пројекције најбољег интереса будућег детета. Тако се као аргумент против постхумне оплодње обично наводи претпоставка да живот детета са једним родитељем неће бити у најбољем интересу детета.³⁶ Ипак, исказивање наведеног принципа кроз претпоставке није увек захвално јер се концепт најбољег интереса детета не може прилагодити индивидуалном детету. Другим речима, некада ће једнородитељска породица бити функционалнија од нуклеарне форме породице са оба родитеља, у зависности од околности случаја. У том смислу, породична законодавства лагано се удаљавају од давања предности одређеној породичној структури

СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/1990 и Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 2/97. У даљем тексту: КПД.

³⁴ Чл. 3. ст. 1. КПД.

³⁵ Вид. пар. 5. Општег коментара бр. 14. Комитета Уједињених нација за права детета о праву детета да његов или њен најбољи интерес буде од првенственог значаја (чл. 3. ст. 1.) од 29. маја 2014. године. У даљем тексту ОПКПД/14.

³⁶ Вид. Piper, C., *Assumptions about children's best interests*, Journal of Social Welfare and Family Law 3/2000, стр. 262; Sabatello, M., *нав. чланак*, стр. 59; Самарџић, С., *нав. чланак*, стр. 395.

водећи рачуна првенствено о квалитету породичног окружења за одрастање детета. Насупрот томе, другачија је ситуација када би до постхумног зачећа детета дошло из дариваног ембриона након смрти оба родитеља. Оваквим поступцима изигравају се прописи о усвојењу, што се тешко може правдати. Жена која би носила и родила дете из овако имплантираног ембриона вероватно би се у психолошком смислу осећала блиско генетској мајци детета, али имајући у виду број деце без родитељског старања, наведеном пориву тешко се може дати предност над циљевима установе усвојења.

Чињеница да је дете рођено из поступка постхумне оплодње, указује да су родитељи учинили велики напор да дете дође на свет, што показује како је психолошки елемент родитељства веома наглашен. Истовремено, антрополози закључују како је на овај начин присуство умрлог родитеља у животу породице наглашено на несвакидашњи начин, тако што се преко идеје генетског континуитета ствара привид континуитета нуклеарне породице у социолошком смислу.³⁷

Када је реч о правима детета, дете рођено из постхумне оплодње треба да ужива и остварује сва права која припадају и деци рођеној природним зачећем или неким другим видом биомедицинске помоћи. У том смислу, најбољи интерес детета јесте да се правно родитељство умрлог биолошког родитеља што пре препозна и региструје у матичним књигама рођених за дете, што налаже и КПД.³⁸ Другим речима, неопходно је да се што је пре могуће лице од кога потиче репродуктивни материјал правно утврди као родитељ детета. У домаћим правним оквирима може се говорити само о утврђивању постхумног очинства будући да би материнство *post mortem* захтевало прихватање праксе сурогације. За разлику од неких страних права, домаће породично законодавство прописује како ће се у случају заснивања очинства методама биомедицински потпомогнуте оплодње оцем детета сматрати брачни или ванбрачни партнер који је се изричито сагласио у писаној форми на наведени облик оплодње.³⁹ На тај начин, отклања се свака дилема око утврђивања очинства у корист мушкарца од кога потиче репродуктивни материјал употребљен за постхумно зачеће детета. Ипак, из разлога заштите интереса законских наследника, пожељно је прописати рок у коме се могу искористити замрзнуте семене ћелије умрлог мужа или ванбрачног партнера, односно замрзнути рани ембрион.

Такође, значајни елемент најбољег интереса детета овде је и право детета на идентитет. Појам идентитета детета преваходно се односи на сазнање детета о начину на који је рођено и надживели родитељ, по правилу мајка, треба пажљиво одабрати тренутак када ће детету саопштити истину, која се у овом случају тешко може сакрити. Истина о начину зачећа не мора нужно негативно

³⁷ У том смислу вид. Simpson, B., *The Kinship Consequences of Posthumous Conception*, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 1/2001, стр. 14.

³⁸ Вид. чл. 7. и 8. КПД. Детаљније вид. Sabatello, M., *нав. чланак*, стр. 58.

³⁹ Вид. чл. 58. ст. 2. ПЗ.

деловати на дете, напротив, може утицати и на начин да се дете осећа вољенијим знајући за својеврсну борбу својих биолошких родитеља да дође на свет. У сваком случају требало би предвидети обавезу психосоцијалног саветовања пре саопштавања истине детету о начину зачећа.

*Veljko Vlašković, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

REVIEW ON THE ASSISTED REPRODUCTIVE SERVICE OF POSTHUMOUS CONCEPTION AS AN EXPRESSION OF REPRODUCTIVE AUTONOMY

Summary

Serbian legislation on medically assisted procreation regulates also the issues of posthumous conception as an expression of reproductive autonomy, although in controversial manner with certain internal inconsistencies. Thus, our legal system joined the few European legislations that have recognised the need for medically assisted reproductive service involving posthumous conception which could produce various complex ethical, social and legal consequences. Unfortunately, the opportunity is missed to regulate the matters of posthumous conception in more comprehensive and clear way avoiding certain misleading legal provisions. This paper makes review on the practice of posthumous conception as a manifestation of reproductive autonomy in its broadest sense in the light of comparative law solutions, as well as ethical and anthropological considerations. Legal justification of this service is regarded primarily in comparasion between the concept of reproductive autonomy at one side, and the rights of the child on the other side. The paper is primarily limited to the family law aspect of posthumous conception.

Key words:: *cryoconservation, posthumous conception, reproductive autonomy, child's rights, the best interests of the child.*

Литература

- Бордаш, Б., Питања биомедицински потпомогнутог оплођења пред Европским судом за људска права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2011.
- Busardo, P. F. и др., The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members, BioMed Research International, 2014.
- Влашковић, В., Најбољи интерес детета у контексту породичноправног аспекта услуге сурогације, XXI век – век услуга и услужног права (ур. Мићовић, М.), књига 6., Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2015.
- Живојиновић, Д., Правни положај нерођеног детета, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.
- Kindregan, Jr., C., McBrien, M., Posthumous Reproduction, Family Law Quarterly, http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=suffolk_fp.
- Ковачек–Станић, Г., Породичноправни аспект биомедицински потпомогнутог оплођења у праву Србије и европским правима, Зборник матице српске за друштвене науке, 2010.
- Peart, N., Life Beyond Death: Regulating Posthumous Reproduction in New Zealand, Victoria University of Wellington Review, 3/2015.
- Pennings, G. и др., ESHRE Task Force on Ethics and Law: Posthumous assisted reproduction, Human Reproduction, 12/2006.
- Piper, C., Assumptions about children's best interests, Journal of Social Welfare and Family Law 3/2000.
- Sabatello, M., Posthumously Conceived Child: An International and Human Rights Perspective, Journal of Law and Health, 1/2014.
- Самарџић, С., Породичноправни аспекти постхумне оплодње, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2013.
- Simpson, B., The Kinship Consequences of Posthumous Conception, The Journal of the Royal Anthropological Institute, 1/2001.
- Sheldon, S., Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies, The Modern Law Review, 4/2005.
- Trimnings, K., Beaumont, P., General Report on Surrogacy, International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level (eds. Trimmings, K. and Beaumont, P.), Hart Publishing, Oxford – Portland, 2013.
- Herring, J., Medical Law and Ethics, Oxford University Press, Oxford – New York, 2008.
- Цвејић–Јанчић, О., Актуелни изазови биомедицински потпомогнутог оплодње, Правни живот 10/2010.

*Др Катарина Кнол Радоја, виши асистент
Правног факултета Свеучилишта
Јосип Јурај Штросмајер у Осијеку*

УДК: 347.925:614

АЛТЕРНАТИВНО РЈЕШАВАЊЕ МЕДИЦИНСКИХ СПОРОВА

Резиме

Број тужби против пружатеља здравствених услуга посљедњих се година све више повећава. Судски су поступци и иначе тежки и дуготрајни, али у медицинским су споровима изнимно емоционално и финансијски исцрпљујући. Ауторица рада стога износи стајалиште да би, због своје брзине и смањених трошкова, увођење алтернативних начина рјешавања ових спорова било у интересу како корисницима медицинских услуга, тако и њезиним пружатељима. Циљ рада био је анализирати које су то алтернативне могућности рјешавања таквих спорова те утврдити која би од тих метода била најприхватљивија.

средство за рјешавање медицинских спорова, а као прву неформалну мјеру, предлаже оснивање програма усмјерених на постављање реалних очекивања тијekom процеса информисаног пристања те на транспарентне поступке преиспитивања случајева пред болничким одборима и комисијама уз давање објашњења и исприке пацијенту ако се догадио штетни догађај. Искрено разјашњење штетног догађаја и давање исприке најчешће ће довести до смиривања тензија, а тиме би уједно дошло и до смањења броја поднесених тужби. Као нешто формалније методе од давања исприке, у раду су анализирани и поступци арбитраже и мирења, који су, као знатно бржи и флексибилнији од судског поступка, такођер оцијењени погоднијим начином рјешавања спорова.

Кључне речи: *здравствене услуге, лијечничка погрешка, медицински спорови, алтернативно рјешавање спорова.*

1. Увод

Errare humanum est. Ова позната латинска изрека која говори о томе како је људски погријешити свој посебан значај поприма у споровима везаним за пружање медицинских услуга. У свакој се људској активности и професији редовно поткрада покоја грешка па тако од тога нити лијечници нису цијељени. Ипак, о овим погрешкама дуго времена није било говора, те се нису нити

регистрирале, а поготово се није расправљала могућност вођења судских спорова против здравствених установа и лијечника.

Посљедњих се година, међутим, број тужби због лијечничке погрешке у Републици Хрватској и свијету драстично повећава. Разлози тому би се свакако могли пронаћи у повећаној свијести грађана о својим правима, али не треба занемарити нити опортунистичке покушаје брзе зараде потакнуте сензационалистичким медијским натписима. Медицина је изузетно напредовала, међутим, очекивања понекад премашују реалне могућности па када лијечење закаже, многи остају разочарани те своју задовољштину покушавају пронаћи на суду.

Кад је о Републици Хрватској ријеч, врло је тешко доћи до поузданих података о учесталости лијечничких погрешака. Процјењује се да их се у хрватским болницама догоди тисућу годишње. Стога, може се рећи да су погрешке у лијечењу, односно лијечничка погрешка, реалност, при чему нитко, па ни пружатељи здравствених услуга, није имун на тужбу. Иако нема службене евиденције о одштетним споровима, у медијима се наводи као је у Републици Хрватској у периоду од 1995. до 2000. године пред Опћинским судом у Загребу поднесено око 150 тужби због лијечничке погрешке, а од 1996. до 2004. судских спорова везаних уз лијечничку погрешку било је чак 1.300.¹ Подаци такођер говоре како и у свијету долази до големог пораста тужби, па је тако примјерице у Сједињеним Америчким Државама 1970. године таквих тужби било око 12.000, а пет година касније број је нарастао до 20.000.²

Ови су судски поступци изнимно тешки и дуготрајни због тешке доказивости лијечничке погрешке и одговорности. Једна од препрека у доказивању лијечничке погрешке у Републици Хрватској је и законска недефинираност тог појма те често врло тешко раздвајање овог појма од појма компликације. Због тога би алтернативни начини рјешавања спорова, прије свега мирење, требали пронаћи своје мјесто у свим сегментима пружања услуга па тако и медицинских.

Увођење алтернативних начина рјешавања медицинских спорова, због своје брзине и смањених трошкова, било би у интересу како корисницима медицинских услуга, тако и њезиним пружатељима. При томе, међутим, нипошто не би смјело бити повријеђено право на приступ суду из чл. 6. Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода,³ а посебно када би такав начин рјешавања био прописан као обвезан. Међутим, треба нагласити да се нити дужност покушаја споразумног рјешавања спора неће увијек сматрати

¹ *Како до одитете у случајевима лијечничке погрешке*, Народни лист, доступно на: <http://www.narodni-list.hr/posts/47875001>, приступљено: 20. сирјечња 2016.

² *Исто*.

³ Еуропска конвенција за заштиту људских права и темељних слобода, Народне новине, Међународни уговори, бр. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006, 2/2010.

повредом права на приступ суду. Наиме, у својој је судској пракси Еуропски суд за људска права више пута нагласио како се прописивање обвезног покушаја споразумног рјешавања спора прије подношења тужбе суду неће сматрати кршењем права на приступ суду, будући да то право није апсолутно те га државе могу ограничити на начин који неће нарушавати његову бит. Као и друга конвенцијска права, и право на приступ суду може стога бити ограничено у легитимном циљу, уз разборит омјер размјерности између ограничавајућег средства и прописаног циља.⁴

2. О појму лијечничке погрешке

Више је могућих радњи, али и пропуста којима се може нанијети штета корисницима здравствених услуга. Категоризација притоме првенствено овиси о доктрини и законодавствима различитих држава. Као најважније групе штетних радњи и пропуста у пружању здравствених услуга Клариф наводи повреду правила здравствене струке - лијечничка погрешка, повреда права на тјелесни интегритет – лијечење без пристанка пацијента, повреда обвезе пружања хитне медицинске помоћи и повреде обвезе склапања уговора о здравственој услузи.⁵ Будући да су све ове групе тематски саме по себи веома широке, а због своје посебне осјетљивости, у раду ће првенствено бити говора о повредама правила здравствене струке, односно о лијечничкој погрешци.

До првог покушаја одређења појма лијечничке погрешке дошло је у другој половини деветнаестог стољећа када се тај појам дефинирао као "кршење опћепризнаних правила умијећа лијечења, због помањкања дужне пажње или опреза."⁶ Због превелике крутости наведене дефиниције иста је ускоро напуштена, а појам лијечничке погрешке се наставио различито дефинирати у доктрини и законодавствима различитих држава.⁷

У хрватском законодавству нема изричите дефиниције појма лијечничке погрешке. Закон о здравственој заштити⁸ у чл. 124. ст. 1. одређује да су здравствени радници особе које имају образовање здравственог усмјерења и непосредно у виду занимања пружају здравствену заштиту становништву, уз обвезно поштовање моралних и етичких начела здравствене струке. У ставку 3. истог чланка прописује се обвеза здравствених радника да при пружању

⁴ В. примјерице *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, Application no. 42527/98, од 12. септембра 2001. године.

⁵ Клариф, П., *Одитетно право*, Загреб, 2003, стр. 398.

⁶ Исто.

⁷ Исто.

⁸ Закон о здравственој заштити, Народне новине 150/2008, 155/2009, 71/2010, 139/2010, 22/2011, 84/2011., 154/2011, 12/2012, 35/2012, 70/2012, 144/2012, 82/2013, 159/2013, 22/2014, 154/2014.

здравствене заштите поступају према правилима здравствене струке, на начин да својим поступцима не угрозе живот и здравље људи.

Закон о лијечништву⁹ у чл. 2. одређује да је лијечник здравствени радник са завршеним медицинским факултетом и стеченим називом доктор медицине те да је лијечник темељни и мјеродавни носитељ здравствене дјелатности коју обавља поштујући низ начела, а то су стално одржавање и подизање квалитете лијечничких услуга у интересу здравља и друштвеног благостања пучанства, одржавање и промицање повјерења између лијечника и пацијената те чланова њихових обитељи, поштивање права пацијената, неовисно и професионално дјеловање те очување и промицање слободе и угледа лијечничког звања те промицање достојанственог и одговорног професионалног понашања поштивањем у раду прописа, правила струке те кодекса медицинске етике и деонтологије.

Иако га наведени закони изријеком не дефинирају, позивом на цитиране одредбе Црнић појам лијечничке погрешке¹⁰ одређује као а) поступање које није у складу с правилима и стандардима рада здравствене струке и/или знанственим сазнањима, а којима се угрожава живот и здравље људи и/или б) као непоштовање моралних и етичких начела здравствене струке.¹¹

Различите су и одговорности због лијечничке погрешке, па може бити говора о дисциплинској, прекршајној, казненој или одштетној одговорности. Одштетна одговорност пружатеља медицинских услуга један је од видова професионалне одговорности, попут одговорности грађевинских инжењера или одвјетника. Особитост лијечничке одговорности лежи у величини ризика који та професија са собом носи. У правилу, може се рећи да нити један лијечник не би неку погрешку учинио намјерно, о чему у овом раду неће бити ни говора. Уколико се догоди нека лијечничка погрешка, сваки ће савјестан лијечник и сам бити тиме погођен и жељети вратити вријеме и ствари учинити друкчије, што наравно неће бити могуће. Судски поступак у том ће случају бити велико психичко и емоционално оптерећење не само особама погођеним лијечничком погрешком, него и лијечнику који је ту погрешку учинио. Стога је и за једну и другу страну сврсисходно постојање алтернативне могућности рјешавања ове кризне ситуације.

3. О алтернативном рјешавању спорова

Многе су државе данас суочене с растућим бројем медицинских спорова и проблемима на које се у свези њих наилази у судским поступцима. Због тога неке

⁹ Закон о лијечништву, Народне новине 121/2003, 117/2008.

¹⁰ Лијечничка погрешка се може разврстати на погрешке у дијагнози, у терапији те погрешке код инвазивних и неинвазивних захвата. Више в. Црнић, И., *Одговорност лијечника за штету*, Загреб, 2009.

¹¹ *Cf. исто*, стр. 51.

државе, попут Шведске и Новог Зеланда, чак у потпуности напуштају сустав извануговорне, деликтне одговорности у корист тзв. *no-fault* система.¹² У великом броју држава све популарније постаје алтернативно рјешавање медицинских спорова.

Алтернативно рјешавање спорова обухваћа све извансудске начине рјешавања спорова, без обзира на посебности у њиховим методама рјешавања спорова. Оно би се могло назначити и као правни институт којем је темељни циљ рјешавање затегнутих односа у што ранијој фази уз што мање трошкова и одуговлачења поступка. Алтернативно рјешавање спорова даје нам дакле додатну могућност одређења за нове начине рјешавања спорова. Алтернативно рјешавање спорова је начин рјешавања спорова различит у односу на парнични поступак, који се у правосудну праксу увео, не да би замијенио поступак пред судом, него с циљем понуде већег броја могућности ефикаснијег и квалитетнијег сустава рјешавања спорова.¹³

Потицање алтернативни начини рјешавања спорова, сукладно Препоруци Вијећа Еуропе о спречавању и смањивању прекомјерног оптерећења судова Р (86) 12, доприноси смањењу оптерећености државних судова. Слиједом тога, они доприносе и остварењу права на правично суђење у разумном року зајамчено Уставом Републике Хрватске¹⁴ (чл. 27.) и Еуропском конвенцијом за заштиту људских права и темељних слобода (чл. 6.).

Неефикасност, односно кашњење у односу на оптимално или чак крајње вријеме потребно за рјешавање појединог спора постаје све израженији проблем правосуђа. Кориштење алтернативних начина рјешавања спорова преузимањем дијела судског оптерећења доприноси смањењу судских заостатака. Поттицање алтернативних начина рјешавања спорова често се стога у политичким документима, попут Стратегије реформе правосуђа, спомиње као метода рјешавања проблема ефикасности правосуђа.¹⁵

Осим што се кориштењем неког облика алтернативног рјешавања спорова ослобађају капацитети суда за оне врсте спорова који се не могу друкчије рјешавати, с друге стране, особе које се одлуче користити их, имају тиме омогућен приступ додатном начину за рјешавање њиховог спора. Алтернативни

¹² Danzon, P. M., *The swedish patient compensation system: myths and realities*, International Review of Law and Economics, vol. 14, 1994, стр. 453-466; Davis, P., R. Lay-Yee, J. F. P. Hider, R. Briant, S. Schug, *Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does "No-Fault" Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?*, J Health Polit Policy Law, vol. 27, 2002, стр. 833-854.

¹³ Билић, В., *Алтернативно рјешавање спорова и парнични поступак*, докторска дисертација, Загреб, 2008, стр. 9.

¹⁴ Устав Републике Хрватске, Народне новине бр. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.

¹⁵ В. примјерице Стратегија реформе правосуђа за раздобље од 2013. до 2018. године, Народне новине бр. 144/12.

начини рјешавања спорова потичу и самоодређење странака. Њима се, у знатно већој мјери него што је то у парничном поступку, пружа улогу у управљању својим спором на начин да активно утјечу у поступку његова рјешавања. Њима се охрабрује странке да препознају своје интересе, проналазе могућности рјешења спора којим би се у највећој могућој мјери задовољиле потребе обију странака, те да споразумно креирају своја рјешења спора.¹⁶

Алтернативно рјешавање спорова може бити у формалном или неформалном облику. Неформалан би облик био неслужбено преговарање у виду састанка сукобљених страна у сврху расправљања и проналаска неке врсте рјешења. Од формалнијих алтернативних метода рјешавања спорова најраширенији и широј јавности најпознатији су арбитража и мирење, а осим њих различите државе користе и низ сличних варијација.

3.1. Објашњење и исприка

Остварење састанака на којима би се проводило неслужбено преговарање били би извјесније када би се осмислили програми с којима би се олакшало откривање истине о штетном догађају и давање исприке како би се ублажиле емоције. Притоме је важно странкама пружити сигурност да се једно такво "разоткривање" неће у евентуалном каснијем судском поступку употребити као доказ против њих.¹⁷

Иако је потреба чути објашњење и исприку често главна покретачка снага која стоји иза тужбе због лијечничке погрешке, у случајевима лијечничке погрешке, парадоксално, пријетња од парнице баш то спријечава и од тога одвраћа. Лијечници и болнице се боје да ће се исприка као признање погрешке користити против њих у парници те ће отворени дијалог тужитељима бити додатни погицај.¹⁸ Не треба, међутим, занемарити нити то да прикривање погрешке у значајној мјери смањује повјерење које је централно у односу који постоји између лијечника и пацијената¹⁹ па се може поставити и питање да ли је управо једно накнадно откривање праве истине подстријек подношењу тужби пацијената.²⁰

¹⁶ Билић, В., *нав. дисертација*, стр. 118.

¹⁷ Arber, A., Gallagher, A., *Breaking bad news revisited: the push for negotiated disclosure and changing practice implications*, Int J Palliat Nurs., vol. 9, no. 4, 2003, стр. 166-172.

¹⁸ Tabler, N., *Should physicians apologize for medical errors?*, The Health Lawyer, vol. 19, 2007, стр. 23-26.

¹⁹ McDonnell, W., Guenther, E., *Narrative review: do state laws make it easier to say "I'm sorry?"* Ann Intern Med, 2008, vol. 149, no. 11, стр. 811-816.

²⁰ Cravens, C., Earp, J., *Disclosure and apology: patient-centered approaches to the public health problem of medical error*, N C Med J., vol. 70. no. 2, 2009, стр. 140-146.

У низу држава у склопу Америчких Сједињених Држава постоји неки облик закона који се тиче давања исприке у случају лијечничке погрешке. Ти закони се увелико разликују па тако неки попут примјерице у Колораду штите исприку, али и сваки облик признања кривње, док други, као у Индиани штите исприку, али не и признање кривње. У неким је опет државама, као што су *Nevada, Florida, Pennsylvania, New Jersey* и *California*, исприка увјетно заштићена и то ако лијечник довољно рано призна штетан догађај.²¹

Да би се смањила учесталост медицинских спорова, а давања исприке профункционирано, није међутим, нужно постојање закона, него квалитетно разрађених програма. Тако се у државама *Michigan* и *Illinois* биљежи значајан пад броја медицинских парница, због развијених програма, а унаточ непостојању закона.²² Свеучилиште за здравствени сустав у Мичигену програм раног откривања (*Open Disclosure Program*) донијело је 2002. године. Програм је усмјерен на постављање реалних очекивања тијekom процеса информирањa пристанка те на рану исприку пацијенту и објашњење ако се штетни догађај догоди.²³

Да би такви програми заживјели, прије свега је потребно унаприједити и отворити поступке испитивања и расправљања случајева пред болничким одборима и комисијама, а што се досада у правилу проводило на нетранспарентан начин.²⁴

Откривање истине о лијечењу и исприка пацијентима могло би имати позитивне учинке на постизање емоционалног мира како лијечника, тако и пацијената, а посебице ако исто резултира праштањем. Осим тога, студије су показала да доводи и до смањења броја поднесених тужби, посебице стога што смањује тензије које покрећу жељу за осветом пред судом.²⁵ С друге стране, нема доказа да би потпуно разоткривање повећавало ризик негативних посљедица за

²¹ Tabler, N., *нав. чланак*.

²² Boothman, R., Blackwell, A., Campbell, D. Jr, Commiskey, E., Anderson, S., *A better approach to medical malpractice claims? The University of Michigan experience*, *J Health Life Sci Law*, vol. 2, 2009, стр. 125-159; Sack, K., *Doctors say, 'I'm sorry' before see you in court*, *The New York Times*. 2008; доступно на: <http://www.nytimes.com/2008/05/18/us/18apology.html? r=0>, приступљено 9. ожујка 2016.

²³ Boothman, R., Blackwell, A., Campbell, D. Jr, Commiskey, E., Anderson, S., *нав. чланак*; Tabler, N., *нав. чланак*, у бил. 18.

²⁴ Sack, K., *нав. чланак*, у бил. 22.

²⁵ Kraman, S., Hamm, G., *Risk management: extreme honesty may be the best policy*, *Ann Intern Med.*, vol. 131, no. 12, 1999, стр. 963-967; Hobgood, C., Tamayo-Sarver, J., Weiner, B., *Patient race/ethnicity, age, gender and education are not related to preference for or response to disclosure*, *Qual Saf Health Care*, vol. 17, no. 1, 2008, стр. 65-70.

лијечнике, а што је основна баријера његовог давања.²⁶ У студијама се дапаче наводи да многи пацијенти који су поднијели тужбе, су то учинили у жељи да схвате што им се догодило и да за убудуће спријече такве и сличне озљезде других.²⁷

Међутим, због недостатка изобразбе лијечника о понашању у случају да се догоди медицинска погрешка и начину давања објашњења многе могућности за остварење истог буду пропуштене.²⁸ Оно што је стога потребно, је укључити то као стандардни дио изобразбе студената медицине.²⁹

3.2. Арбитража

Арбитража је провођење суђења пред арбитражним судом, који је недржавно правосудно тијело. Арбитражни суд своје овлаштење за суђење црпи из споразума странака, а састављен је од једне или више особа о чијем су се избору странке такођер споразумијеле. Арбитражном суду странке добровољно повјеравају доношење мериторне одлуке о спору – праворијека. Праворијек има снагу правомоћне судске пресуде, осим ако се странке изричито споразуме да се може побијати пред арбитражним судом вишег ступња.³⁰

Арбитража је најсличнија поступку пред судом будући да се у њој такођер проводи суђење, али је сам поступак мање формалан и комплексан од судског. За разлику од поступка пред редовним судом, код арбитраже странке, као што је речено, добровољно и темељем споразума одређују тко ће им судити.³¹

У арбитражном поступку се рјешавање спора може повјерити једној особи, арбитрау појединцу, или арбитражном вијећу, које у правилу чине три особе. Те особе бирају странке на начин да свака од њих бира једног арбитра, а они затим бирају председника вијећа. Арбитража је због те своје аутономне димензије, могућности да странке бирају арбитра који ће ријешити само њихов предмет, све привлачније средство рјешавања спорова на све више правних подручја.³² Уз то,

²⁶ Robbennolt, J., *Apologies and medical error*, Clin Orthop Relat Res., vol. 467, no. 2, 2009, стр. 376-382; Mazor, K., Simon, S., Yood R., et al., *Health plan members' views about disclosure of medical errors*, Ann Intern Med., vol. 140, no. 6, 2004, стр. 409-418.

²⁷ Robbennolt, J., *нав. чланак*.

²⁸ Rosner, F., Berger, J., Kark, P., Potash, J., Bennett, A., *Disclosure and prevention of medical errors. Committee on bioethical issues of the medical society of the state of New York*, Arch Intern Med., vol. 160, no. 14, 2000, стр. 2089-2092.

²⁹ Straumanis, J., *Disclosure of medical error: is it worth the risk?*, Pediatr Crit Care Med., vol. 8, (2 suppl.), 2007, стр. 38-43.

³⁰ Трива, С., Дика, М., *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 2004, стр. 851.

³¹ О арбитражном поступку в. више у: Трива, С., Узелац, А., *Хрватско арбитражно право*, Загреб, 2007.

³² О арбитрабилности различитих врста спорова в. Кнол Радоја, К., *Сврсисходност арбитрабилности обитељскоправних спорова с посебним*

странке за арбитре могу изабрати врхунске стручњаке с одређеног правног подручја. С обзиром на то, будући да су арбитри стручњаци у подручју у којем је спор настао, не троши се вријеме које је суцима потребно да се упознају с проблематиком и техничким аспектима комплицираних случајева.

Предност арбитражног поступка прије свега огледа се у томе што у њему арбитар углавном рјешава само предмет који му је повјерен, а не њих неколико стотина попут државног суца. Што се тиче брзине рјешавања спора, оно што је у судском поступку пресуда, у арбитражи је праворијек који странке обвезује једнако као правомоћна судска пресуда. Жалба на праворијек у правилу није допуштена па је арбитражни поступак вишеструко краћи у успоредби с поступком пред судом. Наиме, осим ако су се странке изричито споразумјеле да се праворијек може побијати пред арбитражним судом вишег ступња, арбитражни је праворијек одмах правомоћан и овршан (чл. 31. Закона о арбитражи³³). Осим тога, арбитража је повјерљиве природе, па суђење неће бити јавно, осим ако странке друкчије не договоре.

Најчешћа бојазан која се јавља по питању упуштања у арбитражни поступак је страх од трошкова, међутим, иако се на први поглед чини скупљим од судског посатупка, арбитража се у коначници може показати и економичнијом јер нема трошкова жалбеног и ревизијског поступка.³⁴

У контексту медицинских спорова, арбитражни поступци вођени од стране медицински информираних арбитра, несумњиво би убрзали поступак, посебно јер се најчешће питање, на које треба бити одговорено, односи на то је ли лијечник прекршио своју дужност проводити своју клиничку процјену у складу с прихваћеном професионалном праксом. На значајно убрзање ових поступака свакако утјече и чињеница што у њима нема жалбеног поступка, међутим, то би с друге стране, могао управо бити и разлог због којег многи не би улазили у

нагласком на спорове произашле из развода брака, Правни вјесник, вол. 31, бр. 1, 2015, стр. 85-102; Maganić, A., *Arbitrability in non-contentious matters*, Croatian Arbitration Yearbook, бр. 15, 2008, стр. 111-145; Чулиновић-Херц, Е., *Арбитрабилност спорова из нелојалне утакмице*, Право у господарству, 35/3-4, 1995, стр. 382-395; Чулиновић-Херц, Е., *Арбитражно рјешавање спорова унутар трговачког друштва*, Право у господарству, 1/1999, стр. 43-72; Дика, М., Поточњак, Ж., *Арбитражно рјешавање радних спорова*, Право у господарству, 36/1, 1996, стр. 282-303; Дика, М., *Арбитражно рјешавање стечајних спорова у хрватском праву*, Право у господарству, 36/1, 1997, стр. 50-62.

³³ Закон о арбитражи, Народне новине, бр. 88/2001.

³⁴ Трошкови арбитражног поступка су на први поглед већи јер се финансира из онога што странке плате у облику предујма за покриће трошкова арбитраже. Награда која ће се исплатити арбитру овиси о вриједности спора, а у трошак још улазе уписна пристојба те административни и материјални трошкови поступка (В. Одлука о трошковима у поступцима арбитраже, Народне новине, бр. 142/11).

арбитражне поступке јер им се тиме практички онемогућава приступ суду, будући да је постојање арбитражног уговора негативна процесна претпоставка.³⁵

3.3. Мирење

Осим арбитраже, а последњих година и још популарнија метода алтернативног рјешавања спорова свакако је мирење. Мирење је сваки поступак, без обзира на то проводи ли се на суду, институцији за мирење или изван њих, у којем странке настоје споразумно ријешити спор уз помоћ једног или више измиритеља који странкама помажу постићи нагодбу, без овласти да им наметну обвезујуће рјешење, при чему се измиритељем сматра особа која на темељу споразума странака проводи наведени поступак мирења (чл. 3. Закона о мирењу³⁶).³⁷ Хрватски Закон о мирењу је ограничен на спорове имовинскоправне нарави, а посебно за грађанскоправне, трговачке и радне спорове, док спорови који нису имовинскоправне нарави нису њиме обухваћени.

Мирно рјешавање спорова у Републици Хрватској прихваћено је увелике под вањским утјецајем. Од еуропских рјешења, својим се значајем истичу двију препоруке из 2002. године, а то су Препорука о медијацији у грађанским и трговачким споровима Вијећа Европе³⁸ (даље: *Препорука Вијећа Европе*) и Зелена књига о алтернативном рјешавању спорова у грађанском и трговачком праву Еуропске комисије.³⁹ У преамбулу Препоруке Вијећа Европе препоруча се државама чланицама да у грађанским предметима, у свим одговарајућим случајевима, омогуће мирење, те да подзму све потребне мјере за provedбу основних начела ове Препоруке. Сукладно чл. 2. Препорука се односи на све предмете који укључују грађанска права и обвезе, укључујући трговачке,

³⁵ Негативне процесне претпоставке су оне претпоставке чије постојање спречава вођење парнице и доношење мериторне одлуке. В. Трива, С., Дика, М., *нав. дело* у бил. 30, стр. 29.

³⁶ Закон о мирењу, Народне новине, бр. 18/2011.

³⁷ Наведена дефиниција дефинира мирење у ужем смислу. У ширем смислу мирење би представљало сваку методу чији је циљ да странке у спору саме дођу до његова рјешења, без потребе за мериторном одлуком надлежног суда. У ширем смислу оно дакле обухваћа сваки облик извансудског мирног рјешавања спорова. В. Узелац, А., Арас, С., Маршић, М., Митровић, М., Каузларић Ж., Стојчевић, П., *Актуални трендови мирног рјешавања спорова у Хрватској: досези и ограничења*, Зборник Правног факултета у Загребу, вол. 60, бр. 3, 2010, стр. 1265-1308, стр. 1267.

³⁸ Препорука Вијећа Европе о мирењу у грађанским и трговачким предметима (R (2002) 10).

³⁹ Commission of the European Communities, Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, COM(2002)196 final, dostupno на: http://www.europa.eu.int/comm/off/green/indeks_en.htm, приступљено: 5. септембра 2014.

потрошачке и радне предмете. Као и у Препоруци, у Зеленој се књизи такођер истичу важности извансудског начина рјешавања спорова.

На разини Еуропске уније (даље: Унија, ЕУ), у травњу 2008. године усвојена је Директиву о мирењу, а која се такођер усредоточује на одређене аспекте мирења у грађанских и трговачким стварима. Сукладно чл. 1. циљ је ове Директиве олакшавање приступа алтернативном рјешавању спорова и промицање мирног рјешавања спорова потичући употребу мирења и осигуравајући уравнотежени однос између мирења и судских поступака прије свега у прекограничним споровима. Директива о мирењу указује на низ предности мирења попут прилагодљивости потребама странака, очување могућности сурадње међу странкама те смањења трошкова.

У Унији алтернативно рјешавање спорова, а при томе првенствено мирење, постаје свеprisутнија техника рјешавања бројних врста спорова па тако и оних везаних за пружање услуга. Директива Еуропског парламента и Вијећа број 123/2006 о услугама⁴⁰ (даље: Директива о услугама) у чл. 26. и 27. изричито прописује како извансудски начини рјешавања спорова морају бити доступни и транспарентни корисницима. Како ова Директива ипак искључује из своје примјене здравствене услуге, а све државе па тако и чланице Уније имају проблем растућег броја медицинских спорова, потреба за успоставом посебног система алтернативног рјешавања тих спорова више је него чита.

Два документа која се односе на мирење донијела је и Комисија Уједињених народа за међународно трговачко право (*UNCITRAL*), а то су Правила *UNCITRAL* о мирењу из 1980. те Модел закон о међународном трговачком мирењу из 2002. године, који је послужио Републици Хрватској Као узор при доношењу Закона о мирењу⁴¹ 2003. године.⁴²

Мирење је по својој природи у правилу добровољно⁴³ те се у литератури представља као привлачна алтернативна судском начину рјешавања спора које је, с друге стране, често непријатељски и дуготрајни процес парничења.⁴⁴ За разлику од арбитражног или судског поступка, у поступку мирења не може бити донесена одлука која није резултат споразума странака. Стога је, уз брзину и

⁴⁰ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market.

⁴¹ Закон о мирењу, Народне новине, бр. 163/03.

⁴² О доношењу Закона о мирењу (Народне новине, бр. 163/03), темељним међународним изворима и препорукама те успоредби с *UNCITRAL* Модел законом, в. више у: Узелац, А., *Закон о мирењу – коментарске биљешке*, Зборник: Мирење у грађанским, трговачким и радним споровима, Загреб, 2004, стр. 33-44.

⁴³ О добровољном и обвезном мирењу в. Кнол Радоја, К., *Обвезно мирење – осврт на рјешења из компаративног и хрватског права*, Правни вјесник, вол. 31, бр. 2, 2015, стр. 111-130.

⁴⁴ Masood, A., *Implied Compulsory Mediation*, Civil Justice Quarterly, vol. 31, 2012, стр. 151-175.

смањење трошкова, предност мирења и у оснаживању положаја странака, с обзиром да његов поступак и рјешавање захтијева изричити пристанак странака у спору. У судским поступцима странке предају контролу суду који тај поступак води и у њему доноси одлуку. Средишња предност мирења способност је преоријентирања странака једне према другој, а не наметање правила, при чему се странкама помаже постизање нове заједничке перцепције њихова односа.

Основна задаћа измиритеља је потицање међусобног повјерења и разумијевања које ће им омогућити рјешавање спора у складу с њиховим властитим, а не наметнутим, правилима.⁴⁵ Уз све то, није од малог значаја нити чињеница да је парница у правилу јавна, док је мирење повјерљиве природе. Преговори у поступку мирења се воде без дискриминације било које странке те их странке могу напустити у било којем стадију. Због тога, чак и ако странке не ријеше свој спор, односно не постигну споразум, њихов положај због тога неће бити лошији него је био прије мирења те и даље могу изабрати неку другу методу рјешавања спора или чак покренути или наставити поступак на суду.

4. Адекватност алтернативних начина рјешавања медицинских спорова

Корисно би било препознати како рјешавање медицинских спорова кориштењем неке од алтернативних метода указује на низ предности, а посебице стога што је флексибилно и прилагодљиво. Међутим, такођер је уочљив и низ карактеристика здравства које га чине мање примамљивим за такав начин рјешавања спорова до којих у њему може доћи.

Здравство је комплексан сустав у којем се располаже низом података од животне важности, а опет, с друге стране, ограниченим приступом информацијама. Комплексна природа овог сустава чини га тежим за разумијевање, како за његове судионике, тако и за особе које би такав сукоб требале разријешити. Друга посебна карактеристика здравства као друштвеног сустава је широка неједнакост моћи, знања и контроле. Неједнакост се очитује између пружатеља здравствених услуга и пацијената, али такођер је присутна и међу скупинама пружатеља услуга (лијечници, медицинске сестре и други), врсте услуга (примарне здравствене заштите у односу на специјалистичку скрб или куративног у односу на превентивног дјеловања) и слично.⁴⁶

Још једна значајка здравства су знатна одступања у вриједносним суставима различитих професионалних и непрофесионалних група које се нађу у суставу. Пацијенти и њихове обитељи ће на неки здравствени проблем гледати често на

⁴⁵ Fuller, L., *Mediation -Its Form and Functions*, South California Law Review, vol. 44, 1971, стр. 305.

⁴⁶ Morrison, G., Robson, R., *ADR in Healthcare: The Last Big ADR Frontier?* Доступно на: <http://www.mediate.com/articles/robmorr1.cfm>, приступљено: 3. ожујка 2016.

сасвим друкчији начин него лијечници. Проблеми који се појаве у пружању здравствене услуге, примјерице лијечничка погрешка, друкчије ће бити проматрани од стране лијечника, социјалних радника, фармацеута или правника, што његово рјешавање чини изразито комплексним због потребе за помирењем тих различитих поимања вриједности.

Узете заједно, те и друге значајке сличне нарави, стварају посебну ситуацију у којој је тешко или у најмању руку неуобичајено, пронаћи једноставан начин рјешавања сукоба између страна, а различити извори отпора су бројни. С обзиром на то, поставља се питање како ускладити комплексност једног таквог друштвеног сустава као што је здравство с потребом рјешавања сукоба на начин алтернативан судском. Прије свега, да би се наведено остварило потребно је располагати с адекватним професионалним кадром у сврху чега је нужна квалитетна изобразба и тренинг особа које би се бавиле пословима измирења сукоба произашлих из пружања здравствених услуга.

На добром путу је поступак обуке измиритеља у Републици Хрватској у којој да би нека особа постала измиритељем потребно је да претходно успјешно заврши основну обуку за измиритеље у трајању од најмање 40 сати.⁴⁷ Осим тога, сукладно Правилнику о регистру измиритеља и стандардима за акредитирање институција за мирене и измиритеља⁴⁸ за све измиритеље који су похађали основну обуку за измиритеље у трајању од најмање 40 сати, а који су регистрирани при Регистру измиритеља Министарства правосуђа Републике Хрватске прописана је и додатна обука у трајању од укупно 20 сати сваке двије године.

Тијеком основне обуке будући измиритељи се упознају с могућностима алтернативног рјешавања спорова, мирене и његовим основним начелима, циљевима и стиловима, разликама мирене с другима начинима рјешавања спорова, предностима мирене, правним оквиром мирене, суставом и структуром мирене, мирене у судовима и изван њих, теоријом и анализом конфликта и методама његовог рјешавања, улогом и особинама измиритеља као и других судионика у поступку мирене, стадијима поступка мирене, методама и техникама у поступку мирене те основним техникама преговарања, психолошким, емоционалним, филозофским и етичким аспектима мирене.⁴⁹ Циљ додатних обука измиритеља је допринијети увећању знања и вјештина које већ посједују.⁵⁰

⁴⁷ ХУМ, Хрватска удруга за мирене. Доступно на: <http://mirenje.hr/edukacija/osnovna-obuka-za-izmiritelje/>, приступљено: 3. ожујка 2016.

⁴⁸ Правилник о регистру измиритеља и стандардима за акредитирање институција за мирене и измиритеља, Народне новине бр. 59/11.

⁴⁹ ХУМ, *исто* у бил. 47.

⁵⁰ ХУМ, Хрватска удруга за мирене. Доступно на: <http://mirenje.hr/edukacija/dodatna-obuka-za-izmiritelje/>, приступљено: 3. ожујка 2016.

Иако корисне, ове обуке међутим не предвиђају уску специјализацију за одређена правна подручја и проблематику, што би *de lege ferenda* било корисно размотрити и у коначници уврстити у програме. Специјализација за одређено правно подручје била би посебно корисна за медицинске спорове баш због наведених комплексности и велике емоционалне набијености оваквих случајева. Посједовање основног медицинског знања и начела што произлазе из медицинске етике при томе би такођер било од изнимне важности због лакшег разумијевања одређеног медицинског проблема.

5. Закључак

Лијечничко занимање засигурно је једно од најхуманијих и најплеменитијих занимања. Када се човјеку поремети здравље, ремети се његово читаво функционирање па макар било ријеч и о најобичнијој прехлади. У том случају, најчешће се хрли лијечнику у нади и вјери да ће он тај проблем ријешити и вратити свакодневицу у нормалу. Неке проблеме, међутим, лијечници ипак неће моћи ријешити, а понекад се може догодити и да у пружању здравствене услуге, у правилу, ненамјерно, погријеше. Када се то догоди, треба имати на уму, да су и лијечници обични и погрешиви људи, а који само владају посебним знањима и способностима за која су се школовали.

Уколико се догоди погрешка у току лијечења, у налету бијеса и очаја, али и потребе да сазнају што се и зашто догодило неки ће, а данас је то све чешће, одлучити потражити правду на суду. Парница кроз коју тада обје стране пролазе, емоционално и финансијски исцрпљене, често ће бити дуготрајна, фрустрирајућа, скупа и, када је о крајњем исходу спора ријеч, потпуно неизвјесна и изван контроле странака.

Због свега наведеног, а посебно због емоционалне осјетљивости пацијената с једне стране и потребе очувања професионалног интегритета пружатеља медицинских услуга с друге стране, здравствени сустав је један од сустава којем је изузетно потребан алтернативни механизам рјешавања спорова.⁵¹

Сватко, па тако и пацијенти, у случају повреде права, жели правичну задовољштину због претрпљеног губитка, те као и туженици, здравствене установе или лијечници, што мање трошкове приликом остваривања истог те дискретно рјешавање спора без одуговлачења.

Притоме не треба заборавити да се негативне посљедице скривања истине о штетном догађају који се догодио приликом пружања здравствене услуге јављају на свим разинама. Оно што је потребно, за осигурање побољшања пружања здравствених услуга, као и опоравак у случају погрешке у пружању тих услуга, је осмислити и испитати организацијску изведивост и поузданост проширења

⁵¹ Turković, K., Roksandić Vidlička, S., Maršavelski, A., *Recommendation on alternative dispute resolution in medical liability in Council of Europe member states*, Book of Proceedings, 18. World Congress on Medical Law, Zagreb, 2010.

програма за унапријеђење и омогућавање веће разине транспарентности. Да би се у будућности што више добило у поступку тих програма потребно је идентифицирати које су то субјективне, а које објективне препреке које откривање истине о штетном догађају чине тежим за пацијенте и њихове обитељи, а исто тако и који су то чимбеници који то олакшавају.

Откривање истине и давање исприке често ће довести до смиривања тензија, а тиме уједно и смањења броја поднесених тужби. Међутим, треба узети у обзир да за бројне грешке које се догоде у лијечењу пацијенти никада нити не сазнају. Можда је то разлог због којег број медицинских спорова није још и већи. Стога остаје отворено питање, би ли број тужби због лијечничке погрешке порастао када би се повећао број откривених истина о грешкама.⁵² У пракси је евидентно да постоји стајалиште да би се такво што уистину догодило, будући да правници редовно савјетују лијечнике да не откривају своје погрешке.⁵³ Ипак, неки докази упућују на то да је обрнуто, тј. када пацијент сумња да је дошло до погрешке, неоткривање истине заправо повећава вјеројатност да ће пацијент потражити правни савјет.⁵⁴

Надаље, тијekom истраживања, уочено је да је и поступак арбитраже много мање формалан и сложен од судског поступка. Будући да је уклоњен низ процедуралних правила, редуцирана је и могућност њихове повреде. Међутим, иако и арбитражни поступак, као један од алтернативних начина рјешавања спорова, има низ предности у односу на поступак пред судом, нема ипак довољно доказа да би у њему донесена одлука у потпуности задовољила потребе странака. Наиме, арбитражна је одлука обвезујућа и углавном се може рећи да су странке с њом "заглавиле". Уласком у арбитражни поступак странке се одричу права на приступ суду и на судску одлуку. Без права на жалбу, арбитражни поступак носи потенцијални ризик подложности мишљења и предрасуда самих арбитра. Опћенито, то би вјеројатно била и највећа запрека арбитражног поступања у медицинским споровима. Осим тога, трошкови арбитраже већи су од трошкова мирења.

У поступку мирења одлука, за разлику од судске или арбитражне, не може бити донесена без споразума странака. Оне до рјешења свог спора долазе споразумно, без да итко други о томе одлучује. Странке у поступку мирења стога креирају властито рјешење спора па је искључена и неизвјесност у успјеху у спору. Странке су у поступку мирења равноправне те преговоре могу напустити у сваком тренутку. Нагодба склопљена у поступку мирења брже и уз знатно мање трошкове обнавља привремено поремећене односе.

⁵² Studdert, D., Mello, M., Gawande, A., Brennan, T., Wang, Y., *Disclosure of medical injury to patients: an improbable risk management strategy*, Health Aff., vol. 26, no. 1, 2007, стр. 215-226.

⁵³ Tabler, N., *нав. чланак у бил.* 18.; Hyman, D., *When and why lawyers are the problem*, Depaul Law Review, vol. 57, 2008, стр. 267-280.

⁵⁴ Наведено у фусноти 25.

На крају би се стога могло закључити да би се судски поступци требали користити као последње средство, само када су исцрпљена друга средства рјешавања спорова.⁵⁵ Оно што би било сврсисходније је успостава програма којима ће се судски поступци превенирати, а конфликти који ипак настану у поступку пружања здравствених услуга, да се примарно рјешавају извансудски мирним путем. У свези тога, било би потребно у уговоре о пружању здравствене услуге унапријед укључити клаузуле о мирењу.

*Katarina Knol Radoja Ph.D., Senior Assistant
Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek*

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN MEDICAL MALPRACTICE

Summary

In recent years the number of lawsuits against health care providers is increasing. Court proceedings are commonly difficult and time consuming but in medical disputes they are extremely emotionally and financially exhausting. Author of the article therefore argues that because of its promptness and reduced costs the introduction of alternative ways of resolving such disputes would be in the interest of the users of medical services as well as its providers. The aim of this paper was to analyze the alternative options to resolve such disputes and to determine which of these methods would be the most acceptable.

At the end author concludes that the court procedures should be used only as a last resort for resolving medical disputes and as a first informal measure proposes the establishment of programs focused on setting realistic expectations during the process of informed consent and transparent review procedures from hospital boards and committees along with providing explanations and apologies to the patient if adverse event occurred. Honest clarification of adverse event and apology will usually lead to a reduction of tensions and thus also to reduction of the number of filed lawsuits. The paper also analyzes the arbitration and mediation procedures as more formal methods than giving apology. Aforementioned are much faster and more flexible than court proceedings so they were evaluated as convenient methods of dispute resolution.

⁵⁵ Kessler, D., McClellan, M., *Do doctors practice defensive medicine?*, Q J Econ., 1996, vol. 111, стр. 353-390.

Key words: health care, medical error, medical disputes, alternative dispute resolution.

Литература

- Arber, A., Gallagher, A., Breaking bad news revisited: the push for negotiated disclosure and changing practice implications, *Int J Palliat Nurs*, vol. 9, no. 4, 2003.
- Билић, В., Алтернативно рјешавање спорова и парнични поступак, докторска дисертација, Загреб, 2008.
- Boothman, R., Blackwell, A., Campbell, D. Jr, Commiskey, E., Anderson, S., A better approach to medical malpractice claims? The University of Michigan experience, *J Health Life Sci Law*, vol. 2, 2009.
- Davis, P., R. Lay-Yee, J. F. P. Hider, R. Briant, S. Schug, Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does "No-Fault" Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?, *J Health Polit Policy Law*, vol. 27, 2002.
- Danzon, P. M., The swedish patient compensation system: myths and realities, *International Review of Law and Economics*, vol. 14., 1994.
- Дика, М., Поточњак, Ж., Арбитражно рјешавање радних спорова, *Право у gospodarству*, 36/1, 1996.
- Дика, М., Арбитражно рјешавање стечајних спорова у хрватском праву, *Право у gospodarству*, 36/1, 1997.
- Kessler D., McClellan M., Do doctors practice defensive medicine?, *Q J Econ*, 1996, vol. 111.
- Кларић, П., Одштетно право, Загреб, 2003.
- Кнол Радоја, К., Обвезно мирeње – осврт на рјешења из компаративног и хрватског права, *Правни вјесник*, вол. 31, бр. 2./2015.
- Кнол Радоја, К., Сврсиходност арбитрабилности обитељскоправних спорова с посебним нагласком на спорове произашле из развода брака, *Правни вјесник*, вол. 31, бр. 1/2015.
- Kraman, S., Hamm, G., Risk management: extreme honesty may be the best policy, *Ann Intern Med*, vol. 131, no. 12, 1999.
- Maganić, A., Arbitrability in non-contentious matters, *Croatian Arbitration Yearbook*, br. 15, 2008.
- Mazor, K., Simon, S., Yood, R., et al., Health plan members' views about disclosure of medical errors, *Ann Intern Med*, vol. 140, no. 6, 2004.
- Masood, A., Implied Compulsory Mediation, *Civil Justice Quarterly*, vol. 31, 2012.
- McDonnell W., Guenther E., Narrative review: do state laws make it easier to say "I'm sorry?", *Ann Intern Med*, vol. 149, no. 11/2008.
- Morrison, G., Robson, R., ADR in Healthcare: The Last Big ADR Frontier? Доступно на: <http://www.mediate.com/articles/robmorr1.cfm>, приступљено: 3. ожујка 2016.
- Robbennolt, J., Apologies and medical error, *Clin Orthop Relat Res.*, vol. 467, no. 2/2009.

- Rosner, F., Berger, J., Kark, P., Potash, J., Bennett, A., Disclosure and prevention of medical errors. Committee on bioethical issues of the medical society of the state of New York, Arch Intern Med, vol. 160, no. 14/2000.
- Sack, K., Doctors say, 'I'm sorry' before see you in court, The New York Times. 2008.; доступно на: http://www.nytimes.com/2008/05/18/us/18apology.html?_r=0, приступљено 9. ожујка 2016.
- Straumanis, J., Disclosure of medical error: is it worth the risk?, Pediatr Crit Care Med., vol. 8. (2 suppl.), 2007.
- Studdert ,D., Mello, M., Gawande, A., Brennan, T., Wang, Y., Disclosure of medical injury to patients: an improbable risk management strategy, Health Aff, vol. 26, no. 1/2007.
- Tabler N., Should physicians apologize for medical errors?, The Health Lawyer, vol. 19, 2007.
- Трива, С., Дика, М., Грађанско парнично процесно право, Загреб, 2004.
- Трива, С., Узелац, А., Хрватско арбитражно право, Загреб, 2007.
- Turković, K., Roksandić Vidlička, S., Maršavelski, A., Recommendation on alternative dispute resolution in medical liability in Council of Europe member states, Book of Proceedings, 18. World Congres on Medical Law, Zgareb, 2010.
- Узелац, А., Арас, С., Маршић, М., Митровић, М., Каузларић Ж., Стојчевић, П., Актуални трендови мирног рјешавања спорова у Хрватској: досези и ограничења, Зборник Правног факултета у Загребу, вол. 60, бр. 3/2010.
- Узелац, А., Закон о мирењу – коментарске биљешке, Зборник: Мирење у грађанским, трговачким и радним споровима, Загреб, 2004.
- Fuller, L., Mediation -Its Form and Functions, South California Law Review, vol. 44., 1971.
- Hobgood, C., Tamayo-Sarver, J., Weiner, B., Patient race/ethnicity, age, gender and education are not related to preference for or response to disclosure, Qual Saf Health Care, vol. 17., no. 1., 2008.
- Human, D., When and why lawyers are the problem, Depaul Law Review, vol. 57, 2008.
- Cravens, C., Earp, J., Disclosure and apology: patient-centered approaches to the public health problem of medical error, N C Med J., vol. 70. no. 2., 2009., str. 140 – 146..
- Чулиновић-Херц, Е., Арбитрабилност спорова из нелојалне утакмице, Право у господарству, 35/3 4, 1995.
- Чулиновић-Херц, Е., Арбитражно рјешавање спорова унутар трговачког друштва, Право у господарству, 1/1999.
- Извори:**
- Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market.
- Еуропска конвенција за заштиту људских права и темелних слобода, Народне новине, Међународни уговори, бр. 18/1997, 6/1999, 14/2002, 13/2003, 9/2005, 1/2006, 2/2010.
- Закон о здравственој заштити, Народне новине 150/2008, 155/2009, 71/2010, 139/2010, 22/2011, 84/2011, 154/2011, 12/2012, 35/2012, 70/2012, 144/2012, 82/2013, 159/2013, 22/2014, 154/2014.
- Закон о лијечништву, Народне новине 121/2003, 117/2008.
- Закон о мирењу, Народне новине, бр. 163/2003.
- Како до одштете у случајевима лијечничке погрешке, Народни лист, доступно на: <http://www.narodni-list.hr/posts/47875001>, приступљено: 20. сижечња 2016.
- Одлука о трошковима у поступцима арбитраже, Народне новине, бр. 142/2011.
- Правилник о регистру измиритеља и стандардима за акредитирање институција за мирење и измиритеља, Народне новине бр. 59/11.

Зборник радова „Услуге и заштита корисника“, Крагујевац, 2016.

- Препорука Вијећа Еуропе о мирењу у грађанским и трговачким предметима (R (2002) 10).
- Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, Application no. 42527/98, од 12. септембра 2001. године.
- Стратегија реформе правосудја за раздобље од 2013. до 2018. године, Народне новине бр. 144/12.
- Устав Републике Хрватске, Народне новине бр. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.
- ХУМ, Хрватска удруга за мирење. Доступно на: <http://mirenje.hr/edukacija/osnovna-obuka-za-izmiritelje/>, приступљено: 3. ожујка 2016.
- ХУМ, Хрватска удруга за мирење. Доступно на: <http://mirenje.hr/edukacija/dodatna-obuka-za-izmiritelje/>, приступљено: 3. ожујка 2016.
- Commission of the European Communities, Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, COM(2002)196 final, dostupno na: http://www.europa.eu.int/comm/off/green/index_en.htm, приступљено: 5. септембра 2014.

Тамара Ђурђић-Милошевић, асистент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 616-089.844:347.4

ПРОФЕСИОНАЛНА ОДГОВОРНОСТ ЕСТЕТСКОГ ХИРУРГА КАО ПРУЖАОЦА УСЛУГА*

Резиме

Услуге естетске хирургије данас су веома заступљене у правном промету и скопчане су са великим ризиком од настанка штете по здравље пацијента, због чега је одговорност естетских хирурга актуелизована и посматра се како са етичког и моралног, тако и са правног аспекта. Основно питање је да ли се предузимање неиндикованих медицинских радњи може темељити на праву пацијента на самоодређење које се манифестује кроз пристапак обавештеног пацијента на конкретну медицинску меру? Због специфичности односа који се заснива између естетског хирурга као пружаоца услуга и пацијента као корисника, намеће се и потреба квалификовања овог правног односа, а све у циљу дефинисања природе и домаћаја одговорности оператора.

Кључне речи: услуге естетске хирургије, право пацијента на самоодређење, право пацијента на обавештење, облигација циља, облигација средства, професионална одговорност.

1. Увод

Естетска хирургија представља релативно нову грану медицине, односно опште хирургије, која добија све значајније место у правном промету, с обзиром на заступљеност естетских хирушких интервенција у савременом друштву.

Када говоримо о козметичким хирушким интервенцијама, у периоду зачетка ове гране хирургије, постављало се, најпре, питање да ли је овај вид медицинских услуга у складу са медицинском етиком и стандардима медицине, јавним поретком и добрим пословним обичајима, те елементарним људским правима?

С обзиром да је основни циљ естетске хирургије „улепшавање“ пацијента, као корисника услуга, ова медицинска мера најпре је сматрана противправном,

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

јер је по мишљењу правне доктрине, била неусклађена са медицинским стандардима, и самим тим подразумевала лекарску грешку. Данас је овакав став превазиђен и сматра се да је улепшавање човековог спољњег изгледа у функцији побољшања његовог квалитета живота и за човеково опште добро.

Естетску хирургију, неспорно, карактерише велики ризик од наступања штетних последица по пацијентово здравље, па су парнице поводом неуспелих естетских операција све учесталије свуда у свету (и код нас), те питање правне одговорности естетских хирурга за проузроковану штету добија на значају. Који је основ његове одговорности, каква је њена правна природа и домаћај, нека су од питања на која ћемо покушати да одговоримо у даљој анализи.

2. Правна квалификација уговора о пружању услуга естетске операције

Да би се уопште дошло до одговора на покренута питања у вези одговорности естетског хирурга као пружаоца услуга, полазну тачку представља појмовно одређење уговора о естетској операцији. Хирушке козметичке интервенције представљају неиндиковани, корективни хирушки захват у тело који се правда претходним пристанком пацијента на хирушку интервенцију. Циљ оваквог медицинског поступка није лечење конкретног обољења болесног пацијента, већ улепшавање пацијента који је заправо доброг здравственог стања, због чега се овај захват у правној теорији означава и као „операција ради лепоте“.¹

Реч је дакле о нетерапијској медицинској мери која се предузима из естетских разлога и коју треба разликовати од типичног (терапијског) медицинског захвата чији је крајњи циљ излечење. Отуда, за квалификацију неког захвата као хирушког, релевантан је мотив пацијента који га је определио да затражи естетску интервенцију. Ако је тај мотив улепшавање физичког изгледа пацијента, онда је неспорно реч о нетерапијском медицинском захвату. Међутим, уколико се пацијент одлучио на неки естетски хирушки захват из психичких разлога, онда је тачку разграничења између терапијског и нетерапијског захвата тешко дефинисати, јер врло често и естетски хирушки захват утиче на побољшање психичког здравља, те самим тим има и терапеутску сврху.²

Дакле, у савременом праву заузет је став да се естетска операција као неиндикована медицинска мера мора посматрати у контексту човековог права на самоопредељење у односу на своје тело, те претходни пристанак на ову медицинску интервенцију правда њено предузимање.³ Међутим, у правној

¹ Радишић, Ј., *Естетска операција и грађанска одговорност оператора*, *Анали*, бр. 2/2012, стр. 9.

² Исто, стр. 7.

³ Исто.

теорији се поставља питање у каквом односу стоје право на самоопредељење као једно од основних људских права и медицинска индикација која се наводи као предуслов легитимности сваке медицинске мере?⁴

Медицинска индикација заправо се дефинише као разуман разлог који правда предузимање неке медицинске мере и циљ чијем остварењу је та мера усмерена, а који је првенствено у интересу човековог (пацијентовог) здравља.⁵ То значи да су границе индикације одређене објективним и субјективним факторима пацијента.⁶ Објективни фактори подразумевају постављање дијагнозе и прогнозе у случају предузимања, као и у случају изостанка конкретне медицинске мере, те у том смислу неопходно је да постоји однос сразмере између тежине и ризика предложене интервенције и изгледа за успех.⁷ Субјективни фактори се односе на способност пацијента да поднесе конкретну интервенцију с обзиром на сопствено здравствено стање и шансе за успешност захвата.⁸

Овде се намеће питање да ли пацијентов пристанак на хирушку операцију као израз његовог права на самоопредељење представља, на неки начин, антиципирано искључење одговорности лекара-хирурга, с обзиром да је реч о нетерапијској мери која је истовремено и неиндикована?

Правило је да код терапеутских захвата медицинска индикација представља услов њихове пуноважности, а пацијентов пристанак на захват у сопствено тело чини сам захват легитимним.⁹ Изузетно, када је реч о нетерапеутским медицинским мерама као што је нпр. козметичка операција, пристанак пацијента има примат над медицинском индикацијом, што значи да правило *Volent non fit iniuria*¹⁰ у овој сфери медицине налази своју потпуну примену. Међутим, то не значи да је одговорност лекара искључена. Он ће бити дужан да поступа према правилима струке и са потребном пажњом, у супротном, биће одговоран за штету проузроковану пацијенту.

Када је реч о пружању услуга естетске операције, овај уговор није посебно правно регулисан, нити у упоредном праву, нити у у европском законодавству, те не представља посебан, именовани уговор, већ се подводи под неке већ постојеће категорије уговора (уговор о служби, уговор о делу, уговора о налогу,

⁴ Види Радишић, Ј., *Правна квалификација медицински неиндикованог хирушког захвата обављеног на инсистирање пацијента*, Зборник радова правног факултета у Нишу, 2014.

⁵ *Исто*, стр. 14.

⁶ Bunte, H., *Grenzen der chirurgischen Indikation*, *Medizinrecht* (1985), стр. 20 (наведено према Радишић, Ј., *Првна квалификација ...*

⁷ Види Laufs, A., Uhlenbruck, W., *Handbuch des Arztrechts*. 3. Auflage. München, 2002, Verlag C.H. Beck, стр.454.

⁸ Радишић, Ј., *Првна квалификација...*, стр. 15.

⁹ *Исто*, стр. 18.

¹⁰ „Оном ко пристаје, не чини се неправда“.

уговор *sui generis*).¹¹ У немачком и аустријском праву уговор о естетској операцији сматра уговором о служби којим се уговара испуњење обавезе, али не и постизање одређеног резултата.¹² У нашем праву се овај уговор подводи под уговор о делу, с обзиром да по дефиницији овај уговор обухвата и сам рад, и резултат рада.¹³

То значи да естетски хирург не преузима одговорност за успешност операције у складу са пацијентовим очекивањима, већ се једино обавезује да ће уговорени медицински захват предузети у складу са правилима медицинске струке. То даље значи да он не преузима одговорност за нежељене штетне последице које евентуално могу наступити као последица обављене операције, и које заправо представљају могући ризик са којим је скопчан такав вид инетервенције. У том смислу, уколико би негативне последице овог захвата и штета по пацијентово здравље били већи од користи која се њиме постиже, такав хирушки захват био би правно недопуштен.¹⁴

Из претходне анализе сам по себи се намеће закључак да је обавеза естетског хирурга као пружаоца услуга, по својој правној природи, облигација средства, а не облигација циља.¹⁵ Међутим, уколико је естетски хирург унапред гарантовао пацијенту одређени резултат, онда ће у том случају он бити одговоран за непостизање уговореног циља операције. Дакле, није довољно само поступање *lege artis*, већ и остваривање договореног резултата путем операције. У том случају обавеза естетског хирурга постаје облигацији циља, а не облигацији средства. Овакав став се правда чињеницом да је реч о неиндикуваном медицинском захвату који се изводи на захтев самог пацијента, где је и степен неизвесности у погледу успешности захвата и могућих штетних последица знатно нижи.¹⁶

Слично је и у америчком праву. Наиме, поред општег уговора о пружању медицинских услуга (*implied contract*), лекар и пацијент могу закључити посебан уговор (*expres contract*) којим се лекар обавезује на одређени резултат, када одговара без обзира на кривицу.¹⁷

¹¹ Katzenmei, Z., *Artzhaftung*, Tübingen, 2002, стр. 100, (наведено према Радишић, Ј., *Естетска операција ...*, стр. 9).

¹² Laufs, W. A., Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, стр. 2, 27

¹³ Чл. 600. Закона о облигационим односима Републике Србије, (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89-одлука УСЈ и 57/89, Сл.лист СРЈ 31/93 и Сл.лист СЦГ 1/2003 – Уставна повеља).

¹⁴ Радишић, Ј., *Естетска операција ...*, стр. 9.

¹⁵ Deutsch, E., Spickhoff, A., *Medizinrecht*, Berlin-Heidelberg, 2008, стр. 74, наведено према Радишић, Ј., *Естетска операција...*, стр. 10.

¹⁶ Иванчић-Качер, Б., *Облигација средства и циља код пружања услуга естетске хирургије*, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013, стр. 754.

¹⁷ Радишић, Ј., *Одговорност медицинских посленика*, Правни живот, бр. 9-10/1992, стр. 1765.

3. Обавеза обавештавања пацијента

Наспрам права пацијента да одлучи о томе шта ће бити учињено са његовим телом (*voluntas aegroti*), стоји добробит пацијентова (*salus aegroti*), и ова два циља могу бити међусобно супростављена.¹⁸ Опсег обавештења зависи од тога којој вредности од поменутих се у једном правном систему придаје већи правни значај. У појединим правним системима, предност се даје добробити пацијента (нпр. аустријском), а у другим, праву на самоопредељење (Немачка, Швајцарска).¹⁹

Када је реч о козметичкој операцији, с обзиром да је у питању медицински неиндиковани захват, аутономија воље пацијента има примат. Пацијент по својој слободној вољи може одлучити да пристане или не пристане на одређену медицинску меру, што заправо представља садржину права на самоопредељење у односу на своје тело.²⁰

Право на обавештење сматра се саставним делом лечења, пре свега, када је реч о терапијском обавештавању пацијента (обавештавање ради сигурности пацијента).²¹ Међутим, обавештење пацијента претпоставка је његовог пуноважног пристанка на сваку медицинску интервенцију, па и неиндиковану.²² Она има своје правно утемељење, пре свега, у уставом прокламованом праву сваког човека на самоопредељење, те се повредом овог права задире у сферу човекових личних права.²³ Дужност обавештења произилази из опште забране проузроковања штете другоме²⁴, али и уговорног односа који се заснива између лекара и пацијента закључењем уговора у пружању медицинских услуга.²⁵

Садржина и домашај обавештења, свакако, зависе од врсте медицинске интервенције у питању, од самог пацијента, као и циља који се информисањем жели постићи. Домашај обавештења начелно се одређује према критеријуму „разборитог пацијента“ што значи да би требало да садржи све информације којима би „разборит“ пацијент додао значај приликом доношења одлуке о

¹⁸ Клајн-Татић, В., *Питања која покреће доктрина о информисаном пристанку пацијента на медицинску интервенцију*, Архив, 4/1994, стр. 606.

¹⁹ Holzner, W., *Die Haftung des Arztes im Zivilrecht*, у: „Die Haftung des Arztes im zivilrecht- und strafrechtlicher Sicht unnter Einschluss des Arzneimittelrechts“, Graz, 1983, стр. 88.

²⁰ Чл. 17. Закона о здравственој заштити („Сл. Гласник РС“, бр. 107/2005, 72/2009 – др. Закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013-др. Закон, 93/2014, 96/2015, 106/2015).

²¹ Клајн-Татић, В., *нав. чланак*, стр. 608.

²² Радишић, Ј., *Медицинско право*, Београд, 2004, стр. 80.

²³ „Физички и психички интегритет је неповредив“, чл. 25. Устава Републике Србије.

²⁴ Чл. 16. ЗОО.

²⁵ Ђурђевић, Н., *Одговорност лекара због необавештења пацијента*, Правни живот, бр. 9-10/1992, стр. 1775.

пристанку на интервенцију у конкретном случају.²⁶ Међутим, лекар не може унапред претпоставити да се ради о разборитом пацијенту, већ обавештење мора прилогодити конкретном пацијенту у зависности од његових способности да прими информације, као и степена знања и интелектуалне ширине.²⁷ Због тога је дужност обавештења пацијента значајна не само са медицинског и етичког аспекта, већ представља и правно питање, те је у случају спора, суд дужан утврдити у сваком конкретном случају да ли је лекар поступао у складу са прописаним стандардом пажње.²⁸

У правној теорији је заступљено мишљење да је дужност обавештења обрнуто пропорционална нужности медицинске интервенције. Наиме, што је захват нужнији, то је обавештење сажетије, и обрнуто.²⁹ Отуда произилази да је код неиндикованих медицинских захвата, као што су козметичке операције, неопходно опсежније обавештење пацијента као корисника ових услуга. Код ових медицинских услуга се обављање дужности обавештавања пацијента од стране оператора много чешће доводи у питање него стручност извођења самог захвата. У том смислу, обавезу адекватног обавештења пацијента још рестриктивније треба тумачити када је реч о естетским операцијама, управо због специфичности самог захвата у тело човеково, који се не правда постојањем индикације, већ претходним пристанком пацијента.³⁰ Реч је о врсти обавештења које се у правној теорији означава као „обавештење ради самоодређења“.³¹

Обавештење о планираној операцији и могућим ризицима мора бити потпуно и детаљно, много прецизније и детаљније него код терапијске медицинске мере. С тога би требало да обухвата све чињенице релевантне за доношење одлуке пацијента о подвргавању козметичкој операцији (информације о дијагнози, току операције и ризицима и штетним последицама које та операција може изазвати).

Када је реч о дијагнози, њу је тешко поставити пошто је реч о неиндикованој медицинској мери, те се ова обавеза своди на обавештење о здравственом стању пацијента, с обзиром на врсту планиране пластичне операције.

Обавеза обавештења о току операције обухвата: спровођење саме операције, алтернативне методе и изгледе за успех.³² Изгледи за успех су веома важни за

²⁶ Ђурђевић, Н., *Обавеза лекара да обавести пацијента о ризицима медицинске интервенције*, Правни живот, бр. 11-12/1993, стр. 2066, 2067.

²⁷ Исто.

²⁸ Клајн-Татић, В., *Пристанак обавештеног пацијента на медицинску интервенцију*“, Билтен Југословенског удружења за медицинско право“, 2001, бр.9. стр.17.

²⁹ Kleinewefers, H., *Aufklärungspflicht des Arztes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Versicherungsrecht, бр. 2/1962, стр. 197-205; наведено према: Ђурђевић, Н., *Одговорност лекара...*, стр. 1775.

³⁰ „Естетска операција као нетерапијска мера зависи искључиво од воље оног ког се тиче“, Радишић, Ј., *Естетска операција...*, стр. 12.

³¹ Исто, стр. 9.

³² Исто, стр. 13.

одлуку пацијента да пристане на одређену пластичну операцију. Он мора имати јасну представу о побољшањима на његовом телу којима може резултирати операција, као и о евентуалним погоршањима, ризицима и могућности неуспеха интервенције, и према тим сазнањима донети одлуку за и ли против конкретне хирушке интервенције.³³

Најзначајнији елемент садржине обавештења поред саопштавања изгледа за успех операције, јесу информације о могућим ризицима, здравственим и естетским, са којима је операција скопчана. Пацијент од свог лекара мора добити све неопходне информације како би могао да одмери однос штетних и корисних ефеката планираног захвата. Поред информисаности пацијента о општим ризицима са којима је скопчана свака медицинска интервенција и за које се претпоставља да су познати пацијенту, оператор је дужан да пацијента обавести о свим специјалним (типичним као и атипичним) ризицима карактеристичним за конкретну операцију.³⁴

У случају неиспуњења обавезе обавештења, или пак непотпуног обавештења о планираној операцији, сматраће се да је оператор противправно поступио (и извршио тзв. самовољну операцију). Он ће бити одговоран за штету проузроковану пацијенту, како материјалну тако и нематеријалну, као што је случај код непуноважног пристанка пацијента на терапијску медицинску меру.³⁵

Једна од основних претпоставки грађанске одговорности оператора је и постојање узрочне везе између неиспуњења обавезе обавештења или непотпуног обавештења пацијента и проузроковане му штете. Важно је да је штета настала као последица пропуста у обавештењу и да се заправо остварио ризик о којем пацијент није био обавештен.³⁶ Зато се може изједначити правни значај преузимања медицинског захвата са значајем обавезе обавештавања која, нарочито код естетске операције, заузима централно место, те се не може сматрати периферном обавезом.³⁷

Терет доказивања пуноважности пристанка пацијента на операцију и прописаног обавештавања је на естетском хирургу. При том, уколико је претходно обавештење пацијента изостало, без обзира што је лекар поступио у складу са правилима струке, сматраће се да је његов поступак противправан.

Када је реч о нашем праву, *Закон о здравственој заштити РС* не прописује засебно обавезу обавештења коју је естетски хирург дужан да обави, већ се примењују општа правила којима се регулише обавеза обавештења код

³³ Пресуда Немачког Савезног суда, 6.11.1990, у: *Medizinrecht*, 2/1991, стр. 155.

³⁴ „Оцена ризика као општег или специјалног условљена је физичким стањем пацијента“, Радишић, Ј., *Естетска операција ...*, стр. 16.

³⁵ Чл. 32. ст.2. *Закон о здравственој заштити*.

³⁶ Радишић, Ј., *Естетска операција ...*, стр. 18.

³⁷ Ако је лекар без претходног обавештења извршио захват, а ризик због којег је обавештење било потребно се остварио, у том случај лекар је дужан да пацијенту плати накнаду за пуну штету. (Erwin DEUTSCH, *Medizinrecht/ Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht*, Berlin 1997, 185).

обављања индикованог медицинског захвата.³⁸ То се правда карактером саме естетске операције, којом се као сваком другом медицинском мером чини захват у тело човеково, и задире у његов психички и физички интегритет.³⁹

4. Правна природа одговорности естетског хирурга

На питање дефинисања природе облигације естетског хирурга надовезује се питање врсте његове одговорности, да ли он одговара објективно, без обзира на кривицу или пак субјективно, по основу кривице? Када говоримо о професионалној одговорности лекара, уопштено, реч је о субјективној грађанској одговорности која подразумева обавезу лекара да пружи објективно потребну пажњу с обзиром на конкретне околности.⁴⁰ Дакле, потребна пажња предуслов је легитимности извођења сваке медицинске мере, те се и код обављања козметичке операције захтева понашање у складу са одговарајућим стандардом пажње-пажње доброг стручњака.

Међутим, и код пружања медицинских услуга има места објективној одговорности, уколико она настаје као последица коришћења одређених медицинских апарата, који се у извесном смислу могу сматрати опасном ствари.⁴¹ Нарочито је у сфери пружања услуга естетске хирургије доминатна употреба различитих медицинских уређаја у извођењу оперативних захвата, као често убризгавање различитих супстанци или уграђивање уметака у тело пацијента, које се може сматрати опасном делатношћу, уколико уметнуте ствари дефинишемо као опасна ствар.

Законска је претпоставка да штета настала у вези са опасном ствари или приликом обављања опасне делатности потиче управо од те ствари, односно делатности, осим уколико се не докаже да оне нису биле узрок штете.⁴² Самим тим и одговорност естетског хирурга бива објективизирана, и он одговара без обзира на кривицу. Због тога је осигурање лекара од професионалне одговорности постало императив у пружању медицинских услуга.

Овде се поставља као кључно питање да ли се успешност естетске операције подразумева, или је неопходна изричита гаранција успеха од стране самог хирурга, те да ли у том случају лекарево обећање успеха операције подразумева и преузимање одговорности за евентуални неуспех?

³⁸ Чл. 31. Закона о здравственој заштити.

³⁹ Радишић, Ј., *Естетска операција ...*, стр. 18.

⁴⁰ Ђурђић-Милошевић, Т., *Лекарска грешка и професионална одговорност*, Зборник: Услужни послови, Крагујевац, 2014, стр. 703–715.

⁴¹ Иванчић-Качер, Б., *Облигација средства и циља код пружања услуга естетске хирургије*, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013, стр. 747.

⁴² Чл. 173. Закона о облигационим односима Републике Србије, (Сл. лист СФРЈ, бр.29/78, 39/85, 45/89-одлука УСЈ и 57/89, Сл.лист СРЈ 31/93 и Сл.лист СЦГ 1/2003 – Уставна повеља).

Обећање лекара у погледу успешности операције треба рестриктивно тумачити. Наиме, неки правни теоретичари заступају становиште да обећање успешности значи и гаранцију само код једноставнијих оперативних захвата који нису скопчани са већим ризиком (нпр. одстрањивање флека са лица), док комплексније хирушке интервенције захтевају изричито јемство за успешност.⁴³ Овакво становиште има утемељење у природи облигације, која се сматра облигацијом средства, а не циља.

5. Искључење одговорности естетског хирурга

Питање могућности искључења одговорности медицинских посленика постало је предмет правних полемика, посебно имајући у виду заступљеност ових клаузула код потрошачких уговора, схваћених у најширем смислу, као и чињеницу да се пацијент такође налази у позицији потрошача.

Иако се пацијент појављује у улози корисника услуга и представља уговорну страну у заснованом правном односу, однос са лекаром као другом уговорном страном карактерише низ специфичности условљених природом услуге која се пружа. Док привредна делатност има за предмет промет имовинских добара, медицинске услуге усмерене су ка највреднијим човековим добрима као што су живот и здравље.⁴⁴

Наиме, однос пацијент-лекар као уговором заснован правни однос је истовремено лични однос, однос поверења у којем пацијент има подређен положај по природи ствари, те би уговарање оваквих клаузула о искључењу одговорности било неприхватљиво са становишта права, посебно имајући у виду природу добара које се промећу. Док привредна делатност има за предмет промет имовинских добара, медицинске услуге су усмерене ка највреднијим човековим добрима као што су живот и здравље.⁴⁵ Из тог разлога, клаузуле о искључењу одговорности лекара биле би директно супростављене, пре свега, добрим обичајима, као и јавном поретку и начелу савесности и поштења.⁴⁶ Због тога се у правило облигационог права о антиципираном искључењу грађанске одговорности за обичну непажњу сматра неприменљивим у сфери пружања медицинских услуга.

Овакво становиште потврђено је у европском законодавству доношењем Смерница о неправичним одредбама у потрошачким уговорима (АПРИЈ, 1993).⁴⁷ Овом смерницом забрањује се искључење као и ограничавање

⁴³ Lorz, C., *Arzthaftung bei Schönheitsoperationen*, Duncker und Humboldt, Berlin, 2007, стр. 95.

⁴⁴ Радишић, Ј., *Првна квалификација ...*, стр. 21.

⁴⁵ Исто.

⁴⁶ Види Laufs, A., Uhlenbruck, W., *Handbuch des Arztrechts*. 3. Auflage. München, 2002, Verlag C.H. Beck, стр. 927.

⁴⁷ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013>, април, 2016.

одговорности за штету проузроковану због уништења живота, повреде здравља и тела човека.

И домаће законодавство је усклађено са смерницама Европске Уније па је Законом о здравственој заштити РС предвиђено да се право на накнаду штете унапред не може искључити, нити ограничити.⁴⁸ Поступци лекара који повлаче одговорност морају бити усмерени на угрожавање пацијентовог живота или пак погоршање његовог здравља, било да је реч о пропустима у медицинском третману, или пропустима у обавештењу пацијента о појединим чињеницама, што је од посебног значаја код естетских хирушких интервенција.⁴⁹

6. Закључак

Раније се медицински захват није могао замислити уколико није био индикован. Међутим, данас су неиндиковане медицинске радње легитимне и све бројније као што су нпр. вештачка оплодња *in vitro*, пренатална дијагностика, естетске (козметичке) операције и др.

Естетска операција спада у нетерапијске медицинске интервенције, и правда се претходним пристанком информисаног пацијента. Терапијске и нетерапијске медицинске мере се разликају у погледу циља предузимања и самим тим повлаче различите правне последице. Код естетске операције пацијент је мотивисан, пре свега, личним побудама и жељом за лепшим изгледом, док код неке друге, терапијске мере жељом за оздрављењем.

Легитимитет естетске операције није више споран, јер је опште прихваћен став да се естетска операција као неиндикована медицинска мера мора посматрати у контексту човековог права на самоопредељење у односу на своје тело, те претходни пристанак на ову медицинску интервенцију правда њено предузимање, постављајући истовремено и границе њеног оправдања.

Дакле, опсег права пацијента на обавештење условљен је његовим правом на самоопредељење у односу на своје тело. Пацијент мора добити све потребне информације да би донео разумну одлуку у погледу интервенције, и свесно сносио ризик њеног извођења, уколико се за њу определи. Реч је о информацијама које се посредно или непосредно тичу његовог здравственог стања: информације о планираној операцији, ризицима и изгледима за успех. Користи од операције морају надмашити евентуалне штетне последице пацијента, у супротном сам захват ће се сматрати противправним.

Специфичност услуга естетске хирургије у погледу предмета, условањава и сложену правну квалификацију одговорности естетског хирурга. У том смислу, његова одговорност се не разликује од одговорности осталих медицинских посленика, те је реч о професионалној одговорности. Као критеријум се узима стандард повећане пажње медицинског посленика, те је одговорност естетског

⁴⁸ Чл. 32. ст. 1. Закона о здравственој заштити.

⁴⁹ Радишић, Ј., *Правна квалификација...*, стр. 20-21.

хирурга субјективна. Међутим, када је реч о естетским хирушким интервенцијама које се свode на употребу апарата или пак убризгавање суспензија (нпр. колагена) у делове човековог тела, заступљена су мишљења да је у том случају одговорност хирурга објективна, јер је реч о опасној делатности.

Естетски хирург у односу на пацијента као корисника услуге има облигацију средства, а не облигацију циља. То значи да је лекар обавезан једино да поступа по правилима медицинске струке, са потребном пажњом, не одговарајући за остварење ризика и евентуалне штетне последице по здравље пацијента. Међутим, уколико је естетски хирург унапред гарантовао пацијенту одређени резултат, онда ће бити одговоран за непостизање уговореног циља, када обавеза естетског хирурга постаје облигација циља, а не облигација средства.

*Tamara Đurđić Milošević, Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac*

PROFESSIONAL RESPONSIBILITY OF AESTHETIC SURGEON AS A SERVICE PROVIDER

Summary

Cosmetic surgery services are strongly represented in legal transactions nowadays and are attached with the high risk of damage to the health of the patient, which brings the responsibility of aesthetic surgeons in the focus of legal discussion, considered from both, ethical and moral, as well as legal aspect. The basic question is whether the undertaking of indispensable medical actions might be based on the patient's right to self-determination, which is manifested through the informed consent of the patient to a specific medical measure? Due to the specific relationship between cosmetic surgeon as a service provider and the patient as a user, there is a need for qualification of the legal relationship, with the aim of defining the nature and scope of responsibility of the operator.

Key words: *cosmetic surgery services, patient's right to self-determination, the right of the patient to be informed, obligation of purpose, obligation of a mean, professional responsibility.*

Литература

- Bünthe, H., *Grenzen der chirurgischen Indikation, Medizinrecht*, 1985.
- Deutsch, E., *Medizinrecht/Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht*, Berlin 1997.
- Deutsch, E., Spickhoff, Andreas, *Medizinrecht*, Berlin-Heidelberg, 2008.
- Ђурђевић, Н., *Обавеза лекара да обавести пацијента о ризицима медицинске интервенције*, Правни живот, 11-12/1993.
- Ђурђевић, Н., *Одговорност лекара због необавештења пацијента*, Правни живот, бр. 9-10/1992.
- Ђурђић-Милошевић, Т., *Лекарска грешка и професионална одговорност*, Зборник: Услужни послови, Крагујевац, 2014.
- Закон о здравственој заштити („Сл. Гласник РС“, бр. 107/2005, 72/2009 – др. Закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013-др. Закон, 93/2014, 96/2015, 106/2015).
- Закон о облигационим односима Републике Србије, (Сл. лист СФРЈ, бр.29/78, 39/85, 45/89-одлука УСЈ и 57/89, Сл.лист СРЈ 31/93 и Сл.лист СЦГ 1/2003 – Уставна повеља).
- Иванчић-Качер, Б., *Облигација средства и циља код пружања услуга естетске хирургије*, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013.
- Katzenmeier, C., *Artzhaftung*, Tübingen, 2002.
- Клајн-Татић, В., *Питања која покреће доктрина о информисаном пристанку пацијента на медицинску интервенцију*, Архив, 4/1994.
- Клајн-Татић, В., *Пристанак обавештеног пацијента на медицинску интервенцију*“, Билтен Југословенског удружења за медицинско право“, 2001.
- Kleinewefers, H., *Aufklärungspflicht des Arztes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Versicherungsrecht*, br. 2/1962. наведено према Ђурђевић, Н., *Одговорност лекара због необавештења пацијента*, Правни живот, бр. 9-10/1992.
- Laufs, A., Uhlenbruck, W. *Handbuch des Arztrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2002.
- Lorz, S., *Arzthaftung bei Schönheitsoperationen*, Duncker und Humboldt, Berlin, 2007.
- Радишић, Ј., *Одговорност медицинских посленика*, Правни живот, бр. 9-10/1992.
- Радишић, Ј., *Естетска операција и грађанска одговорност оператора*, *Анали*, бр. 2/2012.
- Радишић, Ј., *Медицинско право*, Београд, 2004.
- Радишић, Ј., *Правна квалификација медицински неиндикованог хирушког захвата обављеног на инсистирање пацијента*, Зборник радова правног факултета у Нишу, 2014.
- Устав Републике Србије („Сл. гласник бр. 98/2006).
- Holzner, W., *Die Haftung des Arztes im Zivilrecht*, у: „Die Haftung des Arztes im zivilrecht- und straflechrlicher Sicht unnter Einschluss des Arzneimittelrechts“, Graz, 1983.
- Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013>, април, 2016.

*Tania Bazzani, Ph.D., Post-doc.
Marie Curie Fellow at the Humboldt Universität zu Berlin*

UDK: 364.4:338.46

WELFARE SYSTEM AND SOCIAL PROTECTION: CAN A LACK OF SERVICES BE A REASON OF POSSIBLE ABUSES?

Summary

The article aims at deepening the hypothesis that a lack of welfare services addressed to families in the Italian system can contribute to foster an abuse of au pair placement, and eventually of domestic work. Moreover, the article analyses: the state of Italian social services addressed to families; respective case law; differences between au pair placement and domestic work; the criteria considered by judges to determinate the dependent work's nature.

Key words: *welfare, services, au pair agreement, domestic work.*

1. Introduction

The article aims at deepening the hypothesis that a lack of welfare services addressed to families in the Italian system can contribute to foster an abuse of au pair placement, and eventually of domestic work. In particular, this contribution aims at: investigating if a lack of welfare services could foster an abuse of the au pair placement and domestic work; analysing “contractual” rules that can further this abuse; proposing a different legal classification of the au pair placement avoiding possible abuses.

In order to support the main hypothesis of a link between lack of services and abuse of au pair placement and domestic work, four specific aspects will be considered: (i) the state of Italian social services addressed to families; (ii) a legal case, which confirms the theory of possible abuses; (iii) the different regulation between au pair placement and domestic work, which shows the stronger rights and consequently costs of the domestic work; (iv) the criteria considered by judges to determinate the dependent work's nature.

2. Need of services addressed to families

A 2008 Censis' research¹ on the Italian situation pointed out that the Italian welfare state results largely insufficient to face the national social demand, especially regarding the care of people who are not self-sufficient.

Notwithstanding the debate on it has been developed for many years, the Italian system seems not to be prepared to face the ageing phenomenon and the lack of adequate services regards children care and disables care, too.

The Censis' research detected these services would be worth € 10 million. The official channels are insignificant and inefficient and Italian families are left alone to deal with care needs.

Moreover, about 7-800.000 women workers are employed in this field, often without a regular contract.

Another 2008 research highlighted that just one domestic worker every three has a work contract, whereas the others are undeclared workers².

The public services seemed to be insufficient in both quantitative and qualitative dimension.

Because of the lack of valid alternatives, about 3 million of people, who are not self-sufficient, live at home, dependents on families³.

The match between young immigrant women⁴ (but also men) and aged Italian, who are not self-sufficient, has been defined as a "revolution of low cost assistance" and it shows a "spontaneous process", characterised by informal channels⁵.

In the annual report of 2010, Censis underlines that families have basically to face entirely by themselves their social needs regarding the care of children, disabilities and people, who are not self-sufficient⁶. The main caregivers are mothers, spouses and children. The care attendants cover the 10,7% of the

¹ Censis is the main Italian socio-economic research centre; it publishes periodically different types of researches together with an annual report on the Italian social situation, which is the most prestigious research existing in Italy in this field.

Censis, 42° Rapporto sulla situazione sociale del Paese 2008, Franco Angeli Edizioni, 2008.

² S. Pasquinelli, G. Rusmini, Istituto per la ricerca sociale, Badanti: la nuova generazione. Caratteristiche e tendenze del lavoro privato di cura, 2008, www.qualificare.info (last accessed, 1 March 2016), p. 10.

³ G. De Rita, Censis, Un mese di sociale: gli snodi di un anno speciale, Il sociale non presidiato, Roma, 10 giugno 2008/2, Franco Angeli Edizioni, p. 18, 19.

⁴ D. Gottardi, Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni, *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 99/100, 2003, p. 23 ff.

⁵ S. Pasquinelli, G. Rusmini, Istituto per la ricerca sociale, Badanti: la nuova generazione. Caratteristiche e tendenze del lavoro privato di cura, 2008, www.qualificare.info (last accessed, 1 March 2016), p. 10.

⁶ Censis, Quarantaquattresimo Rapporto sulla situazione sociale del Paese, 2010, Franco Angeli Edizioni, 2010.

families' needs. Also voluntary work plays a relevant role for providing social services to families: more than 26% of Italians declare to do voluntary work and 39,90 % are involved in home assistance for the elderly and vulnerable people.

1.484.000 care attendants and domestic workers constitute the official Italian *micro-welfare*, in 2009. More than 400.000 of them became visible from 2001 till 2009⁷. As a matter of fact, in 2002 an immigration amnesty allowed illegal immigrants to gain permanent resident permits and transform undeclared work into regular employment⁸.

In 2010 undeclared work has been considered as the main shock absorbed in time of crisis⁹.

One Italian every four belongs to an informal network made by friends, relatives, colleagues or neighbours, i.e. a network of about 14 billions of people who provide care services to not self-sufficient persons. The 2011 National Institution for Statistics (Istat) Annual Report on the state's situation revealed that these services are worth 3 billions hours every year¹⁰.

The whole situation has even worsened in last years: the economic crisis brought a cut of social investments and a decrease of social services¹¹.

The 2015 Censis Report shows that 3.167.000 person are not self-sufficient. The relevant role played by families in welfare services is confirmed, but the traditional model is facing increasing difficulties. As a matter of fact, to cope with their social needs, Italian families had to use all their savings, to sell their houses, to get into debt¹². Thus, economic conditions have been worsened exacerbating the need to face the lack of social services with less available economic resources.

3. Au pair placement and job relationship

The previous paragraph provides some useful elements to understand the sizeable need of current social welfare services in Italy and the lack of adequate public answers.

⁷ Censis, "La società solida degli invisibili", Oltre L'Adattamento, Un Mese Di Sociale 2009, p. 27-55, Franco Angeli Edizioni, Milano, 2009, p. 28

⁸ In 2002 there were two immigration amnesties: one provided by the law called Bossi-Fini (law 30 July 2002 n.189, art.33); the other provided by a decree law *ad hoc* (decree 9 September 2002 n. 195). The first one regards the care attendants and domestic workers; the second one regards the other employees.

⁹ Censis, "La società solida degli invisibili", Oltre L'Adattamento, Un Mese Di Sociale 2009, p. 27-55, Franco Angeli Edizioni, Milano, 2009, p. 36.

¹⁰ Istat, Rapporto annuale sulla situazione del Paese, 2011, http://www3.istat.it/dati/catalogo/20110523_00/rapporto_2011.pdf

¹¹ Istat, Rapporto annuale sulla situazione del Paese, 2015, <http://www.istat.it/it/files/2014/05/Rapporto-annuale-2014.pdf>

¹² Censis, 49° Rapporto sulla situazione sociale del Paese 2015, Franco Angeli Edizioni, 2015.

Within this picture, it is plausible to presume that these kinds of conditions could foster an incorrect and distorted use of the “au pair placement”? Is it possible to provide a formal legal appearance, the au pair contract, to hide an employment relationship, i.e. a domestic work relationship?

Currently it is not possible to verify this hypothesis through legal or social studies because they are neither considerable nor significant¹³. At least, we are able to underline differences in regulating au pair contract and domestic work contract, together with a relatively recent legal case that should strengthen the thesis assuming that this abuse can occur.

3.1. Au pair placement and Italian regulation

In Italy the Law 18 May 1973, n. 304 ratified the European Agreement on “Au pair” Placement, signed by the Council of Europe in Strasbourg the 24th of November 1969.

According to this act, Italy should promote to the greatest extent the implementation of its provisions and ensure and supervision on its principles application.

The person placed as au pair is “not a student neither a worker”, but would belong to a *specific* category, which needs a *specific* regulation and an adequate social protection inspired by the European Social Charter’s principles¹⁴.

The au pair contract can be signed between a family in the EU and a citizen of a European Union Member State, or a citizen who comes from a country outside from the EU.

¹³ M. Marrucci, *Colf, Badanti e collocamento alla pari nel lavoro domestico: costituzione e gestione del rapporto, trattamento economico, risoluzione del contratto: aggiornato con il nuovo CCNL lavoro domestico in vigore dal 1 marzo 2007*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2007. This is one of the few books that concerns au pair matters. This book provides a classification of au pair typologies: *traditional au pair*, *demi-pair*, *au pair plus* and *mother’s help*. It is not understandable where the author took these definitions, or if he created them. These kinds of definitions are used by some au pair agencies. In any case it is difficult to grasp how the *au pair plus*, which includes 40 working-hours per week plus 2/3 evening, and the *mother’s help*, which includes 50 plus 2/3 evening, could be considered au pair placement. As a matter of fact, in both the European Agreement and Italian Legislation there is a specific time-ceiling that is 5 hours per day, for maximum 6 days a week. It is true that those articles use the word “generally” to speak about the time ceiling. This seems to admit exceptions. At the same time the classification doesn’t consider the Italian regulation of the working time. Anyway, the author affirms that the *mother’s help* typology could hide a dependent work. In our research we consider that au pair placement could hide a dependent work, independently to the number of working hours. From another hand, we think that Mariucci is right when he says that more the person has to work, less independence has, which should instead be an element of the au pair placement. Anyway, the topic is clearly generally not much investigated by legal studies, p. 77.

¹⁴ European Agreement on ‘Au pair’ Placement, Strasbourg, 24/11/1969

In the second case, the au pair person shall have the permit of stay and the residence permit¹⁵. The contract has to be deposited to the *Direzione Provinciale del Lavoro*, the Provincial Office of Labour.

The European Agreement based on the acknowledgment that an increasing number of young people, even minors, especially girls, were going abroad to be placed as an “au pair”. It also specified that no critical assessments of this widespread practice have been given. It just stressed that it was considered “advisable to define and standardise, in all member States, the conditions that govern such ‘au pair’ placement”.

3.2. The case law

A 2010 case law can seem to be particularly interesting as an example supporting the thesis of this article. Specifically, we are referring to the decision number 25859 dated the 21st of December 2010 of the Italian Supreme Court, in which it is stated a consolidated rule: “The au pair relationship (L. 304/1973) must be demonstrated by the host family otherwise the relationship is considered a subordinate domestic employment”.

The Supreme Court overturned the decision of the Court of Appeal of Rome (decision N. 210/06).

In details, in front of the inferior Court – i.e. the Tribunal of Rome - the claimant gathered that:

- The au pair had been working by a couple of spouses as a domestic worker, from 28/03/1993 to the 29/08/1998 and she received a low salary;
- The au pair followed all the spouses’ instructions/directives during her staying by them;
- She has never enjoyed her days of rest;
- She was mistreated by the spouses’ daughter and she suffered serious injuries, which caused inability to work for 20 days.

In the Tribunal of Rome’s opinion, the relationship *de quo* between the involved parties was not an employment relationship. The Court of Appeal confirmed the inferior Court’s sentence. In particular, the Court of Appeal stated the relationship under analysis had to be classified as an au pair placement, in a *humanistic perspective*¹⁶, in which board and lodging were offered in return for providing some help to the family.

The claimant appealed to the Supreme Court for two reasons: (i) for violation and unfounded application of the burden of proof: in the claimant’s opinion the family had to prove the existence of the “au pair placement” ex Law number 304/1973; (ii) for a motivation flaw concerning a crucial point of the issue. The judge excluded the onerous nature of the contract because of the low amount of money recognized to the worker.

The Supreme Court considered these reasons as justified.

¹⁵ The length of the au pair relationship with a no-EU citizen can be maximum three months. Art. 27, c. 1 lett r) Decreto legislativo 25/07/1998, n. 286 (Testo Unico Immigrazione).

¹⁶ This definition is not a legal concept and it seems hard to understand its precise meaning.

The decision was overturned by the Supreme Court, which stated that the relationship was an *employment* relationship. The case referred back to the Appeal Court for determining the salary to be recognized to the claimant-worker.

The sentence is particularly relevant because it represents the only Supreme Court's pronouncement with reference to the Law n. 304/1973¹⁷.

3.3. Different regulation of au pair and domestic work contracts

Au pair and domestic work regulations are characterized by both common and different aspects, which will be stressed out in this paragraph.

Preliminarily, we should consider that these two contracts affect mostly women instead of men and are characterized by the fact that no relevant attention was paid to these topics by legal studies¹⁸. This point highlights the difficulties of a gender perspective to be adopted and at the same time the difficulties of care-taking activities to be recognised as work¹⁹.

Au pair placement is regulated by the Law 18 May 1973, n. 304, adopted on the basis of the European Agreement; domestic work's regulation refers basically to Law 2 April 1958 n. 339 and to collective bargaining²⁰.

¹⁷ G. Guarnieri, Rapporto di lavoro subordinato e rapporto alla pari, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 3/2011, p. 316

¹⁸ P. Passaniti, La cittadinanza sommersa: il lavoro domestico tra Otto e Novecento, in *Studi in Onore di Remo Martini – III*, Università di Siena, Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze Politiche – Collana di Studi "Pietro Rossi", Vol. XXXIII, pages 29-53, Giuffrè Editore, 2008. Passaniti makes a review of the development of domestic work regulation. He mentions the Royal Decree of 15 March 1923 n. 692, which excluded domestic work from the protection of the working day regulation. The domestic work in the Civil Code of 1942 is viewed as a special work, a particular kind of dependent work. Slowly regulations developed taking into consideration the family dimension where it is executed. The main Law was adopted in 1958, which was also the year of the economic boom.

P. Ichino, "I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla metà degli anni Cinquanta alla legge sui licenziamenti individuali", in *Rivista Italiana Diritto Lavoro*, n. 03, page 247, 2007, Editore Giuffrè, Milano. The author stresses out the scarce attention showed by legal studies when Law n. 339/1958 was adopted. The same happened in 1963 with regard to the prohibition of dismissal in case of marriage's cause.

¹⁹ B. Poggio, Pragmatica della conciliazione: opportunità, ambivalenze e trappole, *Sociologia del Lavoro*, 119, 2010, p. 65-77. With regards to the positive steps of the Italian legislation in the field: S. Stefania, *Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e citizenship*, *Lavoro e Diritto*, 1, 2001, p. 97-120. A valid contribution to foster the gender approach came from the EU level: F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 99-100, 2003, p. 99 ff.

²⁰ Decision 23 December 1987 n. 585 of the Constitutional Court expanded the regulation of the Law 2 April 1958, n. 339 to the domestic work with less than 4 hours, initially excluded from its application.

The au pair person, as well as the domestic worker, could potentially be male or female, even if in both cases – as aforementioned - the major number of people involved are women.

The domestic worker could have a specific vocational qualification or could carry out a general job.

Both au pair placement and domestic employment relationships focus on family-oriented activities. Au pair placement is a temporary situation in which a family hosts a person in exchange of certain services²¹. Similarly, domestic work is addressed to families²² in order to support them in their daily life.

Nevertheless these similarities, the *quid pro quo* involved by the two relationships is substantially different. The au pair persons go abroad “to improve their linguistic and possibly professional knowledge as well as their general culture by acquiring a better knowledge of the country where they are received²³”. A certain sum of money is also provided as “pocket money”, but this amount is not considered the core of the relationship. Domestic workers receive rather a wage from their job, in money or in nature, which is punctually paid by the employer²⁴. Thus, the aim of the two contracts is profoundly different.

The amount of the “pocket money” shall be defined by a private agreement between the family and the au pair. In the case of domestic worker the contract has to comply with a specific legislative regulation and collective bargaining. As a matter of fact, even if in Italy collective agreements don't have a general effect, the worker's wage is decided in accordance to the Constitutional principle of article 36 and to Civil Code principles, which allow the judge to determinate if the amount is adequate or not. With this regard, collective bargaining establishes precise amounts, normally taken into consideration by judges.

Concerning the execution and development of activities to support families, the au pair person “shall render the receiving family services consisting in participation in day-to day family duties²⁵”.

The domestic worker has to work for the family's interest, but in this case specifically according to *due diligence*. She /he has to follow the employer's directions.

The au pair contract is a private agreement that has to indicate the way in which the person placed as “au pair” will share the life of the receiving family, “enjoying at the same time a certain degree of independence²⁶.” Domestic workers “independence” is

²¹ “Temporary” means up to one year. The length can be extended to two years.

²² Art. 1 President of the Republic's Decree 31 December 1971 n 1403 about the social insurance for the domestic worker.

²³ Art. 2 European Agreement on 'Au pair' Placement, Strasbourg, 24/11/1969.

²⁴ Art. 1 Law 2 April 1958, n. 339; Art 6 Law 2 April 1958, n. 339.

²⁵ Annex C, Art. 9, Law 18 May 1973, n. 304.

²⁶ Art. 7 European Agreement on 'Au pair' Placement, Strasbourg, 24/11/1969.

supposed by the conditions stated by law, collective bargaining²⁷ and individual contract.

The au pair person will receive board and lodging, and a separate room, "if possible". Domestic work can eventually provide a stable presence by the family, together with board and lodging as eventual contract conditions.

If the domestic work contract provides for board and lodging, the employer has to supply: (i) a healthy and sufficient nutrition and (ii) an adequate place to ensure her/his physical and moral integrity.

With regards to educational aspects, the au pair person should have available adequate time to attend language courses as well as to achieve a cultural and professional improvement, i.e. working hours shall be shaped according to these goals. This aspect is not relevant in the domestic work's regulation.

The au pair individual should have the opportunity to take part in religious worships; the domestic worker should have available time to perform her/his civil and religion duties. Thus, particular importance has given to au pair's religious rights. Religious aspects are considered in the domestic work regulation, too, but in this case civil duties are also considered.

Concerning the daily working hour, the au pair should not work more than five hours per day. The domestic work legislation states a daily rest of at least 8 hours and collective bargaining recognizes 11 hours²⁸.

The au pair person has the right to one full free day per week, and at least one Sunday in every month. With regard to domestic workers, the legislation recognizes the right to a day of rest, usually on Sunday, or two half day, at least one on Sunday and collective bargaining recognizes the mandatory of the Sunday as a day off²⁹.

Article 10 of the European Agreement states "each contracting party shall state, by listening them in Annex I to this Agreement, the benefits to which a person placed "au pair" will be entitled within its territory in the event of sickness, maternity or accident". These benefits cannot be covered by national social security legislation or other official schemes, the competent member of the receiving family shall, at his/her own expense, take out a private insurance. The Italian Protocol concerning article 10 establishes that medical, pharmaceutical and hospital costs have to be covered as much as possible³⁰. The Italian statutory reserve states also "where the person placed "au pair" wishes to be entitled to benefits other than those mentioned in Annex I, only one half of the private insurance premiums shall be covered by the receiving family"³¹.

²⁷ We just outline that in Italy collective bargaining does not have *erga omnes* effects.

²⁸ Annex C, articles 7 and 8 Law 02/04/1958, n. 339 and articles 14 and 15 of the National Labour Contract.

²⁹ Annex C, articles 7 and 8 Law 02/04/1958, n. 339 and articles 14 and 15 of the National Labour Contract.

³⁰ Law 18 May 1973, n. 304.

³¹ Law 18 May 1973, n. 304.

In Italy, the citizen of a no-EU member State can voluntary register the National Health Service (art. 34, c. 4 Legislative Decree 25/07/1998, n. 286 - *Testo Unico Immigrazione*) as a au pair person, but she/he has to pay a flat contribution, which is of € 219,49, and is valid from the 1st of January to the 31st of December. The EU citizen is entitled of a free medical assistance for three months; after three months he/she can voluntary register to the National Health Service of the host member state³².

Domestic workers have the right to sick leaves, work accident insurance and maternity leaves. They are insured in these cases, as dependent workers, but they have a specific regulation.

In case of dismissal or resignation, a notice time has to be given by the domestic worker to the employer and is reduced in case of resignation³³. This time has to be paid, even if it is not effectively worked. The only case in which the dismissal/resignation can be without notice, and without its payment, is the justified dismissal or resignation, with “just cause”.

As regards the au pair placement, in the case the private agreement has been concluded for an unspecified period, each party shall be entitled to terminate it by giving two weeks’ notice. If the agreement has been concluded for a specified period, the au pair relationship will expire at the deadline.

Each party can terminate the au pair relationship with immediate effect in the event of serious misconduct of the other party or if other serious circumstances make such instant termination necessary.

In both dependent work and au pair placement, dismissal of the contract can be *ad nutum*: this means that the only limitation for the employer/family is the respect of the period of notice before withdrawing from the contract.

All other eventual rights could be written in the au pair agreement.

Further rights are recognised to domestic workers, such as:

- In case of holiday, half day of paid leave, but collective bargaining recognizes one day of paid leave and extra money in case of work;
- Paid vacation after one year of work: (i) for white collars (for example butler, graduate nursemaid, tutor, etc.): 15 days, and after 5 years of work: 25 days; (ii) for no-white collar workers: 15 days, and after 5 years of work: 20 days. Collective bargaining recognizes 26 days for both the categories of workers³⁴;
- Maternity leave; marriage leave of 15 days; family allowance;

³² http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_2522_listaFile_itemName_0_file.pdf , (last accessed 10/04/2016).

³³ Law 02/04/1958, n. 339 : > 24 weekly hours: 15 or 30 days, depending of he length of service (<5 or >5 years); > 24 weekly hours: 8 or 15 days, depending of the length of service (<2 or >2 years). For white collars (for example butler, graduate nursemaid, tutors, etc.): from 30 days to 47 months, depending on the length of service. For no-white collars, 15 days, and after 5 years of work: 30 days.

Art. 38, 15 of the National Labour Contract: 15 days until 5 years of work and 30 days for more than 5 years of work.

³⁴ Art. 18 of the National Labour Contract for Domestic Work.

- Trial period of 8 days, paid;
- Contributions;
- “Severance indemnity”, or “deferred salary” or *trattamento di fine rapporto*;
- In case of death, the seniority compensation is given to the family or inheritor;
- Christmas bonus.

The individual domestic employment contract could also establish further rights and duties.

4. How to distinguish au pair placement from domestic work: can an au pair agreement be abused?

The borders between dependent work and au pair placement are established by looking at specific *indicators of subordination*, which are also worth to discriminate between dependent work and self-employment.

These indicators are circumstantial elements observed by judges in concrete work relationships, and can be several, such as the lack of entrepreneurial risk, the respect of a working time, the payment of a wage at fixed terms, activities continuity (not sporadic), etc.

A lack of a subordination indicators list brings judges to consider the entire situation under their analysis in order to decide if it can be defined as a dependent work.

There are many law cases and legal studies, which have been trying to clarify these indicators. Determining a relationship as a dependent work relationship is relevant to clarify its legal effects.

The traditional protective regulation in labour law concerns dependent works. For Italian Law, the subordinate employment worker, or dependent worker, is the person who collaborates in the company, in exchange of remuneration, by supplying his/her intellectual or manual work at the disposal of the employer (*alle dipendenze*) and under the employer’s direction³⁵ (*sotto la direzione*).

From this definition we can outline the main elements of the dependent work:

- Retribution: can be in money or in nature;
- Work: can be intellectual or manual;
- Collaboration: this term has an attitude merely descriptive in the legal definition³⁶;
- Hetero-direction (*Eterodirezione*): it is the right of the employer to give directions concerning the execution of the work and thus indicates the obligation of the employee to follow such directions. This element can be really weak in the case of work characterized by high autonomy;
- Dependence of the employee: it means that the employee has to be at the disposal of the employer. This is the element, which is considered less relevant by law cases,

³⁵ Art. 2094 Civil Code.

³⁶ M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappicchelli Editore, Torino, 2009, p. 38; last edition: D. Gottardi, F. Guariello, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappicchelli Editore, Torino, 2015.

but it can be crucial to include inside the dependent work classification also relatively new atypical job contracts. As a matter of fact, the decision of the Constitutional Court 5 February 1996, n. 30, gives a particular definition of “dependence”, referring to the situation in which³⁷: (i) the work is executed within the employee’s organization; (ii) the employee has the right to enjoy the work’s result.

Thus, the *nomen juris* of the contract – i.e. how the contract is legally defined - is not decisive and crucial to determine its dependent work nature. As a matter of fact, the judge has to ascertain the concrete relationship.

Hence, in order to investigate if an au pair placement is effective or if it hides a dependent work, the judge has to consider the whole complexity of the concrete situation.

The fact that the person lives with the family doesn’t help to clearly outline the boundaries of these two “different³⁸” relationships and makes more difficult to classify the typology of the contract involved.

Within this picture, it is worth wondering if the au pair contract can be abused and can hide a domestic job relationship. In light of the considerations that we have already mentioned to this point, it is possible to support the hypothesis that a risk of an abuse of the au pair placement can occur for two reasons:

1) It can be difficult to distinguish the typology of relationships involved.

As a matter of fact, it could be hard to understand: (i) the difference of assignments to perform, since in both cases activities are family-oriented; (ii) the grade of independence of the workers: in case of au pair contract, independence seems to be a crucial element of distinction; (iii) the improvement of knowledge that has to be achieved by the au pair person.

As aforementioned, in any case one should distinguish the two relationships by considering the presence of indicators of subordination in the concrete situation.

2) The domestic work regulation is considerably more protective, and thus expensive, in comparison to the regulation of the au pair placement. Considering the current care-services needs, it can be possible to presume that families try to take advantages by signing a au pair contract and paying less a person who is basically at their dependence.

5. Au pair as a dependent work?

The investigation of the relationship between au pair placement and dependent work has provided the chance to highlight another issue.

³⁷ M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 43. The Author based the theory of “doppia alienità” on this sentence. Last edition: D. Gottardi, F. Guariello, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2015.

³⁸ Are these two contracts really different in nature? We will try to answer to this question.

Indeed, after having analysed some aspects of the au pair placement concept, we could doubt the truth in the statement that the person placed au pair “is not a student neither a worker”.

This argument could be supported by two reasons.

The first one regards the hypothesis that the au pair regulation contains the aforementioned elements of subordination. Indeed, au pair placement is characterised by: (i) “retribution”, part in money (pocket money) and part in nature (board and lodging); (ii) “work”, that is the participation in day-to-day duties and child care; (iii) “collaboration”, between the family and the au pair person; (iii) “hetero-direction”, the au pair person has to follow the family's indications to participate in day-to-day duties and child care; (iv) “dependence”, because the au pair work is executed in the family organization and the family enjoys the work's result. Both the au pair activities and the results of them are addressed to the family.

The second reason regards the analysis of some similarities between au pair placement and a specific dependent work contracts.

As we have already mentioned, the aim of the au pair placement and the domestic work differs considerably: with regards to the au pair placement, the work in favour of the family should be exchanged with knowledge, board, lodging and pocket money; concerning the domestic work, the work in favour of the family should be exchanged with a salary.

The aim of the au pair contract could be intended as a mix cause³⁹, in order to provide both knowledge and retribution. If we assume this, we can outline some similarities with the apprenticeship contract⁴⁰: as a matter of fact, the apprenticeship provides job in return for vocational training and salary. On the contrary, domestic workers execute domestic services in a continuous and predominant way. Training/knowledge aspects are not involved.

Furthermore, au pair placement regulation specifies a limit of age, and precisely the range between 17 and 30 years. However, it is possible to apply for a permit of the receiving country to extend the mentioned age. Domestic work doesn't provide any limit of age, but apprenticeship does.

Both au pair and apprenticeship contracts are characterised by a fixed term, even with different lengths. The length of the au pair placement cannot exceed one year, but it could be extended to a maximum of 2 years throughout a specific permission.

Apprenticeship regulation states the possibility of recognized a salary, which is lower than the minimum wage contracted by social partners.

³⁹ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 190 ff. Mix cause is the literal translation of “causa mista”. The “causa” of an agreement is the economical individual scope of the contract; it can be also defined as the sum of the aims of the parties involved in the contract. For example, the “causa” of the contract of sale is “to give a price to get a thing”. The “causa” of a labour contract is “to work to get a salary”. The apprenticeship has a “causa mista” because its “causa” is “to work to get a salary and an education / training”.

⁴⁰ Law Decree 15 giugno 2015, n. 81.

It is relevant to stress out the peculiarity of the domestic work regulation. For example, it is not applicable to the retirement regulation (art. 4 Lay 11 May 1990, n. 108), it doesn't recognize the entire assistance rights, it doesn't bind employer to do a payroll, etc.

Even the apprenticeship is characterized by a different regulation from traditional dependent works.

Nevertheless, these typologies of work are dependent works, entitled of rights and obligation stated by law and collective bargaining. For this reason, in order to prove its existence, domestic work follows the same ratio to prove the existence of the dependent work.

The analysis may persuade that au pair relationship is a kind of dependent work. It is plausible to consider it as domestic work or as a mix cause contract. In the latter case a limit of age can be accepted such as in the case of apprenticeship, because the contract is oriented to provide a mean of education for young people. In the first case, a limit of age could be intended as an age discrimination.

Thus, we can hypothesize the au pair as a mix cause contract that should have a special regulation (for example possibility of a lower wage, such as in case of apprenticeship), but with some basic rights to be recognized. Just to mention some of the rights that should be include, we highlight: social contribution; maternity rights, in both sense of protective dimension and paid leave; work health and safety rights; determination of the wage, meant as a sum of a salary and board and lodging. This sum should be respect the general constitutional principle of retribution, article 36 of the Italian Constitution: “The worker has the right of a retribution in proportion to the quantity and quality of his work...” and the others principles in this field; collective rights and possibility to become a member of a Trade Union⁴¹.

The hypothesis to consider the au pair contract as a mix-cause dependent contract is also in accordance with the declaration of the Council of Europe. As a matter of fact, in this way the au pair persons could be considered belonging to a “special category” that requests an “appropriate arrangements”.

6. Conclusion

As aforementioned, the 2015 Censis Report points out that social services are downsizing because of the lack of public resources. Within this picture, families have to face more care needs by themselves and they have less economic resources available.

The relevant lack of public services increases the request of private family caregivers assisting children, elders and individuals living with a disability.

The au pair placement could be viewed as an alternative way to cope with care needs since it is cheaper and could be worth to hide an undeclared domestic work. As a matter of

⁴¹ The Iapa – International au pair association - is an international no-profit organization, which represents au pairs' interests at national level and provides counselling to the au pairs people. In Italy this organization is not present.

fact, common aspects characterize the relationships between the person and the family in au pair placement and domestic work. In particular, when the domestic work contract provides for board and lodging, similarities become more evident. Moreover, a crucial common issue seems to be the kind of work that is performed: activities in favour of the family, which could include both cleaning and care giving.

These similarities could be used to sign an au pair placement contract and hide a domestic work.

The Italian framework does not reflect necessarily in abusing au pair placement and domestic work, but it is characterised by features that create conditions of abuses.

In order to avoid this abuse, a different legal classification of au pair placement is proposed. By looking at the theoretic definition of the au pair placement, it is possible to recover the elements of subordination in its structure. Thus, it is plausible to look at it as a dependent work.

In any case, an adequate regulation has to be recognized.

The eventual new classification of this contract raises at least another issue, which could be considered as a starting point for a further research: which are the criteria for an agency to become a provider of au pair persons to families? Does this agency need to meet the requirements requested by law to temp agencies providing temporary work?

*Др Тања Бацани, Стипендиста пост-докторског програма
Марија Кири на Универзитету Хумболт у Берлину*

СИСТЕМ СОЦИЈАЛНЕ ДОБРОБИТИ: МОЖЕ ЛИ НЕДОСТАТАК ОДГОВАРАЈУЋИХ УСЛУГА ДОВЕСТИ ДО ЗЛОУПОТРЕБА?

Резиме

Овим радом се настоји да се потврди хипотеза да недостатак услуга социјалне добробити, посматрано на примеру породица у италијанском систему, може подстаћи злоупотребе кад је у питању аи раир споразум, а последично и кад је реч о уговору са кућним помоћним особљем. Упоредо с тим, у раду је дат приказ и извршена анализа: стања италијанских социјалних услуга намењених породици; одговарајуће судске праксе; правила којима се регулише аи раир боравак и уговор са кућним помоћним особљем уз указивање на разлике међу њима; критеријуме које судије узимају у циљу утврђивања природе поменутих уговора.

Кључне речи: *социјална добробит, услуге, аи раир споразум, уговор са кућним помоћним особљем, злоупотребе.*

Bibliography

- Censis, 42° Rapporto sulla situazione sociale del Paese 2008, Franco Angeli Edizioni, 2008.
- Censis, 49° Rapporto sulla situazione sociale del Paese 2015, Franco Angeli Edizioni, 2015.
- Censis, Quarantaquattresimo Rapporto sulla situazione sociale del Paese, 2010, Franco Angeli Edizioni, 2010.
- Censis, “La società solida degli invisibili”, Oltre L'Adattamento, Un Mese Di Sociale 2009, p. 27-55, Franco Angeli Edizioni, Milano, 2009
- Censis, De Rita G., Un mese di sociale: gli snodi di un anno speciale, Il sociale non presidiato, Roma, 10 giugno 2008/2, Franco Angeli Edizioni.
- Gottardi D., Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni, *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 99/100, 2003, p. 23 ff.
- Gottardi D., Guarriello F., *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2015
- Guarnieri G., Rapporto di lavoro subordinato e rapporto alla pari, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 3/2011, p. 316 ff.
- Guarriello D., Il nuovo diritto antidiscriminatorio, *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 99-100, 2003, p. 99 ff.
- Ichino P., “I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla meta’ degli anni Cinquanta alla legge sui licenziamenti individuali”, in *Rivista Italiana Diritto Lavoro*, n. 03, page 247, 2007, Editore Giuffrè, Milano.
- Marrucci M., Colf, Badanti e collocamento alla pari nel lavoro domestico: costituzione e gestione del rapporto, trattamento economico, risoluzione del contratto: aggiornato con il nuovo CCNL lavoro domestico in vigore dal 1 marzo 2007, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2007.
- Passaniti P., La cittadinanza sommersa: il lavoro domestico tra Otto e Novecento, in *Studi in Onore di Remo Martini – III*, Università di Siena, Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze Politiche – Collana di Studi “Pietro Rossi”, Vol. XXXIII, pages 29-53, Giuffrè Editore, 2008.
- Poggio B., Pragmatica della conciliazione: opportunità, ambivalenze e trappole, *Sociologia del Lavoro*, 119, 2010, p. 65-77.
- Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2009.
- Stefania S.: Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e citizenship, *Lavoro e Diritto*, 1, 2001, p. 97-120.
- Trimarchi P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2009.
- Legal Sources:**
- Civil Code, Royal Decree 16 March 1942, n. 262
- Law 2 April 1958, n. 339
- European Agreement on ‘Au pair’ Placement, Strasbourg, 24/11/1969.
- Law 18 May 1973, n. 304.
- President of the Republic’s Decree 31 December 1971 n. 1403 about the social insurance for the domestic worker.
- Law Decree 25/07/1998, n. 286 (Testo Unico Immigrazione).
- Law Decree 15 June 2015, n. 81
- Case Law:**
- Decision 23 December 1987 n. 585 of the Constitutional Court expanded the regulation of the Law 2 April 1958, n. 339 to the domestic work with less than 4 hours, initially excluded from its application.

Тања Бацани, Систем социјалне добробити: може ли недостатак одговарајућих услуга довести до злоупотреба (стр. 621- 636)

Decision number 25859 dated the 21st of December 2010 of the Italian Supreme Court Contractual Agreement:

National Labour Contract for Domestic Work, 1/7/2013.

Internet sources:

http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_2522_listaFile_itemName_0_file.pdf, (last accessed 10 April 2016)

Istat, Rapporto annuale sulla situazione del Paese, 2011,

http://www3.istat.it/dati/catalogo/20110523_00/rapporto_2011.pdf, (last accessed 10 April 2016)

Istat, Rapporto annuale sulla situazione del Paese, 2015,

<http://www.istat.it/it/files/2014/05/Rapporto-annuale-2014.pdf>, (last accessed 10 April 2016)

Pasquinelli P., Rusmini G., Istituto per la ricerca sociale, Badanti: la nuova generazione. Caratteristiche e tendenze del lavoro privato di cura, 2008, www.qualificare.info (last accessed, 1 March 2016).

УПРАВА

*Др Гордана Станковић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу
Др Милена Трговчевић – Прокић, судија и председник
Ванпарничног одељења Првог основног суда у Београду*

УДК: 347.96:331.2

ПРАВИЛА О НАКНАДИ И НАГРАДИ ЗА РАД ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИКА

Резиме

Јавни бележници у вршењу јавнобележничке функције пружају правним субјектима специјализоване правничке услуге у интересу правне сигурности и поступају, као помоћни судски органи, у правним стварима из судске надлежности које им повери надлежни суд. Аутори у раду анализирају правила о накнади и награди за рад јавног бележника у изворним и повереним правним стварима, указују на нормативне промене у том домену и на недостатке појединих нормативних решења.

Кључне речи: *јавни бележник, накнада и награда за рад јавног бележника, поступак за решавање спорова о награди и накнади*

1. Увод

1.1. Одредбама Закона о јавном бележништву¹ поверено је јавним бележницима, као самосталним и независним стручњацима с правничким образовањем, да врше одређена јавна овлашћења као искључиво и стално занимање. Према одредбама овог закона, јавни бележник је носилац јавне функције. Њега поставља држава, као лице од јавног поверења, и поверава му да врши јавнобележничку делатност тако што ће пружати одређене видове правне заштите уместо суда као државног органа или паралелно с њим.² Јавни бележник има овлашћења у оквиру надлежности која му је одређена законом или коју му, на основу закона, поверава суд.³

¹ „Службени гласник РС,“ бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 - др. закон, 93/14 - др. закон, 121/14, 6/15 и 106/15, у даљем тексту ЗЈБ (2011)

² Видети: Станковић, Г., Мандић, Љ., *Организационо грађанско процесно право*, Косовска Митровица, 2013, стр. 164,

³ О томе: Трговчевић-Прокић, М., *Овлашћење јавног бележника у судским поступцима*, Правни живот, бр. 13/2007; Трговчевић-Прокић, М., *Овлашћење јавног бележника*,

Своју функцију јавни бележник обавља као самосталан и независан правни експерт у виду сталног занимања. Као и адвокат, јавни бележник пружа професионалне услуге странкама које му се обрате за пружање специјализоване правничке услуге. Међутим, јавни бележник, иако је припадник правничке професије, разликује се од адвоката јер врши јавну функцију коју му је поверила држава, док адвокат пружа различите видове правне помоћи као припадник слободне професије.⁴

Јавни бележник није ни државни орган, нити је државни службеник без обзира што припада кругу правосудних органа. Он је самосталан и независан носилац јавне функције коју обавља као стално занимање све док му не престане функција. Он наплаћује специјализоване професионалне услуге које пружа странкама у оквиру своје јавнобележничке делатности.⁵

1.2. Одредбама ЗЈБ (2011) предвиђена су правила о награди за рад и накнади трошкова које је јавни бележник имао у вршењу јавнобележничке делатности. Правила о награди и накнади односе се на услуге које јавни бележник пружа у оквиру јавнобележничке делатности и на награду и накнаду коју остварује као повереник суда кад му је поверено да спроведе ванпарнични поступак или да предузме поједину процесну радњу.

2. Награда и накнада за пружену јавнобележничку услугу

2.1. За пружену услугу у оквиру јавнобележничке делатности јавни бележник има, у смислу одредбе члана 134. ЗЈБ (2011) право на награду за рад и накнаду трошкова који су настали поводом пружене конкретне професионалне услуге.

Законодавац користи неадекватан термин у одредби члана 134. ЗЈБ (2011) јер говори о накнади за обављене послове. Термин „посао“ који је употребљен је, уствари, синоним за извршени рад или пружену услугу, а не израз који означава правни посао.⁶ Надлежност јавног бележника да пружи услугу странци која му се обратила није испуњавање обавезе која проистиче из неког грађанскоправног посла који настаје између јавног бележника и странке, као

Београд, 2007; Трговчевић-Прокић, М., *Овлашћење јавног бележника и организација јавног бележничтва*, Београд, 2012.

⁴ О разликама које постоје између ове две правничке професије видети: Станковић, Г., *Јавнобележничке услуге*, Зборник :Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015, стр. 771.

⁵ Видети: Станковић, Г., Мандић, Ј., *Ванпарнично процесно право*, Косовска Митровица, 2013, стр. 307.

⁶ Из тог разлога за означавање делатности коју врше јавни бележници поједини писци користе термин нотарски послови. Видети: Ђурђевић, Д., *Јавнобележничка делатност*, Београд, 2014, стр. 16.

што је нпр. уговор о налогу или уговор о делу. Обраћање јавном бележнику са захтевом за пружање одређене правне услуге за којом странка има потребу је захтев који је упућен правосудном органу који врши јавну службу да предузме радњу из његове надлежности утврђене законом и по правилима јавнобележничког поступка. Јавни бележник је службено лице које предузима службене радње из свог делокруга⁷ који је одређен законом.⁸

2.2. Награда јавног бележника је цена службене радње која је предузета на захтев странке, а накнада је цена трошкова које је јавни бележник имао приликом предузимања захтеване радње или услуге.⁹ Обрачун награде и накнаде јавни бележник је дужан да врши у складу са Јавнобележничком тарифом¹⁰ коју прописује министарство правде уз сагласност Јавнобележничке коморе.¹¹

Приликом обраћања странке јавном бележнику са захтевом да пружи одређену јавнобележничку услугу, јавни бележник је дужан да упозори странку на околности од којих зависи врста услуге коју треба да пружи, висина

⁷ И у односу према суду јавни бележник наступа као повереник суда на кога је суд пренео у складу са законом јавна овлашћења из своје надлежности.

⁸ Садржину јавнобележничке делатности чине одређене јавнобележничке услуге из домена правне заштите које јавни бележник по закону може да пружи правним субјектима. То су: 1) нормативно-сертификационе услуге које се састоје у састављању јавнобележничких исправа о правним пословима (јавнобележнички записи), 2) записничко-сертификационе услуге које се састоје у састављању јавнобележничких записника о правним и другим радњама које су обавили или којима су присуствовали јавни бележници (јавнобележнички записници), 3) сертификационе услуге које се састоје у издавању потврде о чињеницама које су посведочили јавни бележници (јавнобележничке потврде), 4) солемнизацијске услуге које се састоје у службеном потврђивању садржине приватних (нејавних) исправа (јавнобележничка солемнизација), 5) легализацијско-сертификационе услуге које се састоје у томе што јавни бележник код нејавне исправе оверава потпис или оверава аутентичност преписа, превода или извода (јавнобележничка овера), 6) депозитне услуге које се састоје у примању на чување исправа, вредносних папира, новца и других предмета ради њихове предаје другим лицима или надлежним органима, 7) конзилијарно-мониторне услуге које се испољавају у томе што јавни бележник саветује странке или се брине о одређеним категоријама лица која суделују у састављању јавнобележничких исправа, 8) медијаторске услуге које се састоје у посредовању приликом закључивања поравнања којим се уређују односи странака.

⁹ Трговчевић-Прокић, М., *Овлашћење јавног бележника и организација ...*

¹⁰ „Службени гласник РС“, бр. 91/14, 103/14, 138/14.

¹¹ У појединим правним системима тарифу, као аутономна правила, доноси јавнобележничка комора уз сагласност министарства надлежног за правосудје јер се сматра да је она боље од министарства упућена у проблематику и тежину јавнобележничких услуга. О томе: Трговчевић-Прокић, М., *Овлашћење јавног бележника и организација ...*, стр. 389.

трошкова и награде за рад, као и на елементе према којима ће они бити обрачунати.

Обрачун јавнобележничких услуга који врши јавни бележник мора да буде у складу с прописаном јавнобележничком тарифом јер то произлази из јавноправног карактера јавнобележничке делатности. Јавни бележник не може произвољно да склапа са странкама договоре о паушалном плаћању награде и трошкова јер је законом изричито забрањен сваки такав споразум. Законом је изричито забрањено склапање споразума са странком којим се одређује већа награда од оне која је прописана јавнобележничком тарифом.¹² Пошто је јавни бележник дужан да обавља своју делатност у складу с прописима и начелом савесности и поштења, јавни бележник је дужан да поступа у складу са принципом економичности, да странци не проузрокује непотребне трошкове и да поступа на начин који је најповољнији за странку у финансијском погледу.¹³

2.3. С обзиром да је јавнобележништво служба од јавног поверења и да јавни бележник врши јавна овлашћења, он је овлашћен да поред награде и накнаде за пружену јавнобележничку, професионалну услугу, наплати таксу за обављену услугу која представља јавни приход а чија је висина одређена законом (одредба члана 134. став 5. ЗБ).¹⁴ Наплата јавног прихода у корист државе представља манифестацију јавноправног карактера пословања јавног бележника.

2.4. Странка је дужна да плати награду и накнаду за обављену услугу коју је обрачунао јавни бележник чим она буде пружена.

Приликом обрачунавања награде за обављену услугу јавни бележник узима у обзир све припремне активности и радње које је предузео као што су саветовање са странком и другим учесницима у правном послу који је пред њим закључен, читање и образлагање јавнобележничких исправа и сл.

Награда за обављену услугу јавног бележника одређује се: према вредности предмета правног посла или радње,¹⁵ у фиксном износу¹⁶ или према утрошеном времену за припрему и обављање одређене радње.¹⁷

Награда се може увећати ако се услуга пружа странци у хитним случајевима или у случају неодложне потребе када се услуга пружа ван утврђеног радног времена, нерадним даном или празником, као и кад се ради о пружању услуге која се обавља изван јавнобележничке канцеларије. Награда се

¹² Евентуални договор странке и јавног бележника о висини награде за рад представља дисциплински преступ.

¹³ Јавни бележник нема ову дужност уколико странка и поред поуке и упозорења захтева друкчије поступање.

¹⁴ Једна од предности од увођења јавнобележничке службе је и у томе што је држава добила још једног сигурног пореског обвезника.

¹⁵ Чл. 5. Јавнобележничке тарифе.

¹⁶ Чл. 6. Јавнобележничке тарифе.

¹⁷ Чл. 7. Јавнобележничке тарифе.

може увећати на начин који је предвиђен јавнобележничком тарифом и кад у састављању јавнобележничке исправе учествују позвани сведоци, преводиоци, тумачи или други јавни бележник.

Странка је дужна да накнади трошкове за поштанске услуге, банковне послове укључујући и трошкове отварања и коришћења јавнобележничког рачуна за странке, фотокопирање документације и друге издатке у вези с услугом за коју је ангажовала јавног бележника. Наведене издатке јавни бележник обрачунава у висини стварних трошкова. Јавни бележник има право на накнаду трошкова превоза који користи, употребу сопственог аутомобила, дневнице ако борави ван службеног седишта, трошкове хотелског смештаја, награду за вештачење, награду за извршену процену и све друге нужне трошкове. У обрачун трошкова улазе и судске и административне таксе уколико странка од њих није ослобођена.

2.5. Приликом обрачуна награде може да дође и до њеног умањења тако да су одређене странке ослобођене плаћања награде у пуном износу. Титулари права на умањену награду су лица са инвалидитетом, деца без родитељског старања и лица која су примаоци социјалне помоћи. Ова лица остварују право на плаћање умањеног износа награде на основу претходно поднете документације коју дају на увид јавном бележнику.

2.6. Јавни бележник је овлашћен да у појединим ситуацијама затражи од странке пре но што пружи тражену услугу примерени износ предујма. На пример, јавни бележник може да затражи од депонента да пре остављања предмета у депозит¹⁸ предујми трошкове чувања или да предујми трошкове на име вештачења у поступку за обезбеђење доказа кад је потребно да се ангажује вештак да би прибавио његов налаз и мишљење. Предујам може да затражи и на име трошкова које има на име копирања службених докумената или других исправа у које је вршио увид ради утврђивања идентитета које мора да копира и да копију приложи у јавнобележнички спис.¹⁹

Јавни бележник има право да захтева пре пружања услуге предујам на име потребних и нужних издатака и трошкова у висини од 50% од очекиване награде. Странка је дужна да уплати предујам у року који одреди јавни бележник. За случај да предујам није уплаћен у року, јавни бележник није дужан да пружи захтевану услугу све док се не уплати предујам.

2.7. Јавни бележник је дужан да у сваки јавнобележнички спис који саставља унесе јавнобележничку потврду о висини награде. Он је, исто тако, дужан да странци или другим учесницима преда јавнобележничке исправе које је саставио пошто му награда и накнада буду исплаћени у целини као и да изда рачун са спецификацијом и признаницу о плаћеној награди и трошковима.

¹⁸ О томе детаљно: Трговчевић-Прокић, М., *Јавнобележнички депозит у упоредном праву*, Европско законодавство, бр. 52-53/2015, стр. 245..

¹⁹ Одредба чл. 14. Јавнобележничког пословника.

2.8. Уколико је јавни бележник предузео једну радњу за више странака или је у закључивању правног посла пред јавним бележником учествовало више странака, све странке солидарно дугују награду и накнаду трошкова јавном бележнику.

2.9. Јавни бележник је дужан да приликом састављања јавнобележничких исправа у форми јавнобележничког записа поступа по правилима ванпарничног поступка.²⁰ Јавнобележнички запис, као јавна исправа, мора да испуњава услове који се тичу форме и садржине. За случај да јавнобележничка исправа има недостатке у погледу форме, садржине²¹ или појединих обавезних елемената за које је одговоран јавни бележник, њему не припада право на награду. Странака је у прилици да открије недостатак који се односи на садржину саме исправе у току стадијума рекогниције – кад се упознаје са садржином исправе, даје изјаву о одобравању јавнобележничког записа и потписује га. Ако странака уочи недостатак састављене јавнобележничке исправе, она ће одбити да одобри састављени јавнобележнички запис и да стави свој потпис. У том случају јавни бележник нема право на награду.

Уколико су недостаци јавнобележничке исправе накнадно откривени, а накнада за пружену јавнобележничку услугу је плаћена, странака има право да тражи враћање плаћене накнаде,²² непосредно од јавног бележника или судским путем.

2.10. Кад јавни бележник, пошто је пружио услугу, поднесе странци обрачун накнаде и награде, могућно је да дође до спора између ње и јавног бележника у погледу накнаде на име награде и накнаде коју дугује јавном бележнику. Настали спор се може решити на два начина – мирним путем и у судском поступку.

Настали спор се решава мирним путем пред надлежним органом Јавнобележничке коморе који посредује у решавању насталог спора.

Одредбама ЗЈБ (2011) предвиђен је парнични поступак као редован правни пут за решавање спора поводом накнаде коју странака дугује јавном бележнику или која одбија да плати накнаду за рад јер сматра да је обрачун погрешан.

Законодавац је предвидео стварну надлежност основног суда за решавање спора и предвидео посебну месну надлежност тако што је месну надлежност суда одредио према судском подручју на коме се налази седиште јавног бележника.

Законодавац је прописао и правила посебног парничног поступка која минимално одступају од правила општег парничног поступка, а која се односе на поступак по правним лековима.

²⁰ Детаљно о томе: Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Београд, 2015, стр. 787.

²¹ Детаљно о томе: Ђурђевић, Д., *нав. дело*, стр. 149.

²² Одредба чл. 134. ст. 4. ЗЈБ (2011).

У погледу рока за изјављивање жалбе на одлуку првостепеног суда важи општи рок од 15 дана од дана достављања првостепене одлуке.

Ванредни правни лекови у овом посебном парничном поступку нису допуштени осим предлога за понављање поступка. Предлог за понављање поступка се може изјавити под условима који су предвиђени ЗПП (2011) с тим што се овај правни лек не може изјавити из свих разлога.²³ Предлог за понављање поступка се може изјавити само због тога што је приликом састављања јавнобележничке исправе извршено кривично дело јавног бележника, јавнобележничког помоћника или јавнобележничког приправника, заменика јавног бележника или вршиоца дужности јавног бележника или странке, њеног заступника или пуномоћника, преводиоца, тумача, сведока идентитета или позваног сведока. Постојање разлога за понављање поступка доказује се правноснажном осуђујућом судском пресудом.

3. Награда и накнада јавном бележнику као поверенику суда

3.1. У домен јавнобележничке делатности спадају и тзв. „*поверени послови*“²⁴ које он обавља у оквиру своје комесаријалне или повереничке функције који се састоје у обављању одређених процесних радњи²⁵ или у

²³ Видети и: Станковић, Г., *Јавнобележничке услуге*, стр. 786.

²⁴ Употребљени израз „*поверени послови*“ асоцира на ситуацију да се ради о поверавању неког посла којим јавни бележник треба да пружи услугу суду и да се успоставља некакав уговорни однос између суда и јавног бележника. Међутим, кад се успоставља однос између надлежног суда и јавног бележника и кад суд поверава јавном бележнику да спроведе одређени ванпарнични поступак или да предузме одређену процесну радњу, никако се не ради о правном послу, нити јавни бележник пружа суду своје професионалне услуге. Међутим, законодавац у низу одредаба и ЗЈБ и ЗВП управо употребљава термин „*посао*“, по свој прилици у настојању да текст законске одредбе буде кратак. Између суда, који поверава јавном бележнику да предузме одређену процесну радњу или да спроведе одређени ванпарнични поступак, не постоји никакав уговорни однос, те се не ради о правном послу. Нити је суд наручилац посла, нити је јавни бележник, који као повереник суда који врши јавна овлашћења и на кога се преноси вршење судске функције, извршилац посла. Суд, у складу са законом, преноси вршење судске власти јавном бележнику јер то закон предвиђа и допушта тако да јавни бележник инвестира за пружање правне заштите у повереној ванпарничној ствари кад спроводи одређени ванпарнични поступак добија од надлежног суда. О томе: Станковић, Г., *Закон о ванпарничном поступку – Објашњења, тумачење и стварни регистар*, Београд, 2014, стр. 27.

²⁵ Нпр. достављање, обезбеђење доказа у току судског поступка, састављање смртовнице, попис и процена заоставштине, печатење стана или пословних просторија оставиоца. Детаљно о томе: Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Коментар Закона о...*

спровођењу одређеног поступка по налогу суда²⁶ (или других државних органа) када је то предвиђено законом. За разлику од специјализованих правничких услуга које пружа на тражење странака, које му се обраћају кад имају потребу за пружањем конкретне услуге које се тичу исправа или депозита, јавни бележник обавља комесаријалну делатност („*комесаријалне услуге*“) као повереник надлежног суда и по његовом налогу.²⁷ Вршење повереничке делатности по налогу суда представља израз процеса дејудицијализације у домену судске цивилне процедуре којим се, у складу са законом, преноси судска власт на јавне бележнике који, уместо суда, спроводе судски поступак за који је стварно надлежан суд или предузимају поједине процесне радње у текућем грађанском судском поступку. И док се предузимање појединих процесних радњи може квалификовати и као вршење или пружање правне помоћи, спровођење поступка које стварно надлежни суд препушта јавном бележнику не може се квалификовати као пружање услуга, без обзира што ће јавни бележник добити од странака одговарајућу награду.

Функционисање јавног бележничтва има посебан правно-политички значај јер се на тај начин постиже растерећење судова у погледу неспорних правних ствари, омогућава се судовима да боље организују своју делатност, смањују се трошкови који су намењени за функционисање судова у буџету и обезбеђује нови прилив средстава у буџет, повећава се у одређеној мери могућност запошљавања правничких кадрова. Јавни бележници треба својим деловањем да допринесу правној сигурности, да пружају превентивну правну заштиту, да смање настајање потенцијалних спорова и парница. Јавне исправе које састављају или потврђују јавни бележници олакшавају доказивање. Стручност јавних бележника, њихова дужност да укажу странкама на правне последице које произлазе из правних послова који оне желе да закључе, брига јавног бележника да се приликом састављања или потврђивања нејавне исправе о правном послу утврди права воља уговарача и старање о законитости, треба да допринесу квалитету исправа које јавни бележник саставља или потврђује њихову садржину, чиме се смањује и број потенцијално могућних спорова и потреба за тумачењем уговора у погледу права и дужности учесника у правном односу које су они тим правним актом уредили. Преношењем судских поступака који имају претежно технички карактер у надлежност јавних бележника, као што су поступци овере кад се оверава потпис или аутентичност преписа, превода или извода, суд је растерећен великог броја ванпарничних

²⁶ Нпр. спровођење одређених имовинских посебних ванпарничних имовинских поступака као што су: оставински поступак, поступак за деобу, поступак за уређење међа, поступак за уређење коришћења и управљања заједничким стварима. Детаљно о томе: Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Коментар Закона о ...*

²⁷ Детаљно: Трговчевић-Прокић, Н., *Метода преношења овлашћења која има суд на институт јавног бележника*, Правни живот, 12/10.

правних ствари, а странкама је обезбеђена ефикасна, сигурна и правно квалитетна услуга.

3.2. Комесаријална функција јавних бележника, предвиђена одредбама ЗЈБ (2011) разрађена је новелираним одредбама Закона о ванпарничном поступку (1982)²⁸ из 2014. Законодавац је одредбом чл. 30а ЗВП²⁹ предвидео да ванпарнични суд може да повери јавном бележнику спровођење поступка за који је по закону надлежан или предузимање појединих ванпарничних радњи под условима који су предвиђени одредбама ЗВП (1982).³⁰

²⁸ „Службени гласник СРС“ бр. 25/82 и 48/88 и „Службени гласник РС“, бр. 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12 и 45/13 – др. закон, бр. 55/14, 6/15, 1106/15 – др. закон.

²⁹ ЗЈБ (2011) није изричито предвидео које све радње у поступку и поступке суд може да повери јавном бележнику. Одредба чл. 30а ЗВП предвиђа да ванпарнични суд може јавном бележнику да повери да предузме поједине радње у ванпарничном поступку или да спроведе поједини ванпарнични поступак. Овом одредбом предвиђена су ограничења у поступању бележника и регулисано поступање јавног бележника по налогу суда у домену ванпарничног поступка. На тај начин разрађена је одредба члана 4. став 3. ЗЈБ (2011) којом је прописано да суд може својом одлуком поверити поступак или предузимање поједине радње јавном бележнику, док је одредбом чл. 99. ЗЈБ дато дискреционо право да се одлучи који ће се поступци и радње поверити јавном бележнику. Одредбе чл. 98. ст. 2. и 99. ЗЈБ су завршним одредбама Закона о изменама и допунама ЗВП из 2014. (чл. 59. ст. 2. ЗВП) брисане и разрађене у овој одредби, тако да је практично престала њихова важност у матичном закону.

³⁰ Кад је у питању комесаријална функција јавног бележништва, учесници у поступку немају право да бирају да ли ће им правну заштиту пружати суд или јавни бележник јер је законом предвиђена искључива судска надлежност за пружање правне заштите. Покретањем поступка код стварно и месно надлежног суда предлагач је засновао надлежност конкретног суда за пружање правне заштите, а од врсте правне ствари и оцене целисходности коју буде донео суд зависиће да ли ће суд сам наставити да поступа у конкретној правној ствари или ће поверити правну ствар јавном бележнику. Кад су у питању ванпарнични поступци поводом исправа за које у појединим ванпарничним стварима постоји паралелна или конкурентна надлежност ванпарничног суда и јавних бележника, учесник може да бира да ли ће се обратити за пружање правне заштите јавном бележнику или суду. У том случају и суд и јавни бележник поступају по истим правилима ванпарничне процедуре, као што је то случај са поступком за састављање исправа. У одређеним правним стварима, као што је поступак за састављање тестаментa, где постоји паралелна стварна надлежност, постоје одређене (минималне) разлике у самом поступку зависно од тога да ли поступа суд или јавни бележник. Зависно до тога да ли је поступак спровео суд или јавни бележник, у поступку за састављање тестаментa настаје или судски тестамент или тестамент у виду јавнобележничког записа. Детаљно о томе: Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Коментар Закона о ванпарничном поступку*.

3.3. Одредбом члана 30и Закона о ванпарничном поступку,³¹ све до новела ЗЈБ из децембра 2015.³² било је уређено питање награде и накнаде трошкова поступка у поступку који је ванпарнични суд поверио јавном бележнику на идентичан начин као и одредбом члана 140. Закона о јавном бележничтву (2011) пре њеног новелирања.

Према ранијим законским решењима из ЗЈБ (2011) и укинутог члана 30и ЗВП³³ важила су посебна правила када јавни бележник поступа као повереник суда, а која су се разликовала од правила о накнади трошкова и награди за рад, на коју он има право кад врши своју јавнобележничку делатност. Према овим одредбама, награду јавном бележнику као поверенику неког државног органа одређивао је и исплаћивао, на основу јавнобележничке тарифе, орган који је донео одлуку о поверавању поступка јавном бележнику јер је, када поступа као повереник неког државног органа, јавном бележнику било забрањено не само да обрачунава трошкове поступка који му припадају већ и да се споразумева са странкама о награди, као и да сам наплати од странака своју награду и трошкове. Награду и трошкове јавног бележника одређивао је и исплаћивао по службеној дужности државни орган који га је поставио за свог повереника.

Трошкове који су у судском поступку настали ангажовањем јавног бележника и које је суд одредио, или ће настати поводом његовог ангажовања, суд је наплаћивао од странака по службеној дужности по прописима који важе у погледу наплате судских такси и исплаћивао их непосредно јавном бележнику из свог буџета. Осим тога, суд је био дужан да води рачуна о висини накнаде за поступање јавног бележника и да ли ће поверавање поступка или процесне радње јавном бележнику повећати издатке у судском буџету,³⁴ али и да ли ће суд моћи, с обзиром на средства у буџету, да му исплати награду.

Законодавац је настојао да суд који је правну ствар из своје надлежности поверио јавном бележнику и даље одлучује о трошковима поступка тако што их обрачунава и одређује, и да и на тај начин врши надзор над радом јавног бележника као свог повереника.

Раније законско решење, по коме суд одређује и исплаћује накнаду и награду јавним бележницима, критиковали су судови који су полазили од тога да суд нема у буџету довољно средстава за такву намену, јер дуже време недостају средстава за исплату трошкова на име одбране по службеној дужности у кривичном поступку, као и за накнаде судијама поротницима или

³¹ „Службени гласник РС”, бр. 25/82 и 48/88 и „Службени гласник РС”, бр. 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12 и 45/13 – др. закон, бр. 55/14. У даљем тексту уобичајена скраћеница ЗВП.

³² О томе и: Трговчевић-Прокић, М., *Измене Закона о јавним бележницима*, Зборник: Нови прописи у Републици Србији, Београд, 2015, стр. 174.

³³ Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Измене и допуне Закона о ванпарничном поступку*, Зборник : Нови прописи у Републици Србији, Београд, 2015, стр. 127.

³⁴ Видети акт Високог савета судства бр. 401-00-102/2015-01 од 11. 3. 2015. године.

вештацима. Сматрало се да би било боље решење да је у законском тексту било изричито предвиђено да учесници сnose трошкове поступка који је поверен јавном бележнику, као што је то нпр. случај у хрватском јавнобележничком праву.

3.4. Питање исплате награде у повереном поступку или процесној радњи стварало је додатни проблем и јавним бележницима. Они су били дужни, према одредби члана 134. став 6. Закона о изменама и допунама ЗЈБ (2015), да од наплаћене награде без ПДВ, на име таксе за јавни приход, уплате износ од 30 одсто од наплаћене награде у року од 15 дана од дана који почиње да тече од дана наплаћене награде. Ово овлашћење прописао је законодавац, те је јавни бележник, независно од награде и накнаде трошкова, био дужан да наплати таксу за обављену услугу која представља јавни приход и чија је висина одређена законом.

С друге стране, проблем се усложњавао у оним ситуацијама када се јавним бележницима не исплати награда, а приликом подношења захтева суду за исплату трошкова, уплате и таксу. С обзиром на то да суд није имао довољно буџетских средстава да исплати награду јавним бележницима за ангажовање у повереним радњама, односно поступцима, постављало се и питање да ли ће јавним бележницима бити и наплаћен порез на ову таксу, без обзира на то што им суд није исплатио награду, а у поступку утврђивања наплате и контроле јавних прихода, наплатом пореза, што је регулисано Законом о пореском поступку и пореској администрацији (2002), јер бележници приликом подношења захтева за наплату награде суду достављају пореској управи и копију захтеване награде и уплаћују таксу.

3.5. Изменама ЗЈБ из децембра 2015. (члан 73. Закона о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву)³⁵ прописано је да даном ступања измена и допуна ЗЈБ престаје да важи одредба члана 30и ЗВП, јер је законодавац, да би отклонио проблеме који су се јављали у пракси, у новелама на нов начин регулисао питање накнаде и награде јавном бележнику у повереном ванпарничном поступку.

Новим законским решењем из измењеног ЗЈБ (2011) регулисано је у новелираном члану 140. ЗЈБ питање трошкова и награде за рад јавном бележнику као поверенику суда. Накнаду трошкова и награду за свој рад у повереном поступку одређује и наплаћује сам јавни бележник према јавнобележничкој тарифи. Овом одредбом законодавац је настојао, с једне стране, да избегне проблеме који су настајали у пракси у време кад је суд у повереним правним стварима одлучивао о трошковима поступка тако што их је сам обрачунавао и одређивао и исплаћивао, а с друге, да смањи ангажовање и трошкове самог суда поводом исплате и наплате трошкова.

³⁵ „Службени гласник РС“, бр. 106/15.

3.6. Ново законско решење из одредаба ЗЈБ (2011) не односи се на одлуку о праву на накнаду трошкова ванпарничног поступка који је спровео јавни бележник које припада учесницима и о којима је он одлучио уз мериторну одлуку, јер се у том погледу примењују општа правила ЗВП и правила парничног поступка, која се сходно примењују. Ново законско решење односи се само на начин на који се утврђује и врши обрачун накнаде трошкова и награде која припада јавном бележнику на име спроведеног повереног поступка.

Када је јавном бележнику поверено спровођење првостепеног поступка, требало би да он, поред мериторне одлуке, донесе и одлуку о укупним трошковима поступка, јер се о томе одлучује у решењу којим се окончава поступак у првостепеној инстанци. Јавни бележник је дужан да, пре свега, утврди и обрачуна укупне трошкове првостепеног поступка које су учесници определили и за које су тражили накнаду (трошкови заступања, вештачење, накнада сведоцима итд.), а у које, поред осталог, улазе и трошкови који се односе на накнаду трошкова јавног бележника и награду која му припада.

Према измењеним одредбама ЗЈБ из децембра 2015, јавни бележник као повереник суда сам утврђује, обрачунава и од странке наплаћује награду и трошкове на име спроведеног поступка или предузете радње, с тим што је дужан да у решењу којим одлучује у повереном поступку образложи донету одлуку о награди и трошковима. Поред тога, изменама ЗЈБ из децембра 2015. предвиђено је да Јавнобележничка комора и министарство надлежно за правосуђе врше надзор у погледу обрачуна и наплате награде и накнаде на име спроведеног повереног поступка.

Наплата накнаде за рад или накнада трошкова супротно јавнобележничкој тарифи, према одредби члана 150. став 3. тачка 4. ЗЈБ, представља дисциплински преступ.

3.7. Нова одредба члана 140. из новелираног ЗЈБ предвиђа само начин обрачуна и наплате трошкова поступка насталих у повереном поступку ангажовањем јавног бележника. Из тог разлога, јавни бележник у повереном поступку о наплати таксе, предујмљивању и наплати трошкова поступка, као и о ослобађању учесника у поступку од трошкова поступка, одлучује према правилима поступка чије је спровођење поверено јавном бележнику. То практично значи да се, поред правила Закона о судским таксама³⁶ и ЗВП, сходно примењују правила ЗПП (2011) која регулишу предујмљивање и наплату трошкова поступка и ослобађање од трошкова поступка.

Изменама ЗЈБ (2011) из децембра 2015. отклоњени су проблеми у погледу обрачуна и наплате накнаде на име трошкова и награде јавном бележнику. Законодавац је на овај начин не само олакшао јавним бележницима питање накнаде и награде на име њиховог ангажовања већ је и растеретио суд

³⁶ Закон о судским таксама, „Службени гласник РС“, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01 – др. закон, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 – др. закон, 31/09, 101/11, 93/12, 93/14 и 106/15.

дужности да доноси одлуку о трошковима повереног поступка, као и да исплату врши из свог буџета на име пружене правосудне услуге учесницима у поступку, а да касније спроводи поступак по прописима који важе за судске таксе. На овај начин смањени су и материјални трошкови суда и издаци у судском буџету који су настајали поводом доношења и достављања решења о трошковима и његове реализације.

3.8. Учесници су дужни да јавном бележнику исплате обрачунату накнаду и награду у року који је одређен решењем. За случај да учесници добровољно не исплате накнаду и награду јавном бележнику, правноснажно решење којим је јавни бележник одлучио о накнади и награди која му припада представља извршну исправу којом је утврђено постојање извршног потраживања које он може да оствари по правилима извршног поступка.

3.9. Изменама Закона о судским таксама из децембра 2015. предвиђене су две нове одредбе које су од значаја за питање трошкова у ванпарничном поступку. Прописана је, пре свега, висина судске таксе која се плаћа суду у поступку састављања исправа о правним пословима који имају облик јавнобележничког записа. Осим тога, одредбама овог закона прописано је да су учесници ослобођени од плаћања судске таксе за радње и поступке које је суд поверио јавном бележнику. Учесник у повереном поступку плаћа јавном бележнику накнаду трошкова и награду за рад према јавнобележничкој тарифи. На овај начин смањују се трошкови поступка који иду на терет учесника и спречава се да они плаћају дупле трошкове, односно судску таксу за радње које су поверене јавном бележнику и накнаду јавном бележнику.

После измена ЗЈБ (2011) и Закона о судским таксама из децембра 2015. било је потребно да посебно пропише нова јавнобележничка тарифа по којој се врши обрачун награда и накнада у повереним ванпарничним стварима. У складу са својим законским овлашћењима, министар је донео Јавнобележничку тарифу јавног бележника као повереника суда у поступку за расправљање заоставштине.³⁷ На овај начин министар је само парцијално регулисао питање награде и накнаде поводом комесаријалне функције јавних бележника јер није комплетно уредио питање накнаде трошкова у свим поступцима који потенцијално могу да буду поверени јавним бележницима уколико је то целисходно или накнаде за процесне радње које суд може поверити јавним бележницима у појединим поступцима.³⁸ Тиме је министар, с једне стране, зауставио даљи ток процеса дејудикализације и исказао бојазан према спремности и оспособљености јавнобележничке службе да преузима правне ствари из судске надлежности, а с друге, сугерирао суду индиректно да није

³⁷ „Службени гласник РС“, бр. 12 од 12. фебруара 2016.

³⁸ Поред процесних радњи које ванпарнични суд може да повери јавним бележницима, постоји могућност да буду поверене и поједине радње у парничном или извршном поступку. О томе детаљно: Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Повераванье поједине процесне радње јавном бележнику*, Правна ријеч, бр. 43/2015, Бања Лука.

целисходно да се у овом периоду поверава спровођење имовинских ванпарничних поступака јавним бележницима без обзира што ангажовање јавних бележника више не погађа судски буџет.

Правилима посебне јавнобележничке тарифе која се тиче поступка за расправљање заоставштине уређено је питање награде за рад и трошкова у повереном оставинском поступку и питање награде и накнаде за поједине процесне радње које се према одредбама ЗБП морају или могу поверити јавним бележницима.

3.10. Уколико је надлежни оставински суд који је покренуо оставински поступак одлучио да настављање поступка повери јавном бележнику, према правилима посебне јавнобележничке тарифе која се односи на поверени поступак за расправљање заоставштине, јавном бележнику припада једна награда за предузимање свих радњи у поступку за расправљање заоставштине. Основица за обрачун награде је вредност заоставштине која се утврђује на основу процене тржишне вредности ствари и права која сачињавају заоставштину, умањене за износ оставиочевих дугова. Јавни бележник је дужан да утврди тржишну вредност заоставштине на основу података које прибавља од надлежних органа, као што је процена вредности коју врши Пореска управа за конкретну или сличну ствар, процењене вредности коју врше осигуравајућа друшта, на основу цена постигнутих у поступку јавне продаје и сл.

Јавни бележник има право на увећану награду ако у поступку за расправљање заоставштине учествује више од три странке. Међутим, њему не припада награда када решењем обустави поступак за расправљање заоставштине зато што оставилац нема имовину.³⁹ Уколико у току поступка дође до прекида поступка на основу решења јавног бележника,⁴⁰ јавни бележник има право на 50% награде и право на накнаду свих до тада насталих трошкова. Ако се прекинути поступак за расправљање заоставштине настави, јавном бележнику припада награда до пуног износа награде и накнада насталих трошкова поступка.

Правилима посебне јавнобележничке тарифе предвиђено је и право јавног бележника на награду уколико се после правноснажности решења о наслеђивању накнадно пронађе заоставштина. За накнадно спроведени поступак у коме се доноси допунско решење о наслеђивању, основица за обрачун награде је утврђена вредност новопронађеног дела заоставштине.

3.11. Уколико се у спроведеном повереном оставинском поступку утврди да нема законских или тестаменталних наследника, заоставштину према одредбама Закона о наслеђивању⁴¹ наслеђује држава. Према одредбама

³⁹ О томе детаљно: Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Коментар Закона о ...*, стр. 435.

⁴⁰ Видети: Трговчевић-Прокић, М., *Ралози за прекид оставинског поступка*, Правни живот, 4/2015.

⁴¹ „Службени гласник РС“, бр. 46/95, 101/03 – одлука УРС, 6/15.

Јавнобележничке тарифе, која се супсидијарно примењује и у повереним оставинским стварима, Република Србија је ослобођена од плаћања награде и накнаде трошкова.⁴²

3.12. Уколико је надлежни оставински суд поверио јавном бележнику да предузме поједине радње у поступку за расправљање заоставштине, припада му посебна награда само ако је то прописано правилима посебне јавнобележничке тарифе.⁴³ Према одредбама ЗВП (1982), оставински суд поверава јавном бележнику састављање смртовнице⁴⁴ и попис и процену заоставштине.

Одредбама посебне јавнобележничке тарифе није предвиђена накнада и награда за састављање смртовнице иако је с обзиром на дикцију одредбе члана 92. став 2. ЗВП суд дужан да састављање смртовнице повери јавном бележнику, који је, према одредбама новелираног ЗВП, заменио матичара, као органа управе, у предузимању ове процесне радње. Пошто смртовницу, поред јавног бележника, могу да саставе и суд и судијски помоћник, Високи савет судства је марта 2015, у време кад су према одредбама ЗВП награда за рад и накнада трошкова исплаћивани из судског буџета, упутио допис основним судовима у коме је заузео став да суд приликом одлучивања о поверавању поједине процесне радње испита да ли постоји потреба за рестеређивањем суда и оправданост за трошење буџетских средстава.⁴⁵ Иако је новелема ЗБ из децембра 2015. укинута одредба ЗВП о плаћању накнаде јавним бележницима из судског буџета и плаћање накнаде преваљено на странке, одредбама посебне јавнобележничке тарифе искључена је могућност да јавни бележник добије накнаду на име састављене смртовнице. Вероватно је преовладао став да се састављање смртовнице задржи у потпуности у судској надлежности и на тај начин резервише предузимање ове процесне радње за судијске помоћнике, без обзира што је у питању техничка радња и што то није у складу са Препоруком Комитета министара Савета Европе државама чланицама Р (86) 12 о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова, али и са Националном стратегијом реформе правосуђа (2013-2018).

3.13. Према одредби члана 96. став 2. ЗВП, јавни бележник има право да спроведе поступак за попис и процену заоставштине и без одлуке суда уколико приликом састављања заоставштине то тражи од њега наследник или легатар. Кад јавни бележник на захтев учесника у поступку предузме попис и процену заоставштине, онда он има право на награду за пружену услугу и право на

⁴² Право на ослобођење од плаћања награде и накнаде ослобођени су и државни органи и посебне организације, као и аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе и њихови органи.

⁴³ Видети одредбу чл. 9. Јавнобележничке тарифе јавног бележника као повереника суда у поступку за расправљање заоставштине.

⁴⁴ О томе детаљно: Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Коментар Закона о ...*, стр. 428.

⁴⁵ Акт Високог савета судства бр. 401-00-102/2015-01 од 11. 3. 2015. године.

накнаду трошкова. Према новелираној одредби чл. 140. ЗЈБ (2011) из децембра 2015, он има право на награду и накнаду чија је висина утврђена посебном јавнобележничком тарифом. Осим тога, он има право на награду и накнаду и кад у току пописа и процене заоставштине донесе решење о привременим мерама за обезбеђење заоставштине.⁴⁶

3.14. Сматрамо да су новеле ЗЈБ из децембра 2015. и доношења посебне Јавнобележничке тарифе само први корак који се односи на питање накнаде трошкова повереног поступка. Потребно је да законодавац изједначи висину накнаде трошкова пред јавним бележником и висину накнаде трошкова пред судом, односно да изједначи висину накнаде предвиђене Јавнобележничком тарифом са висином судских такси предвиђених Законом о судским таксама коју плаћају учесници у поступку који спроводи суд.⁴⁷ Из разлога правичности и права на правично суђење, трошкови за ангажовање јавног бележника у повереним правним стварима не би смели бити већи од трошкова које би странка имала да је суд поступао, односно сам предузео радњу или поступак. Пошто поверавање поступка или радње јавном бележнику растеређује суд, није правично да само поједини учесници буду оптерећени већим износом накнаде трошкова поступка на име награде по Јавнобележничкој тарифи због поступања јавног бележника уместо суда који се на тај начин растеређује од предузимања појединих радњи или спровођења поступка.⁴⁸

С друге стране, поставља се и питање да ли је правично да учесници у поступку који није поверен јавном бележнику плаћају судске таксе за поднеске и судску одлуку за разлику од учесника из повереног поступка који су од њих ослобођени, али који зато плаћају награду јавном бележнику иако они нису захтевали да јавни бележник поступа уместо суда.

⁴⁶ О томе детаљно: Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., *Коментар Закона о ...*, стр. 447.

⁴⁷ За постсоцијалистичко друштво у транзиционој фази карактеристичан је тренд поскупљења пружања правне заштите и правних услуга. Поред повећања судских такси које треба да омогуће бољи финансијски положај судства и спрече велики прилив судских предмета и повећано обраћање суду и стална повећања адвокатских тарифа за пружене услуге, законодавац је омогућио даље поскупљење правних услуга увођењем професионалних извршитеља и јавних бележника. Поскупљење правних услуга у друштву у коме се повећава сиромаштво доводи до тога да многи појединци, и поред тога што се у одређеној мери фаворизује посредовање (медијација) као метод правне заштите, одустају да траже правну заштиту или се трошкови пружања правних услуга преваљују на државу која гарантује бесплатну правну помоћ за најсиромашније грађане и правна лица.

⁴⁸ Република Црна Гора је, на пример, изједначила висину накнаде трошкова јавног бележника (нотара) са висином судских такси, с тим што су трошкови награде јавног бележника – нотара виши за висину ПДВ.

4. Закључно разматрање

4.1. Правна правила која се односе на награду за рад и накнаду трошкова јавном бележнику, садржана у законским текстовима и јавнобележничким тарифама, претрпела су неколико промена у релативно кратком периоду од почетка функционисања јавнобележничке службе да би се отклонили учени недостаци у пракси.

4.2. Законска правила која се односе на награду и накнаду јавним бележницима за пружену специјализовану професионалну услугу у јавнобележничком поступку нису мењана за разлику од правила о награди и накнади у повереним ванпарничним стварима у којима јавни бележник поступа по одлуци суда.

4.3. Променом правила која се односе на награду и накнаду за спровођење повереног ванпарничног поступка или за предузете процесне радње законодавац је олакшао наплату потраживања на име комесаријалне јавнобележничке делатности и растеретио суд дужности да доноси одлуку о трошковима повереног поступка, да исплату награде и накнаде врши из свог буџета, да касније према странкама спроводи поступак за наплату издатака које је имао по прописима који важе за судске таксе. На овај начин смањени су и материјални трошкови суда и издаци у судском буџету који су настајали поводом доношења и достављања решења о трошковима и његове реализације.

4.4. Најновијим правилима јавнобележничке тарифе коју је донео министар фебруара 2016. односе се само на награде и накнаде која припада јавном бележнику у повереном оставинском поступку и само за поједине радње које могу да буду поверене јавном бележнику те треба очекивати и допуне ових правила.

4.5. Парцијално регулисање питања накнада и награда јавним бележницима само у једном од ванпарничних поступака који могу да буду поверени јавним бележницима није потпуно у складу са усвојеном Националном стратегијом реформе правосуђа (2013-2018) и са Препоруком Комитета министара Савета Европе бр. Р (86) 12 о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова од 16. септембра 1986. и на посредан начин зауставља започети процес дејудичијализације судске функције.

4.6. Из разлога правичности и права на правично суђење потребно је да законодавац изједначи висину накнаде трошкова пред јавним бележником и висину накнаде трошкова пред судом, односно да изједначи висину накнаде предвиђене јавнобележничком тарифом са висином судских такси предвиђених Законом о судским таксама коју плаћају учесници у поступку који спроводи суд да би се избегло да трошкови за ангажовање јавног бележника у повереним правним стварима буду већи од трошкова које би странка имала да је суд поступао, односно сам предузео радњу или поступак. Пошто поверавање поступка или радње јавном бележнику растерећује суд, није правично да само поједини учесници буду оптерећени већим износом накнаде трошкова

поступка на име награде по јавнобележничкој тарифи због поступања јавног бележника уместо суда који се на тај начин растерећује од предузимања појединих радњи или спровођења поступка.

*Gordana Stanković, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Niš
Milena Trgovčević-Prokić, LL.D.,
Judge of the Primary Court, Head of Contentious
Department and Judicial Practice*

LEGAL RULES ON REWARD FOR WORK AND COMPENSATION OF COSTS OF THE NOTARY PUBLIC

Summary

Public notaries in the exercise of notary public functions provide specialized legal assistance to legal subjects in the interest of legal security and act as extra judicial authorities in legal matters by the jurisdiction entrusted to them by the competent court. The authors analyze the rules on compensation and reward for the work of the notary public in the original and legal matters entrusted to indicate the normative changes in this field and the shortcomings of certain normative solutions.

Key words: *notary public, non-contentious procedure, compensation and reward for the work of a notary public, a process for resolving disputes about the award and compensation.*

Литература

- Акт Високог савета судства бр. 401-00-102/2015-01 од 11. 3. 2015.
Ђурђевић, Д., Јавнобележничка делатност, Београд, 2014.
Закон о ванпарничном поступку, „Службени гласник СРС“ бр. 25/82 и 48/88 и „Службени гласник РС”, бр. 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12 и 45/13 – др. закон, бр. 55/14, 6/15, 106/15 – др. закон
Закон о јавном бележничтву, „Службени гласник РС,“ бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 - др. закон, 93/14 - др. закон, 121/14, 6/15 и 106/15.

- Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву, „Службени гласник РС“, бр. 106/15
- Закон о наслеђивању, „Службени гласник РС“, бр. 46/95, 101/03 – одлука УРС, 6/15.
- Закон о судским таксама, „Службени гласник РС“, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01 – др. закон, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 – др. закон, 31/09, 101/11, 93/12, 93/14 и 106/15.
- Јавнобележнички пословник, „Службени гласник РС“, бр. 88/14
- Јавнобележничка тарифа, „Службени гласник РС“, бр. 91/14, 103/14 и 138/14
- Јавнобележничка тарифа јавног бележника као повереника суда у поступку за расправљање заоставштине, „Службени гласник РС“, бр. 12/16.
- Национална стратегија реформе правосуђа (2013-2018)
- Препорука Комитета министара Савета Европе државама чланицама Р (86) 12 о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова од 16. септембра 1986 у: Збирка одабраних препорука Савета Европе, Савет Европе, Београд, 2004.
- Станковић, Г., Јавнобележничке услуге, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац, 2015.
- Станковић, Г., Закон о ванпарничном поступку – Објашњења, тумачење и стварни регистар, Београд, 2014.
- Станковић, Г., Мандић, Ј., Организационо грађанско процесно право, Косовска Митровица, 2013.
- Станковић, Г., Мандић, Ј., Ванпарнично процесно право, Косовска Митровица, 2013.
- Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., Коментар Закона о ванпарничном поступку, Београд, 2015.
- Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., Измене и допуне Закона о ванпарничном поступку, Зборник: Нови прописи у Републици Србији, Београд, 2015.
- Станковић, Г., Трговчевић-Прокић, М., Поверавање поједине процесне радње јавном бележнику, Правна ријеч, Бања Лука, бр. 43/2015.
- Трговчевић-Прокић, М., Овлашћење јавног бележника у судским поступцима, Правни живот, бр. 13/2007.
- Трговчевић-Прокић, М., Овлашћење јавног бележника, Београд, 2007.
- Трговчевић-Прокић, М., Овлашћење јавног бележника и организација јавног бележничтва, Београд, 2012.
- Трговчевић-Прокић, М., Јавнобележнички депозит у упоредном праву, Европско законодавство, бр. 52-53/2015.
- Трговчевић-Прокић, М., Метода преношења овлашћења која има суд на институт јавног бележника, Правни живот, 12/10.
- Трговчевић-Прокић, М., Измене Закона о јавним бележницима, Зборник: Нови прописи у Републици Србији, Београд, 2015.
- Трговчевић-Прокић, М., Ралози за прекид оставинског поступка, Правни живот, 4/2015.

Др Дејан Бодул, доцент
Правног факултета Универзитета у Риједи

УДК: 347.7

УЛОГА ФИНАНСИЈСКЕ АГЕНЦИЈЕ (ФИНЕ) КАО УСЛУЖНОГ СЕРВИСА "ИНСОЛВЕНЦИЈСКИМ" СУДОВИМА – ФУНКЦИОНАЛИЗАЦИЈА ИЛИ ДЕЈУДИЦИЈАЛИЗАЦИЈА ИНСОЛВЕНЦИЈСКО ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ?

Резиме

Реформама старог Стечајног закона (њих осам) као и имплементацијом Закона о финансијском пословању и предстечајној нагодби (с пет измјена), чија је примјена почела тијеком 2012., хрватско инсолвенцијско законодавство значајно је измијењено. Ипак, индикативна метода утврђивања чињеница показује како су стечајни и предстечајни поступци у односу на друге државе у окружењу нешто краћи, али су скупљи и с нижим ступањем намирења вјеровника. Наравно, у односу на земље с развијеним (стечајним) суставом, ови показатељи су релативно лошији. Узимајући у обзир да на такве податке поред самих законских рјешења утјечу и бројни извансудски (институционални) чимбеници, законодавац је 2015. направио још једну функционализацију Стечајног закона преузимајући, након трогодишњег експериментирања, из Закона о финансијском пословању и предстечајној нагодби, одредбе о предстечајној нагодби кроз одредбе о предстечајном поступку. Оба поступка, дакле стечајни и предстечајни поступак су изванпарнични *suī generis* поступци. Њихова посебност се одражава кроз сва њихова правила, а има свој нарочити одраз у нормирању, врсти и овлаштењима тијела која га проводе. Наиме, стечајни и предстечајни поступци су једини судски поступци у чијем провођењу осим судског тијела (стечајни судца појединац) судјелују и извансудска „тијела“ (стечајни управитељ односно повјереник, скупштина вјеровника и одбор вјеровника те Финанцијска агенција (даље: Фина). Оно што је у новом Стечајном закону замјетно је како улога суда постаје све више правосудна, а све мање административно управљачка. На тај се начин препуштају административне власти другим стручним тијелима, па међу осталим и Фини. Циљ је рада анализирати положај Фине као правне особе с јавним овластима која технички и административно помаже судбеној власти те је под њеним надзором у инсолвенцијским поступцима.

Кључне ријечи: (нови) Стечајни закон, Фина, стечајни и предстечајни поступак, административно-техничка помоћ.

1. Умјесто увода или почела новог Стечајног закона

Иако домет новог стечајног закона још увијек није могуће процијенити,¹ битне новине у односу на пријашње стечајно законодавство огледају се и у проширењу предмета (чл. 1. СЗ) те циља стечајног поступка (чл. 2. СЗ), особи предстечајног и стечајног дужника (чл. 3. СЗ) те реформирању стечајних разлога (чл. 5. СЗ). У погледу циља, уз досадашња рјешења ликвидацијског стечаја и стечајног пријеносног плана који представљају два начина провођења стечаја, дакле као два могућа смјера у провођењу стечајног поступка, законодавац одређује могућност покретања предстечајног поступка (даље: ПП) прије и изван покретања стечајног поступка ако постоји предстечајни разлог (пријетећа неспособност за плаћање) (чл. 4. СЗ). То је резултат идеје по којој би одредбе о предстечајној нагодби, које су биле често критизирани у јавности и стручним круговима због погодновања дужницима и запостављености судова у будуће требале бити регулиране новим СЗ. У Глави II (чл. 21-74. СЗ) су одредбе о предстечајној нагодби које су из Закона о финансијском пословању и предстечајној нагодби из 2012.² прешле у СЗ као предстечајни поступак. Тијела ПП-а су судија појединац и повјереник (чл. 21. СЗ), а ФИНА је технички и административни сервис суда (чл. 44. СЗ). У погледу стечајних разлога, треба истакнути да се разлог неликвидности и пријетеће инсолвентности брише, тако да у смислу СЗ као стечајни разлози остаје неспособност за плаћање (инсолвентност) и презадуженост (инсуфициентност) (чл. 5. СЗ). Пријетећа неспособност за плаћање је искључиво предстечајни разлог и она постоји ако суд стекне увјерење да дужник своје постојеће обвезе неће моћи испунити по доспијењу (чл. 4, ст. 1. СЗ). Такођер је реформиран и сустав доставе (чл. 12. СЗ). Судска писмена се достављају објавом писмена на мрежној страници е-огласна плоча судова, наравно ако Законом није друкчије одређено. Достава се сматра обављеном истеком осмога дана од дана објаве писмена на мрежној страници е-огласна плоча судова (чл. 12, ст. 1. СЗ). Новелирана је и обвеза осигурања стечајног управитеља од одговорности за штету. Новим рјешењем се тражи обвезно осигурање од одговорности према одредбама које се примјењују на одвјетнике, дакле, трошкови осигурања не би теретили стечајну масу већ стечајног управитеља особно (чл. 81, ст. 1, т. 4. СЗ). Такођер је, ради изнимне сложености дужности и фактичних послова које морају обављати стечајни

¹ Стечајни закон, НН, бр. 71/15. даље: СЗ или нови СЗ. Ступањем на снагу новог СЗ престаје важити Стечајни закон, НН, бр. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, 45/13. даље: стари СЗ. Такођер даном ступања на снагу новог СЗ у Закону о финансијском пословању и предстечајној нагодби (НН, бр. 108/12, 144/12, 81/13. и 112/13. (71/15. и 78/15)) престаје важити одредба чл. 1, т. 3, одредбе чл. 3, т. 10, 11, 12, 14. и 15, чл. 17. ст. 7, чл. 88. ст. 1, т. 3. – 6. те чл. 18.– 86, дакле одредбе о предстечајној нагодби.

² Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби, НН, бр. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15. и 78/15. даље ЗФППН.

управитељи, законодавац реформирао опће (*in abstracto*) и посебне (*in concreto*) увјете за избор управитеља (чл. 77-95. СЗ). Двије важније новине су и право оспоравања тражбина вјеровника у ПП и уновчење предмета на којима постоји различно право у стечајном поступку. Уз дужника, право оспоравања има повјереник (чл. 24. СЗ), као и вјеровници (чл. 42. СЗ), док се некретнина на којој постоји различно право продаје искључиво у стечајном, а не у овршном поступку, на приједлог стечајног управитеља или различног вјеровника, уз одговарајућу примјену правила овршног поступка о оврси на некретнинама (чл. 247, ст. 1. СЗ).³ Свакако треба споменути још неке новине. Наиме, проблем је изазивала чињеница да стечајни управитеља заступа стечајну масу и по окончању стечајног поступка (чл. 89, ст. 1, т. 13. СЗ) па је ради квалитетног обављања наведене задаће новост могућност уписа стечајне масе у судски регистар ради добивања особног идентификационог броја (ОИБ-а) и ради квалитетније могућности уновчавања стечајне масе након закључења стечајног поступка (Глава XIV, чл. 438. СЗ). Даљња новина је и могућност отварања стечајног поступка над имовином правне особе која је престала постојати. Ова могућност произлази из Закона о судском регистру⁴ (чл. 70. СЗ), а претпоставка је да ликвидатор у поступку ликвидације над имовином правне особе која је брисана из судског регистра на темељу пријављених тражбина утврди да имовина није dostatна за намирење свих тражбина вјеровника с каматама (Глава XIII, чл. 437. СЗ). Коначно, новост су и стечајни поступци повезаних друштава (Глава X, чл. 391. СЗ)⁵ те реформирани скраћени стечајни поступак (чл. 428-436. СЗ) и међународни стечај (Глава XI, чл. 392-427. СЗ) који је сада усклађен с Уредбом 1346/2000.⁶ Ипак, како је предметна Уредба по правној снази изнад СЗ-а, већ је била у примјени од 1. септембра 2013. Надаље, поновним увођењем многобројних опција у свези са стечајним планом законодавац је признао пропуст из 2012. који је доктрина (Дика, Барбић, Ераковић и Гарашић), заједно с ЗФППН-ом већ оцијенила као „значајан корак уназад у развоју хрватског стечајног права, а посебице института стечајног плана“.⁷ Наиме, за проеуропски

³ Види Чувељак, Ј., *Непримјењивост Правилника о овршној продаји некретнина код продаје у стечајном поступку*, Право у господарству, вол. 3, 2015, бр. 54, стр. 375.

⁴ НН, бр. 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13. и 93/14.

⁵ Радовић, В., *Стечај повезаних друштава – основни проблеми и недоумице*, HARMONIUS - Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, 2014, стр. 271-300.

⁶ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings – Уредба о стечајним поступцима, Official Journal of the European Communities L 160, 30. липња 2000. (Уредба Вијећа (ЕЗ) бр. 681/2007 од 13. липња 2007. о измјени пописа стечајних поступака, ликвидацијских поступака и стечајних управитеља у прилозима А, Б и Ц Уредби (ЕЗ) бр. 1346/2000 о стечајним поступцима).

⁷ Опширније, Гарашић, Ј., *Стечајни план након измјена и допуна Стечајног закона 2012.*, Зборник: Дјелотворна правна заштита у правичном поступку - Изазови правосудних трансформација на југу Европе, *Liber amicorum* Михајло Дика, Загреб,

круг је карактеристично да је осим традиционалног модела стечаја с продајом појединачних средстава или подuzeћа у цјелини, у посљедња три десетљећа, по узору на главу 11. Стечајног законика САДа, развијен и модел реорганизације дужника који за циљ има вјеровницима осигурати вриједност која је квантитативно најмање једнака ономе што би примили тијekom стечајног поступка који као крајњи резултат има ликвидацију, дакле брисање, дужника. Стога након десетљећа практичне и нормативне маргинализираности циљева стечајног поступка, а посебно посљедњих неколико година, тенденција нужности опстанка субјекта кроз, прво преустрој, па стечајни план, па кроз институт предстечајне нагодбе, сада кроз предстечајни поступак и нова-стара рјешења стечајног плана постајала је сам врх листе правно-политичких циљева реформе трговачког односно стечајног правосуђења.^{8 9}

2. Дефинирање појмова и осврт на досадашњу улогу Фине у стечајним поступцима

У сваком случају нови Стечајни закон садржи бројне, често суштинске измјене у односу на пријашњи законодавни оквир. С обзиром на тему, нашу пажњу усмјерити ћемо само на положај Фине у стечајном поступку. Имајући у виду комплексност и актуалност проблема који у овом раду обрађујемо, а ради прецизности и јасноће, сматрамо значајним направити терминолошко појашњење појма и улоге Фине.

Наиме, Фина под овим именом дјелује од сијечња 2002, као наследица Завода за платни промет (ЗАП) односно Службе друштвеног књиговодства (СДК). Фина је по правном облику правна особа с јавним овластима за коју је упис прописан посебним законом, а једини оснивач је Република Хрватска. Посебан закон по којем је основана је Закон о финансијској агенцији,¹⁰ а основна

2013, стр. 490. те Дика, М., *Предстечајна нагодба: претпоставке, покретање, тијела, судионици, provedба поступка, учинци, стављање изван снаге*, Зборник: Савјетовање о Закону о финансијском реструктурирању и предстечајној нагодби (НН, бр. 108/12), Загреб, 2012, стр. 54.

⁸ Бодул, Д., Вуковић, А., *(Још једна) реформа стечајног законодавства функционизација стечајно правне заштите или placebo ефект*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, вол. 36, 2015, но. 1, стр. 181-213. те Чувељак, Ј., *О новом Стечајном закону*, Право и порези, бр. 7-8, 2015, стр. 3-12.

⁹ За нека искуства у реформи стечајног законодавства у Србији види, Радуловић, Б., *Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције*, Анали Правног факултета Унверзитета у Београду, 2015., стр. 151-168. те и др., *Стечај у Србији – чињенице, заблуде и ненамераване последице*, Економска политика Србије у 2014, Зборник: Могућности привредног раста у условима реформи и фискалне консолидације, Београд, 2014, стр. 127-148.

¹⁰ НН, бр. 117/01, 60/04. и 42/05.

дјелатност је финансијско посредовање путем тржишних активности. У оквиру наведених дјелатности Фина је држави партнер у низу пројекта.

Када се говори о стечајним поступцима прву улогу је добила сукладно одредбама Закона о платном промету у земљи,¹¹ затим кроз продају имовине дужника као цјелине у Стечајном закону,¹² а значајнију улогу у инсолвенцијском праву је добила кроз одредбе ЗФППН.¹³ Ту је улога Фине, односно нагодбеног вијећа, била формалне нарави на начин да она није одлучивала о тому хоће ли нагодба на крају бити склопљена или не, нити је одлучивала о међусобним правима и обвезама странака у поступку. Задаћа је била да води поступак, да пази да се поступак одвија у законским оквирима и да усмјерава странке да дођу до споразума којим ће уредити међусобна права и обвезе. Ипак у пракси, иако је доношењем ЗФППН знатно измијењен стечајни поступак у Републици Хрватској, у његовој трогодишњој практичној примјени уочено је низ проблема у тумачењу и учинцима појединих одредби и института, што ће се покушати отклонити новим СЗ и пратећим прописима. Наиме, извршен је повратак на традиционални приступ, према којем инсолвенцијски поступак припада ужој сфери судске дјелатности.

3. Анализа улоге Фине у новом Стечајном закону

Притисак за реформу предстечајних нагодби, односно за јачу улогу суда, вршила је и примјена чл. 6. из Еуропске конвенције за заштиту људских права и темељних слобода¹⁴ (*European Court of Human Rights* – даље: *ECHR*).¹⁵ Наиме, пракса *ECHR* -а назначује како се чл. 6., ст. 1. примјењује на стечајни поступак¹⁶ па прва двојба која се односи на саму легитимност процеса дејудикализације кроз модел предстечајне нагодбе је чињеница да стечајно правна заштита мора бити у надлежности оног тијела које Конвенција означава синтагмом „трибунал“ (који без обзира на то којој власти припада), а данас та својства у позитивном

¹¹ НН, бр. 117/01.

¹² Чл. 44. ЗИД СЗ, НН, бр. 123/03.

¹³ Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби, НН, бр. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15. и 78/15.

¹⁴ НН-МУ, бр. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06. и 2/10.

¹⁵ Подробније, Омејец, Ј., *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Еуропског суда за људска права, страсбоуршки acquis*, Загреб, 2013, стр. 1297. *et seq.*

¹⁶ Arg., *S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije*, одлука, 10. просинца 1984, Decisions and Reports 40, *Interfina and Christian della Faille d'Huysse protiv Belgije*, одлука, 4. свибња 1987, бр. 11101/84, *Ceteroni protiv Italije*, пресуда, 15. студени 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, *Bassani protiv Italije*, пресуда, 11. просинца 2003, бр. 47778/99, *Capital Bank AD protiv Bugarske*, пресуда, 24. студени 2005, бр. 49429/99 и *Sukobljević protiv Hrvatske*, пресуда, 2. студени 2006, бр. 5129/03.

праву има само суд.¹⁷ То је резултирало „брисањем“ законодавних рјешења по којима је Фина *de facto* и *de iure* одлучивала у поступцима предстечајне нагодбе. Ново рјешење указује на самосталност суда што подразумијева да је суд посебна врста тијела државне власти за који вриједе посебна правила суђења, а притом јој Фина служи као „испомоћ“ у поступку.

3.1. Улога Фине у предстечајном поступку

Једна од већих промјена у СЗ је имплементација главе II односно одредби о предстечајној нагодби које су из ЗФППН прешле у СЗ као предстечајни поступак (чл. 21-74. СЗ). Сам предстечајни поступак (даље: ПП) је замишљен за оне субјекте који су у суштини финансијски здрави и имају пословну перспективу, али им је главна препрека за даљи напредак неповољан однос у биланци и другим финансијским извјештајима, с тим да имају економски реалну могућност да кроз преговоре са својим највећим вјеровницима осигурају прилив капитала који је неопходна претпоставка њиховог развоја.

3.1.1. Опће одредбе

Тијела ПП-а су судица појединац и повјереник (чл. 21. СЗ), а Фина је технички и административни сервис суда (чл. 44. СЗ), чији рад суд стално надзире (чл. 45. СЗ). Синтагма нагодбено вијеће више не постоји у СЗ већ само Фина, а осим такве језичне форме разлика је много дубља. Наиме, у ПП-у искључиво је стварно и мјесно надлежан трговачки суд на чијем подручју се налази сједиште дужника па се приједлог за отварање ПП-а подноси суду (чл. 16. СЗ), не више Фини као што је био случај с предстечајном нагодбом (нема више нити управног суда па сада о свему одлучује надлежни трговачки суд, односно по жалби Високи трговачки суд Републике Хрватске). У складу с наведеним, логична новост је да се у ПП-у пред трговачким судом на одговарајући начин примјењују правила парничног поступка (чл. 10. СЗ), у складу са Законом о парничном поступку, за разлику од досадашње одговарајуће примјене одредаба Закона о опћем управном поступку у оквиру поступ(а)ка предстечајне нагодбе који су вођени пред Фини. Штовише, суд у ПП-у, како смо истакнули надзире рад Фине те јој је овлаштен дати упуте и затражити обавијести или извјешћа о подузимању радњи у поступку, а ако Фина не подузима радње у поступку, суд је може казнити новчаном казном до 50.000,00 кн (чл. 45. СЗ). Достава између суда и Фине обавља се електроничким путем (чл. 12, ст. 5. СЗ). За радње у ПП-у прописане овим Законом које је дужна подузети Фина надлежне су њене

¹⁷ У предмету *Stran Greek Refineries* и *Stratis Andreadis* против Грчке, пресуда, 9. просинца 1994, Серија А, бр. 301-Б нагласио је важност владавине права с аспекта недопуштеног утјечаја законодавца на исходе судских поступака.

јединице (чл. 44, ст. 1. и 2. СЗ), а што је подробније уређено Правилником о попису јединица Финансијске агенције и подручјима њихове надлежности.¹⁸

3.1.2. Овлаштења и дужности Фине у предстечајном поступку

У ПП-у, Фина има одређена овлаштења и дужности која су шира него у стечајном поступку. Она издаје потврде о постојању предстечајних разлога, заприма пријаве тражбина, заприма изјашњења дужника и повјереника о пријављеним тражбинама, саставља таблицу пријављених тражбина и таблицу оспорених тражбина, те заприма оспоравање тражбина. Посебно важна улога Фине је поступање с основама за плаћање након отварања ПП-а, затим након обуставе ПП-а те коначно након правомоћности рјешења о потврди предстечајног споразума (правне последице отварања ПП). Поставља се, међутим питање је ли законодавац Фини морао додијелити послове у свези с пријавама тражбина које послове у стечајном поступку обављају стечајни судија и стечајни управитељ? Наведене послове могао је, умјесто Фине свакако обављати и повјереник, али се тада отвара неколико питања. Прво, именовање повјереника у сваком ПП није обавезно, већ овиси о процјени суда о потреби за његовим именовањем (чл. 33, ст. 2. СЗ) те, друго, достатност уплаћеног предумја од 5.000,00 куна за покриће свих трошкова овога поступка (чл. 28. СЗ). Наиме, Уредба о критеријима и начину обрачуна и плаћања награде стечајним управитељима¹⁹ одређује да повјеренику ПП-а припада право на једнократну награду за послове обављене у ПП-у у износу од 3.000,00 куна до 20.000,00 куна бруто (чл. 3). Упитно је хоће ли суд само због трошкова повјереника присиљавати дужника да сноси веће трошкове од горњег лимита од 5.000,00 куна. Затим, повјереник не може рачунати да покриће трошкова из Фонда за намирење трошкова стечајног поступка који је строго намијењен за намирење трошкова стечајног поступка (чл. 111. СЗ). То значи да је разумљиво, с обзиром на количину и квалитет обраде да се законодавац за послове евиденције одлучио за Фину која неспорно има капацитете удовољити свим захтјевима ПП-а уз разумну цијену накнаде за услуге од 760,00 куна увећаном за порез на додану вриједност.

3.1.3. Улога Фине у подношење приједлога за отварање предстечајног поступка

Приједлог за отварање ПП-а је овлаштен поднијети дужник или вјеровник, ако се дужник сугласи с тим приједлогом (сугласност се мора доставити уз приједлог) (чл. 25. СЗ). Имајући на уму да је покретање овог поступка право не и дужност, разлог за покретање је пријетећа неспособност за плаћање, дакле, уколико суд стекне увјерење да дужник своје предстојеће обвезе неће моћи

¹⁸ НН, бр. 106/15.

¹⁹ НН, бр. 105/15.

испунити по доспијећу. Једна од трију пресумпција је да дужник у Очеvidнику редослиједа основа за плаћање који води Фина има једну или више евидентираних неизвршених основа за плаћање које је требало, на темељу ваљаних основа за плаћање, без даљњег пристанка дужника наплатити с било којег од његових рачуна (чл. 4, ст. 2. СЗ). Постојање наведене околности доказује се потврдом Фине која је дужна на захтјев дужника или вјеровника без одгоде издати такву потврду. У противном, она одговара за штету коју би подносиатељ захтјева због тога могао претрпјети (чл. 4, ст. 3. СЗ).

3.1.4. Улога Фине у отварање предстечајног поступка

У случају да суд утврди да су испуњене претпоставке за отварање ПП-а, донијет ће рјешење о отварању овога поступка у којем ће именовати повјереника, ако то сматра потребним, те ће га објавити на мрежној страници е-огласна плоча судова (чл. 33. СЗ). Рјешење о отварању ПП-а суд ће доставити Фини (чл. 34., ст. 5. СЗ). Рјешење мора садржавати тачно специфициране податке (чл. 34. СЗ). Потом вјеровници своје тражбине пријављују надлежној јединици Фине на прописаном обрасцу те у пријепису прилажу исправе из којих тражбина произлази, односно којима се доказује (*ibid*). При тому Фина има право на накнаду стварних трошкова чију врсту и висину прописује Правилник о врсти и висини накнаде трошкова Финанцијске агенције у предстечајном поступку и о висини накнаде трошка Финанцијске агенције за подношење приједлога за отварање стечајног поступка.²⁰ Накнада стварних трошкова исплатит ће се из средстава предујма који је подносиатељ дужан уплатити за трошкове ПП-а у износу од 5.000 кн (чл. 28. СЗ). Додатни трошак представља и чињеница да ако поједина пријављена тражбина наведена у приједлогу за отварање поступка буде оспорена, подносиатељ пријаве дужан је за пријаву сваке поједине тражбине платити накнаду Фини у износу од 2% од износа тражбине, али не више од 200,00 кн (чл. 40, ст. 1. СЗ). У коначници, индикативна метода утврђивања чињеница указује како ће вјеројатно наведени трошкови довести и до скупљег поступка. Правне посљедице отварања ПП-а наступају у тренутку кад је рјешење о отварању објављено на е-огласној плочи суда те утјечу на све тражбине вјеровника настале до отварања поступка, осим на права разлучних и излучних вјеровника те тражбине радника и пријашњих дужникових радника те мјере осигурања у казном поступку и порезне поступке утврђивања злоупотребе права (чл. 65. СЗ). Један од посљедица је да Фина престаје извршавати све основе за плаћање евидентираних у Очеvidнику, осим обрачуна неисплаћене плаће, накнаде плаће и отпремнине те основа за плаћање које се односе на мјере осигурања у казном поступку (чл. 69. СЗ).

Дужник и повјереник (ако је именован) дужни су се изјаснити у року од осам дана од дана истека рока за пријаве о пријављеним тражбинама вјеровника, а вјеровници могу оспорити пријављене тражбине другог вјеровника. На темељу

²⁰ НН, бр. 106/15.

тих оспоравања Фина саставља таблицу пријављених и таблицу оспорених тражбина које јавно објављује те сву документацију електронички доставља суду (чл. 41-43. СЗ).

3.1.5. Улога Фине у поступка потврђивања предстечајног споразума или у поступку ускрате и обуставе предстечајног споразума

Након рочишта ради испитивања тражбине те рочишта гдје се расправља и гласује о плану реструктурирања, суд доноси рјешење којим се потврђује предстечајни споразум или се потврда ускраћује и обуставља предстечајни поступак. У случају да рјешење којим се потврђује предстечајни споразум постане правомоћно суд ће исто доставити Фини. Од дана примитка правомоћнога рјешења којим се потврђује предстечајни споразум, Фина неће наставити с provedбом оврхе на новчаним средствима по рачуну дужника на темељу основа за плаћање које је престала извршавати од примитка рјешења о отварању предстечајнога поступка. (чл. 71, ст. 1. СЗ). Међутим, од дана примитка правомоћнога рјешења о обустави предстечајнога поступка, Фина ће наставити с provedбом оврхе на новчаним средствима по рачуну дужника на темељу основа за плаћање које је престала извршавати од примитка рјешења о отварању предстечајнога поступка (чл. 71, ст. 1. СЗ). У случајевима обуставе предстечајног поступка, суд ће *ex officio* наставити поступак као да је поднесен приједлог за отварање стечајнога поступка, осим ако утврди да је дужник способан за плаћање и да је испунио све обвезе према вјеровницима (чл. 64, ст. 2. СЗ).

3.2. Улога Фине у стечајном поступку

Тијела стечајнога поступка су суд, стечајни управитељ, скупштина вјеровника и одбор вјеровника (чл. 75). У погледу овлаштења суда није било значајнијих измјена, осим што сада умјесто суда одбор вјеровника одобрава предрачун трошкова стечајнога поступка (чл. 98, ст. 2., т. 4), а суд одобрава исплату (чл. 76). Дакле, Фина није тијело поступка већ само и искључиво судионик као и у случају ПП-а, али са суженим овлаштењима и дужностима.

3.2.1. Улога Фине у подношењу приједлога за отварање стечајног поступка правне особе и осигурању новчаних средстава за намирење трошкова стечајног поступка

Уз правила о овлаштењу дужника и вјеровника за подношење приједлога за отварање редовног стечаја, у наведеном контексту једна од важнијих новости је обвеза Фине да подноси приједлог за отварање стечајнога поступка, ако правна особа у Очевиднику редослиједа основа за плаћање има евидентиране неизвршене основе за плаћање у непрекинутом раздобљу од 120 дана (чл. 110, ст. 1. СЗ). У наведеном случају суд може донијети рјешење о отварању стечајнога

поступка без provedбе претходнога поступка (чл. 116, ст. 1, т. 3. СЗ). Притом сукладно одредбама споменутог Правилника о врсти и висини накнаде трошкова Фине, иста има право на накнаду трошка у износу од 140,00 куна увећаном за порез на додану вриједност. Наведени трошак има статус вјеровника стечајне масе будући да представља трошак стечајнога поступка (чл. 110, ст. 5. и 6. СЗ). Такођер битно је споменути да се на Фини не односи правило да је подносилац приједлога за отварање стечајнога поступка дужан платити своту предујма од 1.000,00 куна у Фонд за намирење трошкова стечајнога поступка те да је по налогу суда у року од осам дана додатни своту предујма која не може бити виша од 20.000,00 куна (чл. 114, ст. 3, т. 2. СЗ).

Надаље, како намирење трошкова стечајног поступка представља посебан проблем, одређено је да се Фонд за намирење трошкова стечајнога поступка оснива на сваком суду, а да се средства осигуравају на темељу правила из СЗ-а. Поступак осигурања новчаних средстава за намирење трошкова стечајног поступка детаљно је разрађен. Прописано је да ће Фина, након што утврди немогућност извршења основе за плаћање ради недостатка новчаних средстава на рачунима дужника правне особе, наложити банци да заплијени новчана средства с рачуна дужника, у износу од 5.000,00 куна за предујам за намирење трошкова стечајнога поступка (чл. 112, ст. 1. СЗ). Налог да се заплијене новчана средства проводи се прије осталих налога, осим налога за извршавање основа за плаћање обрачуна послодавца о неисплати доспјелог износа плаће и накнаде плаће (чл. 112, ст. 2. СЗ).²¹ Ако Фина заплијени износ који је достатан за намирење свих неизвршених основа за плаћање уписаних у Очеvidник редослиједа основа за плаћање, обуставит ће даљу заплјену за износ предујма за намирење трошкова стечајнога поступка, ослободит ће износ заплијењених средстава те издати налог банкама за извршење основа за плаћање уписаних у Очеvidник редослиједа основа за плаћање, осим ако је Фина на темељу одредбе чл. 110, ст. 1. овога Закона поднијела приједлог за отварање стечајног поступка (чл. 112, ст. 3. СЗ). Након извршења свих неизвршених основа за плаћање, Фина ће издати налог за ослобођење заплијењених средстава и омогућити дужнику

²¹ Дана 01.01.2015. ступила је на снагу одредба чл. 67, ст. 4. Закона о измјенама и допунама Овршног закона (НН, бр. 93/14), којом је чл. 209. ОЗ-а додан нови ст. 4. којим је прописано да ће се оврха на новчаној тражбини по рачуну овршеника на темељу обрачуна послодавца о неисплати доспјелог износа плаће, накнаде плаће или отпремнине провести прије оврхе ради наплате свих других тражбина по том рачуну неовисно о времену њихова настанка, осим оврхе ради остварења дјететове тражбине уздржавања. Наведено значи да оврха на темељу обрачуна послодавца има приоритет у наплати те се обрачун послодавца евидентира на прво мјесто у Очеvidнику редослиједа основа за плаћање, осим наплате тражбине за уздржавање дјетета (алиментација) и привремено уздржавање. Ова одредба се примјењује само на обрачуне послодавца који су достављени на дан или након 01.01.2015. те исти неће имати предност при наплати у односу на друге основе задримљене закључно са 31.12.2014.

располагање (чл. 112, ст. 4. СЗ). Суд ће одмах након примитка приједлога за отварање стечајног поступка затражити од Финe обавијест о осигурању средстава за намирење трошкова стечајног поступка (чл. 112, ст. 5. СЗ). Рјешењем о отварању стечајног поступка над дужником правном особом, суд ће наложити Фини да наложи банци приенос заплијењеног износа предујма на рачун суда и обустави даљњу пљенидбу ако износ предујма није заплијењен у цијелости (чл. 112, ст. 6. СЗ). Ако суд одбаци или одбије приједлог за отварање стечајног поступка, рјешењем о одбацивању односно одбијању наложити ће Фини да ослободи заплијењена средства (чл. 112, ст. 7. СЗ).

3.2.2. Улога Финe у скраћеном стечајном поступку

Од споменутог редовног стечаја, треба разликовати тзв. скраћени стечајни поступак (чл. 428-436. СЗ). Наведеним правилима је одређено да ће Фина поднијети приједлог за отварање скраћеног стечајног поступка ако су кумулативно испуњени сљедећи увјети: а) у Очевиднику редослиједа основа за плаћање има евидентиране неизвршене основе за плаћање у непрекинutom раздобљу од 120 дана; б) друштво нема запосленика; ц) нису испуњене претпоставке за покретање другог поступка ради брисања из судског регистра. Дакле, укинута је обвеза предлагатеља да провјери постојање имовине, а што је до сада пријашњи предлагатељ, Министарство финансија – Порезна управа, провјеравала. На темељу захтјева Финe, суд ће након увида у судски регистар на е-огласној плочи објавити оглас с позивом особама овлашћеним за заступање дужника да у року од 15 дана од дана објаве огласа поднесу суду јавнобилежнички овјеровљен попис имовине и обвеза те позив вјеровницима да најкасније у року од 45 дана од објаве огласа предложe отварање стечајног поступка. Ако се нитко у тим роковима не јави и не предујми средства за намирење трошкова поступка, сматрат ће се да је дужник неспособан за плаћање те ће суд донијети рјешење о отварању и закључењу скраћеног стечајног поступка. У противном, суд ће обуставити скраћени стечајни поступак и одговарајућом примјеном опћих одредаба стечајног поступка донијети рјешење о покретању претходног поступка, односно отварању стечајног поступка. Пракса упозорава како ће због наведеног формалистичког приступа доћи до брисања великог броја субјеката који имају имовину, а и неће се контролирати јесу ли дужници своју имовину уступили побојним правним радњама с циљем оштећења вјеровника. Како би избјегли наведени проблем поредбена искуства указују на ступњевит приступ услијед ограничене могућности судова да апсорбирају значајнији број нових стечајних поступака.

3.2.3. Улога Финe у поступку уновчења стечајне масе

Даљња улога Финe је истакнута код правила о уновчавању стечајне масе. Наиме, ту је стечајни управитељ дужан, уз одговарајућу примјену правила овршног поступка, доставити Фини без одгоде податке о свим некретнинама које се продају у стечајном поступку, а о покретнинама ако је њихова

процијењена вриједност већа од 50.000,00 кн ради уписа у Очевидник некретнина и покретнина, уз назнаку да се продају у стечајном поступку (чл. 229, ст. 3. СЗ). Дакле, промијењена је особа која води очевидник некретнина и покретнина јер су се исти подаци прије достављали Хрватској господарској комори (ХГК).

У погледу правила о продаји имовине дужника као цјелине, одређено је да све објаве иду путем е-огласне плоче те да ако је одлуком о продаји одређена продаја електроничком јавном дражбом, продаја ће се провести уз одговарајућу примјену правила о вршном поступку о оврси на некретнини (чл. 235, ст. 2. и 3. СЗ). Суд ће одлуку о продаји потврдити рјешењем ако оцијени да се продајом вјеровници не доводе у неповољнији положај за намирење од онога у којему би били кад би се имовина дужника уновчила по појединим дијеловима (чл. 235, ст. 6. СЗ). На темељу одлуке о продаји и правомоћног рјешења суда о потврђивању одлуке о продаји на мрежним страницама е-огласна плоча и на мрежним страницама Фине објавит ће се оглас, уз назнаку увјета и начина продаје. У огласу ће се назначити мјесто, вријеме и начин увида у попис имовине стечајног дужника, попис разлучних права, доказе да имовина припада дужнику, пословне књиге и документација стечајног дужника и разгледавања имовине (чл. 236, ст. 1. СЗ).

Коначно, и у погледу уновчења предмета на којима постоји различно право постоје нова правила (чл. 247-256. СЗ). Наиме, након отварања стечајнога поступка различни вјеровници нису овлаштени покренути поступак оврхе или осигурања, а прекинути поступци оврхе и осигурања које су ти вјеровници покренули прије отварања стечајног поступка, наставит ће и провести суд који води стечајни поступак по правилима о вршном поступку. Дакле, овом одредбом се прописује нова процесна правила према којима различни вјеровници губе право покретати поступке оврхе или осигурања након отварања стечајнога поступка, те се прописује надлежност стечајног суда за наставак прекинутих поступка. Ова измјена процесних правила нужна је ради концентрације и убрзања стечајних поступака. Продају некретнине проводи Фина електроничком јавном дражбом.

Ако стечајни вјеровници нису на извјештајном рочишту друкчије одредили начин и увјете продаје, имовина дужника продаје се одговарајућом примјеном одредби чл. 247. и 249. СЗ (уновчење предмета на којима постоји различно право).

У свим случајевима, стечајни суд и стечајни управитељ добили су додатне обвезе чиме је објективно у великом броју случајева растерећен **овршни суд**.

3.2.3.1. Улога Фине у поступку продаје некретнина у стечају

До имплементације новог СЗ-а продаја некретнине најчешће се обављала на два начина - усменом јавном дражбом или непосредном погодбом. **Стога можда** и највећу новину представљају правила за продају некретнина у стечају гдје се примјењују правила о provedби оврхе на некретнини. Из изложених основних

правила о продаји некретнине у стечају произлази да се она редовито продаје по правилима о уновчењу некретнине у овршном поступку, због чега је разумијевање продаје некретнине у овршном поступку нужно да би се схватила њезина продаја у поводу стечаја. Наиме, када се говори о некретнини као предмету оврхе односно дијелу стечајне масе, тада иста може бити само некретнина која је као цјелина одређена правилима која уређују власништво и друга стварна права, дакле, прихватило се начело јединства некретнине (чл. 9. ЗОВ).²²

Продаја и уновчење некретнине обавља се продајом на електроничкој јавној дражби (чл. 97, ст. 1. ОЗ),²³ с тим да су правила о електроничкој јавној дражби путем Финe, знатно измијењена. Дакле, одустало се од *lex specialis* прописа²⁴ који је требао уређивати provedбу продаје некретнина и покретнина у овршном поступку, па оно што се тим прописом требало уредити унесено је у Овршни закон, посебице у његов дио насловљен: *Поступак продаје некретнине у Агенцији* (чл. 132.а-132.и ОЗ). Од наведених подзаконских аката најзначајнији је Правилник о начину и поступку provedбе продаје некретнина и покретнина у овршном поступку,²⁵ којим су уређена сва питања битна за provedбу поступка продаје покретнина и некретнина код Финe (Агенције).

Тим Правилником уређено је питање доставе писмена између Финe и надлежних тијела, облик и садржај захтјева за продају и осталих писмена у поступку provedбе продаје, начин објаве писмена на мрежним страницама Финe, садржај позива и начин уплате предујма за покриће трошкова provedбе продаје, износ, начин уплате и начин поврата јамчевине, поступак додјеле идентификатора у електроничкој јавној дражби, облик и садржај пријаве за судјеловање у тој дражби, начин прикупљања и давања понуда, садржај извјештаја о provedеној дражби, поступак и начин уплате куповнине, те поступак и начин provedбе рјешења о намирењу (чл. 1. Правилника).

За одлучивање о приједлогу за оврху на некретнини и за provedбу мјесно је надлежан суд на чијем се подручју некретнина налази (чл. 79. ОЗ). Саму продају некретнине проводи Финa, чија је искључива надлежност за provedбу оврхе одређена чл. 132.а ОЗ-а према којем се захтјев за продају и остала писмена у поступку продаје некретнина достављају регионалним центрима Финe чија се мјесна надлежност утврђује према надлежности суда који проводи оврху, дакле суда на чијем се подручју некретнина налази. Свакако, то не значи да је поступак чисто техничког карактера, јер је продаја без сумње представља „упад“ у

²² Закон о власништву и другим стварним правима, НН, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12. и 152/14.

²³ Ћ, аđ. 112/12, 25/13. è 93/14. ääšâ: ÎÇ.

²⁴ Приједлог Закона о provedби продаје некретнина и покретнина у овршном поступку. Доступно на мрежним страницама: <http://www.sabor.hr/prijedlog-zakona-o-provedbi-prodaje-nekretnina-i-p>. (12.01.2016).

²⁵ НН, бр. 156/14.

имовинскоправну сферу дужника, што захтијева висок ступањ правне сигурности, професионалности, транспарентности и учинковитости, а што може пружити само суд. Ипак није предвиђена могућност да продају (електроничку дражбу) проведе суд или да се иста повјери јавном билежнику.

Фина продаје некретнину на темељу судског захтјева за продају као посебне врсте писмена којом суд налаже Фини да отпочне поступак продаје те уз захтјев доставља рјешење о оврси, извадак из земљишне књиге и закључак о продаји (чл. 95.а, ст. 2. ОЗ). Фина код тога има исту позицију као и судски овршитељ (чл. 95а., ст. 3. ОЗ). У чл. 5. Правилника је одређено да захтјев за продају некретнине у овршном поступку мора садржавати низ елемената, а ако исте не садржи није потпун. Посљедично прописани су случајеви када Фина неће поступати по захтјеву и то због немогућности поступања. Овдје је, у најмању руку по схваћању доктрине, занимљива овласт Фини да утврђује да не може поступити по захтјеву за продају, при чему је у том је случају Фина дужна обавијестити надлежно тијело о томе и навести разлоге због којих сматра да постоји немогућност поступања. Ипак сматрамо упитним смије ли Фина тако поступити. Држимо, а што излази и аналогије сличних ситуација у поступањима јавног билежника, да би Фина такав захтјев требала доставити суду на одлучивање. Штовише, јудикатура поставља питање ситуације у којој Фина сматра једно, а надлежни суд друго, али због недоречености поставља се питање на који ће се начин тада оврха на некретнини уопће моћи провести, хоће ли оврховодитељ имати могућност поднијети и коме жалбу ради не поступања. У сваком случају јавна дражба или точније речено запримање понуда започиње објавом позива на судјеловање у електроничкој јавној дражби коју Фина објављује на својим мрежним страницама (чл. 97, ст. 1. ОЗ). Од објављивања позива до почетка прикупљања понуда мора протећи најмање шездесет дана (чл. 97, ст. 5. ОЗ). Објави позива претходи позив оврховодитељу да уплати предужам за трошкове које ће имати Фина при продаји. Не уплати ли оврховодитељ предужам, Фина неће провести продају некретнине, него ће о тому обавијестити овршни суд, који ће потом обуставити оврху (чл. 95.а, ст. 4. ОЗ). Наведено подразумијева да понудитељ мора имати осигуране техничке предувјете. При томе већ при првој пријави за једину електроничку јавну дражбу, понудитељ мора попунити образац пријаве и тај образац мора бити потписан напредним електроничким потписом (чл. 15, ст. 1. Правилник). Фина позив, према сасвим новом начину комуницирања са странкама у поступку, такођер, објављује на својим мрежним страницама и сматра га достављеним истеком осмог дана од дана објаве (чл. 132.б, ст. 2. ОЗ). Дужност је Фини да у свим пословним јединицама осигура могућност увида у јавне објаве, а позив се може објавити и у средствима јавног приопћавања на приједлог странке и наравно под увјетом да странка за то предужми потребна средства. Како је продаја некретнина сада повјерена Фини, то је знатно повисило саме трошкове продаје, па вјеровници морају бити свјесни предметних трошкова ако не дају стечајном управитељу упуту о другом начину продаје (в. чл. 229, ст. 1. СЗ). У сваком случају Фина има право наплатити трошкове које ће иста имати у

свези с продајом некретнина и то из предујма за покриће трошкова које ће платити оврховодитељ. Као купци у дражби могу судјеловати особе које су претходно дале јамчевину (чл. 99, ст. 1. ОЗ) и поднијеле пријаву за судјеловање у електроничкој јавној дражби (чл. 132.е, ст. 1. ОЗ). Јамчевина може бити изражена само у кунама и то у складу с увјетима продаје. Суставу електроничке јавне дражбе понудитељ може приступити особно, али и по опуномоћенику односно законском заступнику. У досадашњој пракси се поставило питање како реагирати на поступке особа које се, ослобођене од претходног полагања јамчевине, укључују у поступак продаје, понуде највишу цијену и постигну да им некретнина буде досуђена, али не плате у року куповнине и тако без санкција онемогуће продају некретнине. Стога је законодавац у најновијим измјенама укинуо могућност ослобађања од плаћања јамчевине за Републику Хрватска, опћине, градова и жупаније те државна тијела судјелују ли у поступку као странка (чл. 99. у вези с чл. 15, ст. 2. ОЗ). Ако би понудитељ судјеловао у поступку продаје преко опуномоћеника, тада се пуномоћ о томе похрањује у Фини (чл. 14. Правилника). Јудикатура назначује како ће то захтијевати да једна пуномоћ постоји за суд, а да друга пуномоћ постоји за Фину. У сваком случају након уплате јамчевине, а при пријави за судјеловање у дражби, Фина будућем понудитељу додјељује и доставља тзв. идентификатор под којим анонимно судјелује у дражби - подноси своју понуду (чл. 132.е, ст. 3. ОЗ). То значи да за сваку дражбу понудитељ мора имати различити идентификатор. Ако је понудитељ заступан по опуномоћенику или законском заступнику, тада се идентификатор доставља опуномоћенику или законском заступнику (чл. 15. Правилника). Сама јамчевина се уплаћује на посебан рачун Фине и то најкасније задњег дана објаве позива на судјеловање у електроничкој јавној дражби, тиме да се уплатитељем јамчевине сматра особа чији је особни идентификацијски број наведен у позиву уплате. Ваљаним уплатама сматрати ће се оне које су извршен у року и које су евидентирани на рачуну Фине најкасније у року од 8 дана од истека рока за уплату (чл. 12. Правилника). Након што понудитељ уплати јамчевину, понудитељу ће у суставу електроничке јавне дражбе бити видљиве дражбе за које је уплатио јамчевину и за које може испунити пријаву за судјеловање у електроничкој јавној дражби. До поврата јамчевине може доћи само ако Фина за то прими налог надлежног тијела за поврат јамчевине, у противном јамчевина ће бити на рачуну. Након што Фина прими одлуку надлежног тијела о поврату јамчевине, Фина је дужан извршити поврат јамчевине у року од 8 дана и то на рачун назначен у пријави за судјеловање (чл. 13. Правилник). Свакако је битно споменути обвезу Фине да отворити посебне рачуне код пословне банке на које ће се искључиво полагати: 1) новчана средства куповнине уплаћена у проведби оврхе, 2) новчана средства јамчевине уплаћена у проведби оврхе. Подаци о тим рачунима требају бити јавно објављени, тиме да пословна банка не наплаћује накнаду за отварање, вођење и затварање тих

посебних рачуна. Ипак анегдотски докази, али и релевантне одредбе Закона о платном промету²⁶ доводе у сумњу наведену одредбу. Дужност је Фине исто тако да без одгоде изврши пријенос новчаних средстава с тих посебних рачуна на темељу налога суда, а ако би Фина утврдила немогућност provedба налога суда, о томе је дужна одмах обавијестити суд од којег је запримила налог за пријенос новчаних средстава. Средства на тим посебним рачунима изузета су од оврхе (чл. 132.ц ОЗ). Битно је споменути и рокове у којима Фина мора поступати. Тако је одређено да Фина може подузети радњу у поступку само на темељу налога суда те да се вријеме које је протекло прије доставе налога Фини не рачуна у законом прописан рок за њезино подузимање. Одређено је исто тако да ако је законом одређен дан за подузимање радње у поступку бландан, односно нерадни дан, као дан за подузимање радње узет ће се први радни дан (чл. 132.ф, ОЗ).

У чл. 3. и 4. Правилника детаљније се уређује питање доставе писмена између Фине и суда, односно Фине и других надлежних тијела. Када надлежно тијело доставља писмено Фини, тада се достава врши: препорученом пошљом уз повратницу, непосредном доставом или електроничким путем када за такву доставу буду остварени увјети. Надлежно тијело Фини мора доставити захтјев за продају и остала писмена у изворнику, отправку или овјереној преслици у надлежну пословну јединицу Фине, а ако се врши непосредна достава тада се има мора вршити радним даном од понедељка до петка од 8 до 13,00 сати. Попис надлежних јединица Фине налази се у Правилнику (Прилог 1). Исто тако када Фина доставља писмена надлежном тијелу достава се може вршити на једнаки начин, што значи препорученом пошљом уз повратницу, непосредном доставом или електроничким путем када за такву доставу буду остварени увјети. Непосредна достава се врши путем претинаца које надлежно тијело има у пословној јединици Фине, а ако надлежно тијело не би преузело писмено из претинца 8 дана, тада се достава врши поштом. Трошкови доставе сматрају се трошковима стечајног поступка.

Сада су рочишта за продају структурирана као електроничка дражба која, свака, траје десет радних дана тијеком којег времена се прикупљају понуде (чл. 102, ст. 3. ОЗ). Понуде за судјеловање у електроничкој дражби дају се под идентификатором и садржавају цијену понуде (чл. 132.г, ст. 4. ОЗ), а прикупљају се врши електроничким путем (чл. 132.г, ст. 1. ОЗ). На електроничкој јавној дражби не може се дати више истовјетних цијена понуде (132.г, ст. 5. ОЗ). Саме понуде се прикупљају електроничким путем, радним и нерадним даном у времену од 0-24 сата, с тим да су датум и вријеме почетка прикупљања понуда те датум и вријеме завршетка прикупљања понуда одређује Фина у позиву на судјеловање, што значи да је то унапријед одређено и не може се касније мијењати (чл. 17. Правилника). Такођер је омогућено је да се понуде дају и у пословној јединици Фине, тиме да је то могуће само у њено радно вријеме, дакле у радно вријеме пословнице (чл. 18. Правилника). Како би се избјегло

²⁶ НН, бр. 133/09. и 136/12.

симболично повећање одлучило се поближе одредити корак повећања цијене (тзв. дражбени корак) за који понудитељ може дати понуду у односу на износ минималне цијене за коју се предмет може продати или на износ задње ваљане понуде (чл. 19. Правилника). У сваком случају детаљније се уређује давање понуда у електроничкој јавној дражби, с тим да је почетна цијена продаје одређена од стране суда, а повећање задње ваљана понуде је могуће само за унапријед одређен дражбени корак (чл. 21. Правилника).

СЗ прописује могућност четири рочишта (чл. 247, ст. 3, т. 5. и ст. 4. СЗ). Не успије ли прва дражба, када Фина не прими нити једну ваљану понуду, приступа се другој - објавом позива за судјеловање у другој електроничкој дражби, првог дана након завршетка прве електроничке дражбе (чл. 102, ст. 3. ОЗ-а). Правилима о продајној цијени одређено је да се на првој дражби некретнина не може продати испод $\frac{3}{4}$ утврђене вриједности. Не прода ли се на првој дражби, некретнина се на другој дражби не може продати испод $\frac{1}{2}$ утврђене вриједности (чл. 247, ст. 5, т. 2. СЗ). Не успије ли ни друга електроничка јавна дражба, на трећој дражби не може се продати испод $\frac{1}{4}$ утврђене вриједности (чл. 247, ст. 5, т. 3. СЗ). Не успије ли нити трећа дражба, на четвртој дражби некретнина се продаје по почетној цијени од 1,00 куне. Не успије ли нити четврта дражба, Фина о тому обавјештава суд како би обуставио оврху (чл. 102, ст. 4. ОЗ-а). Електроничка дражба провести ће се и ако у њој судјелује само један понудитељ (чл. 100. ОЗ). При наведеним радњама понудитељ може одабрати између унапријед понуђених износа којему нуди сустав електроничке јавне дражбе, па ако у суставу није евидентирана нити једна ваљана понуда, тада исти може одабрати између износа понуде који одговара почетној цијени предмета продаје, износа који одговара почетној цијени увећаној за један дражбени корак или износа који одговара почетној цијени увећаној за три почетна корака. Ако је у сустав евидентирана ваљана понуда, тада понудитељ може одабрати између износа понуде који одговара износу највише евидентираних ваљаних понуда увећане за дражбени корак те износа понуде који одговара износу највише евидентираних ваљаних понуда увећане за три дражбена корака. Сваки одабир понудитељ мора потврдити напредним електроничким потписом (чл. 21. Правилника). Према одредби чл. 22. Правилника понуда се сматра прихваћеном када сустав електроничке јавне дражбе понудитеља обавјести да је његова понуда евидентирана као ваљана, тиме да се у суставу евидентирају све понуде (и ваљана и неваљане). Неваљана би била понуда у којој је понуђена цијена једнака ваљаној понуди која је већ раније евидентирана у суставу, односно у случају из чл. 21, ст. 7. Правилника (случај ако је понудитељева понуда у суставу евидентирана као највиша ваљана понуда). У каснијем надметању неваљане понуде се неће приказивати. Правилника такођер детаљније уређује питање прекида, одгоде и наставка продаје некретнина и покретнина у овршном поступку (чл. 24). Тако ће Фина прекинути поступак продаје некретнина и покретнина ако од надлежног тијела заприми одлуку о прекиду поступка, а наставити ће такав прекинути поступак кад од надлежног тијела прими одлуку о

наставку поступка. Учинак прекида је да престају тећи сви рокови одређени за поступак provedбе продаје, те наставком поступка рокови почињу тећи изнова. Како се ради о електроничкој јавној дражби могуће су ситуација да због техничких разлога дође до прекида поступка. Стога Правилник одређује поступање Фине након прекида због техничких потешкоћа. Наиме, ако би дошло до прекида надметања због техничких потешкоћа, да ће тада Фина наставити с надметањем након отклањања потешкоћа. У случају да дође до тешкоћа и због тога задњег дана надметања или би потешкоће трајале дуље од 12 сати у једном дану надметања, тада се надметање продужује за један дан. О томе ће Фина ставити обавијест на своје мреже странице (чл. 29). У случају да се од надлежног тијела заприми одлука о одгоди оврхе, тиме да ће се поступак наставити када се од надлежног тијела заприми одлука о наставку поступку. За разлику од прекида поступка, код одгоде се неће подузимати радње у поступку provedбе оврхе. И у случају прекида и у случају одгоде оврхе, након што Фина прими одлуку надлежног тијела о наставку поступка, поновно ће објавити позив на судјеловање у електроничкој јавној дражби (чл. 24. Правилника).

Електроничка јавна дражба завршава у тренутку који је унапријед одређен у позиву на судјеловање. Након завршетка електроничке јавне дражбе, Фина обавјештава суд о provedеној дражби, прикупљеним понудама и другим потребним податцима (чл. 103, ст. 2. ОЗ). Притом се суду доставља детаљан извјештај у којем се наводе сви подаци релевантни за доношења одлуке о досуди. По примитку обавијести суд утврђује који је купац понудио највећу цијену и јесу ли испуњене претпоставке да му се досуди некретнина (чл. 103, ст. 3. ОЗ). Рјешење о досуди израђује се у писаном облику, објављује се на огласној плочи суда и на мрежним страницама Фине те се сматра да је рјешење достављено свим особама којима се доставља закључак о продаји те свим судионицима у дражби истеком трећег дана од дана његова истицања на огласну плочу. Рјешење о досуди би требало садржавати клаузулу правоћности (с тиме да је у чл. 28, ст. 2. Правилника детаљно прописано које податке мора садржавати рјешење о намирењу које се доставља Фини), а ако то рјешење нема такве клаузуле вратити ће се надлежном тијелу. У рјешење о досуди ће се одредити рок у којем је купац дужан платити куповнину на рачун у Фини, тиме да је она дужна о уплати (или чињеници да уплата није извршена) обавијестити суд у року од 8 дана од истека рока за уплату. Куповнина се уплаћује на посебан рачун у Фини, тиме да ће Фина извршити пријенос средстава у тренутку када за то добије налог овршног суда (чл. 106, ст. 1. и 3. ОЗ). Понудитељима чија понуда није прихваћена Фина ће вратити јамчевину на темељу налога суда за пријенос новчаних средстава (чл. 99, ст. 4. ОЗ).²⁷

²⁷ Тако и подробније, Контреџ, Д., *Оврха на некретнини*, Хрватска господарска комора - сектор за трговину, 23. форум пословања некретнинама, 2015. те Михелчић, Г., *Коментар Овршног закона*, Загреб, 2015, стр. 15-1150. те *ид.*, *Новости у оврси на некретнини*, Право и порези, бр. 10/2014, стр. 7-14.

3.2.4. Улога Фине у тзв. „аутоматском стечају“

оначно, Фина темељем законских овласти из чл. 444. СЗ-а, покреће „аутоматски стечај“ за 27.106 правних особа које су на дан 1. рујна 2015. (дан ступања на снагу СЗ-а) у Очевиднику редослиједа плаћања имале евидентирание неизвршене основе за плаћање у непрекинутом раздобљу од 120 дана (тзв. „мртва друштва“). Фина суду подноси: а) захтјев за provedбу скраћеног стечајног поступка те б) приједлог за отварање стечајног поступка. Ради се о „мртвим друштвима“ која дуље времена не обављају никакву дјелатност, а за које је законодавац оцијенио да је најрационалније трајно их елиминирати из подузетништва. За подношење захтјева за provedбу скраћеног стечајног поступка и приједлога за отварање стечајног поступка за правне особе из чл. 444. СЗ-а Фина нема право на накнаду (чл. 4. Правилника).

Наиме, изнимно од рока из чл. 429, ст. 1. СЗ-а, за правне особе које у Очевиднику редослиједа основа за плаћање имају евидентирание неизвршене основе за плаћање у непрекинутом раздобљу од 120 дана, а које немају запослених те нису задовољени увјети за брисање из судског регистра по службеној дужности, Фина ће надлежном суду поднијети захтјев за provedбу скраћеног стечајног поступка у року од 8 дана од истека раздобља у којем су за правну особу испуњени увјети за покретање поступка, доставом писаног поднеска надлежном трговачком суду према сједишту правне особе. С друге стране, изнимно од рока из чл. 110, ст. 1. СЗ-а, за правне особе које у Очевиднику редослиједа за плаћање имају евидентирание неизвршене основе за плаћање у непрекинутом раздобљу од 120 дана, Фина ће надлежном суду поднијети приједлог за отварање стечајног поступка у року од 8 дана од истека раздобља у којем су за правну особу испуњени увјети за покретање поступка, доставом писаног поднеска надлежном трговачком суду према сједишту правне особе.

4. Умјесто закључка

У Закону о финансијском пословању и предстечајној нагодби, у дијелу који се односи на поступак предстечајне нагодбе, Фина је кроз нагодбено вијеће водила први дио поступка по правилима управног поступка, док је трговачки суд у судском поступку верифицирао тко је и како гласовао за приједлог предстечајне нагодбе која је проведена пред Фином. Ипак у хрватском праву стечајни поступак је традиционално судски поступак у стварној надлежности трговачких судова. Штовише, из доктринарне перспективе може се констатирати да објективна потреба за специјализацијом судова нужан резултат захтјева за учинковитом судском заштитом.²⁸ Дакле, судска ингеренција у овом поступку је плод тежњи да се оствари праведност у погледу равномјерног намирења

²⁸ Дика, М., *Инсолвенцијско право*, Загреб, 1998, стр. 1-119. те Ераковић, А., *Стечајни закон с коментаром и примјерима*, Загреб, 1997, стр. 1-257.

вјеровника из имовине дужника. Стога је у новом Стечајном закону, који је ступио на снагу 1. рујна 2015., Фина „изгубила“ све функције вођења поступка и наступа као сервис тијела предстечајног и стечајног поступка, а који ће се поступци редовито отварати управо на темељу стања рачуна дужника у Очеvidнику редослиједа основа за плаћање који води Фина.

Сматрамо изузетно важним нагласити дужности Фине везане за стечајни поступак: 1) подноси приједлог за отварање овог поступка ако правна особа у Очеvidнику има блокаду рачуна у непрекидном раздобљу од 120 дана (чл. 110.), 2) подноси захтјев за provedбу скраћеног стечајног поступка ако је правна особа без запосленика; ако нису испуњене претпоставке за покретање другог поступка ради брисања из судског регистра те ако у Очеvidнику има блокаду рачуна у непрекидном раздобљу од 120 дана (чл. 429) те 3) осигурање новчаних средстава за намирење трошкова стечајног поступка у износу од 5.000,00 куна (предујам за намирење трошкова стечајног поступка) (чл. 112). Наведене дужности односе се на поступање Фине које се тичу дужника чија је неспособности за плаћање (инсолвентност) наступила након 1. рујна 2015. С друге стране, за правне особе које су на дан 1. рујна 2015. у Очеvidнику имале блокаду рачуна у непрекидном раздобљу од 120 дана (тзв. „мртва друштва“) Фина је дужна поднијети: 1) захтјев за provedбу скраћеног стечајног поступка (чл. 444, ст. 1) те 2) приједлог за отварање стечајног поступка (чл. 444, ст. 2). Продаја некретнина у стечају заузима важније мјесто у реформи СЗ-а, што је у складу с опћим имовинскоправним и господарским значењем некретнина као у правилу највјероднијих дијелова имовине дужника чије се припадање дужнику може релативно једноставно утврдити и доказати. Ако стечајни вјеровници нису на извјештајном рочишту друкчије одредили начин и увјете продаје, имовину дужника продаје Фина електронском јавном дражбом, уз одговарајућу примјену правила оvrшног поступка о оvrси на некретнинама. Нова правила односе се и на уновчење предмета на којима постоји разлучно право па разлучни вјеровници губе право покретати поступке оvrхе или осигурања након отварања стечајнога поступка те се прописује надлежност стечајног суда за наставак прекинутих поступка. У коначници, правила која непосредно уређују наведену материју, дакле продају некретнина, су и најразрађенија. За сада, дио доктрине и праксе, сматра како је поступак продаје некретнине сложен и формализиран, па и оптерећен низом непотребних корака или одлука које тијеком поступка морају донијети надлежна тијела. Стога је скептичан, па и очекивања како ће реформе бити контрапродуктивне, сматрајући да би, умјесто растерећивања, судови могли имати пуно посла у стечајним предметима. Тому додају и чињеницу да на текст старог СЗ у погледу продај некретнина нису биле изнијете битније критике, па постављају и питање сврсисходности свеобухватнијих промјена у овом дијелу СЗ. Ипак аутор сматра да свака модернизација права значи и његово осувремењивање јер га доводи у склад с приликама и потребама времена у којем се примјењује па управо због тога ново правно уређење продаје некретнина у стечају представљају, *in ultima linea*, основу за побољшање опће дјелотворности

сустава пружања стечајно-правне заштите. У коначници, тешко је очекивати да стечајни поступак може бити брз, у случају одсуства интереса купаца или ако је продају могуће учинити само уз велико спуштање цијене какво је могуће у стечају. Нека рјешења могу поједноставити продају или је учинити транспарентнијом, и евентуално остварити бољу продајну цијену, али ће економско окружење и даље имати кључну улогу на исход и функционализацију циљева стечајног поступка. Ипак можда и важније питање је - може ли садашња организација трговачких судова²⁹ поднијети „терет“ вођења пет врста инсолвенцијских поступака - предстечајних нагодби,³⁰ предстечајних поступака, стечајних поступака, скраћених стечајних поступака и тзв. аутоматских стечајева. Такођер не смије се изгубити из вида да су трговачки судови сукладно одредбама новог Стечајног закона постали и „овршни“ судови, а за претпоставит је да ће све у коначници резултирати и споровима пред вишим судовима, дакле Врховним судом као и Високим трговачким судовима, што ће додатно оптеретити сустав трговачког правосуђења и поставити питање одржавања стандарда „разумног рока“ провођења стечајних поступака.

Закључно, чињеница је да се у оквиру сувремене технолошке револуције, срећемо са снажним захтјевима за смјелијим ревизијама стечајног права, а нова улога ФИНЕ и „електронификација“ поступка представља један такав класичан примјер. Наиме, такав технолошки напредак носи све ширу примјену *e*-потписа³¹ и *e*-исправа³² и *e*-доставе но уз тај напредак треба задржати па и побољшати правну сигурност и учинковитост правосуђа. Стога иако је још рано оцијенити наведене реформе, у сваком случају бити ће занимљиво видјети хоће ли се у пракси остварити намјере законодавца за краћим и јефтинијим поступком. Ту су свакако занимљива све учесталија доктринарна промишљања која наводе како би због правне неадекватности ФИНЕ, а преоптерећености судова било сврсисходније готово у потпуности проблем неформалне реорганизације усмјерити на јавне билежнике. Наиме, заступа се стајалиште како јавни

²⁹ Законом о подручјима и сједиштима судова (НН, бр. 128/14) установљавају се, међу осталим, и трговачки судови те одређују њихово подручје надлежности и сједишта у којима ће дјеловати. Према старом Закону о подручјима и сједиштима судова (НН, бр. 144/10. и 84/11) у Републици Хрватској установљено је 7 трговачких судова, а наведена „рационализација“ мреже судова започела је доношењем Закона о подручјима и сједиштима судова још 2008. када је број трговачких с 13 спао на 7 судова.

³⁰ Велики се број пословних субјеката који је склопио предстечајну нагодбу још увијек налази у раздобљу одобрене одгоде почетка плаћања (тзв. *grace period*) или је у тијек испуњавања обвеза на темељу одобрених предстечајних нагодби и тек ће вријеме показати хоће ли испунити преузете обвезе у цијелости и наставити уредно пословати. Подробније, Бодул, Д., Вуковић, А., *Анализа учинака предстечајних нагодби – Извјешће Министарства финансија Републике Хрватске од липња 2014*, Информатор, 2014, бр. 6310-6311, стр. 8-10.

³¹ Закон о електроничком потпису, НН, бр. 10/02, 80/08. и 30/14.

³² Закон о електроничкој исправи, НН, бр. 150/05.

биљежник има сасвим довољне овласти извршити потврду исправе какав је предстечајни споразум, будући је судски дио овог поступка у начелу, изванпарнично поступање, а истовремено има и знање и одговорност подучити странке о њиховом поступању те правима и обвезама које заснивају стављањем потписа на предстечајни споразум.

*Dejan Bodul Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Rijeka*

THE ROLE OF THE FINANCIAL AGENCY (FINA) AS A UTILITY SERVICE OF "INSOLVENCY" COURTS - FUNCTIONALIZATION OR DEJUDICIJALIZATION OF INSOLVENCY LEGAL PROTECTION?

Summary

Reforms of the old Bankruptcy Act (eight of them), as well as the implementation of the Act on Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement (five amendments) in 2012, have significantly changed Croatian insolvency legislation. However, the reference method of determining the facts shows that the pre-bankruptcy and bankruptcy procedures in relation to other countries in the region is somewhat shorter, but more expensive and with lower settlement of creditors demands. Of course, in comparison to countries with developed bankruptcy system, these indicators are relatively weaker. Considering that such results, in addition of the legal solutions, are affected by numerous extrajudicial (institutional) factors, the legislator has made in 2015 another functionalization of the Bankruptcy Act by taking, after three years of experimentation in the Act on Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement, provisions of prebankruptcy settlement through provisions of the pre-bankruptcy procedure. Both procedures, bankruptcy and pre-bankruptcy proceedings, are non-contentious sui generis procedures. Their specialty is reflected through all their rules. Specifically, the pre-bankruptcy and bankruptcy procedures are the only court proceedings in which except judicial body (the individual bankruptcy judge) are involved extra-judicial "bodies" (the trustee, assembly of creditors and creditors' committee and the Financial Agency (hereinafter: FINA)). What is apparent in the new Bankruptcy Act is that the role of the court is becoming more judicial and less administrative. In this way the administrative powers are left to the other expert bodies, such as FINA. The aim of this paper is to analyse the position of the FINAe as a legal

person with public authority which technically and administratively assist the judiciary and in insolvency proceeding is under the control of the insolvency judge.

Key words: *(new) The Bankruptcy Act, FINA, bankruptcy and pre-bankruptcy proceedings, administrative and technical assistance.*

Литература

- Bassani protiv Italije, пресуда, 11. просинца 2003, бр. 47778/99.
Capital Bank AD protiv Bugarske, пресуда, 24. студени 2005, бр. 49429/99.
Ceteroni protiv Italije, пресуда, 15. студени 1996., Reports of Judgments and Decisions 1996-V.
Interfina and Christian della Faille d’Huysse protiv Belgije, одлука, 4. свибња 1987, бр. 11101/84.
S.p.r.l. ANCA and Others protiv Belgije, одлука, 10. просинца 1984, Decisions and Reports 40.
Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis против Грчке, пресуда, 9. просинца 1994., Серија А, бр. 301-Б.
Sukobljević protiv Hrvatske, пресуда, 2. студени 2006, бр. 5129/03.
- Бодул, Д., Вуковић, А., (Још једна) реформа стечајног законодавства функционализација стечајно правне заштите или placebo ефект, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, вол. 36, 1/2015.
- Бодул, Д., Вуковић, А., Анализа учинака предстечајних нагодби – Извјешће Министарства финансија Републике Хрватске од липња 2014, Информатор, 6310-6311/2014.
- Гарашић, Ј., Стечајни план након измјена и допуна Стечајног закона 2012, у: Дјелотворна правна заштита у правичном поступку - Изазови правосудних трансформација на југу Еуропе, Liber amicorum Михајло Дика, Зборник радова у част 70. рођендана проф. др. сц. М. Дике, (ур. А. Узелац, Ј. Гарашић, А. Маганић), Правни Факултет, Загреб, 2013.
- Дика, М., Инсолвенцијско право, Правни факултет, Загреб, 1998.
- Дика, М., Предстечајна нагодба: претпоставке, покретање, тијела, судионици, provedба поступка, учинци, стављање изван снаге, у: Савјетовање о Закону о финансијском реструктурирању и предстечајној нагодби (НН, бр. 108/12.), Црнић, И. (ур.), Организатор, Загреб, 2012.
- Ераковић, А., Стечајни закон с коментаром и примјерима, Загреб, 1997.
- Контреџ, Д., Оврха на некретности, Хрватска господарска комора - сектор за трговину, 23. форум пословања некретности, 2015.
- Михелчић, Г., Коментар Овршног закона, Загреб, 2015.
- Михелчић, Г., Новости у оврси на некретности, Право и порези, бр. 10/2014.
- Омејец, Ј., Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Еуропског суда за људска права, страсбоуршки acquis, Загреб, 2013.
- Радовић, В., Стечај повезаних друштва – основни проблеми и недоумице, HARMONIUS - Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, 2014.

Дејан Бодул, Улога Финанцијске агенције (Фине) као услужног сервиса
"Инцолвенцијским" судовима..., (стр. 659-682)

- Чувелјак, Ј., Непримјењивост Правилника о овршној продаји некретнина код продаје у стечајном поступку, Право у господарству, вол. 3/2015.
- Чувелјак, Ј., О новом Стечајном закону, Право и порези, бр. 7-8/2015.
- Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings – Уредба о стечајним поступцима, Official Journal of the European Communities L 160, 30. липња 2000. (Уредба Вијећа (ЕЗ) бр. 681/2007 од 13. липња 2007. о измјени пописа стечајних поступака, ликвидацијских поступака и стечајних управитеља у прилозима А, Б и Ц Уредби (ЕЗ) бр. 1346/2000 о стечајним поступцима).
- Еуропска Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода, НН-МУ, бр. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06. и 2/10.
- Закон о електроничкој исправи, НН, бр. 150/05.
- Закон о електроничком потпису, НН, бр. 10/02, 80/08. и 30/14.
- Закон о финансијској агенцији, НН, бр. 117/01, 60/04. и 42/05.
- Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби, НН, бр. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15. и 78/15.
- Закон о платном промету у земљи, НН, бр. 117/01.
- Закон о платноме промету, НН, бр. 133/09. и 136/12.
- Закон о подручјима и сједиштима судова, НН, бр. 128/14.
- Закон о подручјима и сједиштима судова, НН, бр. 144/10. и 84/11.
- Закон о судском регистру, НН, бр. 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, 148/13. и 93/14.
- Закон о власништву и другим стварним правима, НН, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12. и 152/14.
- Îăđøġę çàêĭĭ, Ĩĭ, âđ. 112/12, 25/13. è 93/14.
- Правилник о начину и поступку provedбе продаје некретнина и покретнина у овршном поступку, НН, бр. 156/14.
- Правилник о врсти и висини накнаде трошкова Финанцијске агенције у предстечајном поступку и о висини накнаде трошка Финанцијске агенције за подношење приједлога за отварање стечајног поступка, НН, бр. 106/15.
- Правилником о попису јединица Финанцијске агенције и подручјима њихове надлежности, НН, бр. 106/15.
- Приједлог Закона о provedби продаје некретнина и покретнина у овршном поступку. Доступно на мрежним страницама: <http://www.sabor.hr/prijedlog-zakona-o-provedbi-prodaje-nekretnina-i-p>. (12.01.2016).
- Стечајни закон, НН, бр. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12, 45/13.
- Стечајни закон, НН, бр. 71/15.
- Уредба о критеријима и начину обрачуна и плаћања награде стечајним управитељима, НН, бр. 105/15.

*Др Зоран Јовановић, доцент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 35.077:004.738

ГЛОБАЛНИ ТРЕНДОВИ У Е-УПРАВИ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ПРУЖАЊЕ ЈАВНИХ УСЛУГА*

Резиме

Е-управа у наредним годинама може значајно да допринесе будућим развојним плановима на глобалном нивоу тако што ће јачати своје националне капацитете, унапређивати своје перформансе, повећавати своју ефикасност, ефективност и инклузију јавних услуга промовишући транспарентност и редукујући коруптивне праксе у јавном сектору, помажући владама да постану "зелене", импелентирајући ефективно управљање природним катастрофама, преферирајући еколошки, а не само економски развој, као и промовишући социјалну инклузију кроз правичан и једнак приступ јавним услугама. Приступи који фаворизују целокупност владе, а који се унапређују употребом напредних информационих технологија, промовишу инклузивно пружање услуга. Владине употребе информационих технологија и колаборативних механизма, пружају могућност да се у процес укључе сви заинтересовани актери, како из саме владе, тако и из невладиног сектора, бизниса, друштва и грађана, као појединаца. Ово омогућава ширу партиципацију друштва и грађанства у одличивању, како на националном, тако и на локалном нивоу, као и у пружању услуга кроз нове комуникационе канале и модалитете. Решавање питања везаних за проблеме у развоју Е-управа је често повезано и зависи од националних капацитета да се уведу промене и иновације, што, само по себи, одређује успешност у остваривању циљева Е-управе. Оне земље које представљају развијенија информациона друштва, боље искоришћавају предности знања и вештина својих људских ресурса у циљу постизања боље перформансе Е-управе.

Кључне речи: *Е-управа, Уједињене нације, пружање јавних услуга, глобални трендови, одрживи развој.*

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Уводна разматрања - повезаност између Е-управе и одрживог развоја

Генерална скупштина Уједињених нација у својој резолуцији *"Будућност коју желимо"*¹ подржала је виталну потребу да се постигне одрживи развој кроз промовисање одрживог, инклузивног и правичног економског раста којим би се креирале једнаке могућности за све, повећао основни животни стандард, смањила неједнакост, унапредио правичан социјални развој и инклузија и промовисало интегрисано и одрживо управљање природним ресурсима и екосистемима. У њој се наглашава да извршна и законодавна тела на свим нивоима играју важну улогу у промовисању одрживог развоја. Све у свему, *"циљ одрживог развоја је да осигура промоцију одрживе економије, друштва и животне средине као основа за одрживу будућност планете и њених садашњих и будућих генерација становника. Одрживи развој наглашава холистички, правичан и далекосежан приступ у процесу одлучивања на свим нивоима. Он се ослања на интеграцију и избалансиране друштвене, економске и еколошке циљеве и правце у одлучивању, како у јавном, тако и у приватном сектору. Такође, он се фокусира на интра-генерацијску и интер-генерацијску једнакост"*.²

Како су дефинисани рокови за испуњавање Миленијумских развојних циљева прошли,³ треба започети са припремом терена за следеће кораке у одрживом развоју. Јасно је да се све владе на свету суочавају са читавим низом комплексних, слојевитих и међусобно условљених изазова. Глобални изазови, као што су: сиромаштво, неједнакост, климатске промене, мир и безбедност су такви да ниједна влада понаособ не може да се ефикасно са њима носи. Ефективна сарадња међу министарствима на свим нивоима власти је од виталног значаја, као и сарадња са невладиним сектором, како би се осигурало добро управљање и квалитетни резултати. Колаборативна управа, подржана ефикасном јавном администрацијом је од круцијалног значаја за побољшање квалитета и стандарда живота људи. Јавни сектор мора да обезбеди и пружи правичне и ефикасне услуге које задовољавају потребе људи, обезбеђују могућност за економски развој и помажу грађанима да учествују у процесу одлучивања у јавном сектору, чиме се промовише процес давања већих овлашћења грађанима у циљу повећања добробити целог друштва.

Е-управа и иновација могу да пруже значајне могућности да се јавни сектор трансформише у инструмент одрживог развоја. Е-управа представља *"коришћење информационо-комуникационих технологија (ИКТ) од стране владе*

¹ Вид. The Future We Want, 66/288, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/10/PDF/N1147610.pdf?OpenElement>, 10. фебруар 2016.

² Вид. The Future We Want, (E/2013/69, para. 6).

³ Вид. Millennium Development Goals, <http://www.un.org/millenniumgoals/>, 10. фебруар 2016.

у циљу пружања информативних јавних услуга грађанима".⁴ У ширем контексту, Е-управа означава коришћење и примену ИКТ у јавном сектору у циљу интегрисања токова радних процеса и ефективног управљања подацима и информацијама, унапређења пружања јавних услуга и ширења комуникацијских канала у циљу веће укључености и овлашћења грађана. Могућности које дигитална технологија нуди последњих година путем online услуга, друштвених мрежа, мобилних апликација или "cloud-a" се шире и у оквиру Е-управе. И док Е-управа још увек укључује три врсте електронских интеракција: влада-влада, влада-бизнис и влада-клијент, долази до преобликовања ових веза у један мулти-холистички приступ који укључује све више заинтересованих субјеката.

Кроз Е-управу и иновације, јавни сектор широм света постаје све ефикаснији, пружа боље и квалитетније услуге и задовољава захтеве у погледу транспарентности и одговорности. Е-управа помаже владама да буду "зелене", тј. да промовишу ефективан еколошки менаџмент, а да истовремено стимулишу економски развој и промовишу социјалну инклузију, посебно маргинализованих и рањивих група. ИКТ су се доказале и као ефективне платформе које олакшавају размену знања, развој вештина, трансфер иновативних решења и изградњу капацитета за одрживи развој земља широм света. Е-управа може да оствари значајне бенефите у погледу запошљавања и побољшања здравствених и образовних услуга.

2. Осврт на резултате анкете Уједињених нација о Е-управи из 2014. године

Концептуални оквир анкете Уједињених нација о Е-управи усвојио је холистичко гледиште на развој Е-управе које се ослања на три значајне димензије: а) доступност online сервиса; б) телекомуникациона инфраструктура и в) људски потенцијал и капацитет.⁵ Методолошки оквир је остао конзистентан у свим периодима спровођења анкете, док су се само пажљиво ажурирале оне његове компоненте које рефлектују нове, успешно развијене стратегије Е-управе и нове праксе и иновативне приступе за успешније хватање у коштац са изазовима одрживог развоја. Концептуални оквир анкете Уједињених нација о Е-управи се заснива на следећим водећим принципима:⁶

⁴ Вид. Global E-Government Readiness Report, 2004, <https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/Documents/un/2004-Survey/Complete-Survey.pdf>, 12. фебруар 2016.

⁵ United Nations E-Government Survey 2014 - E-Government for the Future We Want, стр. 2. https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2014-survey/e-gov-complete_survey-2014.pdf, 12. фебруар 2016.

⁶ Исто, стр. 2-3.

- прво, на Е-управу се у овим анкетама гледа као на средство за постизање крајњег циља, а он је: развој за све. Она се сматра моћним алатом који стоји на услузи владама и које, ако се ефективно користи, може значајно да допринесе искорењивању екстремног сиромаштва, заштити животне средине и промовисању социјалне инклузије и економских могућности за све. Циљ јој је да подржи развојне напоре држава чланица Уједињених нација;

- друго, ова анкета и њени резултати треба да се ставе у контекст свеопштег модела и нивоа развоја сваке земље понаособ. Од изузетне важности је да се оцењивањем online услуга влада у оквиру ове анкете не створи искривљена слика о начињеном напретку у овој области и изазовима са којима се суочавају земље чланице. У исто време, веома је важно да се нагласи потенцијални квалитет Е-управе. Стога, основни индикатори мерења из ове анкете се заснивају на спремности Е-управе, која обухвата не само иницијативе појединих земаља у овој области које се могу евидентирати веб порталима, већ и њихову инфраструктуру и потенцијал људских ресурса;

- треће, анкета се фокусира на пружање социјално-економских и еколошких услуга популацији неке земље коришћењем Е-управе као програмског алата, као и на партиципацију грађана и на социјалну инклузију;

- коначно, анкетом се оцењује спремност Е-управа широм света да испуне ултимативни развојни циљ – *"инклузија за све"*.

Анкету Уједињених Нација о Е-управи спроводи сваке друге године Сектор за економска и друштвена питања.⁷ То је једини извештај који на глобалном нивоу оцењује развој Е-управа у 193 земље чланице Уједињених нација. Она служи онима који доносе одлуке да на нивоу својих земаља идентификују јаче стране и изазове са којима се суочавају њихове Е-управе и да формулишу политике и стратегије у циљу њеног јачања. У овом извештају се наглашавају и нови трендови и иновативне праксе у Е-управама, али и могућности и изазови у развоју Е-управа. У сваком поглављу овог извештаја се анализирају подаци из анкете који се односе на стратегије, изазове и могућности на основу којих се могу донети закључци о потенцијалним опцијама и стратешким мерама.

Тема анкете Уједињених нација о Е-управи из 2014. године, *"Е-управа за будућност какву желимо"*,⁸ је адекватна и релевантна, јер се односи на вишеслојне и комплексне изазове са којима се наше друштво данас суочава. Ова публикација доноси критичке аспекте Е-управе у погледу одрживог развоја који су представљени у осам поглавља.

Прво поглавље садржи преглед и широку анализу података анкете из 2014. године тако што се укратко презентира напредак и регионални развој по специфичним групама земаља света: мале острвске земље у развоју,

⁷ Вид. Department of Economic and Social Affairs, <https://www.un.org/development/desa/en/>, 12. фебруар 2016.

⁸ Вид. United Nations E-Government Survey 2014 - E-Government for the Future We Want, стр. 3.

континенталне земље у развоју и најмање развијене земље. *Друго поглавље* се односи на напредак у пружању online услуга. У њему се описује како се анализирају online услуге и презентују се новине у анкетирању 2014. године. *Треће поглавље* се фокусира на Е-партиципацију, као и на трендове по секторима и нивоима управљања. Оно, такође, наглашава могућности и изазове у овој области. *Четврто поглавље* се фокусира на критично важну улогу целокупне владе у промовисању холистичких и интегрисаних приступа развоју Е-управе. Оно истражује на који начин се може промовисати колаборативно лидерство, тимска организациона структура, институционални оквири за ефективну координацију и одговорност, иновативни процес у пружању услуга и ангажовање грађана и ИКТ управљачке стратегије за унапређење сарадње. У *петом поглављу* које се бави мобилним и другим каналима за инклузивно мулти-каналско пружање услуга, истражују се глобални и регионални трендови канала за пружање јавних услуга, као што су веб портали, Е-пошта, друштвене мреже, СМС поруке, мобилне апликације, инфо киосци на јавним местима, јавно-приватна партнерства, телефонске и шалтерске услуге. Оно, такође, анализира принципе мулти-каналског приступа. *Шесто поглавље* разматра трендове у решавању проблема дигиталне дискриминације и пружа општи преглед дигиталне заступљености и повезаности широм света са посебним освртом на приступ рањивих и маргиналних група дигиталним технологијама на националном нивоу. Оно покушава да пружи боље разумевање изазова са којима се суочавају земље чланице у односу на ово питање. *Седмо поглавље* описује тренутну ситуацију у коришћењу Е-управе и наглашава напоре које су уложиле 193 земље чланице Уједињених нација. Оно нуди преглед услуга које се нуде у мулти-каналском свету пружања услуга и описује бенефите које Е-управа повећањем мреже својих корисника има у односу на одржив развој. *Поглавље осам* се бави глобалним и регионалним трендовима у погледу Података Отворене Владе (*Open Government Data*) и анализира податке до којих се дошло у овој области путем анкете за 2014. годину.

3. Осврт на напредак у пружању *online* услуга

Током 2014. године свих 193 земаља чланица имале су националне веб портале, али већина њих остаје на ниском, или осредњем нивоу развоја Е-управе. Уједињене нације су их поделиле у четири нивоа, од оних "у *настанку*", па до развијених нивоа. Чак и у земљама са веома напредном ИКТ инфраструктуром и људским ресурсима може бити тешко да се помере у виши ново, тзв. ниво међусекторских и повезаних услуга, јер оне обично захтевају озбиљну заштиту података и online система плаћања, као и обезбеђивање заштите података на свим нивоима владиних институција. Дакле, јасно је да су и други фактори, осим националног дохотка од изузетног значаја за развој Е-управе, као што су политичка подршка и лидерство, јаки институционални капацитети, јавна

одговорност и партиципација и укљученост грађана, наравно, као и адекватни програми Е-управе, ИКТ инфраструктура и образовање.

У погледу коришћења алата, велика већина земаља омогућава корисницима приступ основним алатима за претраживање и лоцирање садржаја и то већином на најмање два језика. Међутим, само половина земаља чланица Уједињених нација имплементира напредне технологије претраживања, а само 40% од њих има опцију омогућавања грађанима да изразе своје мишљење, као што су листе "*врхуних тема*", "*tag clouds*" и сл. Такође, мање од једне трећине земаља демонстрира способност обезбеђивања сигурне и заштићене конекције. Велики је проценат неискоришћености потенцијала СМС порука упркос драматичном порасту глобалног коришћења мобилних телефона, чак и у земљама са ниским националним дохотком.⁹ Најчешћи вид трансакционалних услуга представља отварање персоналних online рачуна, online попуњавање пореских пријава и регистрација бизниса, али врсте ових online услуга су веома различите.

Све у свему, анкета из 2014. показује значајну различитост у погледу пружања online услуга.¹⁰ Постоје велике разлике у најбоље и најниже ранжираним земљама у погледу online услуга, као и у погледу квалитета и нивоа развијености Е-управе. Највећи број земаља спада у доњу трећину земаља на основу Индекса online услуга и велики је јаз између земаља у погледу праћења технолошког напретка и његове имплементације у Е-управи. Побољшани приступ телекомуникационој инфраструктури је у неким случајевима олакшао развој Е-управе, али, све у свему, најразвијеније земље су наставиле да доминирају у односу на мање развијене у погледу пружања online услуга.

⁹ Између 2012. и 2014. године број земаља које нуде мобилне апликације и портале се удвостручио на готово 50 земаља. Ове услуге се често користе директно за подршку циљева као што су: искорењивање сиромаштва, једнакост полова и социјална инклузија, као и за промовисање економског развоја, заштите животне средине и управљање елементарним непогодама и несрећама. Такође, владе све више користе друштвене мреже и њихов број се утростручио од 2010. до 2012. године, а у 2014. години је порастао још за 50%, тако да данас чак 118 земаља користи предности Е-консултација, а 70 земаља Е-управу у општем смислу. И друштвене мреже и мобилни канали комуникације у суштини не захтевају велике инвестиције и финансијска улагања, с обзиром да се заснивају на "*широкој потрошњи*" и функционишу преко невладиних платформи, али их је потребно трансформисати за јавну управу у којој треба да постоји посвећеност да се искористе њихове предности.

¹⁰ У 2014. години свих 193 земаља, чланица Уједињених нација поседују неки облик online услуга (18 земаља то још увек није имало 2003. године, а 3 земље у последњој анкети из 2012. години). Мада је коришћење *e-mail* незнатно порасло између 2012. и 2014. године (користи се у само две трећине земаља), вероватно ће се овај раст наставити убудуће, посебно за потребе обавештавања и информисања становништва. Слично се предвиђа и за коришћење СМС услуга, мада још увек чак 80% земаља није искористило ову могућност канала масовне комуникације, што представља незнатан напредак у односу на 2012. годину. Што се тиче коришћења мобилних телефона данас се на свету користи 1.5 милијарда смарт телефона са тенденцијом значајног раста.

4. Подаци Отворене Владе - нови извор развоја

Недавно прихватање значаја концепта Података Отворене Владе (Open Government Data) у погледу задовољавања права појединаца, компанија и организација цивилног сектора на слободан приступ и коришћење владиних података и информација у циљу укључивања у процес одлучивања, креирања политика, побољшања постојећих јавних услуга и креирања нових, од изузетне је важности за постизање развојних резултата. Стављање владиних података на увид јавности је од фундаменталног значаја за ефикасније коришћење ресурса и унапређење пружања услуга. Међутим, овај концепт има ограничену вредност уколико се објављени подаци недовољно користе, тј. уколико се не мотивишу сви заинтересовани корисници и од њих се не створи одрживи развојни систем. Стога, доста напора треба уложити да се измери обртни капитал који доноси концепт Података Отворене Владе.¹¹

Информације и подаци су одувек представљали стратешки капитал за неку организацију, а њихова важност је нарочито добила на значају у последњој деценији као резултат огромне количине генерисаних података и напредних технологија које се користе у њиховом сакупљању, обради и анализирању. Међутим, док је коришћење података у развијеним земљама забележило велики напредак, земље у развоју су у овоме заостајале. Због тога се у овим земљама јавила потреба, пре свега, за подизањем свести о њиховој важности, а затим за обезбеђивањем капацитета и ресурса, као и помоћи запосленима у јавним управама у имплементацији иницијатива везаних за отварање владе у погледу приступа њеним подацима. У свим земљама света, владе треба да се фокусирају на подстицање, имплементирање, неговање и одржавање ових иницијатива, ажурирањем својих досадашњих политика и стратегија, реорганизовањем правних и институционалних оквира, унапређивањем лидерства и подизањем свести о важности ових иницијатива, не само међу грађанима, већ и међу највишим руководиоцима владе који играју кључну улогу у процесу одлучивања. У наредним годинама се очекује енормно повећање количине информација које ће се прикупљати на нивоу владиних министарстава и агенција. Мада концепт Података Отворене Владе нуди низ могућности за валдине секторе, њихов бенефит се неће остварити без пажљиво осмишљеног плана о управљању овим подацима, како у оквиру јавног сектора, тако и на нивоу невладиних организација које су заинтересоване за њихово коришћење.¹²

Анкета из 2014. године је отворила нова питања везана за концепт Података Отворене Владе, укључујући и постојање за ту сврху специјализованих портала, врсте техничких формата и локације информација, водича и смерница за коришћење ових информација и подршке корисницима у предлагању нових

¹¹ Ubaldi, B., Open Government Data: Towards Empirical Analysis of Open Government Data Initiatives, OECD Working Papers on Public Governance, No. 22, OECD Publishing, стр. 4-10.

¹² Ubaldi, B., *Исто*.

сетова података.¹³ Већина владиних министарстава нуде отворени приступ информацијама у формату читања података са компјутера. Међутим, постоји потреба да се развију и одговарајуће стратегије, правни и институционални оквири да би се осигурало да се поштују права грађана на слободан приступ информацијама и да су грађани упознати са својим правима. С обзиром да концепт Података Отворене Владе захтева сарадњу између различитих владиних министарстава и агенција, врло је битно обезбедити подршку и визију највишег руководства у том смеру. Такође, осим заштите приватности и злоупотребе података, од великог значаја је и решавање питања везаних за квалитет информација, њихову аутентичност, интегритет и интерпретирање. На владама је да обезбеде адекватан баланс између потреба за заштитом приватности и слободног приступа информацијама.¹⁴

5. Промовисање коришћења Е-услуга као кључ за постизање развојних резултата и осврт на европски и амерички континент

Колико ће Е-управа бити ефикасна у постизању развојних циљева зависи од тога колико се она ефективно користи. Док се понуда услуга Е-управе постепено, али значајно повећава, то се не може рећи за њихово коришћење и ту је потребно направити значајна побољшања. У земљама чланицама ОЕИЦД-а, коришћење Е-управе је у просеку 50%, али међу самим земљама постоје значајне варијације. Коришћење напреднијих сервиса, као што су попуњавање и слање online формулара је мање заступљено, посебно ако се ради о услугама које захтевају сигурност информација и online плаћање. У земљама у развоју, овај број је још мањи. Дакле, напори земаља да развијају Е-управе треба да иду руку под руку са улагањем напора да се повећа потражња за Е-услугама, користећи се корисничким предностима као што су: једноставност, персонализација, мониторинг, повратне информације и промоција употребе Е-сервиса. Тачно је да многе земље ово већ примењују, али далеко у мањој мери него што би требало да представља стандард.

Веће коришћење услуга Е-управе, такође, зависи и од миксовања и интегрисања комуникационих канала који одговарају специфичним врстама сервиса и корисничких група. У том контексту, мобилни телефони и друштвене мреже добијају све значајнију улогу и код пружања услуга и код различитих интеракција са корисницима.¹⁵ Ово помаже владама да ослушкују шта желе

¹³ Анкета из 2014. године је открила да, мада многе земље користе владине сајтове у циљу информисања грађана, само 46 земаља поседују специјализоване портале са отвореним приступом владиним информацијама.

¹⁴ United Nations E-Government Survey 2014 - E-Government for the Future We Want, стр. 10-11.

¹⁵ Исто, стр. 10.

корисници и да са њима сарађују у циљу дизајнирања још кориснијих и приступачнијих услуга, што, за узварт, доприноси њиховом већем коришћењу и постизању резултата. Све је већи број примера добре праксе у сфери образовања, здравства, искорењивања сиромаштва, запошљавања и заштите животне средине, а све у циљу постизања одрживог развоја кроз повећану употребу Е-сервиса. Политике и стратегије промовисања, понуде и потражње Е-услуга, морају да се истовремено имплементирају. Стратегије повећања потражње не треба само да се фокусирају на повећану употребу, већ и на обезбеђивање максималних бенефита од тих употреба, како за кориснике, тако и за инвеститоре.

5.1. Европа

Као и у претходним годинама, Европа наставља да буде глобални лидер у развоју Е-управе. Међутим, у претходном рангирању, 7 од првих 10 земаља су биле из Европе, а сада их је само 4. Ипак, 11 од првих 20 и 26 од првих 40 земаља су из Европе. Финансијска криза, ниска стопа раста, незапосленост и све старије становништво су приморале Европу да активно тражи иновативна решења како би остала конкурентна, наставила са развојем и пружањем широке палете јавних услуга својим грађанима. Упркос тешким временима пуним изазова, већина влада у региону је потврдила да криза није имала утицаја на њихова улагања у Е-управу, док су неке земље, као на пример: Естонија, Немачка, Холандија, Словачка, Словенија и Швајцарска, чак и повећале своје инвестирање у Е-управу. Њихова подршка имплементацији Е-управе представља кључну стартешку алатку за постизање ширих циљева у погледу управљања јавним сектором који ће подржати економски опоравак и служити својим грађанима.

На Е-управу и пружање online услуга се у овом региону све више гледа као на средство да се грађанима и бизнисима пруже боље и ефикасније услуге уз смањење трошкова и да се владе прикажу као еколошки освешћене. У Европи се, у последње време акценат поново ставља на резултате и економичност Е-управе, тако да су земље као Велика Британија, Холандија и Данска имплементирале амбициозне програме за ефикаснију и ефективнију Е-управу. Велика Британија је започела велики број високо профилисаних иницијатива са циљем да се смање трошкови Е-управе, уз повећање учинка и резултата. Ова земља спроводи анализу "*дигиталне ефикасности*" и основала је Владин Дигитални Сервис,¹⁶ нови тим у премијеровом кабинету, чији је задатак да трансформише владине дигиталне услуге кроз инвестицију вредну 113 милиона долара на годишњем нивоу, а која би донела уштеду од 5.9 милијарди долара тако што би се укинула бројна радна места и пензиони доприноси. Холандија је, такође, испунила амбициозни циљ који је поставила 2004. године да смањи административне

¹⁶ Вид. Government Digital Service, <https://gds.blog.gov.uk/>, 13. фебруар 2016.

трошкове у јавној управи за 25 %, а сада јој је циљ да до 2018. године уштеди 1.8 милијарди долара увођењем Е-управе која се ослања на приступ целокупности владе и интерсекторске сарадње. Још један важан елемент програма развоја Е-управе у Холандији је стратегија "Дигитално по аутоматизму",¹⁷ чији је циљ да се што већи број класичних услуга које се пружају грађанима пребаце на online услуге. Стратегију "Дигитално по аутоматизму" је усвојила и Велика Британија у оквиру Владине Дигиталне Стратегије из 2012. године и спроводи се по принципу редизајнирања online сервиса како би постале доступније и обухватиле све грађане.

На регионалном нивоу, Европа фокусира своје напоре у погледу развоја Е-управе на решавање питања финансијске кризе кроз програм "Дигитална Агенда за Европу"¹⁸ Европске Комисије (ДАЕ), као и кроз "Акциони план Е-управе до 2015".¹⁹ Стратегије развоја Е-управе у 28 земаља чланица Европске Уније, као и неких које још нису чланице, су под утицајем основних ДАЕ принципа и одредби Акционог плана: јединствено тржиште, међусобна сарадња, заједнички стандарди, поверење и сигурност информација, ултрабрз приступ Интернету, истраживачки развој и иновације, унапређење дигиталне писмености, унапређење вештина и инклузије, ИКТ бенефити за ЕУ друштво у целини. Успех који су постигли Акциони План и ДАЕ се може приписати дугорочним плановима развоја Е-управе, тако што су они постали саставни део ширих планова друштвено-економског развоја и нису гледали на Е-управу као на појединачни сегмент развоја и превасходно техничку активност. Такође, од изузетног значаја је и добровољна посвећеност земаља Европске Уније да се међусобно подржавају кроз кооперативну конкурентност крећући се ка заједничком циљу користећи приступ Отвореног Метода Координације.²⁰ Захваљујући својим фокусираним напорима, ДЕА-и и Акционом Плану, ЕУ земље су се високо рангирале у погледу Индекса Развоја Е-управе, тако што се чак 15 од 28 ЕУ земаља нашло међу првих 30 на глобалној листи.

У Европској Унији, као пиониру у имплементацији Е-управе, коришћење online услуга је на високом нивоу. Циљ који је поставила ДЕА је да се обезбеди да 50% одраслог становништва користи ове услуге до 2015. године. Овај циљ је већ постигнут јер већ сада преко 50 % ЕУ становништва користи online услуге јер су, "једноставне, флексибилне, штеде време и новац".²¹

¹⁷ Вид. Digital by Default, <https://www.gov.uk/service-manual/digital-by-default>, 13. фебруар 2016.

¹⁸ Вид. European Commission's Digital Agenda for Europe, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Aasi0016>, 14. фебруар 2016.

¹⁹ Вид. eGovernment Action Plan 2015, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-egovernment-action-plan-2011-2015>, 14. фебруар 2016.

²⁰ Вид. Open Method of Coordination, http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/open_method_coordination.html, 14. фебруар 2016.

²¹ United Nations E-Government Survey 2014 - E-Government for the Future We Want, стр. 32.

Током 2010. лансирана су два основна програма који представљају стубове стратегије развоја Е-управе: "Дигитална Агенда за Европу" и "Акциони План Е-управе од 2011. до 2015." ДАЕ је саставни део "Стратегије Европа 2020",²² чији је циљ да се постигне паметан, одржив и инклузиван раст. Сврха ДАЕ је да помогне да се покрене ЕУ економија и да се обезбеди да грађани и бизниси имају што више користи од дигиталних технологија. Једна од приоритетних области ДАЕ су "Државни бенефити засновани на ИКТ, укључујући и Е-управу". ДАЕ, такође, предвиђа Табелу Дигиталне Агенде²³ на којој се прати напредак ЕУ чланица на националном нивоу у погледу њиховог имплементирања 78 акција из ове Агенде дефинисаних за Европску Комисију и још 23 акције дефинисане за земље чланице. "Акциони План Е-управе" је у тесној вези са ДАЕ-ом и он идентификује четири приоритетне области које Е-управа треба да подржава: већа партиципација и овлашћења грађана и компанија, стварање јединственог европског дигиталног тржишта, ефикасност и ефективност управе и имплементација горенаведених приоритета креирањем кључних организационих фактора и правних, техничких и интероперативних предуслова. Успех ДАЕ и Акционог Плана је огроман - у њему учествују преко 30 земаља које покушавају да постигну заједничке стандарде и циљеве, уз велику подршку националних влада у том процесу.²⁴

Холистички напори здружене Европе, како на регионалном, тако и на националном нивоу, помогли су да се консолидује њена позиција као глобалног лидера у развоју Е-управе. И док је дошло до извесних промена у ранг позицијама земаља овог региона, Северна и Западна Европа настављају да буду светски лидери (7 од првих 20 земаља на глобалној листи су из Северне Европе, а 2 од првих 5 пласираних су из Западне Европе). Такође, остале земље овог региона су направиле значајан напредак. Свих пет нордијских земаља (Финска, Шведска, Норвешка, Данска и Исланд) су у првих 20 земаља света, а 7 од првих десет европских земаља су, такође, из Северне Европе. Шпанија је забележила значајан напредак, са 23. нашла се на 12. позицији глобалног рангирања. Ово побољшање је резултат дугорочног планирања Шпаније у области Е-управе.²⁵

²² Вид. Europe 2020 Strategy, http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm, 14. фебруар 2016.

²³ Вид. European Commission, Digital Agenda for Europe, <http://ec.europa.eu/digitalagenda/>, 14. фебруар 2016.

²⁴ Процењено је да ће комплетна имплементација ДАЕ повећати бруто национални доходак Европе за 5% или 1500 еура по особи (у наредних 8 година), тако што ће се повећати инвестирање у ИКТ, побољшати Е-вештине радне снаге, увести иновације у јавни сектор, реформисати правни и институционални оквири и створити предуслови за Интернет економију. У смислу радних места, процењено је да ће се дигитализацијом укинути око милион радних места до 2015. године, али ће се изградњом инфраструктуре креирати нових 1.2 милиона радних места.

²⁵ Током 2005. године ова земља је започела "План Аванза" који представља прву владину стратегију о креирању информационог друштва, а 2010. године је лансирала и

Земље које су, такође, постигле значајан напредак су Ирска²⁶ (са 34. на 22. позицију), Италија²⁷ (са 32. на 23. позицију), Литванија (са 42. на 31 место), Црна Гора²⁸ (са 57. на 45. место) и Белорусија (са 61. на 55. место).

Један од типичних елемената европских стратегија развоја Е-управа је да се обезбеде портали са јасним информацијама о влади и услугама које се пружају грађанима. Све више европских земаља поседује и специјализоване портале са Подацима Отворене Владе и Е-партиципацијом грађана, али и бизниса. Ово повећава број релевантних web сајтова по земљи на значајан број који је већ превазишао идеју портала типа "све на једном месту" (*one-stop-shop*). Овакав приступ помаже да се обезбеде наменски, повезани, ефикасни и приступачни портали за различите групе корисника, које ће владе континуирано одржавати и даље развијати и унапређивати.

"План Аванза 2" чији је циљ да се Шпанија позиционира као лидер у коришћењу напредних ИКТ производа и услуга. Вид. Plan Avanza 2, <http://www.agendadigital.gob.es/agenda-digital/planes-antteriores/Paginas/plan-avanza2-estrategia.aspx>, 15. фебруар 2016.

²⁶ Ирска је 2011. године започела велику реформу под називом "План реформе јавног сектора". Овај план наглашава улогу ИКТ као кључног фактора за побољшање пружања јавних услуга и јачања Е-управе у целини. Ирска стратегија презентирана у документу "Е-влада 2012-2015" дефинише визију којом се корисник ставља у центар политике развоја Е-управе и уводи нови приступ укључивања грађана и бизниса у послове државе, чиме су се значајно редуцирали трошкови пружања јавних услуга. Вид. Public Service Reform Plan in 2011, <http://www.per.gov.ie/en/public-service-reform/>, 16. фебруар 2016.; eGovernment 2012–2015, <http://egovstrategy.gov.ie/>, 16. фебруар 2016.

²⁷ Захтев за транспарентношћу у јавној управи је у Италији значајно нараста последњих година. Након усвајања нових закона из 2009. године, web сајтови јавних управа су постали основно средство и мерило транспарентности. До сада је на сајтовима презентирано 42 типологије различитих информација и података које, по закону, мора да буду доступни грађанима (на пример: завршни рачуни компанија, подаци о руководиоцима и консултатнима, планови успеха, комплетна организациона структура и врста услуга које се пружају грађанима). "Компас транспарентности" (*La Bussola della Trasparenza*), који је лансиран 2012. године, представља online портал који грађанима даје могућност да аутоматски анализирају и надгледају, у сваком тренутку, како јавне управе на својим сајтовима имплементирају захтеве у погледу информација и података који су прописани италијанским законима. Срце система чини софтвер који кроз многе софтверске сензоре и математичке алгоритме аутоматски анализира ове web сајтове, у датом тренутку, или периодично. Овај софтвер верификује присуство садржаја које, по закону мора да буду објављени на сајтовима више од 10 000 управа). Вид. Compass of Transparency, Government of Italy, Ministry of Public Administration and Simplification, <http://www.magellanopa.it/bussola/page/overview.html>, 15. фебруар 2016.

²⁸ Као што је случај са многим другим земљама овог региона које су значајно унапредиле своју ранг позицију на глобалној листи, тако је и Црна Гора усмерила своје напоре у развој Е-управе. Крајем 2011. године Црна Гора је представила "Стратегију Развоја Информационог Друштва 2012-2016" и промовисала бројне иницијативе везане за развој Е-управе, укључујући електронско регистровање компанија и издавање пословних лиценци.

5.2. Амерички регион

Лидери у Е-управи америчком региону су САД и Канада, земље које су и светски лидери у Е-управи. Последње анализе показују да је регионални EGDИ индекс²⁹ за амерички регион изнад светског просека, а већина земаља овог региона се налази у првих 100 земаља на свету у погледу развијености Е-управе. Међутим, земље Централне Америке и карипске државе су и даље у доњој половини ранг листе, одражавајући јасну поделу између земаља овог подрегиона и осталих земаља америчког региона.

Од 2012. године САД су предузеле опсежне и значајне мере да усмере своје технологије ка одрживом развоју и отварању квалитетних радних места кроз политике и стратегије које подржавају иновације и образовање. Оне су, такође, прилагодиле своју дигиталну стратегију да се уклопи у нове трендове задвољавања потреба својих грађана, као што су "комјутерски облаци", "смарт мобилни уређаји", таблети и интернет мреже великих брзина.³⁰

Уругвај је препознат као земља Јужне Америке која има највећи извоз софтвера по глави становника и забележила је велики напредак у погледу EGDИ индекса у периоду између 2012-2014. године. Online услуге су порасле чак за 55%, а телекомуникациона инфраструктура је забележила развој од 27%. И мада ова земља поседује веома квалитетан систем високог образовања у областима технологије и информатике, њен Индекс људског капитала се смањило за 10%. Хаити и даље заузима дно табеле, мада полако показује нека побољшања.³¹ Упркос убрзаном напретку, земље Централне Америке, Јужне Америке и Кариба, се суочавају са изазовима у погледу пружања online услуга својим грађанима. Прво, постоје ограничења у квалитету инфраструктуре и интернет мреже на националном нивоу, што условљава и лош квалитет online услуга. Земље, као што су Костарика, Ел Салвадор, Хондурас и Белизе, имају тако лош Индекс телекомуникационе инфраструктуре (Telecom Infrastructure Index - ТИ) који смањује целокупну вредност EGDИ индекса. ТИ Мексика, је такође, низак у поређењу са другим компонентама што, такође, узрокује нижи EGDИ индекс, јер је овом индексу придодата нова подкомпонента (постојање бежичног интернета).³² Друго, постоји велики јаз и између комплементарних услуга као што су техничко-информатичко образовање, рачунарска писменост, што креира

²⁹ <http://www.statista.com/statistics/421580/egdi-e-government-development-index-ranking/>, 17. фебруар 2016.

³⁰ United Nations E-Government Survey-E-Government for the Future We Want, стр. 23-24.

³¹ Хаити су се у прошлим временима суочавали са великим потешкоћама које су ометале развој ове земље, укључујући и велики земљотрес 2010. године.

³² У Мексику, само 9.83 становника од њих 100 поседује бежични интернет, што је низак стандард у односу на светски просек од 23.57 %.

дефицит у људским ресурсима у телекомуникационом сектору у области пословног менаџмента, истраживања и развоја.³³

Уопштено говорећи, слабост институција да креирају политике и стратегије, организују и координирају програме, угрожавају дугорочан развој процедура и пракси у Е-управи. Земље које се најбоље рангирају су већ пребродиле тешкоће и завршиле процес обезбеђивања институционалних оквира и атмосфере за Е-управу. Индекс online услуга Централне Америке (0.4006) је нижи од остатка региона, али је виши од светског просека (0.3919).

Поред тога, овај регион, посебно Јужна Америка и Кариби, су показали велики напредак у погледу већине социјалних и економских индикатора од периода дужничке кризе почетком 80-тих година прошлог века. Овај прогрес је резултирао значајним побољшањима у животном стандарду становништва. Међутим, сада се овај регион суочава са неизвесностима одрживог развоја, јер се бори са препрекама које карактеришу његову продуктивну структуру. ИКТ, као и друге технологије опште сврхе, могу да помогну у модернизацији и ревитализацији традиционалних производних активности. Сада владе у региону посвећују већу пажњу концептима Е-управе и његовим бенефитима за национални одрживи развој.

Нове ИКТ мреже и платформе се развијају и у оквиру јавног и приватног сектора и оне драматично мењају пословне моделе и пружање услуга у јавном сектору. Земље овог региона сада могу да користе предности нових ИКТ сервиса и производа у јавном сектору у циљу консолидовања и даљег развоја Е-управе.³⁴ Суочавајући се са питањима одрживости и брзим растом тржишта, овај регион може да искористи ИКТ сектор у циљу развијања бољих и ефикаснијих сервиса.³⁵ Развој Е-управе у овом региону је, такође, искористио предности малих и средњих предузећа које представљају већински део приватних предузећа (99%) која су запошљавала 67% укупне радне снаге у 2013. години. Е-тендери и набавка отварају нове могућности за микро и мале бизнисе, а могућност приступа Подацима Отворене Владе може у великој мери да допринесе пружању услуга у урбаним срединама, с обзиром да земље овог региона бележе брз развој популације која се махом концентрише у градовима.³⁶

³³ Индекс људског капитала (*Human Capital Index - HCI*) у Северној Америци је знатно већи у односу на *HCI* земаља подрегиона: Канада и САД имају просечан *HCI* од 0.9170, док на остатак континента овај индекс осцилира око 0.70.

³⁴ У Јужној Америци и Карибима, укупан број увезених ИКТ производа у периоду од 2010. до 2012. године је порастао за 3%, док је у целом свету порастао за 1.9%.

³⁵ Влада Тринадада и Тобага је, на пример, увела нови online портал у циљу олакшавања пословања и трговине, на тај начин трансформишући националну индустрију, динамику пословања и конкурентност.

³⁶ Тако, на пример, Рио де Жанеиро развија пројекат Е-управе и отворене владе у циљу предвиђања природних катастрофа и надгледања припрема организације глобалних догађаја као што је, на пример, Светско првенство у фудбалу или Олимпијске игре.

6. Закључна разматрања

На основу примера добре праксе на глобалном нивоу, може се извести закључак да ефективна Е-управа зависи од јаке политичке воље, колаборативног лидерства и нових институционалних оквира управљања који подржавају и примењују модел пружања услуга фокусиран на грађане. Овде треба додати и адекватну националну политику и стратегију коришћења информационих технологија у Е-управи, као и јачање институција и изградње капацитета државних службеника. Ефективни приступи и модалитети и компаративна предност свеобухватне владе треба да чине окосницу будућег развоја Е-управе. Посвећеност међусекторској сарадњи, отворености, транспарентности, одговорности и партиципацији грађана у јавном сектору, подржана напредном ИКТ инфраструктуром и адекватним људским капиталом и online услугама, такође представљају кључне основе за развој ефективне Е-управе која ће обезбедити одржив развој и будућност какву желимо.

У наредном периоду, Европа треба да настави да улаже напоре у развој Е-управе тако што ће online услуге учинити још приступачнијим и фокусираним на кориснике обезбеђујући да они који нису у могућности да користе online сервисе не буду искључени и маргинализовани. Све могућности за повећање Е-партиципације грађана и бизниса треба да буду искоришћене. Искуства најбоље пласираних европских земаља на глобалној листи, као и оних које су начиниле значајан прогрес доказују да дугорочно холистичко стратешко планирање развоја Е-управе доноси опипљиве резултате. Лекција се може научити не само од водећих земаља, већ и од целе Европе, као региона, да је од суштинског значаја да се стратегије развоја Е-управе укључе у шире друштвено-економске стратегије раста и развоја.

Менаџери у јавним управама треба да искористе предности које нуде различити канали комуникације и да пронађу најбоље начине да повећају online коришћење услуга, као и да допру до маргинализованих и рањивих група становништва у циљу постизања социјалне инклузије. Мултиканалски приступ у пружању услуга у јавном сектору је пут који владе треба да следе у развоју Е-управе, да буду на њега фокусиране и да пруже максималну подршку свим нивоима управе да се он имплементира. Пружање услуга у јавном сектору се значајно може побољшати уколико се паметно избалансира употреба ових канала комуникације, оптимизирањем карактеристика различитих канала како би се задовољиле различите потребе становништва.

*Zoran Jovanović, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

GLOBAL TRENDS IN E- GOVERNMENT AND THEIR INFLUENCE ON OFFERING PUBLIC SERVICES

Summary

In future years e-governments may significantly contribute to developmental plans on global level by strengthening their national capacities, enhancing their performances, increasing their efficacy, effectiveness and inclusion of public services, promoting transparency and reducing corruptive practices in public sector, assisting their governments to become 'green', implementing effective management of natural disasters, preferring ecological and not only economic development, as well as promoting social inclusion through fair and equal approach to public services. The approach which favors the comprehensiveness of government, enhanced by the use of advanced information technologies and collaborative mechanisms, offers an opportunity for the inclusion of all stakeholders, from both government and non-government sectors, business, civic society, as well as citizens as individuals. This allows broader participation of the community and citizens in decision-making process at both national and local levels and broader offering of services through new communication channels and modalities. Solving issues related to the problems of the development of e-government is often linked to and depends on national capacities for introducing changes and innovations which determines how successful that nation is in achieving e-government goals. Those countries that represent more developed information societies make better use of their human resources' skills and knowledges for the purpose of reaching greater performances of e-governments.

Key words: *e-government, United Nation, offering public services, global trends, sustainable development.*

Литература

Digital by Default, <https://www.gov.uk/service-manual/digital-by-default/>;
Department of Economic and Social Affairs, <https://www.un.org/development/desa/en/>;
Global E-Government Readiness Report, 2004,
<https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/Documents/un/2004-Survey/Complete-Survey.pdf>;
Government Digital Service, <https://gds.blog.gov.uk/>;

Зборник радова „Услуге и заштита корисника“, Крагујевац, 2016.

eGovernment 2012–2015, <http://egovstrategy.gov.ie/>;
eGovernment Action Plan 2015,
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-egovernment-action-plan-2011-2015>;
European Commission’s Digital Agenda for Europe,
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Aasi0016>;
Millennium Development Goals, <http://www.un.org/millenniumgoals/>;
Open Method of Coordination,
http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/open_method_coordination.html;
Plan Avanza 2,
<http://www.agendadigital.gob.es/agenda-digital/planes-antiores/Paginas/plan-avanza2-estrategia.aspx>;
Public Service Reform Plan in 2011,
<http://www.per.gov.ie/en/public-service-reform/>;
The Future We Want, 66/288,
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/10/PDF/N1147610.pdf?OpenElement>;
Ubaldi, B., Open Government Data: Towards Empirical Analysis of Open Government Data Initiatives, OECD Working Papers on Public Governance, No. 22, OECD Publishing;
United Nations E-Government Survey 2014 - E-Government for the Future We Want,
https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2014-survey/e-gov_complete_survey-2014.pdf;
Compass of Transparency, Government of Italy, Ministry of Public Administration and Simplification, <http://www.magellanopa.it/bussola/page/overview.html>;

Др Јелена Вучковић, доцент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 35.07

РЕФОРМА ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА НА ПУТУ КА УСЛУЖНОЈ УПРАВИ*

Резиме

Агенцијски модел јавне управе има за циљ да разломи гломазне управне системе и операционализује идеју услужне управе која је оријентисане на корисника. Међутим, процес агенцификације често није стратешки осмишљен и не прати га јавни интерес. Приликом деловања јавних агенција уочени су одређени проблеми односно ризици. Због тога је нужна реформа јавних агенција. Агенцијска реформа треба да буде допринос контроли резултата целокупне управе. Она треба да буде утемељена на тековинама административних култура, које су оријентисане на контролу резултата и ефективност рада а не „критеријумима“ политичког волунтаризма актуелне политичке елите. Контрола учинака читав агенцијски систем помера ка одговорности, према корисницима услуга али и према парламенту.

Кључне речи: контрола и одговорност јавних агенција, агенцијска реформа.

1. Предности и проблеми функционисања јавних агенција

Агенцијски модел јавне управе има за циљ да разломи велика министарства и гломазне управне системе, како би се створиле мање организације којима је лакше управљати, које су флексибилније, с јасно одређеним правилима и задацима, отворене али и подложне контроли. Оне треба да одговарају идеји услужне управе која је оријентисане на корисника. Међутим, појава новог организационог облика – јавних агенција отвара бројне теоријске изазове али и практична питања.¹ Јавним агенцијама могу се поверити многа и различита јавна овлашћења: управна, развојна и регулаторна. Ту се посебно истиче и питање

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Лиличић, С., *Управно право и Управно процесно право*, Београд, 2009, стр. 277.

независности агенција и њихове правне одговорности, као и питање управне и судске контроле аката које агенције доносе.

Процес агенцификације често није стратешки осмишљен, не прати га интерес јавности, нити има посебне политичке предности. Расправе „за и против агенцификације“ и питања куда иде агенцификација, постављају се најчешће када се бујање управе суочи с проблемом државне рецесије, slabом координацијом, неделотворношћу система или питањима политичке одговорности за пропусте управе. Нова схватања о карактеру јавне управе и улоге државе у друштву интензивирају процес фрагментације централне управе и делегирање послова издвојеним самосталним организацијама, чија одговорност и контрола остају недовољно решена и отворена питања.²

Увођење европских регулацијских агенција отвара додатна питања њихових предности и ризика, односно питања компарације европских и америчких јавних агенција, посебно са аспекта положаја агенција у систему поделе власти.

Главне предности оснивања независних јавних агенција свих облика па и регулаторних агенција изван система државне управе су следеће:

- повећање нивоа ефикасности деловања управног система,
- повећање системске флексибилности у остваривању јавног интереса,
- менаџерска аутономија у извршавању агенцијских послова,
- повећање стручности у одличивању и извршавању одлука,
- обезбеђивање самосталности агенција,
- удаљавање од политичког утицаја и притиска у обављању јавних послова,
- укључивање цивилног друштва у одлучивање (нпр. кроз чланство у саветима јавних агенција и др.).

Смисао постојања агенција и критеријум за њихово оснивање је у томе, да се оснивањем агенција ефикасније и рационалније обављају одређени јавни послови, него када обављање истих врше органи државне управе. Додатни критеријум за оснивање агенција, додуше не баш свих, је да се може обезбедити финансирање оваквих послова преко управних такси односно других облика непосредних финансијских прихода јавних агенција (лиценце, тарифе и сл.). Коначно, важан критеријум је, да у областима делатности јавних агенција није потребан стални политички надзор. Напротив, спровођење послова из надлежности агенција треба удаљити од утицаја дневне политике.³

Међутим, приликом деловања јавних агенција, осим предности преношења јавних функција на јавне агенције, уочени су и одређени проблеми односно

² Pollitt, C., Talbot, C., ur., *Unbundled Government, A Critical Analysis of the Global Trend to Agencies, Quangos and Contractualisation*. London/New York, Routledge, 2004. Verhoest, K, Roness, P. G., Verschuere, B., Rubecksen, K., MacCarthaigh, M., *Autonomy and Control of State Agencies Comparing States and Agencies*, Palgrave Macmillan, 2010.

³ Laking, B., *Agencies: Their Benefits and Risks*. Paris, OECD, 2002.

ризици, нарочито код институција које немају дугу традицију и искуство у оперативном деловању, а од којих су најважнији следећи:

1. долази до фрагментације агенцијског система услед наглог ширења агенција,

2. губи се транспарентност рада агенција и њихових унутрашњих органа,

3. односи агенција према другим органима у институционалној арили престају да буду транспарентни, јасни и правно дефинисани, односно формално-правна слика релација између институција не одражава стварно стање.

4. смањује се *степен надзора* над агенцијама јер нема више непосредног надзора (утицаја) као у случају када се ти послови обављају у оквиру надлежног министарства, односно органа у саставу министарства,

5. смањује се и *степен министарске одговорности* пропорционално степену правне, стручне, организационе, персоналне и финансијске самосталности јавних агенција,⁴

6. долази до дисфункционалности деловања агенција јер оне могу на прво место поставити своје уже интересе испред интереса корисника услуга (нпр. неоправдано повећање тарифа, иако за то нема објективне потребе, издавање лиценце по критеријумима који нису у складу са начелом једнакости субјеката пред законом и сл.),

7. аутономија агенција често се огрличава услед прикривеног деловања политичких фактора, односно персоналног и финансијског утицаја извршне власти,

8. тешкоће у системском и практичном балансирању аутономије, контроле и одговорности јавних агенција.

Међутим, треба имати у виду да су често разлози постојања одређених јавних агенција и регулаторних тела засновани на захтевима и прописима различитих супранационалних институција, нпр. Европске Уније. Тако, Агенцију за телекомуникације треба нужно основати због права Европске уније, односно посебне директиве,⁵ која прописује не само обавезу оснивања оваквих јавних агенција, већ одређује њихов правни положај, којим ова тела имају статус посебног правног лица са релативно високим степеном самосталности.⁶

⁴ Сматрамо да и у овом случају треба да остане одговорност министра за стање у одређеној управној области која је покривена надлежношћу одређене јавне агенције.

⁵ Директива бр. 2002/21/ЕЗ Европског парламента и Европског савета од 7. марта 2002. године о јединственом регулаторном оквиру за електронске комуникационе мреже и сервисе.

⁶ Телекомуникације су област која се либерализује, односно којој треба слободна и отворена конкуренција, па држава мора да обезбеди такав системски амбијент. Међутим, увођење либерализације, укидање монопола итд. треба бити фактичко, не само номинално. Другим речима, није довољно само декларативно отворити могућност

Према томе, предности регулаторних тела могу бити и потенцијално њихова највећа слабост.

1. Регулација тржишта помоћу независних тела подстиче умножавање административних процедура, инфлацију прописа и бирократизацију државног апарата. Значајан део нормативне делатности одвија се у оквиру регулаторних тела. То доводи до нормативне хиперпродукције и стварања великог броја неусклађених прописа, што паралише функционисање правног система, па и самог тржишта, у крајњој линији.⁷

2. Масовно стварање независних тела повећава трошкове у буџету. За њихово функционисање потребна су значајна финансијска улагања, испуњавање сложених техничких и кадровских услова. У сиромашним земљама, као што је Србија, недостатак ресурса компромитује идеју независних регулаторних тела и јавних агенција.

3. Неке јавне агенције постају отуђене центри моћи. Та моћ, с једне стране, последица је скривене политизације јавних агенција која потиче од државе, односно актуелне политичке елите, која делује институционално, а с друге стране реална опасност за независне јавне агенције, посебно у транзиционим друштвима, јесте крупан капитал и економски интерес. Уместо да сузбијају корупцију, јавне агенције постају „кооперативне“, политички пристрасне и непрофесионалне.

4. Огромна концентрација надлежности (власти) и правне и фактичке моћи у рукама регулаторних јавних агенција отвара питање, ко ће контролисати наше контролоре? Неодговорно обављање надзорних и регулаторних надлежности угрожава и смисао основног начела правне државе – начело поделе власти, односно начело владавине права.

5. Један од проблема функционисања јавних агенција је и неодвајање регулаторне функције од оперативног обављања делатности. Главни проблем и

конкуренције, него треба регулисати тржиште на начин који заиста и омогућује тржишну конкуренцију, односно долазак нових понуђача телекомуникационих услуга. Зато ЕУ захтева да држава регулише ову област тако, да на тржиште заиста могу доћи и други понуђачи ових услуга. У супротном долази до ограничавања и уплитања политике. ЕУ захтева оснивање независне регулаторне јавне агенције, која ће бити стручно самостална и организационо одвојена од надлежног министарства и владе. Тиме се спречава наставак монополног положаја једног националног понуђача телекомуникационих услуга. На просторима бивше Југославије ситуација је слична. На тржишту је обично један велики монополиста у државном власништву, који је традиционално био једини понуђач тих услуга. Види детаљније: Марковић, М., Дујић, С., *Јавне (регулаторне) агенције*, Архив за правне и друштвене науке, 2006, вол. 92, бр. 3-4, стр. 1555-1580.

⁷ На примеру неких утицајних јавних агенција, као што су: *Агенција за борбу против корупције*, *Комисија за заштиту конкуренције*, која имају статус независних регулаторних тела, можемо сагледати проблеме у положају, улози и функционисању независних регулаторних тела у Републици Србији.

ризик агенцификације најбоље се уочава код најразвијеније агенцијске организационе форме – независних регулаторних тела. То је питање (не)раздвајања улога, односно функција и то регулаторне од извршно-оперативне. Потребно је раздвајање функција, и то функције утврђивања законских основа и појединих јавних политика од регулаторне функције и обе наведене функције од функције пружања услуга у тим областима. Раздвајање је потребно не само на овом глобалном нивоу, него и раздвајање инфраструктурних објеката од функције пружања услуга. Тако, раздвајање функције националног регулаторног тела из области електронских комуникација од организација које обезбеђују електронске комуникационе мреже, опрему и сервисе. Ово раздвајање функција захтева и поменута директива Европске уније.⁸ Директива предвиђа и посебно раздвајање рачуноводства и финансијских извештаја о вршењу ове делатности.

б. Основни проблем агенцификације односи се на осигурање и баланс оптималног степена аутономије и остваривања одговарајућих механизма контроле.

Институционални предуслови за добро деловање јавних агенција и регулаторних тела су: јасно и квалитетно законодавство, одговарајуће јавне политике у одговарајућим управним секторима и раздвајање пружања услуга од функције регулације. Одредити законски основ и јавну политику, претпоставља да се донесу пре свега јасни закони (детерминација стандарда, одређивање регулаторних овлашћења, институционалних оквира) и утврдити јасне циљеве одређене јавне политике (стандарде, одређени ниво очекиваних услуга, као и социјалне, економске и временске оквире пружања услуга). Сам регулаторни оквир деловања појединог сектора значи спровођење законски детерминисане политике, поштовање законских обавеза и несметано вршење делатности кроз одобравање тарифа и цена јавних услуга, праћење спровођења политике, мониторинг, надзор и оцена обављања услуга. То су типични методи Новог јавног менаџмента.

Посебни изазови регулаторног процеса су недефинисана многа питања, као што су:

- Ко поставља националне стандарде у одређеној области регулације?
- Ко одређује инфраструктурне потребе и ко је власник инфраструктуре?
- Ко спроводи јавну политику у одређеној области ?
- Како је дефинисана (економска) цена јавних услуга ?
- Ко одобрава цене (тарифе) ?
- Ко штити интересе потрошача односно корисника јавних услуга ?
- Који субјекти пружају услуге, односно оперативно обављају делатност, јавна предузећа и установе или приватни понуђачи, односно организације јавно-приватног партнерства ?

⁸ Види, чл. 13 Директиве бр. 2002/21/ЕЗ Европског парламента и Европског савета од 7. марта 2002. године о јединственом регулаторном оквиру за електронске комуникационе мреже и сервисе.

Успешност деловања агенцијског система у појединој области (енергетика, саобраћај и везе, електродистрибуција, телекомуникације, водоснабдевање, друге комуналне делатности, итд.), може се процењивати у: а) одређивању квалитетних *јавних политика* у појединим областима (детерминисана законским циљевима и политиком владе и усвојеним стандардима), б) кроз *регулаторну функцију* која је утемељена техничким и технолошким стандардима и сл., и в) кроз обезбеђивање пружања *квалитетних услуга* (корпоративно управљање, различите опције пружања услуга). Ово последње значи да треба пружити могућност, да јавне услуге обављају јавна предузећа и слични јавноправни субјекти, органи локалне самоуправе, као и приватна предузећа по посебним уговорима (управни уговори или јавно-приватна партнерства). При томе, извођачи морају водити рачуна о законски одређеним условима вршења тих услуга, поштовању нивоа стандарда у одређеној области, оперативној ефикасности, итд.

Постоје у процесу агенцификације два главна проблема: контрактуализација у односима и координација са државом, односно надлежним министарством.

Влада је обично одређена као орган који је носилац секторске политике. Поред тога оснива се и одређено независно регулаторно тело. На нижем нивоу постоји низ субјеката који пружају конкретне услуге корисницима. Положај регулаторних агенција, у упоредним системима може бити различит, и то: као независно национално регулаторно тело, или као једно заједнички одређено регулаторно тело за више сектора. Регулација се нормативно решава помоћу прописа или се вршења регулаторне функције у поједином сектору регулише путем уговора.

Владино неуважавање независних регулаторних тела манифестује се на више карактеристичних начина. Најпре, Влада не узима у обзир њихове препоруке и мишљења. Тако, у случају „дуплих функција“, Влада у Србији је мимо сагласности Агенције за борбу против корупције променила закон. Иако је Комисија за заштиту конкуренције поднела више прекршајних пријава само у 2009. години, судови још нису донели пресуду против монополиста.⁹

Стварни положај независних регулаторних агенција може се видети и по другим индикаторима. Према релевантним истраживањима међународне организације *Transparency International* за 2010. годину, Србија заузима 83. место по индексу корупције. Иако су у Србији предузете значајне институционалне мере у протеклих пар година у борби против корупције, перцепција јавног мњења је да степен корупције стагнира. По другом истраживању, она је на 96. месту по конкурентности од 139 земаља. Обеспокојавајући подаци сведоче о својерсној „парализи“ у ефикасности

⁹ Шабић, Р., *Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја – искуства из трогодишње праксе*, Ревизија за безбедност, бр. 4/07, стр. 32.

институција. Немоћ независних регулаторних тела указује на друго лице њихове природе – потребу да њена делотворност зависи од политичке подршке.¹⁰

Због наведених проблема и ризика до којих је довео процес агенцификације у пракси многих држава примећује се тренд де-агенцификације, који подразумева јачање извршних агенција а које су директно подређене централној државној управи. Овакве „тихе“ организационе трендове примећујемо нарочито у британском извршном агенцијском моделу, који је дизајниран да поново успостави поделу између политике и менаџмента.¹¹

2. Реформа јавних агенција

Јавне агенције су модеран организацијски облик чија ефикасност и легитимност имају готово митске пропорције.¹² Процес агенцификације почиње у англосаксонским земљама у оквиру генералне реформе јавне управе, која је усмерена на дерегулацију, приватизацију и препуштање пружања јавних услуга приватном сектору. Јавни сектор је подвргнут широкој приватизацији. Агенцификација је у почетку захватила привредне делатности, телекомуникације, саобраћај, енергетику, а затим друштвене службе, посебно здравство и образовање. Агенцификација се правно уобличава путем уговора, и то у почетку на обављању послова који се односе на безбедност и јавни ред. Држава управља и регулише пружање услуга које су у јавном интересу, а грађани као партнери јавне управе почињу сносити део одговорности за опште добро друштва.¹³

Основни организациони облик јавне управе постају агенције које све више преузимају функције класичне државне управе, а основно питање агенцијског

¹⁰ Статус и положај независних тела негативно се одражава и на процес евроинтеграција. Европска комисија је у *Извештају о напретку Србије* за 2010. годину констатовала да министарства у различитој мери поштују мишљење и препоруке независних регулаторних тела (стр. 7) и да је „потребно даље побољшавање законодавног оквира и чвршће опредељење да се поштује мандат независних регулаторних тела и да им се обезбеде одговарајући ресурси“ (чл. 8). У Извештају се на више места апострофира пасивност државе да обезбеди потребне услове и притисци на рад независних регулаторних тела. Тако Европска комисија децидирано указује да монополистичке структуре уживају државну подршку и да власт правним и финансијским механизмима „врши велики утицај на конкурентност“ (стр. 26).

¹¹ Verhoest, K., Thiel, S., Bouckaert, G., Laegreid, P., *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011, p. 62.

¹² Pollitt, C., Talbot, C., Caulfield, J., Smullen, A., *Agencies: How Governments do things Through Semi-autonomous Organizations*, Palgrave MacMillan, 2004.

¹³ Christensen, T., Légreid, P., ur. *Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006.

модела управе постаје питања аутономије и контроле агенција.¹⁴ Јавља се потреба за нормативном регулативом агенција, који треба да постави границе деловања и тако створи чврст правни оквир за рад агенција. Институционална иновација се огледа у стварању нових облика надзора као замена за устаљене облике политичке одговорности, првенствено кроз партиципацију, транспарентност рада, оцену учинка и изолацију директора агенције од политичких и приватних интереса (министара и тајкуна). Управљачким структурама агенција даје се менаџерска слобода да одређују организационе, персоналне и финансијске елементе функционисања агенција. Агенције се тако функционално специјализују. Међутим, та релативно широка агенцијска аутономија у доношењу одлука треба да буде подвргнута контроли резултата и учинка (performance management). То налажу основни принципи правне државе, савремена парламентарна демократија и принцип поделе власти у иновираној институционалној арили, која је захваћена процесом агенцијског редизајнирања (агенцификација).

Проблем је што агенцификација није предмет осмишљене стратегије праћене одговарајућом правном регулацијом и контролом. Немају све јавне агенције онај „независтан“ статус у складу са законом прокламованом аутономијом. Отуда потреба за побољшавање законодавног оквира и чвршће одређење да се поштује мандат независних регулаторних тела. Постоје политички и други притисци на рад јавних агенција као независних тела. То намеће потребу да агенције треба да буду деполитизоване у процесу одлучивања и транспарентне у свом раду а не само да промене назив (нпр. у Француској).¹⁵

Истовремено, држава је пасивна да обезбеди потребне услове за самостално функционисање јавних агенција. То се нарочито може уочити у транзиционим земљама (Србија, Хрватска и сл.) где се показује и изостанак правне регулације агенцијског модела, с јасним критеријима оснивања и дизајнирања организационих форми и правне контроле (жалба, управни спор и др.).¹⁶ Тако, Устав у Србији не регулише положај јавних агенција. Постојао је неуспешни покушај у Црној Гори да се агенције институционално поставе у тзв. експертском Уставу Црне Горе (2006). Потреба да се прецизно и јасно регулише положај агенцијске управе лежи у посебној ситуацији у којој су јавне агенције преузеле велике надлежности, које превазилазе послове јавне управе (државне и недржавне управе) а чиме пробијају „класичну“ поделу власти, без јасне одговорности и транспарентности рада. Такво стање води правну државу и њене принципе и стандарде у рузик у којем моћ егзекутиве постаје практично

¹⁴ Pollitt, C., Bouckaert, G., *Public Management Reform, A Comparative Analysis*, 2nd edition. Oxford University Press, Oxford, 2004.

¹⁵ Verhoest K., van Thiel S., Bouckaert G., Laegreid P., *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011, p. 101.

¹⁶ Станичић, Ф., *Правна нарав регулаторних агенција у Републици Хрватској*, Право у господарству, бр. 5/2010.

недостижна. Агенцијска реформа треба да многострукост агенцијских модела, најпре поједностави јер она замагљује транспарентност, контролу и одговорност агенција. Међутим, реформа подразумева да треба и контролисано јачати капацитете агенција и проширивати њихову надлежност, како у погледу регулаторности агенција, тако и у сфери поверавања управних послова агенцији.

Агенцификација, као облик управне децентрализације се може претворити у своју супротност, кроз кретање према центру, смањивањем организационе дивергенције. Превелика децентрализација и предимензионирано оснивање агенција доводи до фрагментације целине управног система. Фрагментација смањује транспарентност, контролу и одговорност а све до води до слабења моћи и утицаја демократских институција.

Агенције су дошле на лош глас као фактори који доприносе нетранспарентности управног система и ослабљеној одговорности, чиме се урушава и парламентарна демократија у целини и ствара феномен демократског „дефицита“ или „дефицита“ демократије. Агенције се доживљавају као „црне кутије“ које без контроле троше јавни новац и запошљавају према нејасним критеријима, уз слабу ефективност. Њихова се ефикасност не мери и не оцењује (супротни нпр. у Великој Британији), па нема ни одговорности. Због тога један од циљева агенцијских реформи у новије време је јачање политичке контроле над агенцијама због демократског дефицита агенцијског модела управе и перцепције агенција које су удаљене од грађана. То појачава тренд ка де-агенцификацији, односно редукацији броја агенцијских тела посебно оних са јачим степеном аутономије а у корист извршних агенција, које су под директним утицајем извршне власти, министарстава.¹⁷

У медијима се основано поставља питање, шта агенције раде, са којим су задатком основане, ко их заправо контролише. Политичари, као државни јавни функционери (министри, државни секретари и сл.) „симболично“ сnose одговорност за свој ресор, па и агенције које послију у домену агенцијске политике али питање је колика је њихова стварна могућност контроле над агенцијама. Управна и судска пракса показује да је степен политичког утицаја, усмеравања и контроле над агенцијама постајао нарочито у почетку рада агенција, када су директори агенција били послушници својих „ментора“ у министарствима. Међутим, временом тај политички утицај постепено је слабио па се чинило као да агенција постаје коначно аутономно тело са независном позицијом у институционалној арени али се често показало да се само променио центар политичког утицаја на исто агенцијско тело. Према томе, реформа агенција подразумева редефинисање односа агенција и министарстава у смислу правног прецизирања контролног односа и очувања агенцијске аутономије.

¹⁷ Verhoest, K., van Thiel, S., Bouckaert, G., Laegreid, P., *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011, p. 65.

Главни проблем и задатак остаје одржавање контроле, координација и квалитета у фрагментираној агенцијској управи па и држави.¹⁸ То даље значи да треба успоставити систем контроле или боље рећи утицаја државе на агенције, којим би се кориговале све слабости, проблеми и ризици агенцификације. Међутим, утицај на агенције треба заправо усмерити и држати на учинке и резултате рада агенција. То значи професионални а не политички утицај, као суштински смисао *performance management*-а. Кључни реформски захтев је да једино учинак агенције треба да буде критеријум за оцену њеног рада и питање одговорности. Контрола учинка води ка томе да се агенције саме морају окренути себи и ближе фокусирати на своје циљеве а не да посматрају апстрактно и широко своју ефикасност.

Агенцијска реформа треба да буде допринос контроли резултата целокупне управе. Контрола резултата треба да буде утемељена на конкретним индикаторима као што су број притужби, ниво лошег управљања и грешака (*maladministration*), итд. То укључује и економску димензију јер агенције изазивају повећање административних трошкова. Реформа треба даље да енергизира димензију ефикасности и ефективности рада агенција јер то утиче на економију централне владе као целине. Реформа јавних агенција треба да буде утемељена на тековинама административних култура, које су орјентисане на контролу учинака или резултата а не „критеријумима“ политичког волонтизма актуелне политичке елите. Контрола учинака кроз *on going* студије и евалуацију, читав агенцијски систем помера и фокусира га ка одговорности, што према корисницима услуга, што и према извршној власти а преко њи и према парламенту. Агенцијска реформа мора поново реинсталирати принципе правне државе и повратити јасна правила игре у институционалној арени али у корист демократских институција и идеје владавине права.

Многи сматрају да је та битка већ изгубљена у корист извршних органа државне власти, који су структурално ојачали кроз извршне агенције и утицај који се има или може имати на њих. Сматрамо да битка није изгубљена али да треба флексибилно и мидро реформисати постојећи систем агенцификације, тако што ће се постепено активирати реверзибилан процес - де-агенцификације, која је нужна због превелике аутономије агенција и слабости агенцификације. Због тога, „дефицит“ демократије треба исправљати и кроз саме извршне агенције, које треба контролисати широком палетом инструмената а један од њих је финансијски утицај и контрола сваке врсте (нпр. у САД).

¹⁸ Power, M., *The Theory of the Audit Explosion*. Ferlie, Ewan, Laurence E Lynn, jr and Christopher Pollitt, (eds) *The Oxford Handbook of Public Management* Oxford University Press, 2005.

3. Уместо закључка

Поред неспорних предности процес агенцификације донео је бројне ризике и проблеме у функционисању управног система. Главни недостаци огледају се у: фрагментацији система, губитку транспарентности рада агенција, како унутар њих самих, тако и у институционалној арили, смањењу степена надзора и контроле над агенцијама, али и министарске одговорности, нарастању дисфункционалности деловања агенција, ограничавању њихове аутономије, као и у тешкоћама у практичном балансирању аутономије, контроле и одговорности јавних агенција. Од идеје стварања самосталних и независних тела, које треба да управни систем учине ефикасним и делотворним, оне постају продужена рука политике и државне управе. То их између осталог и удаљава од грађана, којима агенцијска управа треба да служи, непосредно или посредно.

Због тога се намеће неопходност агенцијске реформе, чија је главна идеја концепт услужне управе. Реформа јавних агенција треба да буде утемељена на тековинама административних култура, које су оријентисане на контролу учинака, а не на „критеријумима“ политичког волунтаризма актуелне политичке елите. Контрола учинака кроз *on going* студије и евалуацију, читав агенцијски систем фокусира ка одговорности према корисницима агенцијских услуга, али и према парламенту и другим институцијама уставног система.

*Jelena Vučković, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

PUBLIC AGENCIES REFORM TOWARDS SERVICE ORIENTED ADMINISTRATION

Summary

Agency model of public administration aims to break big administrative systems and operationalize the idea of service oriented public administration. However, the process of agencification often isn't strategically designed and followed by public interest. Certain problems and risk have been spotted during actions of public agencies which makes their reform necessary. Reform of public agencies needs to contribute to the control of result of the whole public administration. It should be based on achievements of the administrative cultures, which are oriented on the results control and effectiveness of actions, and not on the criteria of political voluntarism of the

current political elite. Control of results of the whole agency system is shifted towards responsibility to end users of services, as well as towards Parliament.

Key words: *control and responsibility of public agencies, reform of agencies.*

Литература

- Verhoest, K., van Thiel, S., Bouckaert, G., Laegreid, P., Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.
- Verhoest, K., Roness, P. G., Verschuere, B., Rubecksen, K., MacCarthaigh, M., Autonomy and Control of State Agencies Comparing States and Agencies, Palgrave Macmillan, 2010.
- Laking, B., Agencies: Their Benefits and Risks. Paris, OECD, 2002.
- Лилић, С., Управно право и Управно процесно право, Правни факултет у Београду, Службени гласник, Београд, 2009.
- Марковић, М., Дујић, С., Јавне (регулаторне) агенције, Архив за правне и друштвене науке, 2006, вол. 92, бр. 3-4.
- Pollitt, C., Talbot, C., ur., Unbundled Government, A Critical Analysis of the Global Trend to Agencies, Quangos and Contractualisation. London/New York, Routledge, 2004.
- Pollitt, C., Talbot, C., Caulfield, J., Smullen, A., Agencies: How Governments do things Through Semi-autonomous Organizations, Palgrave MacMillan, 2004.
- Pollitt, C., Bouckaert, G., Public Management Reform, A Comparative Analysis, 2nd edition. Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Power, M., The Theory of the Audit Explosion. Ferlie, Ewan, Laurence E Lynn, jr and Christopher Pollitt, (eds) The Oxford Handbook of Public Management Oxford University Press, 2005.
- Станичић, Ф., Правна нарав регулаторних агенција у Републици Хрватској, Право у gospodarstvu, 5/2010.
- Christensen, T., Lægheid, P., ur. Autonomy and Regulation. Coping with Agencies in the Modern State. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006.
- Шабић, Р., Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја – искуства из трогодишње праксе, Ревизија за безбедност, Центар за безбедносне студије, бр. 4/07.

Миливоје Лапчевић, асистент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 347.964.3

ДОМЕТИ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ИЗВРШИТЕЉСКЕ ДЕЛАТНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ *

Резиме

У фокус анализе овог рада покушали смо да ставимо неке од особености делатности „приватних“, односно јавних извршитеља, који у Р. Србији представљају релативно нову професију пред коју су постављени бројни изазови везани за деценијске проблеме домаћег правосуђа. Потреба за увођењем приватних (јавних) извршитеља у домаћи правосудни систем условљена је првенствено капиталним проблемом спорости у извршењу судских одлука. Овај проблем попримио је толике размере да је, удружен са другим аномалијама домаћег правосуђа, дубински пољуљао концепте владавине права и правне државе а самим тим и поверење грађана у институцију судства.

Иако озакоњење делатности приватних извршитеља представља значајан допринос „убрзавања правде“, бар када је реч о интересима извршних поверилаца, присутан је и читав репертоар нормативних недостатака и недоречености који, по природи ствари, прате иницијалну фазу сваке нове форме у институционалном апарату.

Кључне речи: извршитељ, ефикасност, одговорност, извршни поступак, правосуђе.

1. Уводна разматрања

Осмишљавање функционалних решења устројства институционалног апарата посттранзиционих држава, прва је и незаобилазна карика на путу обезбеђивања преко потребног привредног раста. При том, наравно, имамо у виду концепт интегралне функционалности, који подразумева оспособљеност свих институција да одговоре задацима који пред њих постављају друштво и привреда, насупрот често присутној транзиционој логици да се појединим (углавном-новокреираним) институцијама даје приоритетнији значај у смислу

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

процене њихове важности за националну економију. За државе које су одавно поставиле на стабилне темеље свој институционални апарат, често се каже да су оспособљене да „продају саме себе“, у смислу магнетног дејства које стабилност државних институција има у погледу инвестиционих одлука улагача.¹

Сви покушаји транзиционих влада да нормирају и практично оживотворе нова институционална решења на којима почива економија развијеног запада, резултирали би скромним исходима у свим случајевима у којима таквим променама није претходила целовита и ефикасна реформа правосудног система. Корупција на свим нивоима одлучивања и екстремна спорост у доношењу судских одлука представљају сумарну дескрипцију свих правосудних система екс-социјалистичких друштава. Кумулативно присуство ових карактеристика у правосудју, не само да води потпуној деградацији принципа владавине права и правне државе, већ пресудно утиче и на креирање изразито лоших перформанси економског система.

Усвајањем Закона о извршењу и обезбеђењу од 2011. године, установљена је нова правосудна професија – извршитељ, односно „приватни“ извршитељ. Начелни разлози рецепције овог институционалног решења, које је већ одавно у употреби у развијеним земљама, примарно се тичу тежње за радикалнијим убрзањем извршног поступка, како би се, на тај начин, остварила потпунија заштита права и интереса поверилаца. Иако су од 2012. године (када су први извршитељи отпочели са радом), па до данас, приметни помаци у правцу ефикаснијег извршења, остаје упитна сразмера резултата са ценом њиховог остваривања.

Лична, односно материјална мотивисаност извршитеља за успешно окончање извршног поступка, представља основну карику у напору са скраћењем поступка извршења. Такође, ка истом циљу је усмерен и значајан обим Законом конституисаних надлежности извршитеља у поступку извршења. Будући да је реч о новој и специфичној професији, њени организациони и функционални аспекти нису били предмет шире и озбиљније научне анализе, бар када је реч о домаћим радовима у овој сфери. Упоредо са покушајем да са њима упознамо ширу јавност, у раду ћемо се посебно осврнути на услужне елементе извршитељске професије и форме њихове испреплетености са јавноправним елементима обављања делатности.

¹ Као пример који актуелно илуструје ноторну исправност ових закључака можемо навести масовно опредељење руских милионера да своје инвестиционе подухвате пласирају на подручју Уједињеног Краљевства, руковођени како ефикасношћу судског система, тако и делотворношћу осталих институција на којима почива либерална економија.

2. Опште карактеристике поступка извршења у РС

На домаћем плану, спорост у доношењу судских одлука представља „традиционалну“ карактеристику српског правосуђа, која, са одмицањем процеса интеграција наше земље у Европску унију, постаје предмет све израженијих критика. И док спорост у пресуђивању озбиљно руинира основе поверење грађана (али и инвестиционе јавности) у правосудни систем, изразита спорост у извршењу донетих судских одлука, задаје пресудан ударац напорима да се грађани и привредници убеди да правосуђе није институција која ради у корист њихове штете.

Реформски, мини-реформски и квази-реформски покушаји поправљања стања у погледу проблема трајања судских поступака као и поступака извршења судских одлука, збирно узети, нису довели до остварења прокламованих циљева. Најбољи показатељ тачности таквог закључка јесте чињеница да је извршни поступак трајао скоро колико и сам парнични поступак, а у појединим случајевима чак и дуже. Неприхватљиво дуго трајање поступка извршења представља једну од најопаснијих аномалија правосудног система, будући да се без ефикасног извршног поступка не могу уопште остварити субјективна грађанска права која се утврђују у парничном поступку.²

Оптерећеност судова великим бројем предмета и непостојање делотворних механизма релаксације правосудних органа, представљају предмет континуиране критике који органи Европске уније изражавају у својим званичним документима. Тако се, у Извештају о напретку Србије за 2013. годину, констатује готово никакав напредак у смањењу броја нерешених предмета, али и чињеница да такво стање у све већој мери утиче на одлуке предузећа да избегавају судове као законску форму решавања својих проблема. Такође, у Извештају се констатује и значајно учешће предмета у вези са повредом права на суђење у разумном року у укупном броју нерешених предмета.³ Нажалост, овакво стање није била последица чињенице да смо се налазили у иницијалној фази примене нових законодавних решења усмерених на убрзање судских поступака. Након што је увелико одмакла примена новог Закона о извршењу и обезбеђењу⁴, у Извештају Европске комисије о напретку Србије за 2015. годину и даље се може препознати забринутост због чињенице да национални програм за смањење броја предмета не даје очекиване резултате, без ефектнијих помака у

² Вид.: Бодирога, Н., *Извршитељ*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2011, стр. 194.

³ Вид.: Европска комисија, *Извештај о напретку Србије за 2013. годину*, Брисел, 16.10.2013. године, стр. 48.

⁴ Вид.: „Службени гласник РС“, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 и 139/2014.

погледу укупне дужине трајања судских поступака и броја старих предмета који су регистровани као заостали.⁵

Можда најегзактнији показатељ озбиљности проблема недовољно ефикасног правосуђа, представља итекако богата пракса Европског суда за људска права када је реч о поступању по представкама против Р. Србије, а које се односе на: одговорност државе за извршење, односно неизвршење пресуда у вези са друштвеним предузећима, дуготрајне поступке (заостале предмете), обавезу државе да обезбеди делотворни систем извршења и др.⁶ Одавно уходана пракса да се преоптерећеношћу судова оправдава одсуство ефикасности наишла је на осуду Европског суда за људска права, који у једној од пресуда подсећа да су државе чланице потписивањем Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода преузеле и обавезу да своје судске системе организују на такав начин да њихови судови испуне сваки њихов захтев.⁷

3. Извршење посредством извршитеља – предности и недостаци

У правној теорији одавно је препозната ноторна чињеница да је монопол државе у извршењу судских одлука, својеврсна гаранција предугог трајања извршног поступка. Упоредноправно гледано, у оптицају је неколико решења када је реч о избору субјеката који ће бити одговорни за извршење судских одлука.

Прво решење, које је већ увелико напустило законодавне оквире извршења развијених земаља, подразумева спровођење извршења искључиво од стране суда односно судских извршитеља. Фиксно и најчешће скромно плаћени судски извршитељи који су недовољно професионално обучени и у свом раду често слабо координирани са судом, никада се нису могли профилисати у стабилне подупитраче напора за ефикасним извршењем. Томе је посебно допринела више него штурa регултива у погледу квалификационих услова за обављањем посла судског извршитеља. Штавише, рекло бисмо да таквих услова и нема, па би судски извршитељ могло бити свако пунолетно лице, а за штету које оно направи у вршењу своје дужности одговара држава по правилима Закона о облигационим односима о одговорности правног лица за радње његових органа.⁸ На домаћем плану извршење судских одлука од стране судских извршитеља представљао је у

⁵ Вид.: Европска комисија, *Извештај о напретку Србије за 2015. годину*, Брисел, 10.11.2015. године, стр. 58.

⁶ Вид.: Ujdelag, J., Ginzburg, S., Попов, К., Bengtson, В., Милошевић, Милош и Бодирога, Н., *Извештај о процени система извршења потраживања*, Београд, 2014, стр. 19.

⁷ Вид.: ЕСЈП, Пресуда у предмету *Самарџић и АД Пластика Против Србије*, Представка бр. 28443/05, доступно на <http://www.zastupnik.gov.rs/>.

⁸ Вид.: Бодирога, Н., *нав. чланак*, стр. 202.

дугом периоду времена заправо једини механизам извршења у ситуацијама када је изостајала добровољно извршење. Оптерећеност судова великим бројем предмета, као и лош процедурални оквир извршног поступка, промовисали су се у стабилне елементе дерогације једног од основних начела извршног поступка, а то је начело ефикасности. Овај принцип, најупрошћеније гледано, подразумева сповођење извршења на најбржи могући начин а у непосредној је вези са правом на суђење у разумном року. У којој мери се остваривање овог права суочава са изазовима на домаћем терену, најбоље говори чињеница да је било потребно усвајање посебног закона који ће бити установљени субјекти, процедуре и механизми његове заштите. Реч је о Закону о заштити права на суђење у разумном року⁹ којим се утврђује да ово право има свака странка у судском поступку, укључујући извршни поступак.¹⁰ Будући да је примена ове регулативе отпочела 1. јануара 2016. године, још увек је рано за давање оцене о њеним практичним домаћајима. Ипак, анализом у Закону садржаних решења, морали би указати на лимитираност његових перформанси када је реч о потпунијем поштовању начела ефикасности. Неколико кључних разлога одлучујуће подупиру такве закључке.

Најпре, иако је непосредно усмерен на заштиту права на суђење у разумном року, Закон не прецизира појам разумног рока, уместо тога нудећи мноштво неретко сложених критеријума његовог одређења који ће се примењивати *ad hoc*: сложеност чињеничних и правних питања, целокупно трајање поступка и поступање суда, јавног тужиоца или неког другог органа, природа и врста предмета суђења, значај предмета суђења по странку, понашање странака током поступка, посебно поштовање процесних права и обавеза, законски рокови за заказивање рокова и израду одлука и др.¹¹

Са друге стране, кључне елементе сумње у погледу делотворности овог инструмента заштите, представља начин на који је регулисано питање надлежности за првостепено одлучивање. По приговору о повреди права одлучује председник суда у чијем раду је, по мишљењу приговарача, дошло до повреде права, што представља стартни хендикеп овог правног средства. Наиме, имајући у виду број нерешених предмета пред домаћим судовима, у којима се, већинским делом, може назрети повреда права на ефикасно суђење, тешко је замисливо да било који поједнац (па и председник суда) може имати довољно временских ресурса за процену сложених мерила у свим појединачним случајевима. Управо због тога у пракси можемо очекивати одсуство значајнијег удубљивања у примени мерила за одлучивање, и, следствено, промоцију „шаблонских решења“, иначе својствених домаћем институционалном апарату.

⁹ Вид.: „Сл. Гласник РС“, бр. 40/15.

¹⁰ Вид.: Закон о заштити права на суђење у разумном року, („Сл. Гласник РС“, бр. 40/15), чл. 2. ст. 1. У даљем тексту: Закон.

¹¹ Законска листа мерила није лимитативна већ ће се при одлуци о повреди права узимати у обзир и све друге околности предмета суђења. Вид.: чл. 4. ст. 1. Закона.

Осим тога, велики број утврђених повреда права од стране председника судова, осим материјалних импликација по фискус¹², представља и индиректно признање да институција којом руководе не функционише (односно није функционисала у претходном периоду) на начин на који би требало, чиме се отвара и питање њихове одговорности.

Иако је усвајање Закона о заштити права на суђење у разумном року било резултат екстерних притисака, махом због бројности представки против Р. Србије пред Европским судом за људска права због кршења права на суђење у разумном року, смањење њиховог броја не би требало да представља примарни циљ ове регулативе. Интерес странака артикулисан кроз истинско поштовање начела ефикасности, односно права на правично суђење, требало би да представља основни рачио овог законског решења. Супротно од тога, бројчано смањење представки пред Европским судом за људска права не мора нужно бити доказ оствареног помака, већ и чињенице да се стављањем нових правних средстава на располагање грађанима (приговор и жалба) пролонгира и право на обраћање овој европској институцији.

Комбиновање извршења које почива на судским извршитељима и вансудског извршења које почива на делатности приватних извршитеља представља, углавном, транзициони ход ка потпуном преласку на вансудско извршење. Потреба професионалног оспособљавања приватних извршитеља за обављање сложених послова извршења намеће нужност овог прелазног решења, будући да би исхитрени прелазак на искључиво вансудско извршење довело до гомилања значајних почетничких грешака својствених свакој новоустановљеној професији. Законом о извршењу и обезбеђењу од 2011. године креиран је нормативни оквир примене овог транзиционог решења, при чему је извршење одлука из радних и породичних спорова остало у искључивој надлежности суда.¹³ Нови Закон о извршењу и обезбеђењу који ступа на снагу 1. јула 2016. године, значајно проширује надлежности (јавних) извршитеља, али ипак задржава у искључивој надлежности суда извршење заједничке продаје непокретности и покретних ствари, чињења, нечињења или трпљења и извршење извршних исправа у вези с породичним односима и враћањем запосленог на рад. Када је реч о извршењу свих осталих извршних исправа установљена је искључива надлежност јавних извршитеља, укључујући и извршење решења на основу веродостојних исправа, решења о усвајању предлога за противизвршење и решења о извршењу решења о изреченим судских пеналима.¹⁴

¹² Вид.: чл. 32. и чл. 33. Закона.

¹³ Вид.: Закон о извршењу и обезбеђењу, („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 99/2011 - др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 и 139/2014), чл. 3, ст. 2.

¹⁴ Вид.: Закон о извршењу и обезбеђењу, („Сл. гласник РС“, бр. 106/2015), чл. 4.

4. Основне карактеристике извршитељске делатности

Пре него што се упустимо у нормативно одређење извршитељске делатности, сматрамо корисним да укажемо на термилошке недоумице које, по правилу, прате већину прописа позитивног законодавства. Иако је термин „*приватни*“ *извршитељ* постао широко прихваћен од стране лаичке а делом и стручне јавности, сам закон из 2011. године, којим је нова професија угледала светло дана, користи искључиво термин *извршитељ*. На тај начин, неспретно је направљена разлика између *извршитеља* (новоуведене професије) и *судских извршитеља*, као службеног лица које је запослено у суду и које по налогу или упутству судије, непосредно предузима поједине радње извршења.¹⁵ У циљу акцентовања дистинкције између ове две категорије, али не уважавајући праксу широко одомаћене употребе појма *приватни извршитељ*, нови Закон о извршењу и обезбеђењу, који ступа на снагу 1. јула 2016. године, уводи појам *јавни извршитељ*. На тај начин су термини *извршитељ*, *приватни извршитељ* и *јавни извршитељ* промовисани као синоними, означавајући супстанцијално исту делатност. Чињеница да се за исту делатност везују два садржински потпуно супротстављена појма – приватно и јавно, не представља производ случајности, имајући у виду више него тесну испреплетеност јавних и приватних елемената када је реч о извршитељској делатности.

Законом из 2011. године, који ће се примењивати до 1. јула 2016. године, прецизирано је да је извршитељ физичко лице које именује министар надлежан за правосуђе да у статусу службеног лица спроводи извршење у границама решења о извршењу и да врши друга овлашћења која су му поверена тим законом.¹⁶ Дакле, у питању је службено лице које поверена јавна овлашћења врши као предузетник, односно члан ортачког друштва чији чланови могу бити искључиво извршитељи. За разлику од још увек актуелне регулативе, нови Закон о извршењу и обезбеђењу експлицитно не одређује преименовану институцију јавног извршитеља, док у погледу форме обављања делатности у потпуности задржава старо нормативно решење.

Уколико статус посленика извршитељске професије посматрамо из нормативног и организационог, односно институционалног аспекта, могли бисмо констатовати готово идентичан статусни идентитет са јавнобележничком професијом. Елементи јавног и приватног код ове две професије прожимају се на готово истоветан начин, за разлику од примера ради, адвокатске професије, где јавноправни значај професије остаје у сенци приватноправних компоненти обављања делатности. Јавни бележници, као и јавни извршитељи, именују се од стране министра надлежног за послове правосуђа, што подразумева одсуство

¹⁵ Вид.: Закон о извршењу и обезбеђењу, („Сл. гласник РС“, бр. 106/2015), чл. 11. ст. 1. тач. 7.

¹⁶ Вид.: Закон о извршењу и обезбеђењу, („Сл. гласник РС“, бр. 106/2015), чл. 11. ст. 1. тач. 8.

аутономности у односу на државу, својствену адвокатској делатности. Такође, битна разлика у компарацији са адвокатуром, јесте територијална омеђеност делатности коју врше јавни бележници и јавни извршитељи на одређеном службеном простору, као и нормирани механизми квантитативног лимитирања броја јавних бележника и извршитеља сразмерно броју становника на службеним подручјима.

5. Надлежност јавних извршитеља и услови за обављање делатности

Када је реч о обиму надлежности јавних извршитеља, посебно наглашавамо овлашћења за доношење решења о извршењу на основу веродостојне исправе ради намирења новчаног потраживања насталог из комуналних услуга и сродних делатности, затим предузимање радњи којима се непосредно спроводи извршење, доношење решења и закључака, прибављање података о извршном дужнику и др.

Гледано искључиво са нормативне стране, овлашћење извршитеља да одлучује о извршењу, односно да доноси решење о извршењу код потраживања по основу комуналних услуга, наишло је на очекиване критике стручне јавности. Наиме, део процесне теорије сматра овакво решење прилично контроверзним, будући да законодавац, без уставног овлашћења, поверава приватном извршитељу вршење судске функције – одлучивање о одређивању извршења за намирење потраживања по основу комуналних и сличних услуга, чиме се девалвира уставни принцип поделе власти по коме судска власт припада судовима.¹⁷ Како су тешкоће у наплативости испоручених комуналних услуга дуго уназад представљале кочиони фактор рационализације система комуналних служби, то се увођење јавних извршитеља у систем заштите интереса испоручилаца услуга, промовисао као својеврсна прекретница у решавању овог проблема. Остварење интереса испоручилаца комуналних услуга више није фундирана на њиховој способности наплате потраживања или довитљивости државе у апеловању на дужност плаћања комуналних услуга, већ на мотивисаности јавних извршитеља да, на подлози успешног окончања поступка извршења, наплате тарифирану накнаду за рад. Овакво решење заиста представља прекретницу када је реч о дужничко-поверилачким односима поводом испоруке комуналних услуга, па су активности јавних извршитеља у овој сфери у претходном периоду резултирале значајним помацима када је реч о обиму наплате дуговања од стране извршних поверилаца. Ипак, стручна али и лаичка јавност, од старта је била свесна чињенице да ће овако значајан помак по питању ефикасности, бити плаћен прилично високом ценом од стране лица над

¹⁷ Зороска-Камиловска, Т., *Реформе система извршења у државама региона-концептуалне сличности и разлике, контроверзе и дилеме*, Зборник: Хармонизација грађанских права у региону, 2013, стр. 463.

чијом имовином се спроводи извршење. Чинило се да ће драстична неравнотежа у којој су интереси дужника односили превагу над интересима поверилаца у периоду пре увођења извршитеља, бити само замењена другом, али не мање опасном неравнотежом у којој ће повериоци стећи неприкосновене и супериорне процесне позиције у односу на „обесправљене“ дужнике. О томе примарно сведочи чињеница више него штуре регулативе када је реч о правним лековима који у извршном поступку стоје на располагању извршном дужнику. По закону од 2011. године, реч је, *de jure*, о само једном правном леку – приговору, који извршни дужници могу користити под врло рестриктивним условима.¹⁸ Закон из 2015. године донекле је уважио оправдане критике на рачун ове артифицијелне процесне супериорности извршних поверилаца у односу на извршне дужнике дужнике, па је уведена и могућност да се решење о извршењу побија и жалбом, при чему су, у односу на претходну регулативу, екстензивније дефинисани разлози побијања.¹⁹

С обзиром на квантум надлежности које су јавним извршитељима поверене како актуелном тако и новом регулативом која нормира извршење, квалификациони услови за обављање делатности извршитеља морали би бити нормирани на приближно рестриктиван начин као и у погледу других делатности сличног друштвеног значаја (јавнобележничка делатност). Законодавац од 2011. г. ипак није следио такву логику, прописујући исувише либералне услове који морају испуњавати кандидати за извршитеље, омогућавајући, на тај начин, несметан замах новоустановљеној професији на уштрб квалитета у обављању делатности. Када је реч стручним квалификацијама и професионалном искуству кандидата за извршитеље, Законом из 2011. г. нормирани су следећи услови: завршен правни факултет, двогодишње искуство на пословима извршења, односно трогодишње искуство на правним пословима и положен испит за извршитеља. Очигледан пропуст законодавца да се као квалификаторни услов нормира положен правосудни испит, не сматрамо случајношћу, имајући у виду намере да се јавно извршитељска служба „стави у погон“ што хитније и са што већим бројем посленика, како се не би дуго чекало на резултате који се од ње очекују. И овај пропуст, као и многи други, отклоњен је законским решењем од 2015. г., где се, поред положеног правосудног испита, као обавезан услов пред кандидате за јавне извршитеље поставља и обука за послове извршења као и двогодишње искуство на правним пословима након положеног правосудног испита.²⁰ Да последице недовољне стручности и

¹⁸ Извршни дужник може изјавити приговор у врло кратком року од пет дана од достављања решења, при чему је дужан да у приговору изнесе све разлоге побијања као и да приложи све доказе на којима се приговор заснива, а у случају да то не учини губи право на накнадно подношење доказа. Вид.: Закон о извршењу и обезбеђењу, („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 99/2011 - др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 и 139/2014), чл. 47 и чл. 48.

¹⁹ Закон о извршењу и обезбеђењу („Сл. гласник РС“, бр. 106/2015), чл. 73 и чл. 74.

²⁰ Закон о извршењу и обезбеђењу („Сл. гласник РС“, бр. 106/2015), чл. 471.

професионалног искуства извршитеља који су ступили на дужност по старом Закону остану без јавноправног одговора, омогућено је махом због исувише благих правила о одговорности извршитеља, која су се чак и као таква ретко примењивала, како због поменуте потребе „уходавања“ новоустановљене професије, тако и због несналажења извршних дужника у процесним позицијама иновираног извршног поступка.

6. Закључак

Успешно окончање поступка извршења судских одлука представља финалну реч правде, у чијем одсуству сви други помаци у напорима за реформисањем правосудног апарата постају невидљиви и скоро па безначајни. Грађани и привредни субјекти који су суочени са потребом да у судским поступцима остварују своја права, рапидно губе поверење у правосудни систем у ситуацијама када судски поступци, мимо сваког здраворазумског упоришта, исувише дуго трају, а посебно када извршење „правоснажне правде“ изостаје или се неоправдано пролонгира.

Одсуство делотворних механизма релаксације правосудних органа и постојање очигледних аномалија када је реч о извршењу правосудних одлука, представља предмет континуиране критике коју представници и органи Европске уније исказују у својим годишњим извештајима о напретку наше земље у процесу интеграција. Оптерећеност судова великим бројем предмета, као и лош процедурални оквир извршног поступка, промовисали су се у стабилне елементе дерогације једног од основних начела извршног поступка, а то је начело ефикасности. Ова чињеница, резултирала је, између осталог, врло богатом праксом Европског суда за људска права у Стразбуру када је реч о поступању по представкама против Републике Србије због кршења чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Интензивне екстерне критике на рачун тромости правосудних органа, биле су пресудан окидач увођења радикалних новина које би требало да допринесу повећаној ефикасности, а кључна међу њима је увођење у правни живот делатности „приватних“ односно јавних извршитеља. Брзоплето „стављање у погон“ ове институционалне новине у неприлагођени амбијантални оквир правосудног система, резултирало је читавим низом проблема, који су нарочито погодили интересе извршних дужника. Исувише широка овлашћења јавних извршитеља, недовољно рестриктивни критеријуми у погледу стручности и професионалног искуства кандидата за извршитеље, одсуство делотворних правних лекова који би стајали на располагању извршним дужницима против одлука извршитеља, од старта су указивали на потребу драстичних измена иницијалног нормативног оквира из 2011. године. Новим Законом о извршењу и обезбеђењу, чија примена почиње 1. јула 2016. године, ублажена је већина ових недостатака, а стручна и шира јавност са посебним нестрпљењем очекују

практичне резултате ригорознијих правила о одговорности јавних извршитеља у обављању своје делатности.

*Milivoje Lapčević, Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac*

ACCOMPLISHMENTS AND CHARACTERISTICS OF ACTIVITY OF ENFORCEMENT AGENTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this paper we have tried to put in the focus of analysis some of the peculiarities of activities of private enforcement, which in R. Serbia represent a relatively new profession in the face of a number of challenges related to long-standing problems of the domestic judiciary. The need for the introduction of private enforcement agents in the domestic judicial system stems from the capital problem of slowness in the execution of court decisions. This problem has assumed such proportions that it is associated with other anomalies of the domestic judiciary, deeply shook the concepts of the rule of law, and therefore trust in the institution of the judiciary.

Although the legalization of private enforcement activities represents a significant contribution to the "acceleration of justice", there is a whole repertoar of normative gaps and ambiguities which, by their nature, following the initial stage of any new form in the institutional apparatus.

Key words: *enforcement agent, efficiency, responsibility, enforcement proceedings, judiciary.*

Литература

- Бодирога, Н., Извршитељ, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2011, стр. 193-220.
Бодирога, Н., Приговор у Закону о извршењу и обезбеђењу, *Правни живот*, бр. 11/2011, стр. 819-838.

Миливоје Лапчевић, Домети и карактеристике извршитељске делатности у Републици Србији (стр. 713-724)

- Европска комисија, *Извештај о напретку Србије за 2015. годину*, Брисел, 10.11.2015. године.
- Европска комисија, *Извештај о напретку Србије за 2013. годину*, Брисел, 16.10.2013. године.
- Зороска-Камиловска, Т., Реформе система извршења у државама региона-концептуалне сличности и разлике, контроверзе и дилеме, Зборник: *Хармонизација грађанских права у региону*, 2013, стр. 447-467.
- Закон о заштити права на суђење у разумном року, („Сл. Гласник РС“, бр. 40/15).
- Закон о извршењу и обезбеђењу („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 99/2011 - др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 и 139/2014).
- Закон о извршењу и обезбеђењу („Сл. гласник РС“, бр. 106/2015).
- Познић, Б., Ракић-Водинелић, В., *Грађанско процесно право*, Београд, 2010.
- Ujdelag, J., Ginzburg, S., Попов, К., Bengtson, В., Милошевић, М., Бодирога, Н., *Извештај о процени система извршења потраживања*, Београд, 2014.
- Ujdelag, J., Ginzburg, S., Попов, К., Bengtson, В., Милошевић, М., Бодирога, Н., *Свеобухватна анализа система извршења у Републици Србији*, Београд, 2014.
- Uzelac, A., „Privatization of enforcement services: A way forward for Croatia and the region“, у: *Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection*, Дубровник, саопштење, <http://www.iuc.hr/course-details.php?id=567>, 29. 05. 2009.

*МА Нина Максимовић, асистент,
Високе школе модерног бизниса из Београда*

УДК: 342.5(497.11)

352.07(497.11)

РЕФОРМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У СРБИЈИ КАО ПРЕДУСЛОВ ЗА ЕФИКАСНИЈЕ ПРУЖАЊА УСЛУГА ГРАЂАНИМА

Резиме

Локална самоуправа је динамичан систем који захтева стално нова решења, која ће бити у функцији развоја локалне заједнице и што квалитетнијег живота грађана на локалном нивоу. Придруживање ЕУ подразумева успешно окончање реформских процеса и у домену локалне самоуправе. Аутор рада анализира донет реформских решења чије је циљ био напреднији и квалитативнији корак напред, у развоју локалне самоуправе. Реформа треба да створи услове за што веће и непосредније учешће и одлучивање грађана у локалној самоуправи. На добитку реформом требају бити сви: грађанин, држава и локална заједница.

***Кључне речи:** локална самоуправа, реформа локалне самоуправе, закони о локалној самоуправи, Европска повеља о локалној самоуправи.*

1. О локалној самоуправи

Локална самоуправа је настала у времену стварања модерне државе, у периоду преласка од феудализма у капитализам. Први облици локалне самоуправе датирају са развојем средњовековних градова-комуна који су тај статус, односно статус слободних градова, добијали од краља или феудалца, путем разних повеља или других докумената. У XX веку локална самоуправа, постаје део јединственог система државне власти.¹

Локална самоуправа је део државног система, који редовно утиче на њу и њене функције, па се отуд може рећи да све док постоји држава није могуће замислити потпуну аутономију јединица локалне самоуправе. Али, ни локалну самоуправу није могуће замислити ако она не би уживала одређени степен независности, од државног утицаја на њу. У том је смислу, локална самоуправа

¹ Гавриловић, А., *Улога локалне самоуправе у остваривању система друштвене бриге о деци*, Београд, 1998, стр. 79-92.

независна установа од централних (државних) власти, као и облик ограничења тих власти. Због тога се каже да у земљама са установама локалне самоуправе, поред хоризонталне (водоравне) поделе власти на законодавну, извршну/управну и судску власт, постоји и вертикална (усправна) подела власти, јер се власт одлучивања и управљања јавним пословима дели између централног (државног) нивоа и једног или више нивоа локалне самоуправе.²

Локална самоуправа је сложен систем, јер има сопствене задатке, своје органе и службе, имовину и финансије, специфичне процесе одлучивања, прописе и извршни апарат. Локалне самоуправе основног (првог) степена које се простиру на већем подручју ће обично имати и структуру месне самоуправе (месне заједнице, квартави). На другој страни, локална самоуправа има и „спољну“ димензију, која је двострука. Прво, она има своје односе са ширим заједницама (аутономним заједницама вишег степена и државом). Друго, она је позвана и слободна да у извршавању низа задатака сарађује са другим јединицама локалне самоуправе у земљи и иностранству. Тако посматрана, локална самоуправа је на неки начин као слика „државе у малом“, јер се у управљању њеним пословима среће већи број проблема који прате управљање државом. Међутим, оно што локалну самоуправу одликује и разликује од државе јесте управо њена способност да у решавању локалних проблема испољи већу виталност, иницијативност и ефикасност од државе. То је због тога што она располаже детаљним познавањем природе локалних проблема, ближа је грађанима и њиховим интересима и омогућује њихову партиципацију у решавању сопствених проблема. Уосталом, у локалној заједници се непосредно извршава највећи број закона, пружају најважније услуге грађанима и остварују процеси политичке социјализације грађана, што јој све заједно даје обележја система који је не само сложен, већ и непосредан, животан и дневно значајан за њене чланове.³ Кроз њу се реализује један од најважнијих демократских принципа, принцип партиципације, по коме грађани имају право да учествују у вођењу јавних послова. Тај принцип може да се најнепосредније оствари управо на локалном нивоу власти, кроз установе локалне самоуправе. Стога је тачно када се каже да је локална самоуправа „тло на коме се доказује демократија“ и да без локалне самоуправе нема праве демократије, јер се суштина демократског уређења и концепција демократије утолико пре могу остваривати на нивоима власти који су ближи народу (демосу), него на централном нивоу као удаљењем од народа.⁴

Да би се могло говорити о локалној самоуправи у одређеној земљи, сматра се да је потребно да буду кумулативно испуњени следећи услови: утврђен круг јавних послова локалног карактера и које јединице локалне самоуправе имају право да, у оквиру законских ограничења, обављају на свом подручју без

² Милосављевић, Б., *Систем локалне самоуправе у Србији*, Београд, 2009, стр. 1-26.

³ Исто.

⁴ Исто.

уплитања државних органа, изузев њихове контроле у погледу уставности и законитости обављања тих послова; слободни избори локалних тела и функционера и њихова одговорност према бирачима, становницима локалне заједнице (а не и према централним политичким органима); правна независност јединица локалне самоуправе, која им је законом и уставом загарантована, с тим да уживају правну заштиту и да имају правни субјективитет (својство правног лица), укључујући њихово право на склапање правних послова и на сопствену имовину; - финансијска аутономије, посебни извори прихода за остваривање функција локалне самоуправе.⁵

Локална самоуправа је систем организације локалне власти (у чијем избору грађани непосредно учествују) и путем кога одлучују о општим и најважнијим политичким питањима те заједнице. Локална самоуправа је еманација слободе грађана и реализација је узбудљивог чина преношења суверенитета власти, који неotuђиво припада само грађанима, на њихове представнике који одлучују и пружају грађанима услуге.⁶

Локална самоуправа је право грађана да управљају јавним пословима од непосредног, заједничког и општег интереса за локално становништво, непосредно и преко слободно изабраних представника у јединицама локалне самоуправе, као и право и способност органа локалне самоуправе да, у границама закона, уређују послове и управљају јавним пословима који су у њиховој надлежности и од интереса за локално становништво.⁷

Основна и најбитнија претпоставка од суштинског значаја за аутентично аутономно остваривање локалне самоуправе јесте постојање и гарантовање људских права и слобода, као и постојање демократских друштвених односа. Треба истаћи да има мишљења да је локална самоуправа превазиђена и анахрона и да она, у ствари, практично не постоји, или уколико постоји представља сметњу процесу глобализације, интеграције, планирању економског и свеукупног развика земље; рационалној организацији управе, а нарочито оних јавних служби које могу ефикасно функционисати само по критеријумима техничких правила: Техничка база јавних служби не познаје и не признаје традиционално политичко-територијалне границе, противна је локалним и ситним мерилима и нема времена да чека, а још мање да прихвати расправљање о одлучивању у оквиру малих и традиционалних јединица и од стране некомпетентних и често незаинтересованих политичара који су аматери у погледу ефикасног решавања стварних проблема и захтева управљања виталним службама, органима и институцијама савременог друштва. Овде се може поставити и још једно круцијално питање, а то је колико политичке партије - странке подстичу или спутавају демократске процесе у локалним заједницама, јер питања из надлежности локалне власти власти као што су: уређење зелених

⁵ Исто.

⁶ Дамјановић, М., *Упоредна искуства локалних самоуправа*, Београд, 2002, стр. 89-104.

⁷ Чл. 2. Закон о локалној самоуправи, (Сл. гласник РС", бр. 129/2007 и 83/2014)

површина, централно грејање, питање чистоће, градски јавни превоз, уређење гробаља, спортских игралишта, тротоара и др. да ли треба да буду питања политичко-интересног и идеолошког карактера што је основа рада и деловања политичких партија.

2. Европски стандарди у области локалне самоуправе

Европски стандарди подразумевају одређену врсту критеријума које Европска Унија и континенталне међународне организације, попут Савета Европе, ОЕБС-а итд. успостављају у циљу демократизације и хармонизације националних правних и политичких система широм Европе. Међународне, одн. регионалне организације уводе најопштије стандарде, кроз повеље, конвенције и сл. док су стандарди Европске Уније другачији, јер кроз процес придруживања државе преузимају обавезу да усвоје велики број правних прописа и регулатива. Примена поменутих стандарда у случају транзиционих система, допринела је децентрализацији и демократизацији локалне политике и бољем разумевању потреба локалних заједница.⁸

Међутим, ако питање локалне самоуправе и локалног развоја у ЕУ померимо од транзиционих ка развијеним политичким системима, можемо уочити да ту постоје опречни ставови и дилеме. С једне стране, оптимисти су уверени да ће процес европских интеграција неизбежно водити фрагментацији и дифузији политичке моћи, са наглашенијом улогом регионалног и локалног нивоа. Песимисти и критички настројени теоретичари негирају ово гледиште, хипотезом да ће европске интеграције допринети централизацији држава чланица. Узрок се тражи у преносу државног суверенитета на комунитарни ниво, те ће државе тежити да тај губитак политичке моћи надоместе преузимањем одређених функција од регионалних и локалних структура.⁹

Када је реч о локалним институцијама и локалној самоуправи у ЕУ, модел управљања на више нивоа теоријски је разрадио Гери Маркс да би образложио структуралне и системске промене у ЕЗ, одн. ЕУ од 1988. године. Дотадашње теорије европских интеграција су у потпуности биле засноване на теоријама међународних односа, а значајна новост Марксове теорије је комбиновање модела унутрашње и спољне политике. Маркс је модел управљања на више нивоа дефинисао као „систем сталног преговарања између више нивоа власти у оквиру различитих територијалних јурисдикција.“ Ту је видљиво да овај концепт поседује и хоризонталну и вертикалну димензију, јер са једне стране обухвата нарастајућу међузависност институција на различитим територијалним нивоима,

⁸ Матић, П., Мирковић, А., *Локална самоуправа у контексту модернизације*, Политичка ревија вол. 3, Београд, 2011, стр. 75-88.

⁹ Peter, J., *Local Governance in Western Europe*, Sage Publications, у: Матић П., Мирковић А., *нав.чланак*, стр. 75-88.

док с друге стране истиче међузависност политичких институција и ванинституционалних актера.¹⁰

Уколико посматрамо еволуцију политичког система ЕУ, можемо уочити да су се истовремено развијали и задржали како формални, тако и неформални облици удруживања и сарадње на свим нивоима. Ни локална самоуправа се не може издвојити из те опште слике. Први облици удруживања јединица локалне самоуправе зарад промоције заједничких интереса и циљева на просторима Европе, јавили су се након XX светског рата и претходили су интеграцијама.

Мотив за формирање Савета европских општина (*Council of European Municipalities, CEM*, 1951.), била је послератна обнова ратом разорене Европе и активно укључивање локалних лидера у тај процес. Пошто је процес регионализације у Западној Европи, већ узимао замаха, тежило се и укључивању регионалних структура у организацију, што се и догодило 1981. године, па је назив промењен у Савет европских општина и региона (*Council of European Municipalities and Regions, CEMR*). Нешто касније, као конкурентске организације, јавиле су се Стална конференција локалних и регионалних власти Европе (*Standing Conference of Local and Regional Authorities of Europe*) и Међународна унија локалних власти (*International Union of Local Authorities*).

Питањима развоја и хармонизације локалне самоуправе нарочито се бави Савет Европе, који је 1985. Године, усвојио Европску Повељу о локалној самоуправи, конвенцију којим се утврђују најопштија начела и смернице за њену даљу модернизацију у европским државама. Након тога, уследио је низ докумената који на подробнији начин и у одређеним областима утврђују стандарде у циљу демократских реформи и активне грађанске партиципације у локалним заједницама. Савет Европе 2009. године, усвојио Допунски протокол уз Европску повељу о локалној самоуправи о праву на учешће у пословима локалних заједница. Протокол јасно и прецизно дефинише најбоље праксе укључивања грађана у процесе одлучивања и доношења одлука на локалном нивоу дајући тиме нову димензију Европској повељи о локалној самоуправи. Овај документ има исту правну природу као и Европска повеља о локалној самоуправи, тако да државе које ратификују овај протокол преузимају обавезу да обезбеде сваком лицу са пребивалиштем на њиховој територији право да учествује у пословима локалне заједнице и да законом предвиде мере којима се олакшава уживање тог права без икакве дискриминације. Најзначајнији и најопштији документи који формирају правни оквир учешћа грађана у Европи су између осталих и: Универзална декларација УН о људским правима; Европска повеља о учешћу младих у јавном животу на локалном и регионалном нивоу, Европска повеља о активном грађанству; Препоруке Комитета министара Савета Европе. У овом смислу може се дакле констатовати да учешће грађана у ЕУ има значајне правне и институционалне основе и да је као пракса постало једно од

¹⁰ Marks, G., et al, (2001), *Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield, у Матић П., Мировић А., нав.чланак, стр. 75-88.

темељних претпоставки функционисања савремених европских друштава, посебно на локалном нивоу.¹¹ Поред поменутих организација, постоји и читав низ тела и програма ЕУ који захватају подручје локалне самоуправе. Релевантан пример је програм подршке јачања управљачких капацитета у земљама у развоју (*Support for Improvement in Governance and Management, SIGMA*). Фонд је формиран с циљем унапређивања механизма контроле локалних институција, првенствено финансија.

Неопходно је истаћи и значај локалне самоуправе за коришћење предприсупних фондова ЕУ. Дobar егземплар је Инструмент за предприсупну помоћ (ИПА), који је оформљен 2007. године, као финансијска подршка реформама. У оквиру програма, преко којег се финансирају различити развојни пројекти, једна од кључних тачака је модернизација јавне управе и локалне самоуправе и њихово усклађивање са комунитарним правом (*acquis communautaire*).

3. Реформа локалне самоуправе

Најважнија карактеристика локалне самоуправе у Србији јесте величина градова и општина као јединица локалне самоуправе. Са 145 јединица локалне самоуправе на око 7,5 милиона становника, односно просеком од преко 50.000 становника по општини, јединице локалне самоуправе у Србији су међу највећима у Европи. Просечна јединица локалне самоуправе у Србији са око 610 квадратних километара површине такође спада међу највеће у Европи. Последице оваквог стања су вишеструке. Најпре, правило да је локална власт близу грађанима, у Србији – у којој готово половина становништва живи у јединицама локалне самоуправе са више од 100.000 становника – важи мање него у већини других земаља. То, наравно, утиче и на мању раширеност облика непосредне демократије на нивоу локалне самоуправе. Капацитети локалне самоуправе на вишем нивоу, него што је то случај у другим земљама сличног нивоа развијености, у којима су јединице локалне самоуправе знатно уситњеније.¹²

Та последица је резултат још једне важне карактеристике система локалне самоуправе у Србији која није директно везана за локалне, већ за регионалне власти – тачније за њихово одсуство. У Србији не постоје региони нити неки други ниво организовања јавних власти између локалне самоуправе и Републике. Административни окрузи представљају деконцентрисане облике републичких органа, који имају изузетно мало надлежности. Захваљујући одсуству регионалних власти, мноштво надлежности (од снабдевања водом и уклањања чврстог отпада до промовисања економског развоја и борбе против

¹¹ Брњас, З., Драшковић, Б., *Грађани и буџетски процеси на локалном нивоу*, Политичка ревија, Вол 42, бр. 4/2014, Београд, стр. 141-162.

¹² *Модели организације локалне самоуправе*, Београд, 2008, стр. 182-228.

незапослености), за које су у другим земљама задужени или неки међуопштински ентитети или виши нивои власти, у Србији врши готово искључиво свака јединица локална самоуправа за своју територију.¹³

Монотипност је следећа важна карактеристика система локалне самоуправе у Србији. Донедавно су надлежности и структура органа били једнаки и за општине и за градове, тако да није постојала битна разлика чак ни међу најмањим градовима и највећим општинама. Једна од последица тог начела била је ситуација да се при разматрању могућности за даљу децентрализацију у појединим областима по правилу полазило од питања да ли ће општине са најмањим капацитетима бити у стању да спроведу ту надлежност. Приликом разматрања питања даље реформе локалне самоуправе, неопходно је пажњу обратити на следеће области:¹⁴

3.1. Механизам поделе надлежности

У управљању јавним пословима потребно је јасније разграничење надлежности различитих нивоа власти и потпуна примена начела супсидијарности, према коме првенство у вршењу надлежности имају они органи који су ближи грађанима, осим када је неопходно да конкретну надлежност због обима и природе или због ефикасности и економичности њеног спровођења обавља виши ниво власти. Да би се ово начело спровело, треба прихватити и ратификовати одговарајуће делове Европске повеље о локалној самоуправи који за сада нису прихваћени и, ако је потребно, извршити измене Устава којима ће то бити омогућено. Упоредо са тим треба заокружити (законско) уређење области које су сада у надлежности локалних власти. Овлашћења локалне самоуправе у обављању послова из њеног изворног делокруга треба максимално проширити и уклонити сва евентуална законска ограничења која им се у томе намећу, осим оних која обезбеђују неопходан надзор од виших нивоа власти и јединство система у појединим областима или оних која проистичу из потребе за ефикасним спровођењем надлежности виших органа власти. Локалне власти треба да имају, колико год је могуће, пуну слободу да своје активности у областима за које су задужене прилагођавају локалним условима. Процес јасног разграничења надлежности и преношења овлашћења не значи умањивање значаја централне власти. Оптимално остваривање развојних задатака изискује транспарентну и смислену сарадњу и везе између различитих нивоа власти. За потребе доброг управљања, централна власт треба да дефинише основне критеријуме за пружање најважнијих јавних услуга и да даље развија квалитетан систем административног надзора путем

¹³ Исто.

¹⁴ Области реформе локалне самоуправе су преузете из Основне платформе за унапређење локалне самоуправе, Београд, 2011, стр. 10-50.

кога ће се старати да се прописи на територији целе државе адекватно спроводе и чија ће интервенција бити у сразмери са значајем интереса који се штити.

3.2. Међуопштинска сарадња (МОС)

Устав Републике Србије и различити прописи препознају међуопштинску сарадњу (МОС), али се чини да још увек недостаје потребна конкретизација тих начела. Један од кључних недостатака постојећег правног оквира јесте то што сваки од посебних прописа има другачији приступ МОСу. Зато у првом кораку у основним прописима треба конкретизовати модалитете МОСа и детаљније регулисати основе функционисања, управљања и финансирања МОСа, како би у различитим областима био успостављен основни систем и оквир за МОС. Институционални механизми (међуопштинске заједнице, заједнички органи и тела, јавна предузећа, установе и организације и друго) основани путем МОСа треба да имају правни статус и капацитет да самосталније обављају послове у име локалних власти које су део МОСа. Реформама у овој области посебно би требало омогућити да међуопштинска тела и органи, могу од ЈЛС које су део МОСа преузимати и у њихово име вршити њихове поједине надлежности. Такође, у случају интензивирања вишестепског приступа систему локалне самоуправе, требало би размотрити и могућност да међуопштинске заједнице у којима би више општина путем МОСа удруживало ресурсе, добију и поједина овлашћења која имају градови као виши типови јединице локалне самоуправе. Следећи корак у развоју МОС, јесте да држава још снажније у својим локалним и регионалним активностима да приоритет МОСу, посебним финансијским подстицајима за пројекте МОС и обезбеђивање иницијалних финансијских средстава за израду студија изводљивости такве сарадње и оснивање заједничких органа и тела, предузећа, установа и других организација као облика такве сарадње и за субвенционисање заједничких јавних предузећа или устано ва основаних путем МОСа. Активним стимулисањем удруживања локалних ресурса (посебно у области комуналних делатности, заштите животне средине или друштвених делатности), држава треба да подстакне ЈЛС да повећају ефикасност рада и штедњу и да делотворно учествују у регионал ном развоју.

Неопходно је интензивирати и институционализовати консултовање органа ЈЛС у поступку планирања и припремања прописа који су од интереса за њих и адекватно разматрати њихове ставове, предлоге и иницијативе. Републичким прописима треба дефинисати статус и овлашћења репрезентативног националног удружења градова и општина као представника локалних власти. Потпуно је јасно да је СКГО, као једино и потпуно репрезентативно удружење локалних власти, прави и неопходан партнер централних власти у овом процесу. Зато треба јасно уредити обавезу републичких органа да се консултују са СКГО о нацртима и предлозима прописа и јавних политика, који се делимично или у потпуности односе на локалну самоуправу. Осим у израду прописа и стратегија, представници локалних власти путем СКГО, као Савеза градова и општина треба

да буду укључени и у будући процес преговора о приступању Европској унији. Коначно, репрезентативно удружење локалних власти као послодаваца треба да буде партнер синдикатима и Влади Републике Србије у дефинисању и потписивању посебног колективног уговора за запослене у локалној самоуправи.

Неопходно је утврдити обавезујуће рокове за републичке органе за давање мишљења, сагласности и тумачења прописа и решавање сукоба надлежности. Треба континуирано унапређивати и комуникацију и сарадњу између локалних власти и републичких органа, посебно сарадњу градова и општина са органима, организацијама и привредним друштвима, која имају значајан утицај на рад локалне самоуправе и обављање њених функција. посебно је важно унапредити комуникацију и сарадњу у области тзв. друштвених делатности, јер рањивост корисника њихових услуга изискује континуирану комуникацију свих нивоа власти. Зато је преко потребно у министарствима која покривају пет кључних области друштвених делатности (просвета, здравство, социјална заштита, култура и омладина и спорт) образовати посебне организационе јединице које би се бавиле успостављањем и организовањем сарадње са ЈЛС у домену креирања и спровођења секторских политика у тим областима.

3.3. Укљученост грађана у локалне послове

Први корак у том правцу треба да буде даље унапређење правног оквира којим ће бити стимулисано ефикасније и делотворније учешће грађана у локалним јавним пословима. Полазећи од кључних начела Устава Републике Србије, неопходно је усвојити нови закон о референдуму и народној иницијативи и наставити унапређење осталих прописа, посебно статута и других локалних аката којима се уређује област непосредног учешћа грађана у различитим аспектима рада локалних органа.

Такође, посебно је важно наставити развој учешћа грађана у конкретним процесима одлучивања. Локалне власти, као њима најближе, морају посебно развијати партиципативну политичку културу којом се афирмише учешће грађана и унапређује њихова свест о потреби грађанског активизма у раду локалне самоуправе. Зато треба развијати механизме за консултовање са грађанима приликом доношења важних одлука, посебно буџета, планова и стратегија, као и за активну сарадњу локалних органа и организација грађанског друштва.

3.4. Изградња локалне управе отпорне на политичке притиске и корупцију

Нови правни оквир треба да успостави правни основ за запослене у општинској управи који подстиче професионализам применом јасних критеријума запошљавања и напредовања заснованог на учинку. Плате у локалној администрацији треба да буду конкурентне у поређењу са платама у

другим секторима, посебно у другим деловима јавног сектора, а ЈЛС треба да буду самосталне да путем система зарада стимулишу рад по учинку и награђују резултате постигнуте у раду.

Неопходно је усвојити и континуирано спроводити квалитетну националну стратегију и пратећи акциони план за обуку локалних службеника и успоставити одрживе институционалне, организационе и финансијске претпоставке тог усавршавања, заснованог на начелима слободног тржишта и самосталности локалних власти да одређују своје приоритете, као и на потребама достизања истог нивоа општег знања у свим локалним управама. Због контроле јавне потрошње, на локалном нивоу је неопходно спроводити политику оптимизације броја запослених у локалној управи.

3.5. Правне реформе које подстичу локални развој

Последњим изменама прописа, посебно Закона о јавноприватном партнерству и концесијама, стварају се услови за још озбиљније ангажовање ЈЛС у области локалног економског развоја. Такође, неопходно је размотрити пренос надлежности у области водопривреде са циљем већег укључивања локалне самоуправе у управљање овом области. Посебно је важно дефинисати значајнију улогу ЈЛС у управљању и праћењу експлоатације речних наноса и размотрити проширивање надлежности ЈЛС у издавању водних услова и сагласности, нарочито у случајевима када изградња објеката не угрожава животну средину и када је издавање грађевинске дозволе у надлежности локалних органа. Новим законом о задругама из 2015. Године, дефинисан је правни положај задруга и дат оквир за афирмацију задруга као тржишног субјекта и ангажовање локалних власти у овој области.

3.6. Реформа рада локалне власти

Да би ЈЛС суштински преузеле функцију покретача локалног економског развоја, потребна је даља изградња одговарајућег институционалног оквира за бављење економским развојем и ефикасно спровођење нових надлежности. Један од предуслова за адекватно обављање послова из делокруга локалног економског развоја јесте реорганизација организационих јединица. Оне треба да унапреде процес планирања тако да планови развоја буду засновани на јасним показатељима и везани за буџет, да би били добра основа за увођење програмског буџетирања. Веома је битно да градови и општине воде рачуна о међусобној усаглашености својих стратешких докумената (посебно у оквиру конкретних статистичких области - управних округа). Такође треба успоставити и систем управљања процесом примене, праћења и оцењивања стратешких планова који би омогућио да резултати буду у складу са локалним и националним циљевима. Зарад стратешког приступа развоју инфраструктуре, посебно комуналне, треба дефинисати јасне стратешке приоритете.

У самој изградњи инфраструктуре, ЈЛС се морају ослањати на различите изворе финансирања - сопствене, републичке и фондове ЕУ, дугорочна кредитна средства и издавање муниципалних обвезница, али све више и на финансирање путем ангажовања капитала кроз јавно-приватна партнерства.

Сви нивои власти треба да успоставе и употребљавају базе података о степену спремности општинских инфраструктурних пројеката заснованих на локалним стратегијама који доприносе спровођењу националних стратешких приоритета. На овај начин се обезбеђује непрестана подршка припреми пројектно-техничке документације за стратешки важне инфраструктурне пројекте на локалном нивоу, а уједно и повећање капацитете за искоришћавање развојних фондова. Држава мора пружати подршку улагањима, уз усмеравање и подстицање улагања у девастирана и неразвијена подручја.

3.7. Ефикасна примена новог правног оквира за комуналне делатности

Реформа у области комуналних делатности треба првенствено да иде у правцу пуне примене новог Закона о комуналним делатностима. Решење постојеће неодрживе ситуације у сфери цена комуналних услуга које нису основ за економску одрживост комуналних система, треба тражити у што скороријем напуштању политике административне контроле цена. Политика ограничавања цена треба да буде замењена политиком дефинисања у складу са начелом „корисник/загађивач плаћа”. Увођење методологије мора да прати и утврђивање показатеља пословања, стандарда и норматива утрошка енергије, материјала и других елемената који се могу признати у калкулацији. Корекција цена, међутим, мора бити постепена, а социјално угрожено становништво заштићено и субвенционисано.

Осим решавања питања цена комуналних услуга, у наредном периоду посебно је значајно подржати развој међуопштинских регионалних система, као могуће опције укрупњавања комуналних услуга према функционалном принципу. Ту се првенствено треба концентрисати на решавање актуелних комуналних проблема ЈЛС и на развој мера за унапређење обављања комуналних делатности.

3.8. Суштинско и стратешко реструктурисање јавних комуналних предузећа

Стратегија ове реформе треба да буде заснована на принципима – побољшања квалитета услуга уз постизање исплативости, ефикасности и конкурентности њиховог пословања. Да би овај процес био спроведен на одговарајући начин и да би се избегао ризик “лоше приватизације”, треба усвојити предлог стратегије реформе ЈКП и адекватно спроводити и

надзирати системске прописе (посебно Закон о комуналним делатностима и Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама) и успоставити делотворан дијалог са синдикатима и пословним удружењима. У складу са опредељењем свих важних чинилаца, посебно је важно усвојити квалитетан стратешки оквир за корпоратизацију и реструктурисање ЈКП, односно њихову евентуалну конверзију у привредна друштва. Таква конверзија би могла допринети дефинисању оснивачких и власничких права општина у капиталу ЈКП. Битно је да поједине комуналне делатности, као што су делатности водовода и отпадних вода ни у ком случају не буду поверене привредним субјектима који нису у већинском јавном власништву. Имајући у виду да су те делатности по својој суштини природни монополи и да се у случају поремећаја у снабдевању не може увести алтернативни оператер, изузетно је важно обезбедити заштиту јавног интереса у тим областима, што је могуће учинити само са предузећима која су у већинском јавном власништву.

Неопходно је дефинисати и применити систем показатеља ефикасности по делатностима, ради поставке реалних и упоредивих параметара за оцену садашњег стања и даљих потреба у раду и трансформацији ЈКП. Због стања комуналне инфраструктуре и ослабљеног економског положаја ЈКП, треба радити убрзано, плански и организовано на дефинисању потребних средстава за њихову обнову и изградњу уз поштовање стандарда ЕУ.

Такође, неопходно је рационалисати трошкове и смањити губитке (посебно на мрежама), унапредити ефикасност система наплате потраживања и рационализовати број запослених. Нужне су и организационе реформе у управљању комуналним предузећима (увођење боље систематизације и јасних радних процедура, квалитетније управљање људским ресурсима, увођење праксе стратешког планирања и израде планова пословања и инвестиција, увођење вишегодишњег планског буџетирања, увођење индикатора пословања и др.). За даље функционисање и трансформацију ЈКП такође је необично важно урадити попис, укњижење и реалну процену вредности имовине којом ЈКП располажу или је користе, јер у супротном то може бити препрека за кредиторе или може бити злоупотребљено приликом увођења приватног сектора у комуналне делатности.

Мора се унапредити систем контроле и деполитизације рада ЈКП. Стога локалне власти, у корист контроле рада ЈКП, са њима треба да закључују уговоре о услугама којима би били дефинисани квалитет и обим услуга и одговарајући систем њиховог праћења од локалних органа. Коначно, зарад деполитизације ЈКП, локалне власти треба обавезно и путем јавног конкурса да бирају стручњаке за управљачка места у ЈКП.

3.9. Партнерство унутар јавног сектора

Треба побољшати квалитет услуга и смањити регионалне диспаратете у области здравства. Градови и општине веома брзо треба да буду оспособљени да

одговоре изазовима растућих здравствених проблема становништва, који су повезани са животном средином, проблемом сиромаштва и проблемима рањивих и посебно угрожених и економски и социјално недовољно укључених група становништва. Зато ЈЛС морају унапредити своје капацитете да активно прате, анализирају и креирају ефикасну здравствену политику, која ће бити у складу са стратешким циљевима на републичком нивоу. Стога је неопходно свуда усвојити, у партиципативном процесу и у сарадњи са различитим актерима (институтима и заводима за јавно здравље, домовима здравља, установама социјалне заштите, школама, представницима профитног сектора и организацијама цивилног друштва), локалне стратегије јавног здравља. Стратегијом треба препознати и јасно дефинисати здравствене проблеме у локалној заједници, њихове узроке и последице и сагледати приоритете и дефинисати временске рокове за њихово решавање.

Свака ЈЛС треба да оснује и локални савет за јавно здравље са мешовитим саставом (представници локалних органа, домовна здравља, Завода за јавно здравље, удружења корисника услуга и др.). Тренутно само 50 ЈЛС има тело, које прати спровођење локалне стратегије јавног здравља и оцењује њене ефекте на здравље становништва, са нагласком на смањење неједнакости у коришћењу здравствених услуга. За развој локалног здравственог система потребна је, међутим, и додатна подршка са републичког нивоа.

3.10. Јачање капацитета локалних пружалаца услуга

Обезбеђивање минималних стандарда квалитета и доступности услуга на целокупној територији јесте једно од кључних начела социјалне политике и заштите. Међутим, буџетски ресурси, капацитети локалних установа, степен развијености социјалне политике на локалном нивоу или ниво развијености организација цивилног друштва као партнера за пуно обезбеђивање наведених начела, нису равномерни у целој Србији. Зато је неопходно обезбедити, у сарадњи са надлежним министарством, гаранције минималних стандарда услуга које су у надлежности локалне самоуправе. Да би нови програми и услуге социјалне заштите у градовима и општинама постали дугорочно финансијски и институционално одрживи, даље треба институционално и финансијски подржати локалне пројекте за развијање социјалне инклузије, уз развијање компетенција локалних пројектних тимова у областима управљања пројектима и метода обезбеђивања средстава за финансирање пројеката.

Веома је битно да локалне власти раде на развоју партнерстава, повећању нивоа сарадње са организацијама цивилног друштва и приватним сектором у пружању услуга социјалне заштите, као и на увезивању установа социјалне заштите са установама из других области (образовање, здравство, запошљавање, спорт, култура). Неопходно је успоставити и систем лиценцирања пружалаца услуга, плуралитет и транспарентност избора. Коначно, да би овај процес био унапређен и учињен ефикаснијим и делотворнијим, веома је важно подстицати

укључивање грађана, удружења корисника услуга и локалних медија у праћење спровођења локалних стратегија у области социјалне заштите.

4. Закључак

На основу горе наведеног, стиче се утисак, да је реформа локалне самоуправе имала успешнији ток и резултате од реформи у неким другим областима, али реформски процеси нису изведени до краја. Даљи развој локалне самоуправе јесте једно од најважнијих питања развоја у Србији. Постоји прека потреба да се она ојача и унапреди како би се са надлежностима и ресурсима управљало на оном нивоу власти који је најближи грађанима, јер то има велики значај за њихов свакодневни живот. Да би развој локалне самоуправе био ефикасан, постоје многа важна питања која треба унапређивати као што су: неопходност јасније поделе надлежности између различитих нивоа власти и пуне имплементације принципа супсидијарности; јачање вишетипског система локалне самоуправе; унапређење системских решења у вези са положајем градских општина и месних заједница; потребу снажније међуопштинске сарадње; неопходност даљег унапређења система финансирања и управних капацитета локалних власти за спровођење постојећих и нових послова локалне самоуправе; кључни значај унапређења сарадње и комуникације локалних власти и њиховог удружења са републичким властима; потреба веће подршке државе локалним властима, посебно неразвијеним општинама; редифинисање и проширење, али и адекватно спровођење надлежности у областима као што су локални економски развој, комуналне делатности, урбанизам и становање, друштвене делатности, заштита животне средине, комунална полиција, и др.

За даљи развој локалне самоуправе кључно је да постоје одговарајућа средства за финансирање постојећих и нових надлежности јединица локалне самоуправе (ЈЛС) како се не би довео у питање цео систем локалне самоуправе. Преношење овлашћења са виших на ниже инстанце и обављање нових послова које треба додатно финансирати из локалних јавних прихода, створиће потребу за већим издвајањима. Међу важним питањима која имају значајан утицај на даљи развој локалне самоуправе се издвајају првенствено превазилажење економске кризе и унапређење макроекономске ситуације, наставак европских интеграција и, коначно, неопходност решавања питања недоследности и неравномерности у територијалној организацији и развоју Републике Србије.

Постојеће јединице локалне самоуправе су често превелике за остварење свих могућности локалне демократије, а ипак нису довољно велике за планирање и спровођење планова субнационалног развоја. То не мора да значи да је тренутна подела на јединице локалне самоуправе превазиђена, али указује на снажну потребу разматрања могућности да се постојећи систем надогради тако што ће месне заједнице добити веће улоге и тако што ће бити установљене неке врсте регионалних развојних капацитета. Посебно ће бити значајно уређење положаја градских општина на начин који ће унапредити и демократичност и

ефикасност градова. Значајно повећање броја јединица локалне самоуправе са статусом града отвара могућност преношења нових надлежности, и то најпре градовима, а затим и општинама. Велики потенцијал у наредном периоду има и трансформација јавних комуналних предузећа и увођење иновативнијих облика пружања услуга, укључујући и јавно-приватна партнерства.

Област управе треба значајно модернизовати да би се олакшало смањење броја запослених, али и да би се повећала флексибилност у награђивању запослених која треба да омогући привлачење и задржавање квалитетног кадра. И на крају, неопходно је смањити контролу политичких странака на готово сваки аспект локалне самоуправе, запошљавање партијских чланова и са партијом повезаних лица, у органима управе, установама и јавним предузећима, обезбеђивање послова повезаним фирмама, привилеговање и протежирање приликом доделе субвенција појединцима, организацијама и привреди, злоупотреба овлашћења у вези са издавањем дозвола и инспекцијским пословима само су неки од примера. Деполитизација на нову локалне самоуправе мора бити подржана покретањем истог процеса на нивоу државе.

*Nina Maksimović, M.Sc., Asisstant
Modern Business School Belgrade*

THE REFORM OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN SERBIA AS A PREREQUISITE FOR THE EFFICIENT PROVISION OF SERVICES TO CITIZENS

Summary

Local self-government is a dynamic system that requires constant new solutions, to serve the development of the local community and better life of citizens at local level. Joining the EU means the successful completion of the reform process and in the domain of local governments. The author analyzes the range of reform solutions whose aim was more advanced and more qualitative step forward in the development of local self-government. The reform should create the conditions for bigger direct participation of citizens in decision-making at local government level. Benefit from reform should be for all: the citizen, the State and local communities.

Key words: *local government, local government reform, EU, laws on local self-government, the European Charter of Local Self-Government.*

Литература

- Брдаревић, Љ., Пружање и унапређење јавних услуга у граду. Зборник: Београд: демократска метропола. Београд, 2009.
- Брњас, З., Драшковић Б., Грађани и буџетски процеси на локалном нивоу, Политичка ревија, Вол 42, 4/2014, Београд.
- Гавриловић А., Улога локалне самоуправе у остваривању система друштвене бриге о деци, Београд, 1998.
- Гећ, А., Ракић, В., Рихтер, К., Фракасини, Е., Функционална анализа у 15 јединица локалне самоуправе, МСП ИПА 2007 – Програм подршке општинама, www.msp-ipa2007.org, 2015.
- Дамјановић, М., Упоредна искуства локалних самоуправа, Београд, 2002.
- Ђорђевић, С., Ренесанса локалне власти: упоредни модели. Београд, 2003.
- Јовичић, М., Регионална држава: уставноправна студија. Београд, 1996.
- Јовичић, М., Структура и територијална основа локалне самоуправе у европским земљама, Београд, 1974.
- Касаповић, М., Изборни лексикон. Загреб, 2003.
- Максимовић, А., Локална самоуправа у вертикалној организацији власти, Правно политички погледи, 2013.
- Марковић, Р., Уставно право и политичке институције, Београд, 1997.
- Marks, G., *et al.*, Governance and European Integration, Rowman & Littlefield, 2011.
- Матић, П., Мирковић, А., Локална самоуправа у контексту модернизације, Политичка ревија вол 3, Београд, 2011.
- Милосављевић, Б., Систем локалне самоуправе у Србији, друго издање. Београд, 2009.
- Milosavljevic, B., *et al.*, Citizen Participation at the Local Level: analysis of the legal framework and policies in Serbia and other European countries: research of the current situation. Belgrade: Standing Conference of Towns and Municipalities, 2006.
- Милосављевић, Б., Систем локалне самоуправе у Србији, Београд, 2009.
- Милосављевић, Б., Реформа локалне самоуправе у Србији. ХКЈУ – ЦЦПА, год. 12. бр. 3/2012.
- Милосављевић, Б., Јеринић, Ј., Анализа надлежности јединица локалне самоуправе у Србији. МСП ИПА 2007 – Програм подршке општинама, www.msp-ipa2007.org
- Милосављевић, Б., Влатковић, М., Аналитички преглед законодавства о управном и финансијском надзору локалне самоуправе у Србији. Програм за јачање локалне самоуправе у Србији (заједнички програм Европске комисије и Савета Европе), 2010.
- Модели организације локалне самоуправе, Београд, 2008.
- Основне платформе за унапређење локалне самоуправе, Стална конференција градова и општина, Београд, 2011.
- Павловић, В., Орловић, С., (ур.), Београд: демократска метропола. Београд.
- Peter, J., Local Governance in Western Europe, Sage Publications, 2002.
- Радојевић, М., Нови правни оквир локалне самоуправе у Србији. Политичка ревија, Бр. 2/2008. Словенија, Хрватска, Босна и Херцеговина, Македонија и Србија, Београд, 2008.
- Влатковић, М., Право локалне самоуправе. Бања Лука, 2008.
- Влатковић, М., Ђокић, Б., Коментар Закона о локалној самоуправи. Београд, 2009.
- Злокапа, З., Дамјановић, Д., Модели организације локалне самоуправе, 2007.

Правни извори

Европска повеља о локалној самоуправи (1985), Закон о потврђивању европске повеље о локалној самоуправи ("Сл. гласник РС - Међународни уговори ", бр. 70/2007)

Национална стратегија социјалног становања, (Службени гласник РС, бр. 13/2012)

Стратегија реформе државне управе у Републици Србији (2004)

Устав Републике Србије (2006)

Закон о финансирању локалне самоуправе – „Сл. гласник РС", бр. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013 - усклађени дин. изн. и 125/2014 - усклађени дин. изн.

Закон о главном граду „Сл. гласник РС", бр. 129/2007 и 83/2014 - др. закон

Закон о јавној својини, Сл. г. 72/11

Закон о локалним изборима, Сл. гласник РС", бр. 129/2007, 34/2010 - одлука УС и 54/2011)

Закон о локалној самоуправи, Сл. гласник РС, бр. 129/2007 и 83/2014

Закон о територијалној организацији Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 129/2007

ОБРАЗОВАЊЕ

*Др Дејан Матић, доцент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 378.014.543

ОПРАВДАНОСТ ЈАВНОГ ФИНАСИРАЊА КОРИСНИКА УСЛУГА НА ПРИВАТНИМ ВИСОКОШКОЛСКИМ УСТАНОВАМА *

Резиме

У раду се разматрају актуелни предлози о могућностима промене извора финансирања корисника услуга у високом образовању. Усвајање предлога нових законских решења која би омогућила да се из јавних средстава финансира студирање и на приватним високошколским установама изнетих од стране представника приватних универзитета, оставило би значајне и трајне последице на наше високо образовање. Како је високо образовање област од огромног друштвеног значаја, неопходно је овим предлозима поклонити дужну пажњу коју они свакако заслужују. Управо из тих разлога овај рад и посвећен њиховом подвргавању критичкој анализи, као и анализи последица до којих би њихово евентуално усвајање и примена сасвим сигурно довели.

Кључне речи: *високо образовање, приватни факултети, државни факултети, јавне услуге, државно финансирање, комерцијалне услуге.*

Скорашњи догађаји у услужној делатности у области високог образовања у нас чини се да сасвим јасно указују на ни мало једноставну будућност овог више него значајног сектора. Изгледа да су све наде о мирној пловидби српског високог образовања под једром будућег, новог закона, који ће на темељнијим и бољим основама регулисати ову област, у великој мери повукле пред налетом јаких, а понекад и олујних ветрова нашег актуелног друштвеног тренутка, који као да све више указују на константну буру, а све мање мирно море у времену пред нама. Мноштво нових иницијатива и непознатих изазова који се појављују, без икакве сумње, представљају питања која се ни на који начин и ни под којим условима напросто не могу игнорисати. Наиме, у средствима јавног информисања се могло сазнати да је крајем марта месеца текуће године, дошло

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

до сусрета актуелног министра просвете са ректорима приватних универзитета.¹ На овом састанку је изнет низ, у најмању руку, врло занимљивих предлога потенцијалних будућих законских решења појединих, више него значајних питања у области услужне делатности у области високог образовања. Од посебног интереса су, како се бар чини, предлози знатно измењеног начина финансирања корисника услуга у високом образовању. Евентуално усвајање и потоња имплементација предложених решења, оставило би значајне последице на наше високо образовање и то у таквој мери, да би било неопходно редефинисати суштинску природу услужне делатности у овој области код нас. Имајући то у виду, неопходно је овим предлозима поклонити дужну пажњу коју они свакако заслужују, те је управо из тих разлога овај рад и посвећен њиховом подвргавању критичкој анализи, као и анализи последица до којих би њихово евентуално усвајање и примена сасвим сигурно довела.

Неопходно је, а пре самог разматрања датих предлога, кратко се осврнути на природу услужне делатности у области високог образовања према постојећој позитивно-правној регулативи код нас, како би се могло указати на драстичне промене до којих би неизбежно, по природи ствари, дошло укључивањем предлога приватних вршиоца услуга у овом сектору, у нови закон о високом образовању. Већ је раније указивано² да услужна делатност у сектору високог образовања има понешто другачији карактер него што је то случај са основним и средњим образовањем, где је јавни карактер у највећој мери несумњив. Наиме, високо образовање по свом карактеру има дуалистичку природу, будући да је истовремено и јавна, али и комерцијална услужна делатност. Другим речима, високо образовање не припада у потпуности ни јавним услугама, али ни чисто комерцијалним делатностима. У прву групу га није могуће укључити услед значајног броја високошколских установа које услугу у области образовања обављају попут било које комерцијалне услужне делатности, са јасним и недвосмисленим циљем остваривања и максимизације профита. Са друге је пак стране концепт јавног високог образовања, односно, високог образовања које своју делатност види као пружање јавне услужне делатности и даље прилично јак у великом броју земаља, те се стога не може сасвим оправдано говорити ни о потпуној комерцијализацији ове услужне делатности.³ Ма колико се знатан део стручне јавности, а ту свакако спада и аутор ових редова, залагао за јачање јавног карактера услуга у области високог образовања, те последично смањење или нестајање комерцијалне компоненте њене природе, треба признати да услужна

¹ Видети више о овоме на сајту Вечерњих новости:

<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:597749-I-privatni-fakulteti-traze-budzet>, приступљено 29. 03. 2016.

² Видети више о овоме у Матић, Д., *Високо образовање: између јавне услуге и комерцијалне услужне делатности*, УЗборник: XXI век – век услуга и Услужног права, Крагујевац, 2011, стр. 845-860.

³ Исто.

делатност у овој области ни у неким ранијим временима напросто није имала у потпуности несумњив карактер јавне услуге. Наравно, о значајној општедруштвеној потреби постојања снажног јавног карактера услуга у високом образовању, те о опасностима које би потпуна комерцијализација и либерализација у услужној делатности у овој области несумњиво изазвала, овом приликом не треба много говорити, будући да је о томе знатно више раније већ расправљано.⁴

Након свега изреченог, могуће је детаљније се позабавити изнетим предлозима о потенцијалним новим законским решењима од стране приватних вршиоца услужне делатности у области високог образовања. Наравно, неопходно је на самом почетку указати да су сазнања о овим предлозима несумњиво посредне природе, будући да се заснивају искључиво на ономе што је о састанку актуелног министра просвете са представницима приватних универзитета и предлозима изнетим том приликом објављено у средствима јавног информисања. Колико је аутору ових редова познато, ранији заједнички став приватних високошколских установа о питањима разматраним на састанку са министром просвете, у форми писаног акта не постоји, односно, у најмању руку није објављен и јавно доступан, нити пак постоји званично заједничко саопштење са датог састанка. Ово свакако, односно, бар у извесној мери, релативизује ову критичку анализу, будући да се заснива на, у извесној мери, посредним изворима. Но, како представници приватних високошколских установа нису ни који начин демантовали ставове о овим питањима које су пренела средства јавног информисања, они се могу, а и морају сматрати аутентичним и ваљано пренетим. Имајући то у виду, неопходно је приступити анализи предлога о промени начина финансирања корисника услуга у области високог образовања код нас. Наиме, на састанку у питању, ректори приватних универзитета су предложили да држава престане са финансирањем државних високошколских установа, те, уместо тога почне да финансира најбоље студенте. Овако финансирани студенти би потом имали право да бирају да ли ће своје студирање, финансирано из јавних извора, наставити на државним или приватним високошколским установама. Поред тога, предложено је и да студенти оних високошколских установа које се финансирају из приватних извора добију право исхране у мензама намењеним студентима који студирају на државним универзитетима, као и то да се промени постојећи начин акредитације, путем формирања агенције за акредитацију која би имала својеврсни рок од 12 месеци да доврши верификацију студијских програма.⁵ Остављајући, овом

⁴ Видети више о овоме у Матић, Д., *Приватизација и либерализација услужне делатности у високом образовању*, Зборник: радова XXI век – век услуга и Услужног права, Књига 3, Крагујевац, 2012, стр. 407-416.

⁵ Видети више о овоме на сајту Вечерњих новости: <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:597749-I-privatni-fakulteti-traze-budzet>, приступљено 29. 03. 2016.

приликом бар, по страни разматрање питања исхране у мензама, као и предложено формирање агенције за акредитацију, будући да она, сасвим очигледно, имају сасвим споредан значај, као кључно питање, питање које само по себи указује на суштинске разлике јавних и приватних вршиоца услужне делатности у високом образовању код нас, намеће се став о потреби јавног финансирања најбољих студената, без обзира у којој установи, јавној или приватној, користе услуге. Будући да је већ раније говорено о недостатку непосредног извора, на основу кога би се несумњиво могло утврдити како заправо прецизно гласе ставови представника приватних универзитета, мора се, да би се уопште приступило анализи, претпоставити да су средства јавног информисања ваљано пренела јасно артикулисане ставове који су изнети овом приликом. Но, таква претпоставка нимало не ласка онима који заговарају овакав приступ, будући да он, уколико је тачно пренет, напосто нема никаквог логичног смисла. Тешко је поверовати да су се представници приватних вршиоца услуга у високом образовању заложили за укидање државних универзитета на састанку са министром просвете, будући да њихов предлог, уколико заиста овако гласи, заправо то значи. Предлагати оснивачу јавне високошколске установе, дакле, држави, да престане да финансира ту исту установу коју је и основала, не значи ништа друго до предлагати њено укидање. Самим тим, други део њиховог предлога који се односи на то да јавно финансирани најбољи студенти могу да бирају јавну или приватну високошколску установу у којој би наставили студије, постаје бесмислен, будући да избора не би ни могло да буде, јер високошколских установа финансираних из јавних извора не би ни било, односно, оне не би, по природи ствари, ни могле да постоје. Еквивалент оваквом предлогу би био предлог јавних вршиоца услужне делатности у области образовања носиоцима државне власти да у нову законску регулативу у овој области укључе решења којима се предвиђа забрана власницима приватних високошколских установа да финансирају сопствене установе које су основали. Разуме се, наравно, да овакав предлог нити постоји, нити пак може постојати, те да је дати став изнет само као хипотетички пример, а све ради илустрације суштинске и потпуне неоснованости предложених решења које су понудили представници приватних универзитета. Истини за вољу, сасвим је логично, а у великој мери и оправдано претпоставити да предложена решења у питању ипак нису тако немушто формулисана од стране њихових предлагача, већ да се, ипак, највероватније ради о понешто непрецизном и несретном преношењу датих ставова од стране средстава јавног информисања. Ипак је мало вероватно да би било који представник високошколских установа могао изнети предлог који је у тој и таквој мери неоснован. Кудикамо вероватнијим би се чинио предлог држави да престане да финансира искључиво кориснике услуга у области високог образовања (а не вршиоце истих) на високошколским установама које се финансирају из јавних извора, те да уместо тога почне да финансира оне студенте који су остварили најбоље резултате током студирања, без обзира на власничку структуру високошколске установе на којој су студирали. Такође, такви, условно

названи буџетски студенти, би могли мењати вршиоце услуга, а да притом овакав статус не изгубе. Чини се, аутору ових редова бар, да овако формулисан став, након понешто мучног тумачења, заправо на најбољи начин изражава суштину предложених нових законских решења од стране ректора приватних универзитета изнетих на састанку са министром просвете. Но, иако знатно јаснији, а сада и логички могући, ни овако формулисани предлози и даље нису у већој мери ласкавији по своје творце него што је то била њихова ранија, поприлично бесмислена верзија. Наиме, укључивање овако формулисаних решења у нову позитивно-правну регулативу у области услужне делатности у сектору високог образовања нужно води до промене дуалистичког карактера ове услужне делатности и до њене потпуне и неповратне комерцијализације. Ово се свакако неће догодити преко ноћи и одједном, али је извесност управо овакве последице сасвим сигурна. Наиме, већ је раније указивано суштински неједнак положај корисника услуга у високом образовању условљен избором високошколске установе.⁶ Без жеље за поновним, детаљним разматрањем дате проблематике, овом приликом ваља подсетити на то да студирање на приватним високошколским установама углавном траје знатно краће него на еквивалентним високошколским установама које се финансирају из јавних извора и, по природи ствари, бива окончано са знатно већом просечном оценом, што за несрећну последицу има стављање оних студената који високо образовање стичу у државним високошколским установама у неравноправан положај на тржишту рада, будући да им треба више времена да стекну високо стручно образовање, најчешће са мањом просечном оценом у односу на студенте који су студирали на приватним факултетима, услед чега, последично, знатно теже долазе до посла.⁷ Такође, ваља се и подсетити да наша позитивно-правна регулатива предвиђа широку доступност високог образовања при чему, на пример, приступ услужној делатности у овој области има, сходно Уставу Републике Србије, општи карактер, заснован на једнаким условима за све. Мада високо образовање нема бесплатан карактер, овај акт утврђује обавезу државе да, а у складу са законом, омогући бесплатно високо образовање даровитим, успешним ученицима слабијег материјалног стања.⁸ Свакако да би се могло заговарати и схватање да се јавним финансирањем свих студената, без обзира на то да ли студирају у високошколским установама финансираним из јавних или приватних извора, овакво опредељење нашег законодавца, у најмању руку, може само оснажити, но, чини се да постојећа пракса у услужној делатности у овој области не пружа

⁶ Више о овоме у Матић, Д., *Оправданост државног интервенционизма у услужној делатности у области образовања*. Зборник: XXI век - век услуга и Услужног права, Књига 5, Крагујевац, 2014, стр. 345-354.

⁷ Исто.

⁸ Видети више о овоме у Матић, Д., *Високо образовање: између јавне услуге и комерцијалне услужне делатности*, Зборник: XXI век – век услуга и Услужног права, Крагујевац, 2011, стр. 845-860.

превише охрабрења за такво становиште. Готово по правилу, услуге које пружају високошколске установе финансиране приватним средствима, коштају знатно више од еквивалентних услуга које се могу добити код државних високошколских установа. Тврдње изнете на састанку министра просвете са ректорима приватних универзитета о дупло већој цени коштања услуга државних високошколских установама у поређењу са услугама приватних факултета, у најмању руку изазивају сумњу, а ово нарочито уколико се приступи најпростијем упоређивању цена школарина на еквивалентним државним и приватним факултетима. Поред тога, а управо имајући у виду цену коштања услуга, треба напоменути да, по правилу, приватне високошколске установе бирају потенцијални корисници бољег материјалног стања, те је стога мало вероватно да потенцијални студенти слабијег материјалног стања уопште узимају у обзир студирање на овим установама или пак да већ уписаним студентима заиста затреба финансирање њиховог студирања из јавних, односно, државних извора. Свакако, најосновнија економска логика несумњиво указује да је бесплатан ручак (а у овом случају студирање), без икакве сумње економски исплативији од оног који мораш да платиш, те је сасвим несумњиво да студенти који плаћају школарине на приватним факултетима сигурно не би имали ништа против да држава почне да плаћа њихово стицање високог образовања. Но, мора се имати у виду да поента јавног финансирања стицања високог образовања није у томе да се, готово по правилу, најбогатији слојеви друштва ослободе трошкова и тиме учине још богатијима и то о трошку целокупног друштва, већ да се омогући што шири приступ потенцијалним корисницима услугама у овој области, без обзира на њихово материјално стање, односно могућност, а нарочито у случају одсуства те могућности, да себи куповином прибаве одговарајуће услуге. Усвајање оваквог предлога имало би за последицу додатно погоршавање већ сада лошег компаративног положаја студената на државним високошколским установама и довело до све већег пораста тражње за услугама које нуде високошколске установе са приватном власничком структуром. Овакав тренд је уосталом све израженији и у актуелном друштвеном тренутку и постојећим законским оквирима, но, не може бити било какве сумње да би га промена околности у предложеном правцу свакако убрзала и довела до неизбежног потпуног нестанка јавних високошколских установа. Тиме би услужна делатност у овој области изгубила своју тако важну јавну компоненту и постала комерцијална делатност, попут сваке друге услужне делатности. Свеопшта приватизација услуга у сектору високог образовања неизбежно води потпуној комерцијализацији високог образовања у целини и његовом свођењу на пуки економски фактор, попут свих осталих, те последично доводи до потенцијалног угрожавања академских слобода и аутономије високообразовних установа и представља потпуну негацију самог високог образовања као суштински важног и незаменљивог средства општедруштвеног развоја и напретка.

Након свега до сада реченог може се савим оправдано закључити да су предлози изнети од стране представника високошколских установа чија је

власничка структура приватног карактера, готово у потпуности неадекватни и неоправдани. Оно на шта анализа њихових ставова указује јесте постојање, додуше не изричите, али сасвим јасно исказане жеље за укидањем конкуренције у виду вршиоца услужне делатности у области образовања који се финасирају из јавних извора. Оно што посебно чуди је то да такве захтеве исказују управо они који би по природи ствари нужно морали тежити што сигурнијој егзистенцији конкуренције и фер тржишне утакмице. Но, уколико ово оставимо по страни, сасвим је јасно да елиминисање конкуренције, без обзира на то да ли је власничка структура вршиоца услуга јавног или приватног карактера не може бити начин којим би се оснажила ни приватна, али ни јавна компонента ове делатности. Ово је управо директна последица саме дуалистичке природе услужне делатности у области високог образовања, те сваки покушај нарушавања њеног оваквог карактера нужно води њеној трансформацији у нешто што ова изузетно друштвено важна област није, нити пак може и сме да буде. Будућа решења морају бити усмерена у правцу уједначавања критеријума и стандарда, односно, подизања квалитета студијских програма свих вршиоца услуга у области високог образовања, без обзира на то да ли је реч о јавним или приватним субјектима који обављају услужну делатност у овом сектору, а не у смеру отвореног или прикривеног залагања за укидањем конкуренције. Управо из тих разлога, предлог о јавном финасирању корисника услуга на приватним високошколским установама ни на који начин не може да представља могући пожељан пут којим би наше високо образовање у будућем периоду требало да крене, већ представља опасну странпутицу, односно, пут са кога, ако се њиме крене, напосто нема повратка.

*Dejan Matić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

JUSTIFIABILITY OF PUBLIC FUNDING OF SERVICE USERS IN PRIVATE HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS

Summary

This paper discusses the current proposals on the possibilities of changing the sources of financing of service users in higher education. Adoption of proposals for new legislation that would allow that studying at the private higher education institutions could be financed from the public funds, set forth by the representatives of private universities, would leave a significant and lasting impact on our higher education. As higher education is an area of

enormous social importance, it is essential that these proposals get due attention that they certainly deserve. For these reasons this paper is committed to subjecting them to critical analysis as well as analysis of the result, which their eventual adoption and implementation could certainly bring.

Key words: *higher education, private colleges, state colleges, public services, state financing, commercial services*

Литература

- Матић, Д., Високо образовање: између јавне услуге и комерцијалне услужне делатности, у зборнику радова XXI век – век услуга и служног права, Крагујевац, 2011.
- Матић, Д., Оправданост државног интервенционизма у услужној делатности у области образовања. у зборнику радова XXI век - век услуга и услужног права, Књига 5, Крагујевац, 2014.
- Матић, Д., Приватизација и либерализација услужне делатности у високом образовању, у зборнику радова XXI век – век услуга и услужног права, Књига 3, Крагујевац, 2012.

Јелена Јанковић, докторанд
Правног факултета Универзитета у Нишу

УДК: 331.5:371.4

ИНТЕГРАЦИЈА ОБРАЗОВАЊА И РАДА СА АСПЕКТА РЕФОРМЕ СИСТЕМА ОСИГУРАЊА ЗА СЛУЧАЈ НЕЗАПОСЛЕНОСТИ

Резиме

Формирање новог модела заштите од незапослености базира се на заједничким напорима већег броја субјеката у правцу стварања одговарајућег нормативног оквира за функционисање новог менаџмента који обезбеђује интеграцију образовања и рада. Свакако треба подвући да су резултати сваког покушаја реформе система осигурања за случај незапослености ограничени на плану проналажења ефикасног лека против ове негативне друштвене појаве. Међутим, треба указати на нека од могућих решења која би креаторима политике запошљавања и заштите од незапослености омогућила повлачење одговарајућег реформског потеза чија би реализација имала, бар минималну, практичну вредност на плану смањења стопе незапослености. Заступајући став да ефикасност заштите од незапослености, у одређеној мери, зависи од усклађености квалификација незапослених лица са потребама тржишта рада, аутор усмерава истраживање у правцу проверавања претпоставке о постојању узрочно последичне везе између образовања и запошљавања. Следствено томе, овај рад представља покушај дизајнирања сета услужних правила, који би служио као платформа за пружање услуга образовања и обуке, као права из осигурања за случај незапослености, које припада свим незапосленим лицима независно од тога да ли су корисници права на новчану накнаду.

Кључне речи: образовање, рад, услуге, услужна правила, осигурање за случај незапослености.

1. Уводна разматрања

Насупрот преовлађујућем ставу да незапосленост представља краткорочно стање у животу појединца, у реалним практичним околностима незапосленост се манифестује као супротност својој дефиницији. Емпиријски докази сведоче да овај, без сваке сумње, озбиљан друштвени проблем, карактерише масовност и тенденција да што дуже траје.

Осим тога, не сме се потценити чињеница да је овај проблем био имун на примену бројних мера политике заштите од незапослености. Овакав инфериорни положај система заштите од незапослености отвара питање његове ефикасности.

Недостатак и неусклађеност вештина са потребама послодаваца условљава да креатори политике широм света треба да буду припремљени за промене у захтевима тржишта рада како би се обезбедила одговарајућа заштита како за незапослена лица, тако и раднике.

Усмеравајући истраживање у правцу проверавања претпоставке о постојању узрочно последичне везе између образовања и запошљавања, испитиван је институт учења заснованог на раду, који је од стране релевантних међународних субјеката одређен као основ будућности рада.

С тим у вези, циљ овог рада је да испитујући потенцијални утицај образовања и обуке на плану повећања запошљивости незапослених лица и смањења стопе незапослености, предложи нека од могућих правила изградње платформе за пружање услуга образовања и обуке. На тај начин, сет услужних правила на којима се базира координација образовања и рада, може, у одређеној мери, допринети ефикаснијој заштити од незапослености.

Како се развијени системи реформе не задржавају на опису и корекцији затеченог стања, већ теже унапређењу система и очувању постигнутих резултата, потребно је одредити правила евалуације учинка, односно постигнутих резултата, тог система.

У том смислу, сет услужних правила на којима се базира координација образовања и рада треба, поред правила пружања услуге образовања, да садржи и критеријуме за мерење успешности система заштите од незапослености.

Свакако, треба подвући да, гледано из шире перспективе, реформа заштите од незапослености, која је базирана на координацији образовања и рада, сама по себи, нема потенцијал да реши проблем незапослености, ипак се, оправдано, могу очекивати минимални позитивни ефекти.

2. Недостатак вештина – сложеност и последице

Практични инетреси повезивања образовања и рада захтевају да се у систем осигурања за случај незапослености уведу новине које подразумевају заузимање активног става према повезивању знања и рада. Услед тога, знања, способности и вештине лица која траже запослење добијају основу како у систему образовања, тако и на тржишту рада.

У прилог неопходности оваквог приступа сведочи један део теорије који узрок повећане стопе незапослености проналази у недостатку вештина којима располажу незапослена лица и у неусклађености расположивих вештина са потребама послодаваца.

Недостатак вештина постоји у ситуацији када у укупном броју тражилаца запослења не постоје лица која располажу вештинама које су потребне тржишту рада. Статистичка мерења показују да је у укупном броју незапослених лица

највише оних са најнижим квалификацијама, док је најмање незапослених са највишим квалификацијама. Што је израженији раскорак између стопе незапослености лица са највишим квалификацијама и стопе незапослености лица са најнижим квалификацијама, утолико је израженији раскорак између вештина које радна снага поседује и вештина које су потребне тржишту рада.

Неусклађеност вештина са потребама послодаваца се манифестује, с једне стране, у ситуацији када запослени са ниским квалификацијама треба да обаве одређени посао за који нису квалификовани, односно, са друге стране, када вештине којима располажу високо квалификовани радници не могу бити у потпуности искоришћене на радном месту на које су распоређени.

У том смислу, услуге које пружају јавни и приватни субјекти, на плану повећања запошљивости, треба да буду оријентисане на решавање проблема недостатка и неусклађености вештина са потребама тржишта рада.

Организација за економску сарадњу и развој (*OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development*) је 14. и 15. јануара 2016. године, била домаћин састанка на министарском нивоу и Политичког форума о будућности рада¹ на коме је закључено да креатори политике широм света треба да буду припремљени за промене вештина и тржишта рада и прилагођавање политике како би се омогућио инклузивни раст у глобализованом, дигитализованом и повезаном свету. Ове промене ће продубити питања о томе како прилагодити политику тржишта рада, институције и систем социјалног осигурања како би се обезбедила одговарајућа заштита за раднике, док се, истовремено, користе потенцијали за нове начине рада у циљу повећања могућности, како за појединце, тако и за послодавце.

С тим у вези, читав низ услуга које пружа формални и неформални систем образовања треба да буду саставни део процеса креирања новог система осигурања за случај незапослености.

Стручност стечена након основног образовања има велику улогу у вероватноћи да појединац заузме своје место на тржишту рада. У том оквиру се као посебан задатак система осигурања за случај незапослености може истаћи промовисање и обезбеђивање доживотног учења и развој вештина, како у систему образовања, тако и ван система.

Оригиналност идеје о новом моделу осигурања за случај незапослености условљена је објективним правилима на основу којих функционише процес повезивања образовања и рада. Да би било могуће стварање новог, савременог програма заштите од незапослености нужно је да државе активно учествују у

¹ Политички форум о будућности рада је посебно апострифирао питања као што су могући сценарио позитивног и негативног утицаја будућег напретка дигитализације у свету рада, изазови које ће дигитализација поставити на тржишту рада и политици развоја вештина како би се омогућило да радници буду добро припремљени да се суоче са променама у свету рада, *Policy Forum on the Future of Work*, доступно на <http://www.oecd.org/employment/ministerial/policy-forum/>, посећено: април 2016. године.

његовој изградњи.² У том смислу, Савет Европске Уније позива државе чланице и Комисију да промовишу дијалог између социјалних партнера, као и између предузећа, институција образовања, јавних служби за запошљавање и других релевантних актера у циљу успостављања различитих облика партнерстава и дистрибуције података о запошљавању и потребама за одређеним вештинама у земљама чланицама.³

Међутим, упркос значајном напретку на плану обезбеђења приступа образовању појединци су и даље у дефициту са вештинама које су потребне послодавцима. У том оквиру се као посебан задатак реформе система осигурања за случај незапослености истиче координација образовног система са динамиком промена на тржишту рада.

Традиционални фокус осигурања за случај незапослености на непосредну исплату новчане накнаде треба заменити приступом јачања компетиција незапослених лица. Овакав приступ обезбеђује да незапослена лица стицањем додатног образовања и радног искуства, постану атрактивнија за послодавце, чиме се знатно проширују капацитети за њихово запошљавање и смањење стопе незапослености.

Јавне и приватне службе за запошљавање, установе образовања и послодавци као кокреатори политике запошљавања и осигурања за случај незапослености треба да заузму активнији став према интеграцији образовања и рада у циљу унапређења запошљивости незапослених лица.

У том смислу, услуге образовања и обуке морају бити прилагођене специфичним захтевима циља који се жели постићи.

3. Могућности и изазови развоја вештина

Сваки облик организације система осигурања за случај незапослености стоји пред задатком повећања ефикасности заштите од незапослености и обезбеђења социјалне сигурности. Разумљиво је да постојећи, контрибутивни, систем осигурања за случај незапослености треба обогатити сетом нових, савремених, права. С тим у вези, систем образовања треба да обезбеди стицање употребљивих теоријских и практичних знања и вештина како би се омогућило да појединци заузму своје место на тржишту рада. Услед тога, посебну пажњу

² У прилог томе, *Stefano Carpetta*, директор OECD за рад, запошљавање и социјална питања, истиче да уколико су државе неспемне, промене у потражњи за вештинама могу довести до недостатка вештина и непопуњавања слободних радних места или до неусклађености између вештина које поседују радници и вештина које се користе на радном месту, што би спречило појединце, предузећа и привреду да остваре користи од својих улагања у развој вештина, у смислу веће плате, раста продуктивности и иновација. Доступно на: <https://oecdskillsandwork.wordpress.com/2016/03/30/a-new-initiative-adapting-to-changing-skills-needs/>, посећено: март 2016. године

³ Council Conclusions on New Skills for New Jobs Anticipating and matching labour market and skills need of 09.03.2009.

треба посветити принципу прилагођености вештина. Наиме, технолошке промене, с једне стране, значе губитак запослења због замене људског рада машинама. Са друге стране, технолошке промене, директно или индиректно, доприносе отварању нових радних места, јер машине захтевају израду, руковање и одржавање, што ствара вишак добити и нова радна места. На тај начин, технологија само мења природу задатака који се захтевају на радном месту.⁴ С тим у вези, знања и вештине које нуди формални и неформални ситем образовања требало би да буду просторно, старосно, персонално и временски прилагођене појединцима који се школују, како би стечене вештине обезбедиле интеграцију појединца на тржишта рада.

У том смислу, у земљама у развоју где су велике површине земљишта необрађене напори свих релевантних субјеката треба да буду усмерени ка охрабривању људи да се задрже на руралном подручју.⁵ За успех оваквог приступа неопходно је да обука буде такве природе да створи компетентног пољопривредника са одговарајућим вештинама пољопривредне производње, али и одговарајућим вештинама пољопривредног менаџмента и маркетинга.

Постоје одређене специфичности у недостатку вештина старијих радника. Наиме, старији радници своју каријеру, више, заснивају на ранијем радном искуству него на формалном образовању. Ови радници су провели много времена на одређеном послу и развили вештине потребне за обављање тог посла. Међутим, у ситуацији када дође до промене метода обављања тог посла старији радници се суочавају са недостатком вештина које тешко могу да надокнаде, с обзиром на искљученост из система додатног образовања и доживотног учења. Интересантно је да у највећем броју земаља, системи образовања немају услуге које су специфичне према старосној структури незапослених лица. Из критике постојећег стања у систему заштите од незапослености, произилази потреба одређивања циљне групе корисника услуга које нуде образовни системи. С тим у вези, стратегије пружања услуга образовања и обуке треба да се фокусирају на повећање запошљивости лица старијих од 50 година живота. Услед тога, нарочито је потребно да се услови за стицање знања и вештина прилагоде њиховим могућностима.⁶

⁴ Закључак са састанка OECD о будућности рада одржаног на министарском нивоу, OECD Employment and labour Ministerial Meeting of 15 January 2016.

⁵ *Ad hoc* шеме обуке за младе столаре у Доминици (*Dominica, Commonwealth of Dominica*), су пример добре праксе охрабривања руралног развоја. Овој програм специјалне обуке је постављен од стране МОП-а. Програм обуке је предвиђао оснивање Центра за обуку столара који ће окупљати 100 полазника, и био је фокусиран на основну обраду дрвета. Након обуке, чак 60% полазника је у року од шест месеци добило посао, од тога 80% њих је било ангажовано у високоградњи и производњи намештаја, а 20% полазника су предузетници. Видети више: Phan-Thuy, N., *Employment and training schemes for rural youth: Learning from experience*, international Labour Review, Vol. 124, No. 4, 1985, стр. 442-443.

⁶ Услуге за старије незапослене у Холандији, у оквиру програма Талент 55+, се пружају лицима која су старија од 55 године живота, у року од три месеца након регистрације у

Са друге стране, једно од најважнијих питања повећања запошљивости младих је обезбеђење да млади људи остану што дуже у процесу образовања, ради стицања потребних знања и вештина. На тај начин, постаје неминовно да се образовни профили дизајнирају тако да обезбеђују знања која одговарају слободним радним местима. Борба против незапослености захтева употребу свих расположивих ресурса који попуњавањем слободних, ставрају могућност отварања нових радних места. У том смислу, услуге образовања морају бити прилагођене старосној структури корисника.

Међутим, осим примене овог принципа таргетирања циљне групе корисника услуге, одређени значај има примена принципа индивидуализације услуге, односно прилагођавање услуге поједином корисницима. За примену овог приступа, посебно је значајно да програми обуке буду прилагођени нивоу вештина који незапослено лице поседује и његовим могућностима за стицање нових знања и вештина.

Овакав приступ пружању услуге образовања, нарочито је значајан за одређена незапослена лица које су нарочито погођена ризиком незапослености, као што су жене, самохрани родитељи, лица са ниским квалификацијама и др. С тим у вези, један од главних задатака развоја система образовања је решавање проблема доступности услуге неквалификованим и незапосленим лицима. Нема сумње да је флексибилнији распоред наставе потребан како би се омогућио лакши приступ образовању и обуци. Курсеви који се организују увече, викендом и лети корисни су за неквалификоване раднике који најчешће немају слободне сате како би похађали наставу у току радног времена.⁷

Поред тога, услуга ће бити доступнија корисницима уколико трошкови обуке не погађају, искључиво, нискоквалификованог радника или незапослено лице. Начин и извори финансирања ове услуге, у одређеној мери, доприносе њеној доступности корисницима. У том смислу, улога волонтерских организација у области образовања може имати одређени значај на плану повећања доступности ове услуге корисницима.

Групу 55+. Ове услуге састоје се у директном контакту између незапосленог лица и саветника за запошљавање и повезивању лица из Групе 55+ како би разменила своја искуства и савете везане за развој вештна представљања послодавцу, писања професионалне биографије, као и симулацију интервјуа код послодавца. Видети више: Knuth, M., *PES and older workers: comparative paper*, European Commission, Brussels, 2012, стр. 31

⁷ Осим тога, за овакве раднике могућност обуке ван радног времена и у току коришћења годишњег одмора би у великој мери побољшала приступ о образовању. Ово је, нарочито, значајно због тога што курсеви који доводе до сертификата обично трају по неколико месеци и најчешће су усклађени са трајањем школске године. Овакав приступ одлаже одлаже почетак обуке и смањује учешће у обуци ових лица која су највише погођена ризиком незапослености. Видети више: Brandt, N., *Vocational training and adult learning for better skills in France*, OECD Economic Department Working Papers, No. 1260, OECD Publishing, Paris, 2015, стр. 30.

Други значајан аспект доступности услуге образовања је покривеност што већег броја корисника. За ово је неопходно да у нормативном оквиру осигурања за случај незапослености буде предвиђено да образовање и обука, као право из осигурања, буду доступни свим незапосленим лицима, рачунајући и лица која не примају новчану накнаду.

У светлу повећања ефикасности система осигурања за случај незапослености треба, нарочито, сагледати благовременост пружања услуге образовања и обуке. У том смислу, нарочито у земљама са високом стопом незапослености, политика заштите од незапослености треба да подразумева ранију координацију образовања и рада, како би млади који се школују лакше прешли из света образовања у свет рада. Може се оправдано настојати да се обезбеди да период транзиције између образовања и рада или између два запослења буде што једноставнији и лакши за незапослено лице. С тим у вези услуге образовања и обуке могу се пружати пре првог, односно поновног, запослења или у току запослења. У ситуацији када незапослено лице похађа одређени вид обуке пре запослења, успешност обуке може бити одређена као услов за запослење. Са друге стране, нарочито када су у питању запослени који располажу застарелим знањима и вештинама, програми обуке се организују у току запослења.

Надаље, могућности за развој вештина се додатно проширују уколико постоји поверење између пружаоца услуге и корисника. На тај начин, један од задатака даљег развоја политике запошљавања и заштите од незапослености је оријентисање услуге образовања и обуке према могућностима и потребама незапослених лица, односно нискоквалификованих радника. Услед тога, како би своје услуге учинили атрактивнијим за кориснике, службе за запошљавање и образовне институције треба своје услуге да понуде на начин који највише одговара корисницима. Тако, службе за запошљавање обавештења о могућностима додатног образовања и обуке треба да проследи незапосленим лицима како непосредно, у директном контакту са незапосленим лицем, тако и путем званичне интернет странице службе, друштвених мрежа и на други одговарајући начин коришћењем савремене технологије. Обе врсте контакта са незапосленим лицима су значајне, посебно да аспекта незапослених лица са вишим нивоом информатичке писмености. За ова незапослена лица, од великог значаја је и могућност присуства *on-line* програмима обуке, који претпостављају праћење обуке од куће као и *on-line* полагање испита уколико оваква обука води до сертификата. На овај начин службе за запошљавање и образовне институције пружају услуге на начин који је у најбољем интересу корисника.

Изазови на које се наилази у процесу развоја вештина незапослених лица и нискоквалификованих радника стварају потребу обезбеђења другог најбољег решења за то лице. Наиме, уколико након завршене обуке незапослено лице не буде радно ангажовано у одређеном, разумном року, неопходно је предузети мере ради усаглашавања потреба послодаваца и карактеристика тог лица. Како потребе запошљавања зависе од бројних фактора, треба, нарочито, обезбедити

бољи проток информација између служби за запошљавање и потенцијалних послодаваца, како би се обезбедило друго најбоље решење, односно друга шанса, за незапослено лице.

Још једно значајно правило пружања услуге образовања и обуке је стабилност у пружању услуге. Наиме, сви релевантни субјекти који креирају и спроводе мере политике запошљавања и смањења стопе незапослености треба да обезбеде квалитетно и континуарно пружање одговарајућег нивоа услуге образовања и обуке. Циљеви којима се ове услуге стављају у службу ће бити реализовани, једино, уколико се тежи очувању постигнутог нивоа услуге уз, стално, настојање његовог унапређења.

4. Учење засновано на раду – основ будућности рада

Недостатак и неслагање вештина са потребама тржишта рада захтева јачање канала комуникације између образовања и рада. Вештине које повећавају запошљивост се могу побољшати успостављањем односа сарадње између школа и послодаваца, као и усвајање новог приступа обуци који обезбеђује стицање вештина које су тренутно потребне послодавцима. Овакав модел двоструког система обуке обезбеђује лакши и једноставнији пут између образовања и рада.

Добро дизајниран програм стручног образовања и обуке укључује стажирање које обезбеђује младима стицање вештина које су потребне послодавцима, повезујући, истовремено, младе раднике са послом и потенцијалним послодавцем, комбинујући, при том, стицање теоријских знања и праксу.⁸

Учење код послодавца, обезбеђује подударање између потражње и понуде вештина,⁹ док са друге стране, учење у учионици претпоставља стицање теоријских знања, што је, посебно, значајно са аспекта запошљавања, с обзиром на то да се приликом систематизовања радних места предвиђа услов формалног образовања.

Успостављање овакве координације је један велики изазов за креаторе политике запошљавања и заштите од незапослености, и захтева учешће бројних субеката. Стога се процесу повезивања образовања и рада, оправдано, може придодати епитет интеринституционалног. С тим у вези, примери позитивне

⁸ У прилог ове тврдње сведочи Акциони план за младе који је усвојен на састанку OECD-а на министарском нивоу, одржаном у Паризу 2013. године. Овај Акциони план предвиђа да најуспешнији програм стручног образовања и обуке, вешто, комбинује учење засновано на раду и учење у учионици. Видети више: OECD, *The OECD Action plan for youth – Giving youth a better start in the labour market*, OECD Publishing, Paris, 2013.

⁹ Обука код послодавца омогућава да послодавци буду у најбољој позицији да предвиде своје будуће захтеве за вештинама, и да у складу са тим обезбеде одговарајућу обуку. Видети више: Bertiola, G., Boeri, T., Cazes, S., *Employment protection in industrialized countries: The case for new indicators*, International Labour Review, Vol. 139, No. 1, 2000, стр. 52.

праксе показују да су системи развоја вештина повезани са националним институцијама за образовање чији менаџмент окупља представнике министарства рада, министарства образовања, удружења послодаваца, синдиката, секторских, регионалних и других тела и организација.¹⁰ Овакав систем обуке обезбеђује интеграцију образовања и рада, односно спајање теорије и праксе у циљу унапређења вештина.

Још један значајан изазов за креаторе политике запошљавања и заштите од незапослености је промовисање културе учења на радном месту. Наиме, пасиван став запослених према променама у начину рада и обављања одређеног посла доприноси застарелости и неупотребљивости вештина којима располажу. У том смислу, ради спречавања да ова лица постану сувишна на тржишту рада, најширу практичну вредност може имати систем обуке који комбинује рад на стварном радном месту код послодавца, са пуним или непуним радним временом, и обуку у стручној школи. Процес обуке може трајати и до неколико месеци, након чега су ови запослени обучени за обављање промењених послова и радних задатака радног места на које су распоређени.

Дакле, двоструки систем обуке, који је промовисан од стране европских организација, има два активацијска приступа. С једне стране, овај систем образовања, укључује рад и запошљавање са планом за обуку код послодавца, субвенције за послодавце који ангажују тражиоце запослења одређени минимални период након обуке у компанији¹¹. Други активацијски приступ овог система обуке претпоставља саветовања, симулације рада код послодавца¹², радионице за управљање каријером и сл.

Овакав систем образовања који је базиран на комплементарном пружању услуге омогућава стицање теоријских и практичних сазнања, чиме се, значајно, проширују капацитети, како незапослених и нискоквалификованих лица, тако и послодаваца.

¹⁰ Институције, као што је *SENAI* у Бразилу, имају задатак да спроводе националне политике развоја људског ресурса чије се финансирање обезбеђује доприносима послодаваца и из јавних извора. Видети више: ILO, *A Skilled Workforce for Strong, Sustainable and Balanced Growth: A G20 Training Strategy*, International Labour Office, Geneva, 2010, стр. 27.

¹¹ Овакав активацијски приступ користи Јавна служба за запошљавање у Белгији. У том смислу је обука увек повезана са радом при чему се настоји да обука траје што краће. Видети више: Leigh-Doyle, S., *PES approaches to low-skilled adults and young people: work-first or train-first?*, Peer Review Comparative Paper, European Commission, Brussels, 2013, стр. 16-18.

¹² У Италији стручне школе успостављају сарадњу са локалним предузећима ради организовања „симулације рада у предузећу“ у просторијама школе које подстичу ученике да стекну вештине које су потребне тим предузећима. Видети више: OECD, *Better Skills, Better Jobs, Better Lives: A Strategic Approach to Skills Policies*, OECD Publishing, Paris, 2012, стр. 28.

Комплементарно пружање услуге образовања трасира пут до ефикасног система заштите од незапослености.

Осим што повећава ефикасност заштите од незапослености, хармонија између теорије и праксе, обезбеђује шири капацитет ове заштите. Гледано из шире перспективе, овакав систем образовања омогућава да појединци стекну, како дипломе, тако и знања и вештина које имају одређену учинковитост на тржишту рада.

Надаље, учење засновано на раду омогућава да заштита од незапослености буде економичнија, јер услуга образовања представља директан израз потреба послодавца за одређеним вештинама, што отвара могућност запошљавања на пословима на којима постоји највећа потреба за вештинама.

Осим наведеног, систем образовања и обуке мора да обезбеди стабилност у пружању услуга, како би се омогућила изградња новог облика система заштите од незапослености. У том смислу, постаје неминвно, да услуге образовања буду доступне корисницима континуарно, истовремено одржавајући ниво квалитета услуге.

5. Стратегија развоја вештина – индикатори учинка

Успешност пружања услуга образовања и обуке на плану повећања запошљивости и смањења стопе незапослености процењује се у односу на број новозапослених лица постављањем одговарајућих мерних показатеља. С тим у вези, упоредна анализа је показала да је успешна политика заштите од незапослености повезана са ширим институционалним реформама.¹³

С тим и вези, у пројектовање наставног плана треба да буду укључени и послодавци, што ће обезбедити транспарентност и прилагодљивост променама потреба послодавца, нарочито с обзиром на чињеницу да се тржиште рада мења све бржим темпом.

Код начина мерења успешности пружања услуга циљ је да корисници имају сазнања о томе које су им услуге доступне, ко је пружалац услуге, који су начини и обим пружања услуге и сл.

Систем заштите од незапослености који у својој основи има принцип учења заснованог на раду, успешно функционише уколико је повећан број попуњених

¹³ Искуство Велике Британије показује да спајање јавног и приватног сектора у пружању услуга повећања запошљивости повећава стопу запослености и смањује трошкове пружања услуге. Осим тога, искуства земаља као што су Финска, Ирска и Швајцарска, показују да партнерство између различитих институција (укључујући и приватне субјекте и непрофитне организације), вероватно, побољшава пружање услуга и координацију, посебно за незапослене који се теже интегришу у тржиште рада. Идети више: Gataulinas, A., Zabarauskaite, R., *Enhancing motivation to work in unemployed persons: Lithuania in the context of EU*, European scientific Journal, Vol. 10, No. 29, 2014, стр. 51

радних места након спроведеног поступка обуке, као и уколико је продужено трајање радног ангажовања заснованог након обуке.

Такође, значајан показатељ успешности оваквог програма заштите од незапослености је и заинтересованост тражилаца запослења да узму учешће у процесу образовања и обуке.

Осим тога, успешно је организован онај систем заштите од незапослености који обезбеђује да потенцијални послодавци буду задовољни понуђеним кандидатима за запослење, односно да тражиоци запослења буду задовољни послодавцем са којим су повезани.

У циљу мерења успешности система заштите од незапослености у међународном оквиру се као посебан задатак истиче формирање базе података¹⁴ глобалних показатеља способности за запошљавање. Од девет стубова који подупиру Г20 вишегодишњи акциони план о развоју, у оквиру стуба развоја људског ресурса позване су све међународне организације да створе низ међусобно упоредивих показатеља вештина за запошљавање и продуктивност у земљама у развоју и да креирају међународну базу података о показатељима вештина. Ова база података би служила као средство за мониторинг над развојем вештина за запошљавање.

Још један аспект успешности система заштите од незапослености је пружање услуге са што мање администрације. У том смислу, развијеност административног апарата свих субјеката који учествују у процесу повећања запошљивости незапослених лица, има посебан значај на плану повећања ефикасности и квалитета заштите од незапослености. С тим у вези, употребом савремених облика комуникација, као што су интернет и друштвене мреже, незапосленим лицима ће бити олакшао испуњавање административних обавеза које их квалификују за остваривање права из осигурања. Осим тога, укључивање незапосленог лица у процес додатног образовања и обуке не треба да буде оптерећен непотребним административним захтевима за достављање обимне документације.

6. Закључне напомене

Да би било могуће стварање савремених система заштите од незапослености, теоријско и чињенично сазнање, упућују на закључак да реформа система осигурања треба, једним делом, да буде усмерена у правцу институционалних промена. У основи оваквог облика реформе је учешће већег броја субјеката у пружању услуга које повећавају запошљивост незапослених лица. Један од могућих облика сарадње између институција на том плану јесте сарадња служби за запошљавање, школа, других образовних установа и

¹⁴ OECD, World Indicators of Skills for Employment (WISE) database, доступно на: <http://www.oecd.org/els/emp/skills-for-employment-indicators.htm>, посећено: април 2016. године

послодаваца. Овакав облик институционалне сарадње, у зависности од конкретних друштвено-економских прилика, базиран је, пре свега, на принципу прилагођености услуге образовања. Наиме, знања и вештине које нуди формални и неформални систем образовања требало би да буду просторно, персонално, временски и старосно прилагођене појединцима који се школују.

Осим тога, основни напори креатора политике заштите од незапослености требало би да буду усмерени у правцу повећања доступности и флексибилности услуге образовања и обуке. Из критике постојећег стања у систему образовања произилази став да образовне установе треба своје услуге да учине атрактивнијим за кориснике. У том смислу, програми обуке требало би да буду дизајнирани на начин који највише одговара лицима која се школују, како у погледу садржине наставног плана, тако и у погледу распореда и начина праћења наставе и полагања испита.

Из перспективе повећања ефикасности заштите од незапослености, најширу практичну вредност има могућност поделе терета финасирања додатног образовања и обуке. У том смислу, треба обезбедити да трошкови обуке не погађају, искључиво, нискоквалификованог радника или незапослено лице. На овај начин обезбеђује се да систем осигурања за случај незапослености функционише на принципу узајамне заштите, и да терет незапослености не подносе само они који су остали без запослења.

Надаље, један од значајних нормативних изазова реформе система заштите од незапослености је прописивање да образовање и обука, као право из осигурања, буду доступни свим незапосленим лицима, рачунајући и лица која не примају новчану накнаду.

Треба подвући да политика заштите од незапослености предпоставља ранију координацију образовања и рада и бољи проток информација између пружалаца услуге и корисника, чиме се обезбеђује да програми образовања и обуке буду осетљивији на потребе тржишта рада. Са друге стране, на овај начин се ствара најефикасније окружење за повезивање незапосленог лица са потенцијалним послодавцем, што је, нарочито значано за повратнике на евиденцији незапослених лица.

Један од значајних елемената политике смањења стопе незапослености и јачања могућности за дугорочно запошљавање је двоструки систем обуке. Настојећи да ефикасно повеже теорију и праксу, овај систем обуке обезбеђује да транзитни период између образовања и запослења или између два запослења буде што лакши за незапослено лице. Други, посебно значајан, аспект двоструког система обуке је промивисање културе учења на радном месту. Технолошки и информатички напредак је довео до потребе да се запослени стално усавршавају како би могли да одговоре сложеним пословима и задацима радног места на које су распоређени. С тим у вези, нема сумње да доживотно учење спречава да одређене категорије запослених постану сувишне на тржишту рада.

Јасно је да практични интереси захтевају успостављање система у коме се рад и образовање међусобно допуњују. Комплементарно пружање услуге образовања и обуке од стране већег броја релевантних субјеката постаје неминовно у светлу повећања економичности, ефективности и ефикасности система заштите од незапослености.

Са нормативног и практичног аспекта потребно је идентификовати сет критеријума за евалуацију учинка овако реформисаног система осигурања за случај незапослености. У том смислу, низ међусобно упоредивих показатеља, као што су број попуњених радних места након спроведеног поступка обуке, трајање радног ангажовања заснованог након обуке, транспарентност, заинтересованост тражилаца запослења да узму учешће у процесу образовања и обуке, задовољство корисника услуге, јасна структура финансирања услуге и слично, обезбеђују јасан увид у постигнуте резултате и изградњу основе за наставак процеса реформе система осигурања за случај незапослености.

Постојање система за мерење успешности пружених услуга образовања и обуке спречава да заузимање, претерано, оптимистичног става у вези њихових могућности на плану смањења стопе незапослености продуби, већ постојећу, кризу ефикасности система осигурања за случај незапослености.

Свакако, образовање сходно својој револуционарној друштвеној улози, не треба само по себи да буде циљ, већ средство које ће незапосленом лицу омогућити да заузме своје место на тржишту рада.

*Jelena Janković, student of Ph.D. studies
Faculty of Law, University of Niš*

INTEGRATION OF EDUCATION AND WORK FROM THE ASPECT OF THE REFORM OF UNEMPLOYMENT INSURANCE SYSTEM

Summary

Creation of a new model of unemployment protection system is based on efforts of a large number of entities towards creating an appropriate legislative framework for new management that ensures the integration of education and work. It should be underlined that the results of any attempt to reform of unemployment insurance system are limited in terms of finding effective solution for this negative social phenomenon. However, we should point out some of the possible solutions that policymakers can use and which would have, even the smallest, practical value on reducing the

unemployment rate. Arguing that the efficiency of unemployment insurance system depends on the compliance of qualifications of the unemployed with labour market needs, author direct research towards checking the assumption of the existence of a causal link between education and employment. Therefore, this paper attempts to design the set of service rules, which would serve as a platform for the provision of education and training, as right from unemployment insurance system, which belongs to all unemployed whether they are beneficiaries or not.

Key words: *education, work, service, service rules, unemployment insurance.*

Литература

- Bertiola, G., Boeri, T., Cazes, S., Employment protection in industrialized countries: The case for new indicators, *International Labour Review*, Vol. 139, No. 1, 2000.
- Brandt, N., Vocational training and adult learning for better skills in France, *OECD Economic Department Working Papers*, No. 1260, OECD Publishing, Paris, 2015.
- Gataulinas, A., Zabarauskaite, R., Enhancing motivation to work in unemployed persons: Lithuania in the context of EU, *European scientific Journal*, Vol. 10, No. 29, 2014.
- ILO, A Skilled Workforce for Strong, Sustainable and Balanced Growth: A G20 Training Strategy, *International Labour Office*, Geneva, 2010.
- Leigh-Doyle, S., PES approaches to low-skilled adults and young people: work-first or train-first?, *Peer Review Comparative Paper*, European Commission, Brussels, 2013.
- Knuth, M., PES and older workers: comparative paper, European Commission, Brussels, 2012.
- OECD, *Better Skills, Better Jobs, Better Lives: A Strategic Approach to Skills Policies*, OECD Publishing, Paris, 2012.
- OECD, *The OECD Action plan for youth – Giving youth a better start in the labour market*, OECD Publishing, Paris, 2013.
- Phan-Thuy, N., Employment and training schemes for rural youth: Learning from experience, *International Labour Review*, Vol. 124, No. 4, 1985.
- Council Conclusions on New Skills for New Jobs Anticipating and matching labour market and skills need of 09.03.2009.

Коришћене интернет адресе

<http://www.oecd.org/employment/ministerial/policy-forum/>

<https://oecdskillsandwork.wordpress.com/2016/03/30/a-new-initiative-adapting-to-changing-skills-needs/>

<http://www.oecd.org/els/empskills-for-employment-indicators.htm>

ЗАШТИТА КОРИСНИКА УСЛУГА

Др Срећко Јелинић, редовни професор
Др Звонимир Јелинић, доцент
Правног факултета Свеучилишта
"Јосип Јурај Штросмајер" у Осиеку

УДК: 656.25

ЗАШТИТА ПРАВА ПУТНИКА У ЖЕЉЕЗНИЧКОМ ПРИЈЕВОЗУ

Резиме

Рад који желимо презентирати резултат је промишљања и спознаја о једној помало потиснутој теми. Ријеч је о дјелатности јавног пријезова путника у жељезничком пријезову. Полазна теза је да господарски аспекти жељезничког пријезова поновно морају добити право грађанства, а успоредно ће нарасти и интерес за правне аспекте пријезова и уопће начин на који је пријезов регулиран садашњим прописима. При томе се посебно мора имати у виду да прометни сустав у ЕУ (ХР је 2013. године постала 28-а пуноправна чланица ЕУ) све већу важност даје прометним гранама које мање негативно утјечу на околиш и истовремено доприносе смањењу укупних трошкова пријезова. Зато се треба очекивати прометни развитак управо на подручју жељезнице, иницијално посебно у дијелу који се односи на развитак жељезничке инфраструктуре,¹ што ће, уколико се оствари, бити у снажној опреци према досадашњем тренду подинвестирања у жељезницу² на рачун развитка цестовне прометне мреже.

Кључне речи: заштита права путника у жељезничком промету, одговорност пријезовника, еуропско право, ХАКОМ.

1. Дјелатност пријезова особа као услужна дјелатност

Несумњиво је ријеч о услужној дјелатности, дјелатности пријезова особа с једног мјеста на друго, између просторно удаљених мјеста између којих постоји жељезничка веза. То не значи да се истовремено не ради и о лукративној³

¹ На трећој конференцији министара транспорта еуропских земаља у Хелсинкију, знатно прије пријема у ЕУ, 1977.г. Хрватска је прометно укључена у еуропски прометни сустав преко панееуроопских коридора односно огранака коридора.

² Ово је довело од неповољне старосне структуре возила/пријезовних средстава и заостатка у ремонту пруга.

³ Лукративан од лат. *lucrativus* – стечен, уштеђен, уносан, рентабилан.

дјелатности па самим тим и господарској дјелатности, која се састоји у повременом пружању услуга пријезу са циљем остваривања добити/профита.

Пријез опћенито, било да је ријеч о пријезу особа или ствари (робе) или да је, у ширем смислу, ријеч о пријеносу слике или тона, окосница је господарског сустава сваке земље и господарске политике, посебице ако се има у виду судјеловање „цијене пријеза“ у коначној цијени производа или услуге и значење пријеза у непријепорној глобализацији коју доживљавамо у различитим видовима и чега смо сувременници. Пријез особа се, ипак издваја од осталих врста пријеза због базичног одређења заштите човјека као људског бића као корисника пријеза. али и због компаративних предности ове врсте пријеза у односу на остале гране и врсте пријеза. И то је основни разлог одвојеног и различитог правног регулирања пријеза особа у односу на остале врсте пријеза.⁴ Осим тога, пријез особа, колико год био стварно и економски/господарски важан, правно није ни издалека комплициран као пријез особа. Ово стога што путник или особа сама улази у возило, из њега излази те се сама у великој мјери стара о властитом тјелесном интегритету за вријеме боравка у возилу.⁵

Бављење дјелатношћу пријеза било на мору или на копну или зраком одувјек је праћено дјеловањем различитих извора опасности који су угрожавали сигурност и сам резултат у пријезном потхвату. Истовремено повећавањем капацитета пријезних средстава повећале су се и вриједности угрожених ризика, посебице на страни терета. *Када су у питању ризици по особу као корисника пријеза* никакве осигуратељске накнаде (накнаде из осигурања) не могу надомјестити губитак живота (смрт) или посљедицу тјелесних озледа и то је оно по чему се пријез особа издваја од пријеза ствари/роба. Транспортно осигурање повјесно се развијало успоредо с развојем робног промета и транспорта у функцији тог промета и има за сврху осигурати накнаду штете. Насупрот тому осигурање особа у пријезу од посљедица несретног случаја⁶ је тек начин ублажавања нежељене посљедице, па и признавање достојанства човјека, јер никаква материјална или новчана накнада не може бити надомјестак за губитак живота или повреду тјелесног интегритета.

Управо на трагу заштите достојанства човјека, уважавања и заштите особе, појединца – путника у жељезничком пријезу усмјерили смо се к интегративном трагању за рјешењима из правних прописа који регулирају

⁴ Разликовање према критерију што је предмет/објект пријеза. Разликовање појединих грана пријеза се проводи по критерију кроз који се и којим се пријез одвија (право или грана унутарње пловидбе, зракопловно право, жељезничко право и право цестовног саобраћаја).

⁵ Према, Јакаша, Б., *Копнено и зрачно саобраћајно право*, Загреб, 1969, стр. 493.

⁶ Осигурање од посљедица несретног случаја је осигурање на темељу којег осигуратељ исплаћује осигуранику одређену своту у име осигурнице ако као посљедица несретног случаја наступи смрт или повреда одређене особе. То је ужи појам за здравље. В. Јакаша, Б., *Право осигурања*, Загреб, 1972, стр. 356.

предметну материју. Посебно је питање јесу ли су она одговарајућа те примјењују ли се иста адекватно у пракси. Једно је тачно да (хрватске) жељезнице морају учинити велике промјене у организацији пословања и у подизању разине услуге, а тога нема без знатних улагања.

Темељна питања и предмет интереса у подручју пријезова особом (жељезницом или другим гранама пријезова) се везују уз основне обвезе пријезовника: превести путника у одредишно мјесто (1), извршити пријезов без повреде његовог тјелесног интегритета (2), путнику осигурати минимум *прикладног смјештаја у возилу* (3)⁷ те напосљетку извршити пријезов у уговореном времену без закашњења (4). Иако није ријеч о пријезовниковим обвезама наводе се и неке друге врсте обвеза које се могу и не морају преузети од стране пријезовника као што су угоститељске услуге⁸. Оне чине квалитативно уздизање „стандарда“ пријезовне услуге те као такве постају обвеза пријезовника само под становитим претпоставкама (уговарања) и могу бити основа за одговорност за накнаду штете због посебних дужности које је пријезовник на себе преузео.

Говорити о заштити путника у жељезничком пријезову усмјерава расправу на питања како остварити начине да се путнику тијekom пријезова пружи уговорена и/или законски гарантирана услуга те осигура правовремено остваривања права на накнаду штете због повреде обвезе жељезничког пријезовника.

2. Правна врела за жељезнички пријезов особа

У жељезничком пријезову, баш као и у свим другим гранама пријезова постигнут је значајан резултат на плану унификације права у дијелу који се односи на изналажење јединствених правних норми на међународној разини, а које се потом пресликавају и у национална законодавства. Врхунац рада на међународној унификацији жељезничког пријезова (ограничавамо се само на подручје уговора о пријезову), данас представља Конвенција о међународном жељезничком пријезову (међународним пријезовима жељезницом).⁹ Ријеч је о

⁷ Што је минимум овиси о околности конкретног случаја, али у сваком случају није неодређено и треба обратити посебну позорност прописима који то одређују. Ако тих прописа нема ваља примијенити обичаје. Прикладан смјештај у возилу треба цијенити према дуљини пута, којим се путник превози.

⁸ В. нпр. Јакаша, Б., *Копнено и зрачно...*, стр. 494.

⁹ Кратица *COTIF* – енгл. *Convention concerning International Carriage by Rail*, фран. *Convention relative aux internationaux ferroviaires*. Конвенција је састављена у Берну 9.В 1980.г. (ступила је на снагу 1.V 1985.г.). У овом контексту важно је споменути како први трагови унификације сежу још у 1890.г. када је у Берну донесена Међународна конвенција о пријезову робе жељезницом (*CIM*) док је други међународни уговор у погледу пријезова путника и пртљага донесен 1923.г – Међународна конвенција о пријезову путника и пртљага жељезницом - *CIV* (одвојено регулирање међународног

потпуно новој Конвенцији која и садржајно и структурно новелира међународно жељезничко право. Овом Конвенцијом уједно је основана и нова међународна организација за међународни пријезу жељезницом (*ОТИФ*¹⁰). СОТИФ 1980 до данас већ је измијењен два протоколима – 1990. и 3. ВИ. 1999. у Вилниусу¹¹. Сада се Конвенција састоји од главних одредби саме Конвенције и 7 додатака. *Додатак А Конвенцији су Јединствена правила гледе Уговора о међународном жељезничком пријезу путника (СIV)*.¹² Већ сама чињеница да цит. Јединствена правила о међународном жељезничком пријезу путника садржавају врло опсежна 64 чланка казује о значајној нормираности овог уговорног односа и то на когнтан начин. Наиме, ако Јединствена правила друкчије не одређују свака одредба која директно или индиректно ограничава (дерогира) ова Јединствена правила, поништава се.¹³

С обзиром на Републику Хрватску као чланицу ЕУ као посебно право врело се јављају и прописи ЕУ. У погледу пријезу путника то су: Уредба (ЕЗ) бр. 1371/2007 Еуропског парламента и вијећа од 23. X 2007. о правима и обвезама путника у жељезничком промету и Уредба (ЕЗ) бр. 1370/2007. Еуропског парламента и Вијећа од 23. X 2007.г. о услугама јавног жељезничког и цестовног пријезу путника и стављању изван снаге Уредби Вијећа (ЕЕЗ) бр. 119/69 и ЕЕЗ бр. 1107/70.¹⁴

У Хрватској одговарајућа правна регулатива је садржана у Закону о уговорима о пријезу у жељезничком промету.¹⁵ Закон о жељезници¹⁶ тек се

пријезу робе и међународног пријезу путника и пртљаге). Обје конвенције су се периодички мијењале и допуњавале. За ратификацију Конвенције исп. Службени лист СФРЈ – Међународни уговори 8-20/1984.

¹⁰ *ОТИФ* – енгл. *Intergovernmental Organization for International Carriage by Rail*, фран. *Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires*.

¹¹ Протокол је прихватила и понудила на ратификацију пета опћа скупштина Међудржавне организације за међународни жељезнички пријезу жељезницом 3. VI 1999.г. Хрватски државни сабор посебном одлуком од 30. IX 2000. (в. Народне новине, Међународни уговори бр. 12 од 24. X. 2000. ратифицирао је нову верзију Конвенције из 1980.г. измијењену Протоколом с припадајућим додацима.

¹² Додатак Б се односи на међународни жељезнички пријезу робе (*СIM*).

¹³ В. чл. 5 Додатка А. Поништење неке одредбе уговора истовремено не доводи и до поништења осталих одредаба уговора о пријезу. Допуштене су измјене (одступања од прописаних правила), али само у случају ако пријезуник преузима већу одговорност и обвезе него што је предвиђено овим Јединственим правилима.

¹⁴ Уредбе су по својој правној нарави снази обвезујући законодавни акт који се у цијелости мора примјењивати у читавој ЕУ. Ово за разлику од директива којима се утврђује циљ који све државе чланице ЕУ морају остварити, али на начин да свака држава самостално одлучује о начину на који ће тај циљ остварити.

¹⁵ В. Народне новине бр. 87/1996. Тренутно важећи Закон о жељезници (в. Народне новине бр. 94/2013. и 148/2013.) регулира начин и увјете обављања жељезничког пријезу, статус жељезничке инфраструктуре, тржиште жељезничких услуга, услуге жељезничког пријезу за које РХ осигурава дио средстава итд., али не и уговорни

посредно односи на материју уговора о пријевозу путника као нпр. кроз одредбе да се у поступку склапања уговора примјењује начело транспарентности, једнакоправности и недискриминације (чл. 6) или да је пријевоз путника (и роба) у жељезничком пријевозу господарска дјелатност (в.чл. 4 – ЗЖ, појмови). Предмет регулирања потоњег закона је одређен у чл. 1 (углавном јавноправна питања као што су статус жељезничке инфраструктуре, критерији за издавање и укидање дозвола жељезничким пријевозницима и др.).

*Sedes materiae*¹⁷ у погледу уговора о пријевозу путника жељезницом је *Закон о уговорима о пријевозу у жељезничком промету*.¹⁸ Одредбе овог Закона примјењују се на односе који настану из уговора о пријевозу путника (и ствари) у унутарњем жељезничком промету и у међународном жељезничком промету, ако међународним уговором није друкчије одређено.¹⁹

Пријевоз путника (с поднасловима – уговор о пријевозу путника и пријевозникова одговорност) регулиран је у чл. 5–20, док је пријевоз пртљаге регулиран у одвојеном дијелу (чл. 21-29). За разлику од Јединствених правила гледе уговора о међународном пријевозу путника (*CIV*- Додатак А *COTIF*-а) хрватски пропис не садржава и одредбу о одговорности путника. И док је разумљиво да национални пропис (за разлику од Јединствених правила) не садржава одредбе о одговорности путника за повреду царинских правила и формалности које су карактеристичне за међународне пријевозе жељезницом (в. чл. 10 и 14), то није и случај с необилежавањем предане пртљаге на видљивом мјесту, на релативно трајан и читљив начин. *COTIF*, Додатак А, Јединствена правила садрже и ову одредбу (в. чл. 20) о одговорности путника.²⁰ С обзиром да је имплементација Јединствених правила (*CIV* додатак А) осигурана, барем када је у питању међународни жељезнички пријевоз, кроз хрватски закон о потврђивању протокола од 3.VI. 1999. о измјенама *COTIF* конвенције из 1980.г., а и кроз чланство у ЕУ, Јединствена правила су постала дио унутарњег правног поретка Хрватске, али само гледе међународног жељезничког пријевоза путника.

однос између жељезничког пријевозника и путника! Међутим овим Законом утврђују се увјети и начин за provedбу Уредбе ЕЗ бр. 1370/2007 Европског парламента и Вијећа од 23. X 2007. о услугама јавног пријевоза путника жељезницом којом се стављају изван снаге Уредба Вијећа (ЕЕЗ) бр. 1191/69 и бр. 1107/70 и Уредба ЕЗ бр. 1370/2007. В. чл. 2 ст.2 Закона о жељезници.

¹⁶ В. Народне новине бр. 94 од 22. VII 2013, измјене и допуне НН бр. 148 од 11. XII. 2013.

¹⁷ *Лат.* мјесто у закону одлучно за рјешавање неког питања.

¹⁸ В. Народне новине бр. 87/1996.

¹⁹ В. чл. 1 Закона.

²⁰ Ова Јединствена правила за уговор о међународном жељезничком пријевозу путник (*CIV*) као примјењива на међународне пријевозе објављена су и у службеном листу Европске уније Л 315/42 од 3. XII. 2007.г.

3. Пријевоз путника у жељезничком промету у европском праву²¹

Одредбе националног прописа Хрватске какве су задржане далеко су испод досега постигнутог *цит.* Уредбом ЕЗ-а бр. 1371/2007 од 23. X 2007. године. То је на одређени начин и ирелевантно с обзиром на завршну одредбу из Уредбе према којој „*ова Уредба је у свим својим дијеловима обвезујућа и вриједи непосредно у свакој држави чланици.*“ Уредба је ступила на снагу 24 мјесеца послје њезина објављивања у Службеном листу Еуропске уније.²² За непоштивање Уредбе државе чланице одређене су, сукладно одредби из чл. 32 Уредбе казнене мјере потребне за њихову примјену. Несумњиви је и ефикасан механизам којим се осигурава примјена прописа или правила из Уредбе.

Циљ Уредбе је развој жељезница заједнице и увођење и уређење права путника с обзиром да ови циљеви не могу бити у достатној мјери остварени на разини држава чланица. При тому, јачање права путника се темељи на постојећим одговарајућим прописима Додатка А – Јединствених правних правила за уговор о међународном пријезову путника и пртљага жељезницом (CIV) уз Конвенцију о међународном жељезничком пријезову (COTIF) од 9. V. 1980.г. измијењену Протоколом од 3.VI. 1999., али за подручје ЕУ проширењем и на путнике у прекограничном и у унутарњем жељезничком промету.

Доноситељи Уредбе су очигледно били свјесни проблема који могу настати за жељезничка подuzeћа у неким државама чланицама ступањем на снагу Уредбе те је тога на више мјеста Уредбе предвиђена могућност да се за услуге унутарњег жељезничког пријезова одобре привремена изузећа²³ од одредаба Уредбе.²⁴ Могу се изузети и услуге жељезничког путничког пријезова у градском, приградском и регионалном промету, затим услуге пријезова када знатан дио услуге обухваћа планирано заустављање у најмање једном колодвору. О изузећима се мора обавијестити Комисија.

У складу с добром законодавном праксом²⁵ Уредба садржава одређење појмова (чл. 3). Тако се уговором о пријезову *сматра уговор уз накнаду или уговор о бесплатном пријезову склопљен између жељезничког подuzeћа или*

²¹ Према Уредби (ЕЗ-а) бр. 134071/2007 Еуропског парламента и Вијећа од 23. X 2007. В. биљешку 10. овог рада у погледу примјене у ХР.

²² В. чл. 37 Уредбе.

²³ Изузећа вриједи за раздобље од највише 5 година, које се може 2х продужити за највише 5 година.

²⁴ Тако нпр. в. уводне одредбе (т.25) о подручју пријезова на великим удаљеностима. То се, међутим, не односи на одредбе које особама с инвалидитетом и особама смањене покретљивости осигуравају приступ жељезничким путовањима нити на одредбе о одговорности жељезничких подuzeћа у вези с путницима и њиховом пртљагом, о увјетима да подuzeћа буду достатно осигурана и о потреби да та подuzeћа донесу одговарајуће мјере које би јамчиле сигурност путника на колодворима и у влаковима.

²⁵ Чини се да она још увијек није у потпуности прихваћена и у домаћем законодавству.

*продаватеља карата и путника о provedби једне или више услуга пријезова.*²⁶
Резервација је одобрење пријезова додијелено на папиру или у електроничком облику на темељу раније потврђеног договора о пријезову, који је везан уз конкретну особу.

Железнички пријезовник је обвезан:

- омогућити путницима и пријезов њихових бицикала истим влаком,²⁷ евентуално уз накнаду, али под увјетом, ако се бициклима може лако руковати, ако пријезов бицикла не омета услугу железничког пријезова и ако је то у возилима могуће.

- одредбе Уредбе у погледу обвеза пријезовника према путнику су обвезатне, *оне не могу доносити ограничење или искључење обвезе*, али зато железничка подuzeћа могу понудити увјете који су за путника повољнији од оних из Уредбе.²⁸

- одлука о укидању услуге железничког пријезова мора бити на примјерени начин објављена прије њезине provedбе.

- пријезовне карте се нуде путнику најмање на један од ових начина – на путничким благајнама и аутоматима, телефоном, путем Интернета или друге доступне информацијске технологије, у влаковима. Осим тога нуди се и могућност купње пријезовне карте у влаку, ако то није ограничено или не буде одбијено због сигурности, сузбијања пријевара, обвезног резервирања или због оправданих комерцијалних разлога.

- уз ограничење одредаба Директиве 95/46 ЕЗ железничка подuzeћа и продаватељи пријезовних карата не смију другим железничким подuzeћима или продаватељима пријезовних карата давати особне информације о појединачним резервацијама (заштита тајности кретања особа и путовања).²⁹

- правила о одговорности железничких подuzeћа у вези с путницима (одговорност у случају усрђивања и озљеђивања путника) и њиховом пртљагом регулирана су у Наслову IV, чл. 26 и сл. додатка А Јединствених правила за уговор о међународном железничком пријезову путника (CIV).

- чак и ако железничко подuzeће оспорава своју одговорност за штете нанесене путнику, оно је дужно подузети све прихватљиве напоре ради помоћи путнику који накнаду штете захтијева од треће особе.

²⁶ Исп. чл. 3 т. 8 Уредбе...

²⁷ Ријеч о стандарду услуге пријезова о којој на нашим просторима ријетко тко и помишља или тражи ову услугу. В. чл. 5 Уредбе.

²⁸ В. чл. 6 Уредбе.

²⁹ Заштита кретања и путовања појединаца када се издана резервација везује уз точно одређену особу. Питање резервација и наплате накнаде за резервацију потребно је довести у контекст опће обвезе железничког пријезовника да путнику осигура потребну удобност и стандард у путовању, па онда и упитност права на наплату накнаде за резервацију. О тому в. под посебним насловом.

- жељезничко предузеће које је одговорно за штету је дужно путнику у року од 15 дана од утврђивања идентитета физичке особе, која има право на одштету, платити предујам за покриће непосредних економских потреба.

- посебна обвеза пријевозника се односи на *одговорност за кашњење*.³⁰ И ово питање уређено је у поглављу II наслова IV додатка А Јединствених правила. Но, најнижи износ одштете за цијену пријезова код кашњења износи а) 25% цијене пријевозне карте код кашњења 60 до 119 минута и б) 50% цијене пријевозне карте код кашњења већег од 120 мин.

- Уредба предвиђа посебне одредбе којима се утврђују обвезе према особама с инвалидитетом и особама ограничене покретљивости,³¹

- коначно, приликом продаје жељезничких пријевозних карата, управитељи колодвора и организатори путовања су дужни информирати путнике о њиховим правима из Уредбе.³²

У контексту обвеза жељезнице упућује се и на једну посебну одредбу из хрватског прописа³³ према којем жељезница мора превести путника оном врстом и разредом влака како је уговорено и према објављеном возном реду и уз увјете удобности и хигијене који се према врсти влака и трајању путовања сматрају потребнима.³⁴

Свакако да највећу позорност привлачи уређење одговорности жељезничких предузећа за путнике и њихову пртљагу, о чему Уредба упућује на одредбе из Додатка А, поглавља I, III и IV и наслове VI и VII Јединствених правила (CIV). С тим у свези упућује се на најважнија правила која се тичу темеља одговорности,

³⁰ Рекли бисмо, честа, ако чак не и уобичајена појава.

³¹ Поглавље V Уредбе, чл. 19, 25.

³² В. чл. 29 ст.1. Уредбе.

³³ *Исп.* чл. 6. ст.1 Закона о уговорима о пријезову у жељезничком промету.

³⁴ Пријевоз путника уговореним влаком и сукладно уговореним увјетима осигурава се најчешће купњом обавезне резервације. Без обзира на питање висине накнаде за резервацију, јер њоме се осигурава мјесто и стандард путовања који се нуди одређеним влаковима, *поставља се питање утемељености доплате за резервацију*, ово с обзиром на опћу обвезу жељезнице из цит. одредбе хрватског Закона у чл. 6 ст. 2. То не би било упитно само у случајевима пријезова када се не би морао осигуравати посебан стандард путовања, укључујући и сједиште у влаку, с обзиром на трајање путовања и врсту влака. Уредба... предвиђа само могућност да се нуде пријевозне карте уз обавезно резервирање (чл. 9 ст. 4 Уредбе) док се у другој одредби прописује да ће се резервације и пријевозне карте понудити особама с инвалидитетом и особама ограничене покретљивости без доплата. *Argumentum a contrario*, резервације се могу доплаћивати. Али оне се не могу односити и третирати као накнада за смјештај (сједиште) у возилу, посебно не и када су у питању дужа путовања. Резервација значи само уговарање пријезова одређеним влаком, који има ограничени број сједишта и у којем није могућ друкчији пријевоз без осигурања сједишта и за то се не може користити као надомјестак за „купњу права на сједиште“. Купњом пријевозне карте за пријевоз одређеним влаком, путнику припада и право на резервацију сједишта у том влаку.

висине одговорности у случају усмрђивања и озљеђивања, одговорности код непридржавања возног реда и одговорности за ручну пртљагу, животиње, пртљагу и возила.

Одговорност пријевозника је једно од најважнијих питања у праву опћенито. Када је ријеч о пријевозу путника не само да је ријеч о посебним правима путника у случају наступа штетног догађаја и повреде уговора о пријевозу, већ је индиректно ријеч и о заштити путника кроз заштиту путникових права из уговора о пријевозу.

У транспортном праву, као и уопће у трговачком праву, штета се поправља накнадом. Једино код смрти и тјелесне повреде особа долази у обзир *и* сатисфакција.³⁵

Неколико је темељних питања и проблема у свези с одговорношћу за путнике. Уредба..., како је и наглашено упућује на примјену из додатка А Јединствених правила за уговор о међународном жељезничком пријевозу путника (CIV). *У првом реду то је питање темеља или основе одговорности.*³⁶ Пријевозник жељезницом одговара строго на темељу *каузалитета*, тј. одговорности без кривње и то *релативног каузалитета* с обзиром на могућност ослобођења од одговорности доказом једног од разлога ослобођења.

Јединствена правила...у чл. 26 одређују темељ одговорности у случају усмрђивања и озљеђивања путника на начин што се прописује: *пријевозник је одговоран за штету због путникова усмрђивања или озљеђивања или пак зато што се његову тјелесном или душевном здрављу науди на други начин, и то онда када је та штета посљедице везане за жељезнички промет која се догоди док путник борави у жељезничком возилу, док улази у возило или излази из њега без обзира на то која се жељезничка инфраструктура раби при том.* Дакле, релевантан је само онај узрок који је настао при уласку у возило за вријеме задржавања у возилу и приликом изласка из возила односно да је тјелесни или душевни интегритет путника повријеђен неким удесом у свези с пријевозом

³⁵ Јакаша, Б., *Копнено и зрачно...*, стр. 361.

³⁶ Под темељем одговорности се подразумијева непосредна чињеница на којој се оснива дужност накнаде штете. Темељи одговорности могу бити кривња, узрочност или каузалитет и (сношење) ризика. У зависности од чињенице на којој се темељи одговорност за штету и правне норме, која то прописује, рјешава се је ли туженик за штету одговоран или није. Сувремено право се враћа примјени принципа каузалитета као темеља одговорности и установљавању одговорности штетника без обзира на његов субјективни однос према самој штетној радњи. Систем одговорности на темељу каузалитета несумњиво значи поопштравање одговорности у односу на одговорност темељем кривње. Одговорност за штету на темељу каузалитета може постојати и без обзира на кривњу. За основу или темељ одговорности жељезнице исп. чл. 26. ст. 2. CIV конвенције, 1980.

жељезницом.³⁷ Једини случај ослобођења жељезнице од одговорности је виша сила. Од те одговорности жељезница ће бити ослобођена (ово и према опће усвојеном начелу грађанског права): 1. ако несрећу проузроче околности које нису везане за жељезнички промет, а које пријевозник унаточ тому што је у даним околностима подузео све потребне мјере није могао избјећи нити спријечити њихове посљедице, 2. у мјери у којој до несреће дође путниковом кривњом и 3. ако је до несреће дошло због понашања треће странке које пријевозник, унаточ тога што је у даним околностима подузео све потребне мјере, није могао избјећи нити спријечити његове посљедице. Наведеном формулацијом је јасно речено да вриједи субјективно стајалиште за одређивање појма више силе.³⁸

За штете проузрочене у случају усмрћивања и озљеђивања жељезница одговара ограничено.³⁹ Износ накнаде штете одређује се у складу с прописима поједине државе, али ако је износ накнаде штете предвиђен овим прописима мањи од 175.000 обрачунских јединица⁴⁰ по путнику (*per capita*) као паушални износ или као облик годишње ренте која је једнака тому износу, износ од 175.000 је горња граница одговорности.⁴¹

Занимљиво је да хрватски Закон о уговорима о пријевозу у жељезничком промету не говори о питању о ограничењу одговорности пријевозника⁴² с тим

³⁷ Не нпр. и ако је до штете дошло из неког другог узрока који није прометна незгода, нпр. услјед рањавања путника од стране другог путника у возилу или тровања храном у вагон ресторану и сл.

³⁸ Исп. Јакаша, Б., *Копнено и зрчно...*, стр. 505.

³⁹ Износ се мора исплатити у паушалном износу. Но ако се у прописима поједине државе допушта исплата ренте, тада се накнада штете исплаћује у облику ренте ако то затражи озлијеђени путник или иматељи права.

⁴⁰ Конвенцијски износ по *COTIF* конвенцији из 1980.г. је био нижи и износио је 70.000 обрачунских јединица по путнику, а примјењивао се само ако национално право предвиђа нижу своту ограничења. За вриједност обрачунске јединице исп. чл. Протокола од 3. VI 1999. о измјенама Конвенције о међународном жељезничком пријевозу (*COTIF*) од 9.V 1990. Вриједност посебне правне монетарне величине дефинира Међународни монетарни фонд за државе чланице Фонда, док државе које нису чланице Фонда ову вриједност одређују према властитој методи уз одређене увјете. Занимљиво је да је *CIV* конвенција из 1961.г. за одређивање горње границе одговорности (ограничена одговорност) као обрачунску јединицу користила герминал-франак. Герминал франак се дефинира као златни франак тежине 10/31 грама и чистоће 0,900 (24 каратно злато). Користио се је и као горња граница одговорности у међународном цестовном пријевозу до преласка на посебна права вучења (*SDR – Special Drawing Rights*) Протоколом уз *CMR* конвенцију о међународном пријевозу робе цестом из 1978.г.

⁴¹ Исп. чл. 30 ст. 1 и 2 Додатка А Јединствених правила.

⁴² Закон о обвезним односима предвиђа неограничену одговорност за све врсте штета. Исп. и чл. 19 Закона о уговорима о пријевозу у жељезничком промету према којем за

што у чл. 16 прописује само да *пријевозник одговара за штету која настане због смрти, тјелесне озљеде или душевне боли путника проузроковане незгодом од почетка до завршетка путовања железницом, те за штету насталу због кашњења влака или прекида промета*. Но, темељ одговорности нашим законом одређен је на идентичан начин као и у конвенцији, тј. ријеч је о каузалној одговорности уз егзонерацијске разлоге.

Што се тиче одговорности за кашњење, пропуштене везе и искључења влакова Уредба ЕЗ⁴³ такођер упућује на Јединствена правила за уговор о међународном железничком пријевозу путника (*CIV*) односно на одредбе које се односе на одговорност у случају непридржавања возног реда. Правилем⁴⁴ је предвиђена одговорност железнице с тим да *накнада штете обухваћа трошкове примјеренога смјештаја и трошкове примјеренога обавјештавања особа које су очекивале путника*. У прописима поједине државе одређује се хоће ли пријевозник и у којој мјери платити одштету и за друге штете. Под одређеним претпоставкама пријевозник се може ослободити одговорности.

Уредба ЕЗ-а бр. 1371/2007. за разлику од Јединствених правила, у правцу заштите путника, одређује најнижи износ одштете код закашњења с тим да овај износ везује уз цијену пријевозне карте и он износи:⁴⁵ 25% цијене пријевозне карте код кашњења од 60 – 119 минута и 50% цијене пријевозне карте код кашњења већег од 120 минута. Путник нема право на одштету ако је закашњење износило мање од 60 минута. Путници имају и друга посебна права код кашњења које износи више од 60 минута (право на оброк и освјежавајуће пиће, смјештај у хотелу, пријевоз до алтернативног полазишта у случају блокирања на прузи, све под одређеним увјетима).

Појам кашњења је одређен у т. 2, подточци 2.2. Комуникација Еуропске комисије од 3. VII. 2015.г. када се појашњава да се *кашњење увијек односи на кашњење путникова путовања, а не на кашњење влака*. То значи да ће се, у пракси, вријеме доласка влака на коначно одредиште, које је наведено на карти употребити за израчун кашњења путовања.

У утврђивању кашњења у пријевозу од одлучне је важности и прибављања доказа о кашњењу. У том правцу *железница је дужна*, у складу с чл. 18 ст. 4 Уредбе...на захтјев путника на његовој карти *потврдити кашњење у облику печата или потписа кондуктера*, а што служи као доказ о трајању кашњења.⁴⁶

штету, која настане због смрти, оштећења здравља или озљеда путника, железница одговара по опћим прописима о одговорности за штету, дакле, без ограничења.

⁴³ В. чл. 15 Уредбе.

⁴⁴ В. чл. 32 Правила.

⁴⁵ В. чл. 17 Уредбе.

⁴⁶ Исп. т. 4.4.2 Комуникација Еуропске комисије од 3. VII 2015.

4. Смјернице за тумачење Уредбе (ЕЗ) бр. 1371/2007 Европског парламента и Вијећа о правима и обвезама путника у жељезничком промету

У извјешћу Европском парламенту и Вијећу Европе од 14. VIII 2013. о примјени Уредбе Европска комисија је навела да ће размотрити доношење краткорочних смјерница за тумачење ради олакшавања и примјене Уредбе те промицања најбољих пракси. С тим у свези у Комуникацији Комисије од 3. VII 2015. дају се додатна објашњења бројних одредби Уредбе бр. 1371/2007⁴⁷. *При тому не треба сметнути с ума да је тумачење права примарно у задаћи Суда Европске уније!?*

Више је питања и одредби које су захтијевале тумачења. Тако нпр. о примјени чл. 2 ст. 4 Уредбе којом се допушта државама чланицама да на ограничено вријеме изузму домаће услуге, укључујући националне услуге на дугим релацијама, од већине одредаба садржаних у Уредби (на пет година, обновљиво 2х, тј. на најдуље 15 година), затим на питања повезана с изузећима прекограничних, градских, приградских и регионалних жељезничких услуга, на начине пружања информација, питања повезана с картама и пријезовом бицикала итд. Издвајамо стајалишта из „комуникација Комисије“ која се тичу *покрића и осигурања жељезничког пријезовника од одговорности.*⁴⁸, затим везана уз *отказивања жељезничке услуге, те опскрбљивање храном и пићем, те осигуравање смјештаја.*⁴⁹

Можда се може чинити и *science fiction*⁵⁰ али под т. 4.4., 4.4.1. Комуникације Комисије прописује се *да у случају кашњења дуљег од 60 мин., жељезнички пријезовници морају путницима понудити храну и пиће „примјерено“ времену чекања ако у влаку или на колодвору има (довољно) хране и пића. Ако не, а обвеза жељезнице је увјетована могућношћу њихове релативно лаке набаве!!!*

⁴⁷ Интерпретативним комуникацијама Комисије Европском парламенту, Вијећу или другим тијелима Уније (нпр. Европској средишњој банци, Европском господарском и социјалном одбору, Одбору регија, Европској инвестицијској банци и др) утврђује се значење донесених прописа (Уредби, Смјерница, а да се при тому не замјењују постојећа правила. Вјеродостојност правила је кључна за њихову одрживост и примјену. За додатни примјер интерпретативне Комуникације в. нпр. Комуникацију о тумачењу одређених аспеката одредби о телевизијском оглашавању у оквиру Директиве „Телевизија без граница“, SL C 102 28. IV 2004, стр. 2 или Комуникацију Комисије о најбољој упораби флексибилности у оквиру постојећих правила Пакта о стабилности и расту, Strasbourg 13.I 2015, COM (2015) 12 final.

⁴⁸ *Исп.* чл. 11 и 12 Уредбе.

⁴⁹ *Исп.* чл. 18 ст.2 Уредбе.

⁵⁰ У значењу знанствена фантастика имајући у виду тренутно стање на нашим жељезницама. Mark C. Classy је дефинирао *science fiction* ријечима – не знате што је то, али знате када то видите или када се догоди.

5. ХАКОМ⁵¹ и заштита права путника у жељезничком пријезу у Републици Хрватској

Субјективна права постају nudum ius без потпорних норми објективног правног поретка које омогућују реализацију гарантираних субјективних права. Дужност је и одговорност јавне власти поштивати субјективна права свих особа и омогућити њихово остварење у збиљи друштвених односа. Стога су у правно уређеним државама успостављени одређени механизми (у правилу правосудни или/и у комбинацији с претходном управним поступком у два ступња) којима је функција омогућити и помагати остваривање и заштиту субјективних права.⁵² Субјективна права представљају одређену друштвену реалност само у мјери у којој их организирано друштво признаје и остварује увјете за њихову заштиту.⁵³

Уредба ЕЗ-а бр. 1371/2007. Еуропског парламента и Вијећа од 23. листопада 2007. године о правима и обвезама путника у жељезничком промету не само да низом одредби штити корисничка права путника у жељезничком пријезу, побољшава квалитету и учинковитост жељезничке услуге те у том правцу успоставља високу разину заштите путника, већ се одговарајућим одредбама Додатка А – Јединствених правила за уговор о међународном пријезу путника и пртљаге жељезницом – CIV истовремено предвиђа и доношење мјера потребних за provedбу Уредбе у складу с Одлуком 1999/468/ЕЗ од 28. липња 1999. о утврђивању модалитета за извршење provedбених овласти пренесених на Комисију. С тим у вези, Комисија је добила овласти за извршење provedбених мјера. И не само то – *за provedбу Уредбе свака држава чланица именује једно тијело или више њих при чему свака од тих тијела подузима потребне мјере како би provedба права путника била зајамчена.*⁵⁴ Сваки путник тако може основаном одговарајућем тијелу које именује држава чланица поднијети жалбу или рекламацију на кршење Уредбе.

⁵¹ Хрватска регулаторна агенција за мрежне дјелатности са сједиштем у Загребу је неовисно национално регулаторно тијело оформљено средином 2008. године за обављање регулаторних и других послова у оквиру дјелокруга и мјеродавности прописаних Законом о електроничким комуникацијама и посебним законом о поштанским услугама те Законом о регулацији тржишта жељезничких услуга (Народне новине бр. 71/2014). ХАКОМ-у је 2014. године припојена Агенција за регулирање тржишта жељезничких услуга. На тај је начин омогућено функционирање тржишта жељезничких услуга сукладно Директиви 2001/14 ЕЗ-а. ХАКОМ је члан форума независних регулаторних тијела на тржишту жељезничких услуга у ЕУ. Због широко успостављене надлежности и дјелатности ХАКОМ-а у пракси се неријетко поставља питање ефикасне заштите путника у жељезничком пријезу.

⁵² В. Гавела, Н., *О односу материјалног и процесног грађанског права у парницама – поглед са стајалишта приватног (грађанског) права*, Зборник Правног факултета у Загребу, Вол. 63/3-4/2013, стр. 540.

⁵³ Трива, С., *Грађанско процесно право I*, Загреб, 1965, стр. 4.

⁵⁴ *Исп.* чл. 30 ст. 1. Уредбе.

За непоштивање Уредбе државе чланице ће одредити казнене мјере и донијети мјере за њихову примјену.⁵⁵ На овом трагу су и одредбе о новчаним казнама за правну особу и за одговорну особу које предвиђа хрватски Закон о регулацији тржишта жељезничких услуга⁵⁶ (чл. 35. и д. – одјељак о правима путника). Наиме, није довољно утврдити или одредити садржај припадајућег права (чини се то објективном нормом и у поступку у којем се утврђује је ли дошло до повреде права – когницијски поступак), већ протуправно стање треба и отклонити. Правна заштита се остварује у посебном судском поступку – овршном поступку, али на остваривање правне заштите несумњиво дјелују и предвиђене казнене мјере.

Тако постављени сустав темељем Уредбе омогућује реализацију зајамчених права путника на разини државе чланице. С тим у свези, када је ријеч о националном (хрватском) суставу за заштиту права путника у жељезничком пријезову упућује се на претходно у раду спомињани Закон о регулацији тржишта жељезничких услуга и на надлежност Хрватске регулаторне агенције за мрежне дјелатности – ХАКОМ са сједиштем у Загребу.

Закон о регулацији тржишта жељезничких услуга у посебном поглављу (IV) доноси одредбе о заштити права путника у жељезничком пријезову, претходно у оквиру надлежности Агенције за заштиту права путника⁵⁷ при чему се разликују: поступак по приговору код жељезничког пријезовника, затим поступак по службеној дужности када Агенција (сада ХАКОМ) сама покреће поступак ради испуњења обвеза предвиђених Уредбом и другим прописима којима се уређују права путника⁵⁸ те коначно поступак provedбе инспекцијског надзора над примјеном Уредбе, опћих увјета уговора о пријезову путника и других прописа којима се уређују права путника.

Предвиђени сустав мјера је утемељен првенствено на новчаном кажњавању за прекршај у износима од 20.000 – 100.000 куна за правну особу или 1.000 – 30.000 куна за одговорну особу у правној особи. Сматра се да такво новчано кажњавање треба додатно осигурати provedбу обвеза из Уредбе, попут нпр. оних из чл. 8 ст. 1, чл. 8 ст. 2, чл. 9 ст. 5, чл. 16, чл. 17 ст. 2, чл. 18 ст. 1 и 2 итд.⁵⁹ Кажњива је и сама неуспостава механизма за поступање по приговорима гледе права и обвеза путника у жељезничком промету. Оснивањем ХАКОМ-а проблем је адресиран на начин да је предвиђено право путника да заштиту свог права оствари у једном од предвиђених поступака било поводом захтјева саме странке, било по службеној дужности Хаком-а или кроз обављање других послова.⁶⁰

⁵⁵ *Исп.* чл. 32 Уредбе.

⁵⁶ *В.* Народне новине бр. 71/2014.

⁵⁷ *Исп.* чл. 28 и сл. Закона о регулацији тржишта жељезничких услуга

⁵⁸ Против рјешења донесеног у поступку покренутом по службеној дужности није допуштена жалба, али се може покренути управни спор.

⁵⁹ *Исп.* чл. 35 Закона о регулацији.

⁶⁰ При овому се мисли на сурадњу и размјену информација с регулаторним тијелима тржишта жељезничких услуга других држава чланица ЕУ, сурадњу с Европском

Одлуке правосудних тијела на регулаторне одлуке ХАКОМ-а у правилу садржавају оцјену је ли обвезаник поступио према регулаторним обвезама, а ако није треба услиједити наредба да обвезаник усклади своје поступање у складу са законом.

ХАКОМ утврђује је ли жељезнички пријевозник поступио према прописаним регулаторним обвезама, а ако није наређује пријевознику да своје поступање усклади с прописом те корисницима пружи услугу како је одређено. Тиме се уједно штите не само права путника, већ и поштени и равноправни увјети на хрватском тржишту жељезничких услуга.⁶¹

За путнике и заштиту њихових права од одлучног значења су:

1. познавање њихових путничких права што би у саставу категоризације права одговарало материјално-правним одредбама,⁶² али једнако тако и

2. поступак рјешавања приговора (поступовно право) код оператора жељезничког пријезова у првоступањском поступку. При томе је важно водити рачуна о року у којем се приговор може изјавити будући да се након протеча рока приговор више не може изјавити из чега произлази да је ријеч о року преклузивног карактера. Жељезнички пријевозник је дужан на својим службеним мрежним страницама објавити поступак који се примјењује по приговору путника. Поступак при ХАКОМ-у покреће се писаним захтјевом корисника услуге ако је незадовољан одлукама жељезничког пријевозника. ХАКОМ у правној ствари рјешава без провођења усмене расправе, а најкасније у року од 60 дана од дана доставе уредног захтјева. Такођер, из релевантних одредби произлази да је путник након подношења захтјева искључен из поступања пред ХАКОМ-ом, али не и жељезнички пријевозник!? Наиме, жељезнички пријевозник је обвезан судјеловати у поступцима рјешавања приговора и у потпуности сурађивати с надлежним тијелом у сврху рјешавања захтјева путника те достављати све потребне податке, документацију и очитовања.⁶³ Против регулаторне одлуке ХАКОМ-а може се покренути управни спор чиме је осигуран судски надзор. Потребно је имати у виду да је поступак који се води прије покретања управног спора управни поступак те да управна тијела имају примарну задаћу утврдити право стање ствари односно све чињенице и околности које су битне за законито рјешавање. Ипак, управни поступак за разлику од парничног поступка није замишљен као расправни поступак, већ у њему тијело које води поступак самостално утврђује чињенице и

комисијом с циљем усклађења заједничких начела и праксе те сурадњу с тијелима надлежним за сигурност и интер-операбилност жељезничког састава као и тијелом надлежним за издавање дозвола за обављање услуга жељезничког пријезова.

⁶¹ Службени текст одлука ХАКОМ-а доступан је на интернетским страницама ХАКОМ-а (<https://www.hakom.hr/>).

⁶² У овом погледу посебно се упућује на чл. 35 Закона о регулацији тржишта жељезничких услуга (НН бр. 71/2014).

⁶³ Ово чак и под пријетњом прекршајног поступка, ако жељезнички пријевозник не поступи по захтјеву ХАКОМ-а.

околности на темељу којих рјешава конкретну правну ствар. Испитни поступак проводи се када је то нужно рад утврђивања чињеница и околности које су битне за рјешавање правог стања ствари или када у поступку судјелује више странака са супротним интересима или када је то потребно да би се странкама омогућила заштита њихових права и интереса. Управо зато, усмена расправа се у управном поступку проводи само изнимно.

6. Умјесто закључка

Заштита права путника у унутарњем и међународном жељезничком пријезову је у духу развојних потенцијала и могућности жељезнице, али и тежњи у подручју заштите околиша. Уласком у пуноправно чланство у Еуропској Унији Хрватска је постала диоником и корисником средстава из еуропских развојних фондова намијењених за provedбу кохезијске политике⁶⁴ и кориштења средстава за инвестиције из ЕРДФ-а⁶⁵ (један од приоритетних тематских циљева кохезијске политике у раздобљу од 2014-2020.г. су очување и заштита околиша, промицање учинковитости ресурса те промицање одрживог промета и побољшање мрежних инфраструктура).

Но, Хрватска је уједно постала и обвезаником поштивања, промицања и увођења еуропске правне регулативе у национални правни сустав. Тако је било и у подручју јачања права путника у жељезничком промету. Конвенција о међународном жељезничком пријезову (*COTIF*) с додацима (7), као врхунац унификације права на међународној унификацији жељезничког пријезова створила је одређене обвезе и за РХ, као потписницу и земљу која је ратифицирала Конвенцију. За хрватско интерно право је од посебне важности Уредба ЕЗ-а бр. 1371/2007, чији садржај је посебно апострофиран у раду. Наиме, Уредба се од дана ступања на снагу (3. XII 2009) може примјењивати како на национални тако и на међународни пријезов унутар ЕУ.⁶⁶ При тому је важно истаћи како су одредбе Уредбе креиране по узору на Додатак А *CIV* Конвенције о међународном пријезову жељезницом. Додатак *CIV* је уједно и Додатак Уредби! Уредбе су обвезујући законодавни акт који се мора примјењивати у читавој ЕУ (израван учинак, примјена и надређеност права ЕУ). То се посебно

⁶⁴ Основна сврха кохезијске политике јест смањити значајне господарске, социјалне и територијалне разлике које постоје између ЕУ регија, али такођер и јачати глобалну конкурентност еуропског господарства.

⁶⁵ Еуропски фонд за регионални развој, има за циљ ојачати господарску и социјалну кохезију у Е исправљањем неравнотежа између њезиних регија.

⁶⁶ Посебно је питање што државе чланице ЕУ могу жељезнички пријезов унутар земље изузети од примјене за раздобље од пет година с могућношћу обнове два пута по пет година. Неке одредбе не могу имати одгођену примјену (посебно о одговорности жељезнице за путнике и пртљагу). РХ је искористила могућност одгоде примјене одређених одредби Уредбе када је то могуће.

наглашава. Стога се у овом контексту приказ релевантних одредби из хрватског Закона о уговорима о пријевозу у жељезничком промету⁶⁷ и не чини одлучним.

Уредба 1371/2007 примјењује се и на национални (уз изнимке које су одређене као могуће) и на међународни пријевоз унутар ЕУ.

За промицање жељезничког пријевоза путника нису пресудни само прописи (материјалноправне норме у објективном правном поретку које предвиђају одређена права), већ, у још већој мјери, путеви и брзина и модели заштите права путника као корисника пријевоза. При тому се не смије изгубити из вида да је „с друге стране“ путнику у правилу снажна те неријетко монополистичка организација жељезничког пријевозника.

Неподударност између домаћих прописа за које је исправно рећи да творе непотпуни законски оквир у успоредби с извањским прописима (међународним и прописима ЕУ) и не долази до изражаја због уклопљености Хрватске у ЕУ и надређености прописа ЕУ интерном праву. Строга одговорност жељезничког пријевозника за путнике (уз уговор о пријевозу путника уско се везује и уз уговор о пријевозу пртљаге) по начелу каузалитета (без кривње) ублажена је посебним разлозима који, под одређеним претпоставкама, воде ослобођењу од одговорности и ограничењем висине одговорности. Држимо да је линија обране економских интереса жељезничких пријевозника довољно осигурана и унаточ повишења границе (ограничене) одговорности за штету. Достатно за промоцију ове врсте пријевоза, узме ли се и додатни разлог – сигурност у пријевозу, у компарацији с другим врстама пријевоза особа. Промицање ове врсте услуга је неупитно, а оно се постиже већ самим упутом путницима у начин заштите њихових права. За provedбу Уредбе ЕЗ-а бр. 1371/2007 свака држава чланица именује једно или више тијела која подузимају потребне мјере како би права путника била зајамчена. Сваки путник може одговарајућем тијелу које именује држава чланица поднијети жалбу или рекламацију за наводно кршење Уредбе.⁶⁸

Посебно је важно истаћи прописивање минимума информација које требају давати жељезничка предузећа или продаватељи пријевозних карата⁶⁹ и минимум стандарда квалитете услуга,⁷⁰ те да су уредбе, директиве и одлуке обвезујући правни инструменти.⁷¹ Увијек када су у питању обвезујући правни инструменти ЕУ⁷² држава чланица мора бити свјесна могућности да пропусти у непроведби обвезујућих инструмената може довести и до финансијске одговорности државе.

⁶⁷ Народне новине бр. 87/1996., чл. 5-26, посебно одредбе садржане у чл. 16-20 о пријевозничковој одговорности.

⁶⁸ *Исп.* чл. 30 Уредбе...

⁶⁹ Прилог II Уредбе ЕЗ-а

⁷⁰ Прилог III Уредбе...

⁷¹ Енгл. *binding legal instruments (regulations, directives and decisions)*. Ово за разлику од необвезујућих инструмената (*non-binding instruments: resolutions, opinions*) и других инструмената (*EU institutions' internal regulations, EU action programmes, etc*),

⁷² *Isp.inter.* EU-Lex, Access to European Union Law, Legislation.

Чланство у ЕУ са собом доноси и обвезе,⁷³ поглавито у хармонизацији домаћег позитивног законодавства, па и у питању јачања права и положаја путника у жељезничком пријевозу и остваривања зајамчених права.

Добре се праксе или повољнији увјети пријевоза особа жељезницама могу кодифицирати и у опћим увјетима пријевоза, под увјетом да нису у супротности с Уредбом...те да остављају довољно простора за засебну процјену појединачних ситуација, те да се њима не ограничавају права путника из Уредбе...

Одговорност пријевозника за смрт и тјелесну озљеду путника је уговорне нарави (произлази из неуредног извршења уговора о пријевозу (уговор претпоставља обвезу пријевозника довести путника из полазног у одредишне мјесто на сигуран начин и на вријеме у складу с уговореним и законским увјетима), цјелина одредаба о одговорности пријевозника је присилне (когентне) природе, путник ужива пуну заштиту уз строги режим одговорности пријевозника (на темељу релативног каузалитета) уз право пријевозника на ограничење одговорности по путнику и путовању. Ово у циљу заштите економских интереса пријевозника и интереса за обављањем пријевозничке дјелатности. Ипак и право на ограничење одговорности се може изгубити ако је пријевозник код настанка штетног догађаја поступао намјерно или с крајњом непажњом (лат. *dolus omnia corrumpit*⁷⁴ односно *culpa lata dolo aequiparatur*⁷⁵).

Апсолутни каузалитет (без испривавајућих разлога, ако жељезнички пријевозник успије с доказом о њиховом постојању) за пријевозника би био теготан и зато је ова врст одговорности избјегнута односно ублажена.

Права путника, не само у жељезничком пријевозу, на разини Еуропске уније, све више се третирају као посебна специјализирана подграна пријевозног права.⁷⁶ Без обзира на показатеље о смањењу пријевоза путника у свим облицима пријевоза, а највећи пад броја превезених путника забиљежен је у жељезничком пријевозу⁷⁷ стратешки планови⁷⁸ и оперативни програми у РХ предвиђају ревитализацију управо жељезничког пријевоза, а што ће повратно дати и значење права о пријевозу путника жељезницом као дијела услужног права. Назовимо га, увјетно, путничко право.

Закључимо с тврдњама:

Права путника у жељезничком пријевозу, без обзира да ли се ради о туземном, у оквиру ЕУ или међународном су нормативна реалност!

Достигнут је високи ступањ унификације права.

⁷³ Ваља то посебно нагласити државама кандидатима за чланство у ЕУ.

⁷⁴ Зла намјера све поништава.

⁷⁵ Груба немарност изједначава се с намјером.

⁷⁶ Тако и Марин, Ј., *Осигурање у функцији заштите права путника и пословања путничких пријевозника*, Зборник: Дани хрватског осигурања, Загреб, 2014, стр. 54.

⁷⁷ Исп. Секторске анализе, Економски институт, Загреб, бр. 25, XI, 2013, стр.7.

⁷⁸ Министарства поморства, промета и инфраструктуре РХ

Учинковита и у стварности потврђена заштита и остваривање права путника, пак, су пројекција жеља, хтијења, нажалост не увијек и реалност.

Путничко право је дио права о услугама!

Пледира се за утемељење посебне подгране о праву путника у пријевозу жељезницом, потоње као гране права о услугама. Тиме се уједно наглашава и даје важност овој грани господарске и услужне дјелатности.

Srećko Jelinić, Ph.D., Full-time Professor

Zvonimir Jelinić, Ph.D., Assistant Professor

Faculty of Law, University „Josip Juraj Strossmayer“ of Osijek

PROTECTION OF PASSENGERS AND TRANSPORTER'S LIABILITY IN RAIL TRANSPORTATION

Summary

The authors' aim with this paper was to provide a survey and analysis of relevant regulations concerning the transport of passengers by rail, particularly having in mind the laws of the EU laws which duly affect the legal system of the EU member states. It is recommended in the paper that every passenger has to be informed about his or her rights and as well as about how to start proceedings with respect to their claim(s). As a member of the European Union, Croatia has achieved a high degree of harmonization of its national law with the one of the EU as well as with the relevant international law in the sphere of rail transport. The protection of the rights of passengers is being administered and controlled by Croatian regulatory authority for network industries national regulatory agency – the HAKOM. Nowadays, the protection of the rights of passengers in rail transport is a reality. However, we still hold that there is a lot of aspects of the protection of passengers which can be improved.

Key words: *protection of passenger's rights, rail transportation, carrier's liability, EU laws, HAKOM.*

*Др Маја Буковац Пувача, ванредни професор
Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*

УДК: 336:347.426

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРОУЗРОЧИ ФИНАНСИЈСКА АГЕНЦИЈА (ФИНА)

Резиме

Финансијска агенција (ФИНА) дјелује као услужни сервис свих правних субјеката у Републици Хрватској. Изван је сустава државне управе али јој је држава повјерила и низ послова од јавног интереса у којима ФИНА има јавне овласти. Временом је опсег дјелатности ФИНЕ и њена улога у функционирању државе значајно порастао. Недавним је законодавним промјенама ФИНА добила значајну улогу у поступцима осигурања и оврхе, стечајном и предстечајном поступку и стечају потрошача. У свим је својим активностима, како оним услужне природе тако и онима у којима има јавне овласти, ФИНА изложена могућности да својим радњама нанесе штету великом броју физичких и правних особа. Код уговорне одговорности ФИНА је одговорна за штету која повредом уговорног односа настане приматељу услуге, као и ону коју при том претрпи трећа особа. За послове са јавним овластима, уз ФИНУ је солидарно одговорна и држава. У раду се упозорава да су се у неким од подручја гдје ФИНА дјелује с јавним овластима већ показале одређене слабости сустава, посебно код provedбе оврхе на новчаним средствима, док је за већину „нових“ послова које је ФИНА добила и почела обављати, још рано за то будући да се ради о правилима која су релативно кратко у примјени.

Кључне ријечи: *Финансијска агенција, услуге, штета, одговорност, јавне овласти, оврха, стечај.*

1. Увод

Финансијска агенција (ФИНА) је правна особа чији је оснивач Република Хрватска. Основана је Законом о финансијској агенцији¹ и уписана у судски регистар Трговачког суда у Загребу² с врло опширним пописом предмета

¹ НН 117/2001, 60/2004. и 42/2005, даље у тексту: ЗФА.

Финансијска агенција (у даљњем тексту: Агенција) је правна особа чије се устројство и начин рада уређује овим Законом и прописима на темељу њега (чл. 1. ст. 1. ЗФА). Оснивач Агенције је Република Хрватска (чл. 1. ст. 2. ЗФА).

² Агенција се уписује у судски регистар (чл. 1. ст. 3. ЗФА).

пословања. ФИНА је универзални правни слѣдник Завода за платни промет.³ Тијела ФИНЕ су Надзорни одбор којег именује Влада на приједлог Министарства финансија и Управа коју именује и разрјешава Надзорни одбор (чл. 10. и 11. ЗФА). Влада даје сугласност на Статут ФИНЕ којег доноси Надзорни одбор (чл. 8. ЗФА). Надзор над законитошћу рада ФИНЕ обавља Министарство финансија, а надзор над њеним финансијским пословањем Државни уред за ревизију (чл. 20. ЗФА). ФИНА о свом пословању подноси годишње извјешће Влади Републике Хрватске и Хрватском сабору (чл. 21. ЗФА).⁴

Иако је у државном власништву ФИНА послује искључиво по тржишним принципима, а за разлику од својих правних предника нема монопол на подручју платног промета.⁵ ЗФА прописује начин финансирања рада ФИНЕ (чл. 17. ЗФА), те распоређивање вишка и покривање мањка прихода над расходима (чл. 18. ЗФА).⁶ Пословање по тржишним принципима ФИНИ свакако олакшава чињеница да се могући губитци покривају и из државног прорачуна (чл. 18. ст. 5. ЗФА).⁷ Запосленици ФИНЕ нису државни службеници ни намјештеници, те се на њихов правни положај примјењују опћи прописи о раду и колективни уговор (чл. 22. ЗФА).

³ Који је био основан Законом о платном промету у земљи (НН 27/1993. и 97/2000.), као правни слѣдник Службе друштвеног књиговодства (СДК) (чл. 70. Закона о платном промету).

⁴ Последње годишње извјешће ФИНЕ поднесено Хрватском сабору је оно за 2014. годину (даље у тексту: Извјешће 2014.), које је прихваћено на његовој 2. сједници, дана 12. вељаче 2016. године. Само Извјешће, снимка расправе и резултати гласовања доступни су на: <http://www.sabor.hr/godisnje-izvjesce-financijske-agencije-za-20140001>. (посјећено 21. ожујка 2016)

⁵ <http://www.fina.hr/Default.aspx?sec=896> (посјећено 14.12.2015)

Уставни суд није прихватио приједлог за покретање поступка за оцјену сугласности с Уставом Закона о Финансијској агенцији (У-И/1267/2002 од 17. рујна 2003). Подносиоци су сматрали да је тим законом, а посебно чл. 3. истога, ФИНА стављена у повољнији положај у односу на друге пословне субјекте који обављају идентични посао као ФИНА, те да она има монополистички положај на тржишту финансијских информација.

⁶ Након распоређивања вишка прихода у опће причуве (до 20% оствареног вишка) и за развој дјелатности ФИНЕ (до 30% оствареног вишка), остатак вишка представља изванредни приход државног прорачуна. Мањак прихода се покрива из опћих причува, а онај који није могуће тако покривати, из државног прорачуна (чл. 18. ЗФА).

⁷ Ако Влада Републике Хрватске у року од 90 дана не покрије губитке, или не донесе одлуку на који ће начин покривати губитке, мора се провести стечај (чл. 19. ЗФА).

ФИНА је врло сложен⁸ „услужни сервис“, како приватноправних, тако и јавноправних субјеката, без којег је функционирање државе постало готово незамисливо. Путем сустава е-Грађани (који чине средишњи државни портал који представља јавни дио сустава, особни кориснички претинац и национални идентификацијски и аутентификацијски сустав) грађанима је омогућен израван приступ електроничким услугама јавне управе и примање особних електроничких порука јавне управе.⁹ За подузетнике се као корисни истичу њени интернетски сервиси транспарентно.хр и хитро.хр.¹⁰

ФИНА је изван сустава државне управе али су јој повјерени и послови од јавног интереса за чије је правилно обављање одговорна држава. Временом је опсег дјелатности ФИНЕ, а тиме и њезина улога у функционирању државе значајно и великом брзином растао. Истовремено је расла и могућност да при њихову обављању дође до неправилности или незаконитости из којих за државу и друге јавноправне субјекте, али и све друге приватноправне субјекте, настане штета. Тко и према којим правилима одговара за тако настале штете, настојат ћемо приказати у овом раду.

2. Одговорност ФИНЕ као пружатеља услуга

ЗФА у својим одредбама разликује „послове“ и „комерцијале дјелатности“ које обавља ФИНА. Без обзира на могуће термилошке недоречености, јасно је да се подјела темељи на природи приматеља услуге, односно да се „послови“ обављају за државу и друге правне субјекте с јавним овластима, док комерцијалне дјелатности обухваћају услуге свим правним субјектима, укључиво и претходно наведене. За потребе овог дијела рада, односно питање одговорности за штету ФИНЕ као пружатеља услуга, „послове“ и „комерцијалне дјелатности“ можемо изједначити, будући да чињеница је ли оштећеник држава, односно други јавноправни субјект или није, нема утјецаја на правила о одговорности која се примјењују. Зато овдје за послове и за комерцијалне дјелатности користимо појам услуге.

⁸ Надзорни одбор ФИНЕ је у вељачи 2014. године донио Одлуку о унутарњем устројству темељем које је проведен организацијски преустрој. Од 1. липња 2014. ФИНА има три Уреда (Уред Управе, Уред за сигурност и Уред за унутарњу ревизију), три службе (Службу за стратешки развој, суставе управљања и интерну контролу, Службу правних послова и Службу управљања људским потенцијалима) и пет сектора (Сектор пословне мреже, два сектора подршке: Сектор информатике и Сектор економско финансијских и послова, те два пословна сектора: Сектор финансијских и електроничких услуга и Сектор услуга за државу). Види: Извјешће 2014, стр. 6.

⁹ Одлука о покретању Пројекта е-Грађани (НН 52/2013, 31/2014). Види више на: <https://gov.hr/e-gradjani/o-sustavu-e-gradjani/1584#e-usluge>.

¹⁰ Види више на: <https://www.transparentno.hr/> и <http://www.hitro.hr/Default.aspx>.

2.1. Услуге за државу

Према ЗФА, ФИНА обавља низ послова за потребе Републике Хрватске и јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе дефинираних тим и другим, посебним законима и прописима.¹¹ То су претежно послови информатичко-технолошке подршке различитим суставима (регистрима), послови прикупљања, обраде, доставе и објаве података статистичке и

¹¹ Чл. 3. ЗФА:

(1) Агенција обавља послове:

- информатичко-технолошке подршке раду сустава државне ризнице,
- информатичко-технолошке подршке суставу прикупљања јавних прихода,
- информатичко-технолошке подршке РЕГОС-у (пријама и контроле налога за плаћање везаних уз РС образац, упаривања података заједно са РЕГОС-ом, с податцима на налозима за плаћање јавних давања, доставе налога за плаћање по извршеном усклађивању на извршење у овлаштену организацију за обављање платног промета у којој се води рачун платитеља),

- информатичко-технолошке подршке другим регистрима осигураника,
- прикупљања, обраде, објаве и доставе података из различитих извора, те осигуравања повезивања и вишенамјенске употребе података из регистра за даљњу евиденцијску, аналитичку и информативну употребу у министарствима и Владиним службама за потребе државне статистике и јавности.

(2) Агенција обавља статистику финансијских токова евидентираних код овлашћених организација, израђује анализе, бонитетне и друге информације, те обавља друге послове одређене прописима и на основи уговора, те у ту сврху:

- прикупља, обрађује, објављује и доставља податке из прописаних статистичких извјешћа,

- прикупља и обрађује податке из порезних биланци пословних субјеката и доставља их тијелима надлежним за порезни надзор,

- прикупља, обрађује и доставља податке о дионичким друштвима и великим подузећима у складу са законом о вриједносним папирима,

- прикупља и обједињује податке о новчаним примитцима и издатцима пословних субјеката,

- прикупља и обједињује податке о неподмиреним обвезама евидентираним на рачунима пословних субјеката у банкама.

(3) Агенција прикупља, обрађује и публикује податке утврђене програмом статистичких истраживања Републике Хрватске.

(4) Агенција прикупља, припрема и обједињује податке о пословним субјектима, те води одговарајуће регистре.

(5) Агенција води и друге регистре, евиденције и збирке података за потребе државе и других субјеката.

(6) Агенција судјелује у већим статистичким акцијама и пописима, те обавља друге активности на основи одговарајућих прописа, односно овласти.

(7) Остале послове за потребе Републике Хрватске, јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе утврђене посебним законима или другим прописима.

финансијске природе, те вођења регистра, евиденција и збирки података за потребе државе и других субјеката.

Према чл. 4.ц ЗФА, ФИНА је овлаштена „обављати административно-техничке послове у вези осигуравања електроничког повезивања тијела државне управе, других државних тијела, тијела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних особа с јавним овластима.“ Који су то послови утврдила је Влада РХ Уредбом о утврђивању послова из чланка 4.а и 4.ц Закона о Финансијској агенцији.¹²

ФИНА је овлаштена надлежним државним тијелима на њихов захтјев, пружати информатичко-технолошку подршку у пословима надзора и контроле правних субјеката (чл. 5. ЗФА). О повјеравању обављања одређених послова ФИНИ прво одлуку доноси Влада, а након тога уговор с ФИНОМ потписује министарство надлежно за те послове.

2.2. Услуге за остале правне субјекте

За разлику од претходно наведених послова из чл. 3. ЗФА, ФИНА обавља и комерцијалне дјелатности (чл. 4. ЗФА).¹³ Овим је законом изворно било наведено само пет таквих дјелатности, уз прописивање да се друге могу одредити

¹² НН 98/05. Уредба је измијењена Уредбом о измјени Уредбе о утврђивању послова из чл. 4.а и 4.ц Закона о Финансијској агенцији (НН 106/12), у смислу да сугласност на цјеник услуга ФИНЕ даје министар финансија, а не као до тада Влада Републике Хрватске.

Наведене јавноправне субјекте Уредба означава корисницима мреже и прописује да је ФИНА овлаштена обављати послове њихова повезивања у заједничку рачунално комуникацијску мрежу, изградње, надзора, управљања и одржавања те мреже, те подузети све радње за цјеловиту комуникацију између корисника мреже. За ту сврху она ће инсталирати мрежнотехничку опрему код корисника мреже и осигурати мрежну инфраструктуру (чл. 7. Уредбе). При обављању наведених послова ФИНА је дужна примјењивати националне и међународне норме, отворене стандарде и протоколе пријеноса података одобрене од стране Средишњег државног уреда за е-Хрватску (чл. 8. Уредбе).

Уговором између ФИНЕ и Владе РХ уредит ће се обухват мреже, власништво над опремом, разину услуга и начин обрачуна накнаде корисницима мреже за услуге комуницирања и приступ јавном интернету (чл. 9. Уредбе).

¹³ Агенција обавља и сљедеће комерцијалне дјелатности:

- услуге у име и за рачун комерцијалног банкарства,
- дистрибуције и обраде готовине у име ХНБ-а,
- води суставе за међубанковне обрачуне (НКС),
- води национални сустав за издавање јавних кључева – Регистар дигиталних сертификата (РДЦ),
- оперативно вођење других јавних и комерцијалних регистра те
- друге дјелатности утврђене статутом Агенције.

статутом.¹⁴ Законом о допунама Закона о Финансијској агенцији,¹⁵ чл. 4а., посебно су јој додијељене овласти „пружања услуге подузетницима и другим правним и физичким особама у остваривању њихових законом прописаних права и обвеза, услуге прибављања података, исправа, одобрења и других аката електроничким путем од надлежних државних тијела, тијела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних особа с јавним овластима, а по потреби и услуге достављања тих података, исправа и аката тијелима надлежним за одлучивање о захтјевима и другим поднесцима наручитеља услуга.“

Посебно су прописане услуге које ФИНА овлаштена пружати подузетницима и другим правним особама¹⁶ и оне које је овлаштена пружати

¹⁴ Статутом ФИНЕ (чл. 8.) набројано је низ дјелатности, с тим да ни то није таксативан попис, јер је одређено да ФИНА може обављати и друге дјелатности које служе обављању ових набројаних.

¹⁵ НН 42/2005.

¹⁶ Агенција је овлаштена пружати услуге подузетницима и другим правним особама у остваривању њихових законом прописаних права и обвеза, услуге прибављања података, исправа, одобрења и других аката електроничким путем од надлежних државних тијела, тијела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних особа с јавним овластима, а по потреби и услуге достављања тих података, исправа и аката тијелима надлежним за одлучивање о захтјевима и другим поднесцима наручитеља услуга, за радње у поступцима које наручитељи услуга воде пред тијелима јавне власти приликом:

- оснивања трговачких друштава;
 - уписа обрта у обртни регистар;
 - подношења пријава за мировинско и здравствено осигурање радника;
 - подношења пријава пореза на добит;
 - подношења пријава пореза на додану вриједност (ПДВ);
 - подношења царинских пријава;
 - уписа у регистар пословних субјеката и у друге одговарајуће регистре;
 - подношења статистичких извјештаја Државном заводу за статистику;
 - добивања сугласности и дозвола везаних за заштиту околиша;
 - судјеловања у поступцима јавне набаве;
 - добивања концесија;
 - добивања потицаја;
 - уписа у катастар односно добивања извода из катастра;
 - уписа права власништва и других стварних права у земљишне књиге и друге уписнике.
- (чл. 2. Уредбе)

Агенција је овлаштена, за потребе подузетника и других правних особа прибављати податке, исправе, одобрења и друге акте електроничким путем од надлежних државних тијела, тијела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних особа с јавним овластима, када су им те услуге потребне ради обављања послова из чланка 2. ове Уредбе, те достављати те податке, исправе, одобрења и друге акте тијелима надлежним за одлучивање о захтјевима и другим поднесцима подносиоца и од њих их преузимати. (чл. 3. Уредбе)

физичким особама.¹⁷ Наведене услуге ФИНА може обављати на темељу писане власти наручитеља услуга о повјеравању послова, а обвезна је прихватити обављање послова за које има осигуране стручне, техничке и друге претпоставке (чл. 4. б ЗФА). Наручитељи услуга, правне и физичке особе, дакле, ФИНИ повјеравају одређене послове која она може одбити само у случају да за њихово обављање нема осигуране претпоставке. Свакако би било занимљиво имати информације о томе је ли и у којим случајевима дошло до таквог одбијања. Сматрамо упитним ради ли се заиста о таквој врсти услуга за коју је потребно да ФИНИ закључење уговора о пружању исте буде обвезно. Ово отвара и питање одговара ли ФИНА за штету због незакључења уговора према чл. 1083. Закона о обвезним односима,¹⁸ ако се докаже да је за преузимање предметних послова

¹⁷ Агенција је овлаштена пружати услуге физичким особама у остваривању њихових законом прописаних права и обвеза, услуге прибављања података, исправа, одобрења и других аката електроничким путем од надлежних државних тијела, тијела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних особа с јавним овлашћима, а по потреби и услуге достављања тих података, исправа и аката тијелима надлежним за одлучивање о захтјевима и другим поднесцима наручитеља услуга, за радње у поступцима које наручитељи услуга воде пред тијелима јавне власти приликом:

- пријава пореза на доходак;
 - остваривања права из мировинског и здравственог осигурања;
 - запошљавања;
 - добивања путних исправа и возачких дозвола;
 - регистрације возила;
 - добивања грађевних и других дозвола везаних за градњу;
 - пријава полицији прекршаја и лакших казnenих дјела;
 - добивања извода из државних матица;
 - уписа на високошколске установе;
 - пријаве пребивалишта или боравишта;
 - кориштења услуга јавних књижница;
 - кориштења здравствених услуга;
 - добивања концесија;
 - добивања потицаја;
 - уписа у катастар односно добивања извода из катастра;
 - уписа права власништва и других стварних права у земљишне књиге и друге уписнике.
- (чл. 4. Уредбе)

Агенција је овлаштена за потребе физичких особа прибављати податке, исправе, одобрења и друге акте електроничким путем од надлежних државних тијела, тијела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе и правних особа с јавним овлашћима, када су им те услуге потребне ради обављања послова из чланка 4. ове Уредбе, те достављати те податке, исправе, одобрења и друге акте тијелима надлежним за одлучивање о захтјевима и другим поднесцима подносиоца и од њих их преузимати. (чл. 5. Уредбе)

¹⁸ НН 35/2005, 41/2008, 125/2011. и 78/2015. (даље: ЗОО). О том случају одговорности види више Буковац Пувача, М., Слакопер, З., Беланић Ј., *Обвезно право, Посебни дио II*, Извануговорни обвезни односи, Загреб, 2015, стр. 195-197.

имала осигуране претпоставке. Такођер, будући да је оправдано очекивање да ће прије но што одређеном субјекту додијели овласт пружања одређене врсте услуга, држава провјерити има ли он за то осигуране све потребне претпоставке, стручне, техничке и друге, као и да ће то континуирано пратити, треба узети у обзир могуће ситуације да између саме државе и ФИНЕ буде спорно постоји ли на страни ФИНЕ обвеза закључења одређеног уговора.

2.3. Уговорна одговорност ФИНЕ за штету корисницима њених услуга

Из самог пописа услуга које је ФИНА овлаштена пружати,¹⁹ јасно је да је та агенција дубоко укључена у пословне и животне активности правних субјеката у Републици Хрватској. Ради се о врло значајним активностима, па је та агенција постала готово неизбјежна, будући да су услуге које је овлаштена пружати потребне свим правним субјектима. Будући да, према чл. 6. ЗФА, ФИНА своје односе са свим корисницима и наручитељима наведених услуга рјешава уговорним путем, јасно је да је одговорност ФИНЕ као пружатеља тих услуга њеним корисницима уговорне природе. Детаљна обрада могуће уговорне одговорности ФИНЕ прелази оквире овога рада, али је потребно навести барем опћа правила.

ФИНА одговара према опћим правилима о уговорној одговорности ако није другачије уговорено (тј. ако није искориштена могућност да странке уговором другачије одреде, тј. уговоре искључење и/или ограничење одговорности), за сву штету, како ону имовинску, тако и неимовинску²⁰ како физичких тако и правних особа.²¹ Уз опћа правила ЗОО-а о уговорној одговорности (чл. 342.-349.), те одговарајућу примјену правила о извануговорној одговорности на накнаду те штете (чл. 349. ЗОО), за сваку поједину услугу при пружању које је кориснику настала штета, примјењиват ће се и посебна правила о одговорности за штету која се примјењују на одговарајући уговор који су корисник услуге и ФИНА закључили (уговор о налогу, заступање, уговор о дјелу... итд).

¹⁹ Задња промјена у регистру је упис престанка важења дозволе ФИНИ за обављање послова заступања у осигурању (на темељу рјешења Хрватске агенција за надзор финансијских услуга под бројем Класа: УП/И-974-03/15-01/16, Ур. број: 326-01-660-663-15-3 од дана 10. травња 2015.г.)

²⁰ Једна од битних измјена у подручју одговорности за штету коју је донио ЗОО из 2005. је проширење уговорне одговорности за штету и на повреду права личности (неимовинску штету). Види чл. 346. ЗОО.

²¹ Такођер, као битна измјена у односу на уређење старог ЗОО-а је признавање права на правичну новчану накнаду и правним особама у случају повреде њихових права личности, што је омогућено увођењем објективне концепције неимовинске штете (односно напуштање појма неимовинске штете као наношења тјелесних или душевних боли или страха). Види чл. 19. ст. 1. и 3. ЗОО, чл. 1046. ЗОО и чл. 1100. ст. 3. ЗОО.

Иако је ФИНА субјект који у односу на неке друге субјекте врло често долази у прилику повриједити права особности правних особа повредом уговорних обвеза, нпр. изазове немогућност или отежано пословање, чиме врши повреду права особности правне особе на слободу привређивања, погрешком при достави података повриједи право особности правне особе на пословну тајну итд., уговорна се одговорност ФИНЕ у пракси, барем према доступним нам подацима и судској пракси, није показала посебно спорном. Оно што је битно нагласити је да као пружатељ услуга ФИНА сама одговара за штету коју повредом својих обвеза проузрочи како самим корисницима услуга, тако и трећим особама.

2.4. Одговорност ФИНЕ трећим особама

За штету коју би пружајући услуге својим корисницима ФИНА проузрочила трећим особама, одговара тим особама према опћим правилима о извануговорној одговорности за штету.²² Долазе, дакле, у примјену правила о одговорности на темељу претпостављене кривње, па је терет доказивања да није крива, тј. да је поступала с дужном пажњом на ФИНИ, док је доказивање постојања опћих претпоставки одговорности на оштећенику.

3. Одговорност ФИНЕ као правне особе с јавним овластима

Иако то нису сви послови за које на темељу посебних закона и других прописа ФИНА има, односно може добити овлаштење за њихово обављање, у овом ћемо се раду задржати на најбитнијим пословима ФИНЕ у осигурању и оврси, стечајном и предстечајном поступку, те стечају потрошача. У наведеним пословима ФИНА има јавне овласти,²³ па примјеном правила из чл. 14. ЗСДУ-а²⁴ за штету која настане њеним незаконитим или неправилним радом, уз ФИНУ одговара и држава.

²² Види чл. 1045. ст. 1. и 2., чл. 1049, те 1085. *et. seq.* ЗОО.

²³ Према чл. 2. Закона о саставу државне управе (НН 159/2011, 12/2013, даље у тексту: ЗСДУ), послове државне управе обављају тијела државне управе, али се одређени послови државне управе могу повјерити тијелима јединице локалне и подручне (регионалне) самоуправе или другим правним особама које на темељу закона имају јавне овласти. ФИНА је једна од таквих правних особа које имају јавне овласти јер су јој посебним законима повјерени одређени послови државне управе.

²⁴ „Штету која грађанину, правној особи или другој странци настане незаконитим или неправилним радом тијела државне управе, тијела јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе, односно правних особа које имају јавне овласти у повјереним им пословима државне управе, накнађује Република Хрватска.“

3.1. Послови ФИНЕ у поступку осигурања и оврхе

3.1.1. Вођење уписника судских и јавнобилежничких осигурања тражбина вјеровника на покретним стварима и правима

ФИНА, односно њена Служба уписа, води Уписник судских и јавнобилежничких осигурања тражбина вјеровника на покретним стварима и правима²⁵ (даље у тексту: Уписник). У њега се уписују права и мјере које се не уписују у неку другу јавну књигу: 1. заложно право на покретнини, праву, дионици, удјелу и пословном удјелу у трговачком друштву које се, у складу са законом, стјече оврхом или осигурањем, 2. заложно право на укупности ствари које припадају противнику осигурања, односно дужнику или укупности ствари тих особа које се налазе у или на одређеном простору, чији се садржај може мијењати, 3. пријеноси права власништва на покретнини или пријеноси којег другог права ради осигурања у складу са законом, 4. пријеноси дионица, удјела и пословних удјела ради осигурања, 5. мјере забране отуђења или оптерећења предмета осигурања, одређене у складу са законом, 6. пријеноси права власништва на покретнинама, односно пријеноси права, дионица, удјела или пословних удјела на којима су заснована заложна права (према чл. 6. ст. 1. т. 1. ЗУСЈО), 7. право власништва на покретнини које је задржано на темељу уговора, ако је његово трајање дуже од једне године, 8. заложно право на покретнини која је припадак некретнине ако некретнина није оптерећена хипотеком или којим другим правом које обухваћа и тај припадак и 9. добровољна заложна права те пријенос права власништва ради осигурања на покретнинама и правима трећих особа (стварно правни дужник) ради осигурања тражбина вјеровника према његовом особном дужнику (чл. 6. ЗУСЈО).

ЗУСЈО изричито прописује дужности Службе уписа у свези осигуравања јавности Уписника, те чувања и похране података које он садржи (чл. 3. и 4. ЗУСЈО). Будући да је Уписник јавна књига, сватко је овлаштен тражити да му се у њега омогући увид, те може тражити изватке из главне књиге или пријеписе из збирке исправа. Служба уписа је дужна осигурати увјете за непосредни бесплатни увид у Уписник при уписничким мјестима у за то прописано уредовно вријеме, те путем интернета или примјеном других (информатичких) медија комуникације, те омогућити претраживања Уписника по критерију особе и по критерију предмета (чл. 3. ЗУСЈО).

²⁵ То је јавни уписник чије су устројство и садржај, врсте, претпоставке и учинци уписа у њега, те поступак по којем се одређују и проводе, прописани Законом о Уписнику судских и јавнобилежничких осигурања тражбина вјеровника на покретним стварима и правима, Народне новине бр. 121/2005, даље у тексту: ЗУСЈО.

Служба уписа има дужност заштитити²⁶ рачунарски сустав и податке које он садржи од неовлаштеног кориштења, измјене и губитка те на сигурном мјесту трајно чувати изворну документацију на темељу које су обављени уписи. Подаци забиљежени на електроничким медијима чувају се трајно (чл. 4. ст. 1. ЗУСЈО). Служба уписа је дужна осигурати редовито дневно копирање података који ће се чувати на прикладним медијима, медије на којима су копирани подаци чувати на сигурном мјесту (мјесто похране), различитом од мјеста у којем се налази Уписник, те мјесто похране осигурати против ризика поплаве, пожара и сличних догађаја (чл. 4. ст. 3.-5. ЗУСЈО).

ЗУСЈО изричито прописује да ФИНА одговара за штету која настане због неправодобног уношења података, неточности или губитка података у односу на податке садржане у исправама на темељу којих је извршен упис, и то према начелу претпостављене кривње (чл. 5. ст. 1.). Прописао је и солидарну одговорност Републике Хрватске за ту штету, али одредбом за коју је у правној теорији већ истакнуто да је необична:²⁷ „Република Хрватска солидарно одговара за штету из ставка 1. овога чланка, само ако је тужена заједно са Финанцијском агенцијом.“ (чл. 5. ст. 2.). Слажемо се са израженим мишљењем да се материјалноправна позиција Републике Хрватске, односно њена одговорност за штету не смије узети уз њену процесноправну позицију, тј. чињеницу је ли тужена заједно с ФИНОМ или није, односно да се њоме само потврђује солидарна одговорност ФИНЕ и државе.²⁸

Чињеница да је ЗУСЈО у чл. 5. ст. 1. и 2. изричито прописао да ФИНА и Република Хрватска одговарају за штету која настане због неправодобног уношења података, неточности или губитка података никако не значи да су то једине штетне радње за које оне одговарају. Њиховом је одговорношћу покривена свака штета која настане због незаконитог или неправилног рада ФИНЕ. Осим неправодобног уношења, неточног уношења или губитка података, Службе уписа може повриједити и неку другу своју обвезу, нпр. обвезу осигуравања јавности Уписника, из чега за одређене субјекте може настати штета.

На одговорност саме ФИНЕ и државе не утјече чињеница тко је конкретно био особа одговорна за праводобно уношење података и њихову тачност, те исправност појединих поступака приликом уписа. То су питања која Служба уписа регулира властитим опћим актом којег доноси уз сугласност министра надлежног за послове правосуђа (чл. 5. ст. 3. ЗУСЈО). Њима се идентифицира конкретни штетник од којег ће, уколико је штету проузрочио намјером или крајњом непажњом, ФИНА као послодавац имати право регреса (чл. 1061. ст. 3.

²⁶ Министар надлежан за послове правосуђа правилником ће утврдити посебне стандарде и технике заштите рачунарског сустава и података које они садрже (чл. 4. ст. 2. ЗУСЈО).

²⁷ Види., стр. 931.

²⁸ Исто, стр. 932.

ЗОО), односно од којег ће оштећеник моћи непосредно захтијевати поправљање штете уколико ју је проузрочио намјерно (чл. 1061. ст. 2. ЗОО).

Сматрамо да држава, без обзира што одговара за штету коју он проузрочи нема право регреса од непосредног штетника (запосленика ФИНЕ), јер он није њезин службеник нити намјештеник, па се на њега не примјењују одредбе о праву регреса државе према истима.²⁹ Како смо уводно навели, ЗФА изричито прописује да запосленици ФИНЕ нису државни службеници ни намјештеници (чл. 22. ЗФА), додуше, с циљем даљњег одређења да се на њихов правни положај примјењују опћи прописи о раду и колективни уговор, дакле одређивања њиховог радноправног статуса. Ипак, сматрамо да је за непосредног штетника који штету проузрочи намјерно или из крајње непажње „довољно“ да право регреса има његов послодавац, у овом случају ФИНА.

Изричито прописивање да ФИНА одговара на темељу претпостављене кривње, очито је инспирирано жељом да се отклони могућност тумачења исте као објективне одговорности. Та би врста одговорности дошла у питање и уз примјену опћих правила (ако није другачије прописано, одговара се на темељу претпостављене кривње),³⁰ али је законодавац имао потребу спријечити могуће дилеме које се, када је у питању одговорност државе за штету, у хрватском праву редовито јављају.³¹ Наиме, ако сама ФИНА одговара на темељу претпостављене кривње, јасно је да ни одговорност државе (иако врло неспретно прописана), неће бити строжа, тј. није објективна.³²

3.1.2. Проведба оврхе на новчаним средствима

Оврху на новчаним средствима проводе ФИНА, Хрватска народна банка и банке (чл. 2. Закона о provedби оврхе на новчаним средствима).³³ ФИНА у електроничком облику води Очеvidник редослиједа основа за плаћање (даље: Очеvidник) у који основе за плаћање уписује према тренутку њихова примитка (датум, сат, минута) (чл. 6. ЗПОНС). Она даје налог банкама за извршење основа за плаћање редослиједом којим су уписане у Очеvidник ако другим законом није другачије прописано (чл. 7. ЗПОНС). Начин и поступак извршења основа за

²⁹ Супротно види: Ернст Х., Михелчић, Г., *нав. чланак*, стр. 932.

³⁰ Чл. 1045. ст. 1. ЗОО.

³¹ Више види: Буковац Пувача, М., Жунић Ковачевић, Н., *Проблем темеља одговорности државе за штету проузрочену незаконитим и неправилним радом њених тијела*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, в. 32, бр. 1, стр. 271-295.

³² Ипак се не може избјећи успоредба ове одговорности с одговорношћу државе за вођење земљишних књига, за коју је прописана објективна одговорност државе одредбама Закона о земљишним књигама (НН 91/1996, 68/1998, 137/1999, 114/2001, 100/2004, 107/2007, 152/2008, 126/2010, 55/2013, 60/2013), па је заправо за врло сличне штете, оне у свези вођења јавних уписника, прописана различита врста одговорности.

³³ НН 91/2010 и 112/2012 (даље: ЗПОНС)

плаћање, као и друга важна питања provedбе ове оврхе прописују како одредбе самог ЗПОНСа, тако и низ подзаконских аката.³⁴

ФИНА има обвезу чувати основе за плаћање 11 година након истека године у којој је она извршена, у изворном облику или на другом прикладном медију (чл. 20. ст. 1. ЗПОНС), док је сам Очевидник дужна чувати трајно (чл. 20. ст. 3. ЗПОНС). Дужна је примјењивати одговарајуће мјере информацијске сигурности за заштиту информацијског сустава и података од неовлаштеног кориштења, измјена и губитка, а које су то мјере прописује сама својим актом (чл. 20. ст. 4. и 5. ЗПОНС). Ово је заиста занимљиво рјешење према којем си сама ФИНА прописује мјере које мора примјењивати, а из примјене, односно непримјене којих може настати штета.

ФИНА води и Јединствени регистар рачуна, електроничку базу података која садржи рачуне пословних субјеката, грађана, Републике Хрватске, јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе, Хрватске народне банке, банака, стамбених штедионица и кредитних унија (чл. 22. ст. 1.-3. ЗПОНС). Осигурава увид у јавне податке из Јединственог регистра рачуна док оне који нису јавни (а то су они који се односе на грађане) даје на темељу писаног захтјева суда или другог надлежног тијела (чл. 23. ЗПОНС). Изричито је прописано да ФИНА одговара за истовјетност података у том регистру с подацима које јој достављају Хрватска народна банка, банке, стамбене штедионице и кредитне уније, док су оне одговорне за њихову тачност и редовитост њихове доставе у регистар (чл. 24. ст. 1. и 2. ЗПОНС).

У чл. 27. ЗПОНСа наведени су прекршаји ФИНЕ и казна за исте.³⁵ Као прекршајна дјела врло детаљно су пописана одступања од обвеза и правила њиховог извршавања која за ФИНУ прописује тај закон. Будући да из сваког од наведених прекршаја може одређеном субјекту настати штета, овај подужи попис прекршајних дјела ФИНЕ истовремено представља и попис њених могућих штетних радњи: неуписивање основе за плаћање у Очевидник према тренутку (датуму, сату и минути) примитка, неизвршење основа према редослиједу уписа у Очевидник и на прописан начин, неналагање банци извршења налога у висини потребној за извршење основе за плаћање, небрисање ознаке блокаде након извршења основе, односно небрисање забране располагања ороченим новчаним средствима, неосигуравање техничких увјета за размјену налога и података итд.

Без обзира на све наведено о прекршајној одговорности и одговорности за штету која из таквих радњи, односно пропуста ФИНЕ настане, у пракси су се као највећи проблем показале provedбе оврхе на новчаним средствима на темељу кривотворених основа за плаћање. Честе су објаве у медијима о тзв. лажним оврхама, којима су одређени (често изузетно високи) новчани износи „скинути“ с

³⁴ Тренутно се уз овај закон примјењује чак 7 правилника.

³⁵ За ФИНУ је распон новчане казне прописан у износу од 100 – 500 тисућа куна, док је за одговорну особу у ФИНИ распон те казне 20 -50 тисућа куна (чл. 27. ст. 1. и 2).

рачуна на темељу кривотворене документације. Последња од њих је била „Преко ФИНЕ изведена једна од највећих превара у повијести Хрватске – лажним оврхама двије твртке опљачкане за 50 мил. куна“.³⁶ Због поступака који се воде пред надлежним тијелима, сама ФИНА није смјела износити појединости случаја, али је потврдила да је у раздобљу од 1. до 4. травња 2016. дошло до покушаја наведеног казног дјела. У свом је реагирању ФИНА истакнула да још од 2011. године безуспјешно упозорава надлежна министарства на могућности злоупотребе сустава provedбе оврхе и предлаже измјене закона које би ризик од истих свеле на најмању могућу мјеру.

Из објављене документације за набаву услуга осигурања од професионалне одговорности за штете које могу настати због примитка кривотворених основа за плаћање³⁷ јасно је да је ФИНА итекако свјесна своје могуће одговорности у оваквим случајевима. У подацима за израду понуде ФИНА износи занимљиве податке о томе да је у 4 године обављања дјелатности присилне наплате донесена само једна правоћна пресуда којом је тужбени захтјев против ФИНЕ усвојен као основан, на укупан износ главнице, трошкова и камата од 85.478,12 кн, склопљена једна нагодба на износ од 187.030,42 кн, док су три тужбена захтјева правоћно одбијена.³⁸

3.1.3. Послови према Овршном закону

И у поступцима оврхе на некретнинама ФИНА има врло значајну улогу, посебно изражену неким рјешењима Овршног закона³⁹ која су у примјени од 1.1.2015. Она на захтјев суда⁴⁰ проводи продају некретнина,⁴¹ а на њен се рад на одговарајући начин примјењују одредбе о раду судског овршитеља (чл. 95.а ст. 1. и 3.). Продаја некретнине се обавља електроничком јавном дражбом, за коју се позив на судјеловање и одговарајуће исправе објављују на мрежним страницама ФИНЕ (чл. 97. ст. 1-3. ОЗ). Електроничка јавна дражба, за коју је искључиво надлежна ФИНА, један је од два могућа начина продаје и уновчења некретнине

³⁶ Наведено под наводницима је наслов како га је у свом реагирању од 7. травња 2016. навела сама ФИНА (види: <http://www.fina.hr/Default.aspx?art=12020>), а у хрватским се медијима о наведеним случајевима писало под сличним насловима.

³⁷ Пуни назив документа је: Техничка документација за набаву услуга осигурања од професионалне одговорности за штете настале тијekom обављања послова provedбе оврхе на новчаним средствима с проширењем покрића на штете које Финансијској агенцији могу настати због примитка основа за плаћање за које се накнадно утврди да су кривотворене, а објављена је у српњу 2015. године, www.fina.hr/fgs.axd?id=15153 (даље: Техничка документација).

³⁸ Техничка документација, стр. 8.-9.

³⁹ НН 112/2012, 25/2013 и 93/2014 (даље: ОЗ)

⁴⁰ Облик и садржај захтјева за продају прописани су Правилником о начину и поступку продаје некретнина и покретнина у овршном поступку (НН 156/2014, даље: ПНПП).

⁴¹ Детаљно уређење самог поступка продаје садрже чл. 132.а-132.и. ОЗ, као и сам ПНПП.

као предмета оврхе. Други је начин продаја непосредном погодбом која се може обавити преко особе овлаштене за промет некретнина, судскога овршитеља, јавнога билежника или на други начин, споразумију ли се о таквом начину продаје странке, заложни вјеровници и носитељи особних служности и стварних терета који престају продајом некретнине најкасније до продаје некретнине на јавној дражби (чл. 97. ст. 6. ОЗ).⁴²

Захтјев за продају и остала писмена у поступку продаје некретнина достављају се регионалним центрима ФИНЕ (чл. 132.а ОЗ). Сва писмена (позиви, обавијести, захтјеви) која је потребно објавити објављују се на мрежним страницама ФИНЕ, те се сматра да су достављена свим особама на која се односе истеком 8 дана од њихове објаве, а могућност увида у јавне објаве ФИНА је дужна осигурати у свим пословним јединицама (чл. 132.б ОЗ).

ФИНА је за продају некретнине дужна отворити посебне рачуне код пословне банке на које ће се полагати јамчевине и куповнине, податке о којима је дужна објавити на својој интернетској страници. На темељу налога суда без одгоде је дужна извршити пријенос новчаних средстава с тих рачуна (чл. 132.ц ОЗ). Агенција има право на накнаду трошкова у свези продаје некретнине те на својим мрежним страницама објављује позив на уплату предујма за покриће истих (чл. 132.д ОЗ). У самом поступку електроничке јавне дражбе могу судјеловати само особе које су претходно дале јамчевину (уплатиле је на посебан рачун) и поднијеле пријаву за судјеловање након које им је ФИНА додијелила и доставила идентификаторе под којима су овлаштене анонимно судјеловати у електроничкој дражби (чл. 132. е, ст. 1.-3. ОЗ).

ФИНА води и очевидник некретнина (свих) и покретнина (ако је њихова процијења вриједност већа од 50.000, 00 кн) које се продају у овршном поступку (чл. 169. ОЗ) и дужна је у њега без одгоде уписивати прописане податке (чл. 170. ст. 2. ОЗ).

На одговорност ФИНЕ (и банке) за штету коју је због непоступања по рјешењу о оврси, задужници или захтјеву за изравну наплату, претрпио оврховодитељ, примјењују се на одговарајући начин одредбе о одговорности послодавца за пропуштену обуставу и исплату доспјелих оброка из чл. 201. ОЗа (чл. 213. ОЗ).

3.2. Послови ФИНЕ у стечајном и предстечајном поступку

За приказ улоге ФИНЕ, а тиме и њене могуће одговорности за штету, у стечајним и предстечајним поступцима, обрадит ћемо важеће уређење истих, односно нови Стечајни закон,⁴³ свјесно занемаривши слабости и недостатке које

⁴² Више о начинима продаје некретнине као предмета оврхе види: Михелчић, Г., *Коментар Овршног закона*, Загреб, 2015, стр. 426-428.

⁴³ НН 71/2015 (даље: СЗ).

је показала трогодишња примјена Закона о финансијском пословању и предстечајној нагодби,⁴⁴ у којој је ФИНА имала значајну улогу. Задње промјене тога закона јесу оне које је СЗ донио управо с циљем уклањања уочених недостатака.⁴⁵

СЗ изричито прописује да је ФИНА одговорна за штету уколико на захтјев вјеровника или дужника не изда или не изда без одгоде потврду којом се доказује постојање пријетеће неспособности за плаћање дужника,⁴⁶ као предстечајни разлог (чл. 4. ст. 3. СЗ), односно потврду којом се доказује неспособност⁴⁷ за плаћање као стечајни разлог (чл. 6. ст. 4. СЗ).

Чл. 4. ст. 3. и чл. 6. ст. 4. СЗ спадају у ријетке законске одредбе гдје се изричито спомиње одговорност ФИНЕ за штету, што наравно не значи да и у другим случајева неизвршења обвеза или неуредног извршења обвеза ФИНА не одговара за штету која због тога настане. Тако, нпр. чл. 6. ст. 3. СЗ прописује да намирење тражбина (у којем случају се неће сматрати да је дужник неспособан за плаћање, односно неће се примијенити ст. 2. истога чланка) дужник може доказивати само јавном или јавно овјеровљеном исправом или потврдом ФИНЕ. Не видимо разлог да ФИНА у случају неиздавања ове потврде не одговара за штету коју због тога дужник може претрпјети на једнак начин као и за наведене двије потврде за које је одговорност изричито прописана.

У предстечајном поступку, вјеровници дужника подносе надлежној јединици ФИНЕ пријаву тражбине на прописаном обрасцу и прописаног садржаја (чл. 36. ст. 1. СЗ), уз коју прилажу исправе из којих та тражбина произлази односно које је доказују, а могу приложити и попуњени образац за гласовање о плану реструктурирања (чл. 36. ст. 2. и 4. СЗ). Очитовање о пријављеним тражбинама, као и оспоравање пријављених тражбина подносе се надлежној јединици ФИНЕ у прописаном обрасцу и прописаног садржаја (чл. 41. ст. 2., чл. 42. ст. 2. СЗ).

ФИНА је дужна на прописаном обрасцу саставити таблицу пријављених и таблицу оспорених тражбина (чл. 43. ст. 1. СЗ).⁴⁸ На мрежној страници е-Огласна

⁴⁴ НН 108/2012, 81/2013, 112/2013, 78/2015, 71/2015 (даље: ЗФППН)

⁴⁵ Престанак важења одредби које се односе на предстечајне нагодбе и финансијско реструктурирање (чл. 1. точ. 3, чл. 3. точ. 10, 11, 12, 14, и 15, чл. 17. ст. 7, чл. 18 – 86; чл. 88. ст. 1. точ. 3 – 6. те у чл. 86.ц ст. 2. ријечи: „те покретања и provedбе поступка предстечајне нагодбе“, а у чл. 88. ст. 1. точ. 2. ријечи: „и чланка 69.“). Хоће ли, када, тко и под којим претпоставкама одговарати за штету која је предстечајним нагодбама проузрочена појединим субјектима, тек предстоји да видимо. Овај проблем, јасно, треба сагледати у контексту који значајно прелази питање саме одштетне одговорности, па је оправдано очекивати да могући оштећеници прије постављања било каквог захтјева за накнаду штете сачекају коначне одлуке других надлежних тијела који би утврдили постојање протуправног поступања појединих судионика тих процеса.

⁴⁶ Пријетећа неспособност за плаћање дефинирана је чл. 4. ст. 2. подст. 1. СЗ.

⁴⁷ Неспособност за плаћање дефинирана је чл. 6. ст. 2. СЗ.

⁴⁸ Садржај таблице прописује чл. 43. ст. 2. СЗ.

плоча судова, ФИНА је дужна у року од три дана од истека рока за пријаву тражбина објавити таблицу пријављених тражбина, у року од три дана од истека рока за очитовање о тражбинама, објавити очитовање о пријављеним тражбинама, те у року од три дана од дана истека рока за оспоравање тражбина, таблицу оспорених тражбина (чл. 43. ст. 4. СЗ). Уколико пријаве, очитовање о пријавама или оспоравања тражбина буду примјени након истека наведеног рока, ФИНА је дужна допунити односне таблице и објавити их првог дана након примитка (чл. 43. ст. 5. СЗ). Цјелокупну документацију коју прими, ФИНА је дужна у року од три дана од истека рока за оспоравање тражбина у папирнатом облику доставити суду, а накнадно примљену документацију мора доставити најкасније првог дана након примитка (чл. 43. ст. 6. СЗ). Све док је не достави суду, ФИНА је дужна у цјелокупну примљену документацију омогућити увид и дужнику и вјеровнику (чл. 43. ст. 7. СЗ)

Рад ФИНЕ надзире суд (чл. 22. ст. 3. СЗ) и овлаштен је у свако доба дати упуте, затражити обавијести или извјешћа ФИНЕ о подузимању радњи у поступку (чл. 45. ст. 1. СЗ). Ако она не подузима радње у поступку у складу с одредбама СЗ-а суд је може казнити новчаном казном до 50.000 кн (чл. 45. ст. 2. СЗ). Чињеница да би у одређеној ситуацији ФИНА била кажњена од стране суда, јасно би олакшала положај потенцијалног оштећеника, јер би протуправност као претпоставка одговорности била већ утврђена таквом одлуком.

СЗ детаљно прописује обвезе ФИНЕ, односно начин њеног поступања с основама за плаћање након отварања предстечајног поступка (чл. 69. СЗ), након обуставе предстечајног поступка (чл. 70. СЗ), те након правомоћности рјешења о потврди предстечајног споразума (чл. 71. СЗ). За повреду сваке од тамо наведених обвеза, односно не поступање у складу с наведеним одредбама, ФИНА одговара за штету.

ФИНА је дужна поднијети приједлог за отварање стечајног поступка ако правна особа има у Очеvidнику редослиједа основа за плаћање евидентиране неизвршене основе за плаћање у непрекинутом раздобљу од 120 дана и то у року 8 дана од истека тога раздобља, осим ако су испуњене претпоставке за поведбу скраћенога стечајног поступка (чл. 110. ст. 1. СЗ), када је у истоме року⁴⁹ дужна поднијети захтјев за provedбу тога поступка (чл. 429. ст. 1. СЗ).

Приједлог за отварање стечајног поступка дужне су без одгоде поднијети и друге особе из чл. 110. ст. 2. СЗ⁵⁰, за које је у чл. 110. ст. 3. СЗ изричито

⁴⁹ Изнимке од наведеног рока, тј. низ посебних рокова који се примјењују на правне особе за које на дан ступања на снагу СЗ-а постоји стечајни разлог прописани су у чл. 444. СЗ-а.

⁵⁰ Чл. 110. ст. 2. СЗ: Приједлог за отварање стечајнога поступка дужни су без одгоде, а најкасније 21 дан од дана настанка стечајнога разлога поднијети: особа овлаштена за заступање дужника по закону, члан управнога одбора дионичкога друштва, ликвидатор, члан надзорнога одбора дужника, ако нема особа овлашћених за заступање дужника по закону, ако јој је могло бити познато постојање стечајнога разлога и непостојање особа

прописано да особно одговарају вјеровницима за штету коју су им проузрочили пропустом своје дужности утврђене том одредбом.

Иако њена одговорност за наведени пропуст није изричито прописана, наравно да и ФИНА одговара вјеровницима за штету коју им тиме проузрочи.

И у дијелу активности ФИНЕ према Стечајном закону не недостаје медијских објава којима се ФИНУ прозива за неправилан или незаконит рад. ФИНА зато често објављује демантије⁵¹ различитих чланака којима се настоји оборити од таквих медијских напада. О томе подузима ли и још неке кораке у том смислу, будући да се таквим објавама, у случајевима када је ФИНА поступала у складу са законом, врше повреде права личности саме ФИНЕ, немамо доступних података.

3.3. Послови ФИНЕ у стечају потрошача

Циљ Закона о стечају потрошача⁵² је поштеног⁵³ потрошача ослободити обвеза које преостану након што његова имовина буде уновчена и тако прикупљена средства расподељена вјеровницима (чл. 2. ст. 1. ЗСП). Прије покретања поступка стечаја потрошача посредник у савјетовалишту проводи извансудски поступак ради склапања извансудског споразума између потрошача и вјеровника (чл. 8. и чл. 9. ст. 1. ЗСП). Савјетовалишта су устројствене јединице ФИНЕ, те друге особе које ће добити дозволу за обављање послова савјетовалишта,⁵⁴ а посредници су дјелатници ФИНЕ и друге физичке особе које добију дозволу за обављање послова посредника⁵⁵ (чл. 10. ст. 1. ЗСП). Изричито је прописана обвеза посредника да особиту пажњу посвети заштити потрошача

овлаштених за заступање по закону, члан друштва с ограниченом одговорношћу ако дужник нема надзорни одбор, а нема особа овлаштених за заступање дужника по закону, ако јој је могло бити познато постојање стечајнога разлога и непостојање особа овлаштених за заступање по закону.

⁵¹ Нпр., 4. травња 2016. објављен је Деманти чланка: “Нисам блокиран, то је гаф службеника ФИНЕ“ (<http://www.fina.hr/Default.aspx?art=12016>), неколико дана раније, 29. ожујка 2016., објављено је Реагирање на медијске натписе на тему брисања твртке Бегић д.о.о. из уписа судског регистра (<http://www.fina.hr/Default.aspx?art=12010>).

⁵² НН бр. 100/15, на снази од 01.01.2016., даље: ЗСП.

⁵³ Поштење потрошача суд утврђује с обзиром на његово понашање прије покретања приједлога за отварање поступка, тијekom поступка и тијekom раздобља провјере (чл. 2. ст. 2. ЗСП).

⁵⁴ Правилником о увјетима за добивање дозволе за обављање послова савјетовалишта и начину рада савјетовалишта (НН 2/2016) прописано је које јединице ФИНЕ обављају послове савјетништва (њих 21 на подручју Републике Хрватске).

⁵⁵ Увјети за добивање те дозволе и начин рада савјетовалишта регулирани су Правилником о увјетима за добивање дозволе за обављање послова посредника (НН 3/2016)

као слабије стране у правном односу⁵⁶ и поступа на начин на који осигурава заштиту особног и обитељског живота, достојанства, угледа и части потрошача (чл. 10. ст. 2. ЗСП). С особним подацима посредник је дужан поступати у складу с одредбама посебног прописа којим је заштита особних података уређена (чл. 10. ст. 3. ЗСП).

Посредник је овлаштен и дужан код тијела или особа које воде одговарајуће јавне књиге, регистре, уписнике и очевиднике провјерити податке из пописа имовине и обвеза потрошача који је дужан⁵⁷ тај попис доставити савјетовалишту (чл. 14. ст. 1. ЗСП). Ако се утврди да су подаци непотпуни или неточни, посредник мора позвати потрошача да их допуни или исправи, а уколико овај то не учини, неће се сматрати поштеним потрошачем, а посредник је обавезан упозорити вјеровнике на непотпуност или неточност података и о томе на попису имовине и обвеза ставити биљешку (чл. 14. ст. 3.-5. ЗСП).

Савјетовалиште објављује позив за судјеловање на мрежној страници ФИНЕ. То је дужно учинити без одгоде, након уплате предумја трошкова⁵⁸ и састављања плана испуњења обвеза. Достава позива се тиме (објавом на мрежној страници ФИНЕ) сматра обављеном (чл. 16. ст. 1. ЗСП). Вјеровници се позивају да у одређено вријеме приступе савјетовалишту ради одржавања састанка, који се може сазвати најраније 30 дана од објаве позива за судјеловање (чл. 16. ст. 2. ЗСП). Савјетовалиште је дужно упозорити потрошача да се позив не доставља особно вјеровницима те да их и он особно може обавијестити о мјесту и времену састанка (чл. 16. ст. 5. ЗСП). План испуњења обвеза се подноси на прописаном обрасцу, а на захтјев потрошача посредник је дужан пружити му стручну помоћ за његово састављање (чл. 17. ЗСП).

Извансудски поступак може трајати најдуже 30 дана од дана састанка наведеног у позиву за судјеловање, изнимно се може продужити за још толико ако постоји могућност склапања извансудског споразума између потрошача и свих вјеровника или ако су потрошач и сви његови вјеровници сугласни да се продужи (чл. 18. ЗСП). Истеком наведених рокова савјетовалиште издаје потврду да покушај склапања извансудског споразума није успио, а што је процесна претпоставка за покретање стечајног поступка (чл. 44. ст. 3. ЗСП). Од тренутка њена издавања почиње течи и рок у којем потрошач може поднијети приједлог за његово покретање (3 мјесеца од издавања), чл. 44. ст. 2. ЗСП.

⁵⁶ Ову одредбу, сматрамо, требало би тумачити у смислу да када је потрошач слабија страна у односу треба посветити особиту пажњу његовој заштити, а не као претпоставку да је потрошач увијек слабија страна у правном односу, посебно не стога што је појам потрошача прилично широко одређен овим законом (види чл. 4. ст. 2. и 3. ЗСП).

⁵⁷ Види чл. 12. и 13. ЗСП.

⁵⁸ Из положеног предумја намирују се трошкови извансудског поступка, уплаћује га подносилац захтјева, а ако је то потрошач, он се може ослободити те обвезе према правилима о бесплатној правној помоћи (чл. 15. ЗСП).

Будући да су наведена правила у примјени тек од 1. сижечња ове године, треба рећи да је још релативно рано за закључке о проблемима који би се у тој примјени могли јавити. Улога ФИНЕ у поступку стечаја потрошача концентрирана је на извансудски поступак, који му претходи и обвезно се проводи, без обзира што у конкретном случају може бити јасно да до извансудског споразума неће доћи. Пословнице ФИНЕ као савјетовалишта, а њени дјелатници као посредници, бити ће у прилици да својим неправилним или незаконитим радом проузроче штету како самом потрошачу, тако и његовим вјеровницима. За њу ће, уз ФИНУ, солидарно одговарати и држава, која јој је послове савјетовања потрошача и посредовања између њега и његових вјеровника повјерила.

4. Одговорност Републике Хрватске за штету коју је проузрочила ФИНА незаконитим или неправилним радом при обављању повјерених јој послова с јавним овластима

У свим пословима које је прењела на ФИНУ и у којима ФИНА наступа као правна особа с јавним овластима, за штету која настане њеним незаконитим или неправилним радом, уз ФИНУ солидарно одговара и држава. То је изричито прописано само у ЗУСЈО, али се, примјеном опћих правила о одговорности државе за штету не може доћи до другог закључка. Питање одговорности државе за штету⁵⁹ у хрватском је праву већ дуже времена спорно, при чему већ при основном питању, врсте (темеља) одговорности, долази до различитих тумачења у правној теорији и стајалишта заузетих у судској пракси. Ово, заправо не чуди, јер је одговорност државе за штету једно од најсложенијих правних питања у већини поредбених сустава.⁶⁰ Будући да до сада није било спорно да се у хрватском праву на државу примјењује опћи грађанскоправни институт одговорности за штету према којем је одговорност на темељу пресумиране кривње правило, а објективна одговорност изузетак, закључујемо да држава у правилу одговара на темељу кривње, а да случајеви објективне одговорности државе морају бити посебно прописани, осим уколико се не ради о одговорности за опасну ствар или дјелатност (када се примјењују опћа правила о тој

⁵⁹ Опћенито о одговорности државе за штету види: Црнић, И., *Одговорност државе за штету*, Загреб, 2010.

⁶⁰ Колико је то сложено питање свједочи и чињеница да се оно изоставља у сваком покушају налажења заједничких начела и/или правила одговорности за штету у еуропским државама. Тако се одговорношћу јавних тијела не баве ни *PETL (Principles of European Tort Law)*, ни *DCFR (Draft Common Frame of References)*, који у чл. VI.-7:103, изричито наводи да се не односи на одговорност особа или тијела која произлази из радњи или пропуста у обављању јавноправних функција или тијekom судских поступака.

одговорности из чл. 1063.-1067. ЗОО-а и када држава одговара према правилима објективне одговорности за штету).

Будући да се послови ФИНЕ које јој је држава пренијела, тешко могу сматрати опасним дјелатностима, говорећи о одговорности државе за незаконит или неправилан рад ФИНЕ, мора се закључити да је то одговорност на темељу кривње, будући да нити један анализиран пропис не прописује објективну одговорности нити ФИНЕ нити државе, а једини који уопће спомиње врсту одговорности и солидарну одговорност државе (ЗУСЈО) изричито прописује ону на темељу претпостављене кривње.

5. Закључне напомене

ФИНА је одавно „прерасла“ улогу коју су у држави имали њени претходници, Завод за платни промет односно некадашња Служба друштвеног књиговодства. За државу и друге јавноправне субјекте обавља низ послова информатичко-техничке подршке различитим суставима (регистрима), прикупљања, обраде, доставе и објаве података статистичке и финансијске природе, вођења регистара, евиденција, збирки података и сл. Обавља и низ комерцијалних дјелатности пружања услуга грађанима и правним особама. За све услуге које пружа, односно има право пружати, одговара за штету која при том настане корисницима тих услуга, али и трећим особама.

Држава је тијekom посљедњих неколико година све више својих послова додјелјивала ФИНИ, а посебно оних у поступцима осигурања тражбина и оврхе, поступку стечаја, а од ове године и стечаја потрошача. За нека су се подручја дјеловања ФИНЕ у пракси већ јасно показале слабости сустава, посебно када је у питању provedба оврхе на новчаним средствима (оврхе на темељу кривотворених основа за плаћање), док за најновије измјене тек предстоји да видимо хоће ли и се и који дијелови њихове provedбе показати проблематичним. Иако је то изричито наведено само у једном пропису (ЗУСЈО) и то одредбом врло необичне конструкције (чл. 5. ст. 2. ЗУСЈО), неспорним сматрамо да је за штету која настане због незаконитог или неправилног рада ФИНЕ солидарно одговорна и држава.

С обзиром на опће стање презадужености грађана и правних особа у Републици Хрватској, не чуди да је због судјеловања у „непопуларним“ поступцима попут оврхе и стечаја, ФИНА у јавност дошла на „лош глас“. Иако немају своје судске епилоге, због чега случајеве у којима се ФИНА прозива за незаконито и неправилно поступање треба узети с дозом опреза, не смије се занемарити чињеница да очито постоје слабе тачке у уређену појединих поступака у којима ФИНА судјелује. Зато би држава (тј. законодавац) озбиљно требала узети у обзир упозорења на слабости на које сама ФИНА упозорава и њене приједлоге за измјену прописа.

*Maja Bukovac Puvača, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Rijeka*

LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY FINANCIAL AGENCY (FINA)

Summary

Financial Agency (FINA) acts as a utility service for all legal entities in the Republic of Croatia. It is outside of the state administration system but the state has transferred to it some activities in which FINA has public authority. Throughout time, the scope of FINA's activities and its role in the functioning of the state has increased significantly. With recent legislative changes, FINA has received very important tasks in security and enforcement proceedings, bankruptcy, pre-bankruptcy proceedings and bankruptcy of consumer proceedings. In all its activities, both those of providing service and those where it acts with public authority, FINA is exposed to the possibility that its actions cause damage to a large number of natural and legal persons. According to the rules of contractual liability, FINA is liable to its service users for the damage, which might occur due to a violation of a contract. It is also liable for all damage caused to third parties. For damage caused by FINA in activities with public authorities, the state is jointly and severally liable. The author highlights the fact that some weaknesses in the system have already been noticed in some of the areas where FINA operates with public authorities, especially in the implementation of enforcement on accounts. For the majority of the "new" tasks, which FINA has received and begun to perform, it is too early to state the same because these rules are relatively new in application.

Key words: *Financial Agency, services, damage, liability, public authority, enforcement, bankruptcy.*

Литература

- Буковац Пувача, М., Слакопер, З., Беланић Л., Обвезно право, Посебни дио II, Извануговорни обвезни односи, Нови информатор, Загреб, 2015., стр. 195.-197.
Буковац Пувача, М., Жунић Ковачевић, Н., Проблем темеља одговорности државе за штету проузрочену незаконитим и неправилним радом њених тијела, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, в. 32., бр. 1, стр. 271.-295.

Зборник радова „Услуге и заштита корисника“, Крагујевац, 2016.

Ернст Х., Михелчић, Г., Одштетноправна заштита због неодговарајуће услуге приватноправних регистара у хрватском праву, Зборник: Услужно право, Крагујевац, 2013.

Михелчић, Г., Коментар Овршног закона, Загреб, 2015.

Прописи:

Стечајни закон, НН 71/2015

Закон о финансијској агенцији, НН 117/2001, 60/2004 и 42/2005

Уредба о утврђивању послова из чланка 4.а и 4.ц Закона о Финансијској агенцији, НН 98/2005, 106/2012

Закон о обвезним односима НН 35/2005, 41/2008, 125/2011 и 78/2015

Закон о суставу државне управе, НН 159/2011, 12/2013

Закон о Уписнику судских и јавнобилежничких осигурања тражбина вјеровника на покретним стварима и правима, НН 121/2005

Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби, НН 108/2012, 81/2013, 112/2013, 78/2015, 71/2015

Закон о стечају потрошача, НН 100/2015

*Др Зоран Илкић, правни заступник у штетама
ДДОР Нови Сад*

УДК: 368.2

СИСТЕМИ И КРИТЕРИЈУМИ КОНТРОЛЕ УСЛОВА ОСИГУРАЊА

Резиме

Предмет овог рада је анализа услова осигурања, као низа клаузула којима осигуравач дефинише типизирани садржај великог броја појединачних уговора, које ће закључити са унапред неодређеним корисницима услуга осигурања. Истраживање је прецизирано на њихову контролу од стране друштва и државе, а пре свега, на различите системе и начине на које она може да се спроводи. Циљ контроле над анекским деловима уговора о осигурању није да се привредна иницијатива осигуравача потискује, већ само да се ограничи на меру подобну за општеприхваћеност, како би се заштитила правна и фактичка позиција економски и искуствено слабије уговорне стране. Као кључно питање, од кога зависи и ефикасност надзора над коректношћу појединих уговорних одредби и приступ овој проблематици, јесу критеријуми по којима ће се ова контрола вршити. Имајући у виду значај која предметна проблематика има за уговараче осигурања, осигуранике и трећа оштећена лица, аутор је указао на три најважнија: начело савесности и поштења, добре пословне обичаје и правичност.

***Кључне речи:** услови осигурања, критеријуми, контрола, клаузуле, правичност.*

1. Увод

Онај који злоупотребљава слободу коју му је дало право, поступа не само супротно друштвеним нормама, већ и противправно. Његови поступци не смеју добити правну заштиту. Управо због тога, што су се развили захваљујући широкој иницијативи осигуравајућих компанија и њихових удружења, и што су прописи дозволили такав развој, држава настоји да реализује контролу услова осигурања на начин на који се остварује слобода закључења уговора.

Будући да услови осигурања, као анексни делови уговора о осигурању, могу, по корисника осигурања, садржавати различите неповољне клаузуле, законодавци у разним земљама теже да спрече да њихово дејство доведе слабију уговорну страну у инфериорнији положај и неосновано лошију процесну

позицију.¹ Тако, у Немачкој, законодавац је прописао посебна правила у појединим областима осигурања (здравственом, животном, осигурању од неспособности обављања професионалне делатности) у вези са изменама, допунама и прилагођавањем општих услова осигурања (§ 164, 176, 203 VVG),² како би се избегла могућност непуноважности појединих уговорних одредаба. Француски законодавац обавезао је осигуравача да, пре закључења уговора, осигуранику у писменој форми достави информацију о цени покрића, нацрт уговора и његове анексе или писмену информацију о уговору која прецизно описује бенефиције и искључења, обавезе осигураника, информацију о меродавном праву уговора, процедурама за остваривање одштетног захтева, околностима у којима може покренути судски спор и адреси седишта огранка које преговара с њим.³

Закон о заштити потрошача Републике Србије,⁴ који се односи и на кориснике услуга осигурања, прописује читав низ уговорних одредби које се увек сматрају неправичним, као и оне за које се претпоставља да су неправичне, осим ако се не докаже другачије (чл. 44-45). Укратко би се могло закључити, да се неправичном сматра одредба уговора која за последицу има значајну несразмеру у обавезама уговорника на штету потрошача, околност да извршење уговорне одредбе оптерећује потрошача без оправданог разлога или да се извршење уговора значајно разликује од корисникових оправданих очекивања, повређивање захтева јавности у поступању трговца или начела савесности и поштења.⁵

Императив прекидања распрострањене примене непоштених клаузула свих врста захтева њихово уклањање са тржишта, применом расположивих правних средстава која се осликавају у адекватној примени закона, судској и управној контроли, као и у „саморегулацији“ тржишта.⁶ Будући да се пословање друштва за осигурање заснива углавном на условима осигурања, држава и друштво настоје да на различите начине обезбеде себи увид у делатност оних који их састављају. Овај увид обезбеђује се, у већој или мањој мери, на четири начина: 1) подношењем услова осигурања на претходно или накнадно одобрење неком органу кога, у том смислу, одреди држава; 2) давањем овлашћења судовима да утврђују да ли је у конкретном случају, и у којој мери, прекорачена граница

¹ Илкић, З., *Дејство акцесорних услова осигурања*, Гласник АКВ, бр. 372011, стр. 152 - 154.

² Закон о уговорима о осигурању (Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 /BGB1. I S. 2631/, das durch Artikel 15 des Gesetzes vom 19. Februar 2016 /BGB1. I S. 254/ geändert worden ist).

³ Законик о осигурању (Code des Assurances), Део I, Књига I – Уговор, Арт. 112 - 2.

⁴ „Службени гласник РС“ бр. 62/2014.

⁵ Иванчевић, К., *Увод у потрошачко право*, Београд, 2014, стр. 78.

⁶ Tarasiuk-Flodrowska, A., *Клаузуле злоупотребе у потрошачким уговорима и уговору о осигурању – Најновији трендови у Европи*, Европска ревија за право осигурања, бр. 1/2014, стр. 24.

правичног регулисања узајамних права и обавеза уговорних страна;⁷ 3) аутономном контролом самих привредника (асоцијације које представљају привреднике супротних интереса споразумно формулишу услове осигурања усклађивањем интереса једних и других); и 4) контролом путем утицаја јавног мњења (услови осигурања морају бити јавно објављени).

Разумљиво је да су прва два облика контроле, која се спроводе путем државних органа, значајнија и делотворнија. У том погледу, могуће је уочити различите приступе.

2. Системи контроле

Постоје више дијаметрално различитих схватања о томе, на који начин треба спровести надзор над условима осигурања:

1) Садашњи енглески приступ је да све треба препустити тржишним силама, уз општу заштиту корисника од непоштених одредби. Сматра се да је у случају цене осигурања и одредби које дефинишу ризике сасвим прихватљиво да не постоји државна контрола.⁸ Суштина уговора о осигурању је да осигуравач утврђује цену на бази пакета ризика које је спреман да покрије. Корисници могу да процене ову цену и пакет ризика поређењем са оним што други осигуравачи имају да понуде. Избор потрошача би требало да регулише услуге које се стављају на располагање. При таквом ставу, могло би се рећи да нема потребе за тестом поштења. Међутим, овај сценарио постоји само уколико пакети ризика, које примењују разни осигуравачи, могу лако да се међусобно пореде. То налаже да одредбе буду одштампане словима пристојне величине и формулисане једноставним језиком. Ово такође налаже да уговори о осигурању буду структурирани на такав начин, да одредбе које дефинишу покривене ризике буду груписане заједно. Тиме се омогућава да се изврши јасно поређење између пакета покрића које нуде поједини осигуравачи. Ово не може да се спроведе, уколико су одредбе о дефинисању ризика разбацане по уговору између, или, можда, унутар одредби које се односе на процедурална питања. Уговор мора да буде рационално структуриран, тако да корисници осигурања могу одмах да идентификују важне одредбе о дефинисању ризика и да их упореде са онима које нуде други осигуравачи.

⁷ Пресуда Високог Трговачког суда Републике Хрватске, бр. 76. Рž-6527/09-5 од 28.01.2013.год., из образложења: „...Управо стога што опћи увјети вриједје за све и што се стога по свом значају приближавају опћим прописима, у односу на њих и на уговоре који се на темељу њих склапају, јаче је изражен јавни интерес за њиховом контролом, него што је то случај с другим уговорима чији садржај странке заједно споразумно утврђују индивидуалним преговарањем. Другим речима, за такве уговоре вриједје нешто другачија, строжа (заштитна) правила...“

⁸ Willett, Ch., Hird, N., *Consumer Protection in Insurance Contracts*, Consumer Protection in Financial Services (ed. Cartwright, P.), Kluwer Law International, London, 1999, стр. 220.

2) Други став, за који се залажу неки континентално-европски системи је, да се утврди стандардно покриће и минимум одговорности, тако да осигураници могу да одаберу осигуравача на основу цене услуга, додатно обезбеђеног покрића и свих осталих одлика понуђених услуга.⁹ Закон дозвољава осигуравачу да пружи мање од стандарда само уколико је осигураника о томе јасно писмено обавестио, или је осигураник знао или би се у датим околностима могло очекивати да је знао, да је осигуравач одговоран само за мањи износ или да одређени ризик није уопште покривен условима осигурања. Нпр., полиса осигурања моторних возила мора да покрије крађу или случајно оштећење возила или помоћног прибора, али одговорност може да буде искључена у погледу амортизације, хабања и корозије, када осигураник управља возилом под утицајем алкохола или дрога или када се возило користи у разним моторним спортовима. Овај модел уважава аспекте заштите потрошача стандардним покрићем, али подједнако штити осигураваче кроз прихватање постојања стандардних изузетака.

3) Према најраспрострањенијем схватању, због великог друштвеног значаја који уговори о осигурању имају, држава посебним, допунским нормама настоји да обезбеди да услови осигурања не могу да представљају злоупотребу на рачун корисника осигурања. Предмет контроле и надзора су општи акти друштва за осигурање, којима иста устројавају своје техничке, финансијске и правне елементе пословања, а пре свега, општи и посебни услови осигурања.

3. Контрола надзорног органа

У многим земљама принудним прописима захтева се, да се општи услови, пре него што почну да се користе, поднесу на увид и одобрење одређеном органу који врши надзор над делатношћу осигурања. Било да је ова контрола везана за издавање дозволе за рад или не, на овај начин надзорни орган добија увид у услове по којима такве компаније послују. Такође добија могућност да већ у тој фази интервенише и да издавање сагласности или одобрења услови исправљањем оних клаузула општих услова, које, по њему, нису у складу са прописима. Ова врста контроле претходи судској, постериорној, те се стога често сматра превентивном контролом.

Друштва за осигурање, углавном, имају обавезу да своје услове осигурања, пре њиховог коришћења, поднесу државном органу који је за то надлежан. У таквим случајевима, услови осигурања могу се користити тек по добијању

⁹ Ово је приступ за који се залагала и Комисија за реформу аустралијског Закона и који је садржан у Одељку 35. Закона о уговорима о осигурању у погледу следећих врста осигурања: моторних возила, кућа, покућства, болести и несрећног случаја, потрошачких кредита и путовања. О овоме: Birds, J., *Insurance Law Reform for the Benefit of the Consumer: Some Lessons from Australia*, наведена Consumer Protection in Financial Services, 1999, стр. 208 - 209.

дозволе, сагласности или одобрења. Овај систем прихваћен је и у Републици Србији. Према Закону о осигурању,¹⁰ надзор над оснивањем и пословањем осигуравајућих друштава спроводи Народна банка Србије. По слову Закона, она располаже веома разноврсним аспектима контроле над лицима која се баве делатношћу осигурања.¹¹ Један од њих, свакако значајан, је и надзор над актима пословне политике акционарског друштва за осигурање, како у фази прибављања дозволе за обављање послова осигурања, тако и у каснијем, текућем пословању.

У Европској унији укинута је обавеза осигуравајућих друштава да од надлежних органа траже одобрење за услове осигурања и тарифе премија, према којима спроводе послове осигурања, изузев у обавезним врстама осигурања.¹² У неким западним земљама се, ипак, спроводи контрола услова осигурања и у неким врстама добровољних осигурања на тај начин, што неки услови, да би могли бити примењени, подлежу одобрењу јавне власти. То се односи на опште услове осигурања живота и осигурање зараде радника. Осигурање живота, као добровољно осигурање, тамо је карактеристично и по томе, што је у њему основица за обрачун премија осигурања условљена одобрењем од стране надлежног органа јавне власти.

У готово свим земљама света одређени су општи критеријуми за интервенцију и успостављени посебни органи који остварују контролу. У највећем броју држава ову контролу спроводе специјални судови или институције (нпр., у земљама *Common law* система постоји Омбудсман осигурања).

4. Судска контрола

У највећем броју држава, судска контрола сматра се најпогоднијим и најбољим средством контроле. Стога је потребно размотрити да ли, и у којој мери, суд располаже довољно погодним средствима да ту своју мисију успешно обави?

Судску контролу не искључује чак ни дато одобрење надлежног државног органа, ако је за предметне опште услове било прописано да се мора тражити

¹⁰ „Службени гласник РС“ бр. 139/2014 (у даљем тексту: ЗО), чл. 13.

¹¹ Галић Димитријевић, Р., *Улога НБС у заштити потрошача*, Ревизија за право осигурања, бр. 1-2/2006, стр. 47 - 49.

¹² Према одредбама члана 6. Закона о обавезном осигурању у саобраћају („Службени гласник РС“ бр. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012 и 7/2013), друштва за осигурање дужна су да доставе Народној банци Србије услове обавезног осигурања, тарифу и премијске системе са техничким основама премија тог осигурања, најкасније 90 дана пре почетка њихове примене, ради провере усаглашености са прописима, актуарским начелима и правилима струке осигурања. Ако иста утврди њихову неусаглашеност, издаће налог осигуравачу да их усклади у року од 30 дана, а до испуњења налога, осигуравач их не може користити.

његова сагласност. Општеприхваћено је становиште, да јавноправно одобрење не спречава суд да у грађанском поступку самостално преиспита одобрену клаузулу. Давањем одобрења даје се коначан пристанак на неке делове или целину општих услова имајући у виду, пре свега, опште интересе. Ради се о одобрењу с аспекта јавног права. Контрола коју врши суд у потпуности је надређена контроли коју врше државни органи. Зато су судови самостални и суверени у оцени свих уговорних клаузула, па и оних које су одобрене од стране надзорног органа.

Судија не би требало да улази у оцену привредне моћи уговорних партнера. То је ван његове компетенције, јер се она узима у обзир само у вези са питањем злоупотребе монопола и прописима о нелојалној конкуренцији. Ипак, правило је, да ће судија готово увек полазити од тога да општи услови нису договорени између равноправних контрахената. Да би одбио признање једној клаузули општих услова, за коју сматра да није праведна, судија може да се послужи разним средствима. У случају нелегитимних формуларних уговора, у границама предвиђеним, пре свега, императивним правним прописима, он има „слободне руке“ у спровођењу уговора и њиховом санкционисању. Позивајући се на принципе уговорног права, према којима ваљаност уговора зависи од слободе датог пристанка, може да прогласи да се ради о недостатку воље приликом давања тог пристанка. Даље, може приликом тумачења уговора да ублажи или сведе на праву меру клаузуле које су формулисане у корист састављача. Такође, може и отворено да се позива на неправичност, те да тако ускрати признање иначе јасној и недвосмисленој клаузули.

Степен судске контроле зависи од времена када се она врши, од конкретних потреба, међусобних односа контрахената и усвојених стандарда.¹³ У својој борби против неповољних клаузула општих услова, судови се служе разним институтима. Неки су више, а други мање ефикасни. Тако, судови у разним земљама и у различитом обиму, користе следећа начела: јавни поредак, пословни морал или добре пословне обичаје, правичност, разумност, једнаку вредност узајамних давања, савесност и поштење, забрану злоупотребе права, забрану стварања и искоришћавања монополског положаја, као и доктрину о битној повреди уговора. Међу њима, најчешће коришћени критеријуми јесу савесност и поштење, добри пословни обичаји и правичност.

¹³ Аустријски судови, примењујући стандард „просечног разумевања осигураника“ адхезионих услова осигурања, спроводе контролу важења, садржинску контролу, као и контролу транспарентности примењених општих и посебних услова осигурања. О овоме: Илкић, З., *Поједина упоредно-правна схватања о клаузулама услова осигурања*, Зборник: Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву осигурања Аранђеловац, 2013, стр. 305-307; Faber, I., *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen (Eine Analyse der Judikatur des OGH)*, Manzsche Verlags - und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2003, стр. 123.

5. Критеријуми контроле

Савесност и поштење. - Ово је једно од најзначајнијих начела која владају у облигационом и трговинском праву, једно од основних начела уговорног права¹⁴ у готово свим земљама света¹⁵ и једна од најчешће примењиваних генералних клаузула у читавом грађанском праву. Отуда има и универзални карактер. Негде се квалификује као правни стандард, а негде као принцип. Када се ово начело схвати као стандард, оно служи судији као критеријум за процену понашања и доношење одлуке. Конкретну садржину стандарда одређује судија, имајући у виду све околности конкретног случаја. Као принцип, даје могућност судији да пресуду у целости базира на њему. Тако, позивајући се на принцип, судија може у одређеној мери да модификује закон и попуни правне празнине.¹⁶ Његова коригујућа (ограничавајућа) функција спречава уговараче од злоупотребе у вршењу свог права и недозвољеног коришћења свог правног положаја.¹⁷ Савесност и поштење су обавеза принудног карактера, обавеза која се не може ни искључити, нити ограничити.¹⁸ О примени овог начела суд је дужан да води рачуна *ex officio*, те странке ни не морају да се позивају на њега.

¹⁴ Према Начелима међународних трговинских уговора (Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome), свака страна мора да поступа у складу са начелом савесности и поштења и часним пословањем (*good faith and fair dealing*) у међународној трговини; Начела европског уговорног права (Principles of European Contract Law – PECL) редигују исту формулацију и предвиђају да се може захтевати поништај одредбе о којој се није појединачно преговарало, уколико, супротно захтевима савесности и поштења, она доводи до значајне неравнотеже у правима и обавезама уговорника на штету те стране, узимајући у обзир природу испуњења које се тражи на основу уговора, све друге одредбе уговора и околности које су постојале у време закључења уговора.

¹⁵ У Енглеској ово ипак није општеприхваћени принцип. Поједини аутори сматрају да не постоји општа доктрина савесности и поштења у енглеској уговорној пракси. Уговарачи могу да се понашају како желе, под условом да директно не крше одредбе уговора. Страна која има право по уговору или другом правном инструменту, може да га примени из поштеног разлога, из лошег или без икаквог разлога. Истиче се да енглеско право искључује било какав општи захтев за добронамерношћу у спровођењу уговора. Опште је одбацивање теорије забране злоупотребе права, што се образлаже традиционално широким либералним приступом концепта самог права. О овоме: Zimmermann, R., Whittaker, S., *Good Faith in European Contract Law*, University Press, Cambridge, 2000, стр. 39 - 41.

¹⁶ Више о овоме: Мићовић, М., *Начело савесности и поштења*, Зборник: Начела европског уговорног права и југословенско право - Прилог хармонизацији домаћег законодавства Крагујевац, 2001, стр. 129.

¹⁷ Koch, P. (2005). *Versicherungswirtschaft - Ein einführender überblick*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 190.

¹⁸ Комисија за израду Грађанског законика Владе Републике Србије, Грађански законик Републике Србије – Радни текст, Књига прва - општи део, Београд, 2015, чл. 4.

Свака страна у предложеном уговору о осигурању има законску обавезу да открије другој страни све информације које би могле утицати на одлуку да се уговор закључи или не. Обавеза информисања постоји без обзира да ли се такве информације траже или не. Сматра се да савесност и поштење захтева од сваке стране да каже другој „истину, целу истину и ништа осим истине“ о предложеном уговору.¹⁹ За разлику од ситуације која постоји у поступцима пред судовима, оваква обавеза се не примењује само на постављена питања. Неоткривање виталних информација, чак и када нису тражене, дају оштећеној страни право да сматра уговор ништавим.

Суд не би требало да разматра правичност уговора, чак и кад делује некоректно, док најпре не утврди да ли су постојале злоупотребе приликом његовог закључења. Уколико стипулатор, приликом закључења уговора, не укаже суконтрагенту на онерозне одредбе услова пословања, исти се доводи у стање непоштеног, некоректног изненађења. Овакво поступање се сматра једном врстом преваре. Сматра се да не би могло бити речи о изненађењу, да је друга страна знала или разумела клаузуле онако како се то претпоставља да их може схватити разуман човек. Прилаз овом проблему односи се више на стипулатора, него на приступиоца. Уколико је састављач услова знао или могао знати да постоји незнање код друге уговорне стране у погледу садржине уговора, тада ће накнадно изненађење друге стране да се сматра некоректним. Ово све, наравно, не ослобађа другу уговорну страну потребе да и сама буде савесна и поштена, те да поступа опрезно и пажљиво приликом закључења свих, па и предметних уговора.

Некоректно изненађење је присутно и када се уговорна клаузула тако формулише, да је неразумљива и нејасна, или се њоме скреће пажња са проблема који су релевантни за одлуку друге стране да приступи уговору. Приликом процене некоректности изненађења не води се рачуна о објективној процени клаузуле, већ о реакцији приступиоца на те клаузуле. Битно је да друга уговорна страна није знала за постојање клаузуле или за право значење које те клаузуле имају.²⁰ Сматра се, да су најчешћи некоректни услови они, који због њихове

¹⁹ Hansell, S. D., *Introduction to insurance*, LLP Reference Publishing, London/Hong Kong, 1999, стр. 178.

²⁰ Непоштено изненађење се најчешће илуструје рафинирано написаним уговорима. У многим таквим уговорима и њиховим анекстним документима постоји мноштво комплексно стипулисаних одштампаних термина, којима се објашњавају и квалификују права и обавезе страна. У таквим ситуацијама дешава се, да страна којој се уговор нуди, не прочита та ситна слова, а и ако покуша да то прочита, можда ће установити да су написана високотехничким правним језиком који је или збуњујући, или у потпуности неразумљив. Када је њено незнање разумљиво, а друга страна је знала или је требало да зна у време када је уговор склопљен да је такво незнање могуће, онда је изненађење непоштено.

неодређености или нејасноће, омогућавају осигуравачу право да процењује садржај уговора или му дозвољавају да одлаже исплату одштетног захтева.²¹

Могући су разни начини да се остваре некоректни утицаји на другу страну, али се они често тешко уочавају. Сматра се, да недозвољени утицај једног контрахента на другог мора да се тумачи као нешто много више од немогућности да се преговара о уговорним условима. За разлику од фазе закључења уговора, којом приликом се узима у обзир стање свести приступиоца у погледу познавања садржине и правног дејства услова пословања, те утврђења да ли је он за њих знао или морао знати, код анализе појединих клаузула услова осигурања долазе до изражаја објективни критеријуми. Уговорне клаузуле се посматрају у односу на начело савесности и поштења онако како их тумачи суд (не онако како их разуме странка), узимајући у обзир објективне околности које владају на тржишту и тако утврђујући уверење да ли су, и у којој мери, исте неправичне.

Уговор о осигурању је уговор међусобног поверења (*uberrimae fidei*).²² Тиме се жели нагласити да лојалност има код њега посебан значај и да се њена повреда строже цени, нарочито на страни осигуравача.²³ Ускраћивање упознавања осигураника са чињеницама које се односе на искључење или ограничавање обавезе осигуравача, представља кршење начела савесности и поштења.²⁴ Он има право да на примерен начин буде информисан о услугама на које се осигуравач обавезује. У доношењу одлуке да ли би ослањање осигуравача на одређену клаузулу било савесно и поштено, суд ће узети у обзир околност да ли је било какво обавештење о тој клаузули било дато осигуранику.²⁵ Осигуравајућа компанија дужна је да поступа у складу са начелом савесности и поштења, те са повећаном пажњом, пажњом доброг стручњака, у смислу дужности да упути осигураника, као неуке странке, у све аспекте и битне елементе за закључивање

²¹ Borselli, A., *Некоректни услови у уговорима о осигурању*, Ревивија за право осигурања, бр. 2/2011, 34 - 35.

²² Hansell, S. D., *исто*, стр. 177; Аустралијски Закон о уговорима о осигурању, Одељак 13; Birds, J., *Birds' Modern Insurance Law*, Sweet & Maxwell Limited, London, 2007, стр. 205-206; Croly, C., Merkin, R., *Doubts About Insurance Codes*, The Journal of Business Law (ed. Schmitthoff, C. M.), London, 2001, стр. 596.

²³ Lowry, J., Rawlings, Ph., *Insurance Law: Doctrines and Principles*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, стр. 77 - 79.

²⁴ Иванчевић, К., *О неправедним уговорним одредбама услова осигурања у праву ЕУ и Србије*, Зборник: Интеграција (права) осигурања Србије у европски (ЕУ) систем осигурања, Палић, 2009, стр. 406.

²⁵ Аустралијски Закон о уговорима о осигурању, Одељак 14, тач. 3. Осигуравач не може да се позове на неуобичајену клаузулу укључену у уговор о осигурању, која обично није укључена у уговоре који пружају слично покриће, осим ако је, пре него што је уговор склопљен, јасно информисао осигураника писменим путем о ефекту те клаузуле. Прихватљиво је, међутим, и да је осигуранику обезбедио документ који садржи све, или релевантне клаузуле предложеног уговора (исти Закон, Одељак 37).

уговора о осигурању.²⁶ Уколико то у пракси, намерно или ненамерно, не учини, поверење у осигуравајућу делатност може бити знатно умањено.²⁷

Добри пословни обичаји. - Добри пословни обичаји су правила пословног морала, формирана дуготрајним понављањем одређеног начина понашања у пословању, за која уговорне стране сматрају да су обавезна, а прихватљива су и за јавни поредак. Ради се о обичајима који су настали у промету робе и услуга трајним истоврсним понашањем, поступањем које је општеусвојено од субјеката овог промета. То су правни стандарди, чију садржину утврђује суд у сваком поједином случају. Добри пословни обичаји су неписана правила етичког карактера којих се, у свом пословању, морају придржавати привредни субјекти.²⁸ Предвиђајући их као правила пословне етике и обавезујући на њихово поштовање, законодавац је поставио један од коректива строгости и злоупотребе прописа и уговорних одредби.

Позитивним прописима нормирано је да су стране у облигационим односима дужне да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима,²⁹ те да су ништаве одредбе услова пословања које су противне добрим пословним обичајима.

Подељена су мишљења о томе, да ли је за процену валидности услова осигурања погодније начело савесности и поштења или стандард добрих пословних обичаја. Евидентно је, да се судови све више окрећу првом критеријуму. У односу на начело савесности и поштења, подручје примене добрих пословних обичаја је уже. Јављају се као коректор прекорачења неуобичајених у поједним уговорима, како би спречили злоупотребу права изазвану позицијом монополистичког или ког другог неправног положаја и односа уговорних страна. И једно и друго начело односе се на одређена етичка правила и изражена су у виду генералне клаузуле. Пословни морал, међутим,

²⁶ Непрофесионалним понашањем у пословима осигурања сматра се и пропуштање друштва за осигурање да кориснику осигурања пружи потпуну информацију о условима осигурања или да му да нетачна или непотпуна обавештења о садржини уговора о осигурању, те да прећуткује битне елементе уговора, односно, услова осигурања, чиме се осигураник доводи у заблуду услед које за њега може настати штета; Stempel, J. W., *Law of Insurance Contract Disputes*, Vol. 2, Aspen Law & Business, New York, 2004, стр. 70-72; Tart, J.A., *Disclosure And Concealment In Consumer Insurance Contracts*, Cavendish Publishing Limited, London, 2002, стр. 35 - 38.

²⁷ Уговори се морају заснивати на принципу поверења. То значи да друга уговорна страна мора бити упозната са његовим условима, што често није у могућности, јер услове не разуме или их ни не види. Услови морају бити у интересу обе стране и у складу са њиховим жељама.

²⁸ Више о томе: Мићовић, М., *Трговачки обичаји*, Крагујевац, 2000.

²⁹ ЗО, чл. 19; повредом правила осигурања нарушава се конкуренција и чини повреда добрих пословних обичаја. Нелојалном конкуренцијом и непрофесионалним понашањем сматрају се радње и поступци друштава за осигурање, који су противни добрим пословним обичајима и пословном моралу.

представљају општа, врло начелна правила о понашању привредних субјеката на тржишту у ситуацијама које нису правно регулисане. За разлику од добрих пословних обичаја, који се односе искључиво на уговорне облигационе односе, о томе да ли је поштовано начело савесности и поштења, може се говорити једино у случајевима који су уређени правом.

У упоредном праву, судови су се користили овим стандардом приликом процењивања постојања монополског положаја и борбе против његове злоупотребе, у случају када једна страна у своју корист стипулише услове пословања. Неће се признати њихово дејство, ако се утврди да је ове услове искористила економски моћнија страна да доведе у неравноправан положај слабију страну, примењујући услове осигурања узимањем у обзир интересе искључиво једне стране.³⁰ Такав случај био би, рецимо, ако би осигуравач на тај начин искористио инфериорни положај и неискуство осигураника, да би у уговор стипулисао премију и осигуравајуће покриће који су у очигледној несразмери. Претпоставке, да би се ова диспропорција могла посматрати у светлу сукоба са добрим пословним обичајима, су веома уске. Пракса је рестриктивна. Није довољно да чинидба и противчинидба не стоје у правичном, пригодном односу. Диспропорција треба да достигне један такав размер, да јој се границе апсолутно јасно прекораче, узимајући у обзир околности које не би допустиле да се ова нееквиваленција одржи. Стога наши судови добре пословне обичаје тумаче веома широко, сматрајући да се оно што представља повреду добрих обичаја, истовремено коси са постојећим правним системом.

Прописивањем овог стандарда очита је намера законодавца да потрошача још више заштити од несавесних или неоправданих посезања супериорнијих понудилаца. Он је исправно пошао од праксе, по којој, за поједине услове пословања постоји обавеза прибављања одобрења или сагласности од стране надлежних државних органа или институција. Тражена одобрења они могу дати и, по правилу, и дају, чак и кад ти услови садрже одредбе које су противне добрим пословним обичајима. Ову своју намеру законодавац једноставно и није могао решити на плану морала, јер правно није могуће сматрати, да би једна законом нормирана ситуација могла бити прописана противно моралу. Питање моралности уговорних клаузула о искључењу и ограничењу уговорне одговорности је фактичко, а не правно питања. Оно се мора утврђивати у оквиру моралног принципа, према којем је свако дужан да испуни све оно на шта се обавезао уговором. Али, и другог моралног принципа, према којем нико нема право да се служи некоректним одредбама и на основу њих извлачи користи за себе на штету друге уговорне стране.³¹

³⁰ Prang, T., *Der Schutz der Versicherungsnehmer bei der Auslegung von Versicherungsbedingungen durch das Reichsgericht*, Lang, Frankfurt am Main, 2003, стр. 35.

³¹ Пресудом Суда части Хрватске господарске коморе бр. Р-І-33/2012 од 26.03.2012.год. утврђена је одговорност и казна за осигуравача који „...није навео ризик обухваћен осигурањем, нити је пријавитељу уручио Опће увјете за осигурање усјева... и Посебне

Правичност. - Законодавци увек упућују на начело правичности, наводећи да суд може да одбије примену појединих одредби општих услова и у случају када су те одредбе претерано строге према другој уговорној страни. Чињеница је да може постојати несклад између одредби уговора и правде. То узрокује потребу да се сукоб уговорних одредаба и правде реши интервенцијом правичности.³² На тај начин се може избећи да се дословном применом закона, уместо правде, учини неправда. Увођењем правичности у непосредан правни живот, омогућава се да се елиминише негативан ефекат неповољних клаузула и постигне равномернија расподела права и обавеза међу уговарачима. Тако правичност омогућава да се оствари правда и у конкретним, појединачним уговорним случајевима.

Питање процењивања правичности услова осигурања детерминисано је ставом о томе, у којој мери она смеју одступати од законског диспозитивног права? Раније је у први план истицана слобода уговарања и практичне потребе рационалисања пословног промета. У новијим разматрањима, предност се поново даје успостављању нарушене уговорне правичности и ограничава приватна аутономија.

Приликом утврђења, да ли је конкретна клаузула услова осигурања правична или не, суд треба да узме у обзир околности које су уговорне стране у моменту закључења уговора знале или су их морале предвидети. Суд ће нарочито разматрати преговарачку снагу обе стране, да ли је друга уговорна страна извукла неку корист из прихватања конкретне клаузуле, да ли је имала могућности да закључи аналоган уговор са другим осигуравачем без нужности да прихвати за њу неповољан услов и, да ли је знала или разумно могла знати за наличје и сферу дејства клаузуле. Ово све узимајући у обзир трговачке обичаје и дотадашњу узајамну пословну праксу, тј., обавезу упућивања од стране стипулатора, ако се уговор закључује са индивидуалним осигураником.

Ако нека одредба услова осигурања представља поремећај уговорне равнотеже и правичног баланса интереса, ако је онерозна према другој уговорној страни, онда је треба преиспитати и прогласити ништавом, јер ремети тај баланс. У погледу обима судске контроле, законодавци углавном не постављају никаква ограничења. Контроли може бити подвргнута свака одредба услова пословања, изузев клаузула које су резултат посебног преговарања.

Што се тиче садржинске контроле, у нашој доктрини наводи се да се она спроводи на три нивоа. Први, општи ниво, одређен је границама слободе уговарања, постављеним у принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. Други ниво контроле постављен је у границама које одређују добри

увјете за осигурање младих неродних воћака и винограда... при чему осигурани ризици из Посебних увјета нису у складу с добрим пословним обичајима“.

³² Dickson, G., *Introduction to insurance*, CIPITS, London, 1984, стр. 7/7.

обичаји и циљ уговора, док је трећи ниво правичност и иста потенцијално обухвата све одредбе услова по којима компанија послује.³³

Међутим, позивање на правичност, као вид морализовања уговора, не сме да води у судијску произвољност. Против суђења по правичности могу се истицати и разлози правне сигурности. Суд о правичности на може бити само субјективна оцена судије, већ се мора темељити на општеважећим захтевима правичности, на објективном критеријуму. Као ни одлучивање по савесности и поштењу, ни одлучивање по основу правичности није само по осећању права, већ одлучивање по мерилима која захтевају конкретизацију. Дакле, по широко објективно одређеним критеријумима, који омогућавају узимање у обзир посебне околности случаја. Ако судија утврди да је уговорна страна свесно прихватила одредбе услова осигурања, да оне одговарају њеној вољи, тада он није овлашћен да из разлога правичности одбије примену одређене одредбе услова и тиме уговор подвргне коректури.

6. Закључци

Сврха контроле је да се установи да ли услови осигурања вређају, пре свега, опште интересе. Надзор над условима осигурања изазван је нарочито чињеницом да се ради о уговорним условима који су типизирани. Тежина повреде општих интереса знатно је већа и друштво постаје осетљивије, када се установи да услови осигурања садрже неприхватљиве одредбе. Општи интереси су тада у много већој мери оштећени, него код неприхватљивих клаузула које садржи један индивидуални уговор. Што је већи круг потенцијалних приступилаца појединим условима, то је јачи интерес за контролом њиховог садржаја.

На плану услова осигурања, коректност појединих клаузула требало би процењивати још у фази када их је стипулатор формулисао, фази која претходи закључењу уговора. Састављач не би смео да приликом сачињавања услова осигурања не води рачуна о интересима оних којима су ти услови и намењени. Страна која је саставила уговор је искуснија и боље упозната са правним елементима посла. Следствено томе, дужна је да другу страну упути у суштину клаузула, да јој објасни оно што такви уговори садрже. Прописи који се односе на област осигурања, садрже и обавезу за осигуравача да корисника упозна са садржином услова осигурања. Пракса је показала да су судови свуда нарочито инсистирали на обавези састављача да приступиоцу скрене пажњу на оне клаузуле услова осигурања, којима се искључује или сужава његова одговорност. У неким случајевима може бити довољно да те клаузуле буду подвучене или исписане словима чија се боја разликује од осталог текста уговора. Али, циљ је свуда исти: да се посао закључи коректно и да се не изигра поверење које друга

³³ Ђурђевић, М., *Хармонизација система контроле општих услова пословања у Савезној Републици Југославији и Европској унији*, Право и привреда, бр. 5-8/1996, стр. 749-750.

страна има. Стипулатор који двосмисленим и нејасним одредбама услова пословања жели да за себе тако обезбеди корист на рачун друге уговорне стране, вређа начело савесности и поштења. Након што такве услове инструкира другој уговорној страни за закључење конкретног уговора, одговара за *culpa in contrahendo*. Ако осигураник није био уопште или, барем, довољно упознат са садржином таквих услова, као и са правним последицама које из таквог уговора произилазе, онда се проблеми не лоцирају тек код извршења таквог уговора, већ се може поставити питање и да ли се заиста ради о пуноважном закључењу уговора?

За процену некоректности, могу се у пракси примењивати различити критеријуми. Наведена начела узајамно се преплићу и допуњују, те је, често, врло тешко направити јасну линију разграничења између њих. Сва се она, у крајњој линији, заснивају на правичности, као основном начелу права у свакој држави.

*Zoran Ilkić, Ph.D., Law agent in damages,
DDOR Novi Sad*

SYSTEMS AND CRITERIA OF CONTROL INSURANCE CONDITIONS

Summary

The subject of this paper is to analyse insurance conditions, as well as a series of clauses in which the insurer defines standardized content of a large number of individual contracts. They will be concluded with a pre-undetermined customers of insurance services. Research specifies on the control by society and the state, and above all, the different systems and the ways in which it can be implemented. The aim of control over annexed parts of the insurance contract is not to suppress economic initiative of insurers, but only to limit the measure eligible for general acceptance, in order to protect the legal and factual position of weaker contracting party. Weaker party refers to his economic position and experience. As a key issue, which determines the efficiency of control over certain contractual obligations and the approach to this issue, are the criteria by which to carry out this control. Taking into account the importance of the subject matter for insurance contractors, policyholders and a third party, the author of this paper pointed out the three most important things: the principle of honesty, good business practice and fairness.

Key words: : *insurance conditions, criteria, control, clauses, fairness.*

Литература

- Birds, J., *Birds' Modern Insurance Law*, Sweet & Maxwell Limited, London, 2007.
- Birds, J., *Insurance Law Reform for the Benefit of the Consumer: Some Lessons from Australia, Consumer Protection in Financial Services*, (ed. Cartwright, P.), Kluwer Law International, London, 1999.
- Borselli, A., (2011). Некоректни услови у уговорима о осигурању, Ревизија за право осигурања, бр. 2/2011.
- Галић Димитријевић, Р. (2006). Улога НБС у заштити потрошача, Ревизија за право осигурања, бр. 1-2.
- Dickson, G., *Introduction to insurance*, CIPITS, London, 1984.
- Ђурђевић, М., Хармонизација система контроле општих услова пословања у Савезној Републици Југославији и Европској унији, *Право и привреда*, бр. 5-8/1996.
- Zimmermann, R., Whittaker, S., *Good Faith in European Contract Law*, University Press, Cambridge, 2000.
- Илкић, З., Дејство акцесорних услова осигурања, *Гласник АКВ*, бр. 3/2011.
- Илкић, З., Поједина упоредно-правна схватања о клаузулама услова осигурања, *Зборник: Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву осигурања*, Аранђеловац, 2013.
- Иванчевић, К., О неправедним уговорним одредбама услова осигурања у праву ЕУ и Србије, *Зборник: Интеграција (права) осигурања Србије у европски (ЕУ) систем осигурања*, Палић, 2009.
- Иванчевић, К., *Увод у потрошачко право*, Београд, 2014.
- Koch, P., *Versicherungswirtschaft - Ein einführender überblick*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2005.
- Комисија за израду Грађанског законика Владе Републике Србије, *Грађански законик Републике Србије – Радни текст, Књига прва-општи део*, Београд, 2015.
- Lowry, J., Rawlings, Ph. *Insurance Law: Doctrines and Principles*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005.
- Мићовић, М., (2001). Начело савесности и поштења, *Зборник: Начела Европског уговорног права и југословенско право - Прилог хармонизацији домаћег законодавства*, Крагујевац, 2001.
- Мићовић, М., *Трговачки обичаји*, Крагујевац, 2000.
- Prang, T., *Der Schutz der Versicherungsnehmer bei der Auslegung von Versicherungsbedingungen durch das Reichgericht*, Lang, Frankfurt am Main, 2003.
- Stempel, J. W., *Law of Insurance Contract Disputes*, Vol. 2, Aspen Law & Business, New York, 2004.
- Tarasiuk-Flodrowska, A., Клаузуле злоупотребе у потрошачким уговорима и уговору о осигурању – Најновији трендови у Европи, *Европска ревија за право осигурања*, бр. 1/2014.
- Faber, I., *Die Inhaltkontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen (Eine Analyse der Judikatur des OGH)*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2003.
- Hansell, S. D. (1999). *Introduction to insurance*, LLP Reference Publishing, London/Hong Kong.
- Croly, C., Merkin, R., *Doubts About Insurance Codes*, *The Journal of Business Law* (ed. Schmitthoff, C. M.), London, 2001.
- Willett, Ch., Hird, N., *Consumer Protection in Insurance Contracts*, *Consumer Protection in Financial Services* (ed. Cartwright, P.), Kluwer Law International, London, 1999.

Прописи:

Закон о обавезном осигурању у саобраћају, „Службени гласник РС“ бр. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012 и 7/2013.

Закон о осигурању, „Службени гласник РС“ бр. 139/2014.

Закон о заштити потрошача, „Службени гласник РС“ бр. 62/2014.

Немачки Закон о уговорима о осигурању (Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 /BGB1. I S. 2631/, das durch Artikel 15 des Gesetzes vom 19. Februar 2016 /BGB1. I S. 254/ geändert worden ist).

Француски Законик о осигурању (Code des Assurances), Део I, Књига I – Уговор.

УСЛУГЕ И КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ

*Др Ванда Божич, сарадник у настави
Правног факултета Универзитета у Загребу*

УДК: 343.352/353

КОРУПТИВНО КАЗНЕНО ДЈЕЛО ДАВАЊА МИТА КАО НЕЗАКОНИТА „ПРОТУУСЛУГА ЗА УСЛУГУ“*

Резиме

Предмет овог рада је казнено дјело давања мита. Казнена дјела против службене дужности, давање и примање мита, најчесталија су коруптивна казнена дјела. Присутна су у готово свим дјелатностима те подједнако у приватном и јавном сектору. У већини случајева нема примања мита без давања мита, другим ријечима, нема услуге без протууслуге. У раду ће се анализирати позитивно казнено законодавство Републике Хрватске које се односи на казнено дјело правог и неправог активног подмићивања те ће се успоредити правна рјешења с бившим Казненим законом. Наставно на законска рјешења, покушат ће се наћи и рјешења у судској пракси. Потражит ће се одговор на питање како је Казненим законом регулирана и предвиђена могућност починитеља казненог дјела давања мита који је дао мито само из разлога како би могао пријавити незаконита поступања, а како то изгледа у судској пракси. Појаснит ће сам појам посредовања у подмићивању службене или одговорне особе. Надаље, у раду је направљена анализа пријављених, оптужених и осуђених особа за казнено дјело давања мита, за право и неправо активно подмићивање, у посљедње двије године. Закључно, предложит ће се мјере у циљу сузбијања овог облика корупције – давања мита.

Кључне ријечи: *давање мита, корупција, казнена дјела против службене дужности, незаконите услуге.*

1. Корупцијски деликти

Давање мита и примање мита најчесталији су корупцијски деликти и као такви сматрају се синонимом за корупцију, корупцију у ужем смислу, која из дана у дан постаје све већа пријетња друштвеном поретку. Коруптивним

* Рад је писан у оквиру потпоре Хрватске закладе за знаност и одобреног пројекта под бр.1949. „*Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition - Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime.*“

казненим дјелима¹ угрожени су темељи друштвене вриједности, владавина права, али и људска права. Корумпираност службене особе или одговорне особе повлачи за собом и корумпираност надлежне институције коју представља и у којој је запослена.

Да су подмићивање и везе често најлакши начин добивања одређених јавних услуга у Хрватској сматра 89% хрватских испитаника (просјек за ЕУ: 73%).² На тај начин, постепено, грађани губе повјерење у читав државни апарат. Резултати истраживања *Еуробарометра* о ставовима Еуропаљана о корупцији, показује како три четвртине (76%) Еуропаљана сматра да је корупција раширена, а више од половине (56%) сматра да се разина корупције у њиховој земљи повећала тијekom протекле три године, док је један од дванаест Еуропаљана (8%) изјавио да је искусо случај корупције или му свједочио у протеклој години.³

Корупцијски деликти раширени су у готово свим дјелатностима. Коруптивно казнено дјело давања мита службеним⁴ или одговорним⁵ особама највише се, од стране пословних субјеката, односило на службенике у уреду за катастар (6,9%), опћинске, градске и жупанијске службенике (5,9%) и полицијске службенике (5,7%), а ако погледамо да ли су особе које су дале мито то учиниле на властиту иницијативу или на иницијативу друге особе, резултат је сљедећи: више од половине (56%) случајева су сами понудили мито, а да то јавни службеник од њих није изравно затражио, док је у 43% случајева мито затражио јавни

¹ То су према бившем Казненом закону који је био на снази до 31. 12. 2012. године: давање и примање мита (чл. 347. и 348. КЗ-а), протузаконито посредовање (чл. 343. КЗ-а), злоупотреба обављања дужности државне власти (чл. 338. КЗ-а), злоупотреба положаја и власти (чл. 337. КЗ-а), злоупотреба у поступку стечаја (чл. 283. ст. 2. и 3. КЗ-а), нелојална конкуренција у вањскотрговинском пословању (чл. 289. ст. 2. КЗ-а), склапање штетних уговора (чл. 249. КЗ-а), одавање службене тајне (чл. 351. КЗ-а), издавање и неовлаштено прибављање пословне тајне (чл. 295. КЗ-а).

² Еуропска комисија: Прилог о Хрватској Извјешћу о сузбијању корупције у ЕУ-у, Bruxelles, 3. 2. 2014. стр. 8.

³ Еуропска комисија: Извјешће ЕУ-а о сузбијању корупције, доступно на: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_hr.pdf, (01.04.2016).

⁴ Службена особа је државни дужносник или службеник, дужносник или службеник у јединици локалне и подручне (регионалне) самоуправе, носитељ правосудне дужности, судица поротник, члан Државног судбеног вијећа или Државноодвјетничког вијећа, арбитар и јавни биљежник. Службеном особом сматра се и особа која у Еуропској унији, страни држави, међународној организацији које је Република Хрватска члан, међународном суду или арбитражи чију судбеност Република Хрватска прихвата, обавља дужности повјерене особама из претходне реченице, чл. 87. ст. 3. Казненог закона, НН бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15

⁵ Одговорна особа је физичка особа која води послове правне особе или јој је изричито или стварно повјерено обављање послова из подручја дјеловања правне особе или државних тијела или тијела јединице локалне и подручне (регионалне) самоуправе, чл. 87. ст. 6. *Исто*.

службеник, и то у 5,9% случајева експлицитно, у 24,3% случајева дао је до знања да то очекује, а у 12,8% случајева захтјев за митом упућен је посредством треће особе.⁶

Према извјешћу за 2015. г., Република Хрватска налази се на 50. мјесту с 51 бодом на лествици од 168 земаља према индексу перцепције корупције те је боља него годину прије.⁷

2. Давање мита - коруптивно казнено дјело против службене дужности

Самим сврставањем казног дјела давања мита у деликте против службене дужности одређен је заштитни објект казног дјела давања мита, а то је службена дужност. Међутим, можемо рећи да давање мита не представља типично казнено дјело против службене дужности, али га је законодавац с оправдањем инкриминирао као самостално казнено дјело и то баш унутар казних дјела против службене дужности. Наиме, у југославенском казном закону из 1929. године давање мита није представљало самостално казнено дјело, већ је било инкриминирано казним дјелом примања мита кроз облик потицања на примање мита.⁸ Међутим, ваља скренути позорност на следећу замјерку таквој инкриминацији. Поттицање на примање мита имат ће казноправни учинак једино ако службена или одговорна особа уистину и прими мито, но у случају ако службена или одговорна особа не прими мито, починитељ односно поттицатељ на примање мита, није казнено одговоран.

Починитељ казног дјела давања мита означен је називом *тко* што давање мита сврстава међу *delicta communia*, за разлику од казног дјела примања мита чији починитељ може бити једино службена или одговорна особа, дакле особа која има одређено посебно својство, што ово дјело сврстава међу *delicta propria*. Корупција представља глобални проблем 21. стољећа, стога свака држава потписница Казноправне конвенције о корупцији треба донијети нужне правне и друге мјере којима се према њеном националном законодавству казним дјелом давања мита сматра чин када било која особа намјерно, изравно или неизравно, обећа, нуди или даје било какву не припадајућу корист било којем њеном државном службенику, намијењену њему, њој или неком другом, не би ли та особа дјеловала или се суздржала од дјеловања тијekom обнашања

⁶ Види више у: Изложеност пословног сектора корупцији и криминалу у Хрватској: утјецај корупције и других облика криминала на приватне твртке, Уред Уједињених народа за дроге и криминал, Беч, 2013.

⁷ *Transparency International Hrvatska*: Индекс перцепције корупције 2015 – извјештај, доступно на: <http://www.transparency.hr/hr/clanak/index-percepcije-korupcije-2015-izvjestaj/392>, (1.04.2016).

⁸ Деренчиновић, Д., *Посебни дио казног права*, Загреб, 2007, стр. 413.

своје дужности.⁹ Конвенција Уједињених народа против транснационалног организираног криминалитета налаже свакој држави потписници да донесе законодавне и друге потребне мјере којима ће утврдити дјела обећања, нуђења или давања јавном службенику, изравно или неизравно, непрописне користи, за њега особно или за другу физичку или правну особу, како би иста дјеловала или пропустила дјеловати у извршавању своје службене дужности,¹⁰ а која су почињена намјерно, као казнена дјела давања мита. Нужним се намеће и инкриминирање одговорности правних особа¹¹ за судјеловањем у коруптивним казним дјелима.

Судска пракса показује нам да је казнено дјело давања мита у великој већини случајева нераскидиво повезано с казним дјелом примања мита. Давање и примање мита представљају тзв. деликте сусретања,¹² деликте који се сусрећу око интереса под заједничким називником, једног интереса даватеља мита (да му се направи одређена услуга) и другог интереса приматеља мита (да за тражену услугу буде награђен), а и један и други казноправно су одговорни као починитељи свог казног дјела. Код казног дјела давања мита, испрва нам се намеће закључак, да је даватељ мита особа која покреће корупцијску заједницу даватеља и приматеља мита, наиме, даватељ мита је особа која иницира корупцијски деликт. С друге стране, приматељ мита представља пасивну особу која само одговара на понуду даватеља мита и одобрава ју, дакле, на њу пристаје. Међутим, то у пракси није увијек тако. Понуда мита може, исто тако, доћи и од особе која тражи мито како би учинила одређену услугу. У том случају, даватељ мита одговара на понуду особе која тражи и захтијева мито. Можемо рећи да је даватељ мита у функцији активног подмићивања, међутим, иницијатор може бити подједнако и једна и друга страна, али исто тако и трећа страна, посредник.

⁹ Чл. 2. Казноправне конвенције о корупцији (ЕТС бр. 173), Закон о потврђивању Казноправне конвенције о корупцији, НН, МУ, бр. 11/00

¹⁰ Чл. 8. ст. 1.а. Конвенције Уједињених народа против транснационалног организираног криминалитета, United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, Treaty Series, vol. 2225. Закон о потврђивању Конвенције Уједињених народа против транснационалног организираног криминалитета, Протокола за спречавање, сузбијање и кажњавање трговања људима, посебице жена и дјеце те Протокола против кријумчарења миграната копном, морем и зраком, којима се допуњује Конвенција Уједињених народа против транснационалног организираног криминалитета, НН, МУ, бр. 14/02, 13/03, 11/04

¹¹ Чл. 10. Исто.

¹² Више о тзв. деликтима сусретања види у Деренчиновић, Д., *Казнено дјело давања мита у хрватском и успоредном казном законодавству и судској пракси*, Хрватска правна ревија, 2001/3, стр. 56-68.

3. Законски оквир казног дјела давања мита у Републици Хрватској

Казнено дјело давања мита у позитивном хрватском казном законодавству има два облика: право активно подмићивање – чл. 294. ст. 1. КЗ и неправо активно подмићивање – чл. 294. ст. 2. КЗ.¹³ Иако је казним дјелом примања мита инкриминирано и накнадно пасивно подмићивање, то није случај код казног дјела давања мита. Давање поклона службеној или одговорној особи, након што је она подузела и извршила радњу, не сматра се активним подмићивањем и не повлачи за собом казнену одговорност, изузев ако наведена ситуација не представља унапријед планирани договор, исто наводи и судска пракса: *Давање поклона службеној особи након извршења службене радње није казнено дјело давања мита из чл. 326. КЗ ако то давање није претходно уговорено или обећано у вези с извршењем те службене радње.*¹⁴ Послове државног одвјетништва за казна дјела давања мита обавља Уред за сузбијање корупције и организираног криминалитета.¹⁵

С обзиром да је ријеч о коруптивним казним дјелима, правом и неправом давању мита, који на значајан начин угрожавају правну сигурност једне друштвене заједнице, сваки понуђен, обећан или дан износ представља мито, дакле, код казног дјела давања мита не можемо говорити о безначајном дјелу, у прилог мишљење Врховног суда¹⁶ *.....када се ради о казном дјелу које у себи укључује мито, било да се ради о примању или давању мита, ни у којем случају не може се говорити о безначајном дјелу на начин како је оно означено чл. 28. Казног закона. Мито као друштвена појава једна је од најразорнијих појава за било који друштвено уређен систем понашања. Точно је да се при томе не може заобићи чињеница да је далеко већа друштвена опасност приматеља мита, но истовремено, не би било приматеља мита да не постоје особе које су таково мито спремни дати.*¹⁷

Бившим Казним законом, казнено дјело давања мита било је прописано чл. 348. КЗ,¹⁸ према којем је за право активно подмићивање, чл. 348. ст. 1. КЗ., била прописана нешто блажа казна у односу на данашњи важећи КЗ, казна затвора од шест мјесеци до пет година, док је мито било дефинирано као дар или

¹³ Казнени закон, НН бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15

¹⁴ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 431/66 од 20.10.1966.г.

¹⁵ Чл. 2. ст. 2. точ. 1. Закона о Уреду за сузбијање корупције и организираног криминалитета, НН, бр. 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, 148/13

¹⁶ Нема казног дјела, иако су остварена његова обилежја, ако је ступањ починитељеве кривње низак, дјело није имало последице или су последице незнатне и не постоји потреба да починитељ буде кажњен, чл. 33. КЗ

¹⁷ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 636/06-3 од 13. 03. 2007. г.

¹⁸ Казнени закон Републике Хрватске, био на снази до 31.12.2012., НН, бр. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08

каква друга корист. За неправо активно подмићивање, чл.348.ст.2. бившег КЗ, исто тако је била предвиђена блажа казна, казна затвора од три мјесеца до три године. Из наведеног произлази како нови закон није блажи за починитеља казног дјела давања мита. *Врховни суд Републике Хрватске је, испитујући и остали дио побијане пресуду по службеној дужности сукладно чланку 379. ставка 1. тачке 2. ЗКП/97, посебно размотрио и евентуалну примјену Казненог закона („Народне новине“ број 125/11. и 144/12.; наставно: КЗ/11) који је у међувремену (1. сijeчња 2013.) ступио на снагу, али је нашао да тај Закон, с обзиром на све околности предметних казних дјела и околности које се односе на оптуженике, није блажи за ове починитеље (чланак 3. ставак 1. и 2. КЗ/11)... Наиме, радње оптуженог Л. С. из тачке 1. изреке првоступањске пресуде, у њој правно означене као казнено дјело давања мита из чланка 348. ставка 2. КЗ/97, требало би подвести под казнено дјело давања мита из чланка 294. ставка 2. КЗ/11, за које је запријеђена строжа казна од оне прописане чланком 348. ставком 2. КЗ/97.¹⁹*

3.1. Право активно подмићивање

Право активно подмићивање инкриминирано је чланком 294. ст. 1. КЗ према којем ће се починитељ, дакле, онај тко службеној или одговорној особи понуди, даде или обећа мито намијењено тој или другој особи да унутар или изван граница своје овласти обави службену или другу радњу коју не би смјела обавити или да не обави службену или другу радњу коју би морала обавити, или тко посредује при таквом подмићивању службене или одговорне особе, казнити казном затвора од једне до осам година. Радња је дефинирана у појмовима нуђења, обећавања и давања мита као сваке неприпадне награде, дара или друге имовинске или неимовинске користи без обзира на вриједност.²⁰ Наградом се сматра и понуда полицијском службенику на име љетовања у кући уколико не напише извјешће о прометној незгоди која се догодила, иако није познато нити постоје докази о томе је ли полицајац наведену понуду прихватио. *Начин на који је оптуженик понудио полицајцу да љетује у његову угоститељском објекту на К., измијенили су чак и своје адресе, па и упућивање позива да се посјет оствари, уз чињеницу да службено извјешће о прометној незгоди није ни састављено... довољна су подлога за правилан закључак суда да је оптуженик починио казнено дјело давања мита. При томе није ни од каква значења што је полицајац мислио о таквој оптужениковој понуди, кад је очито да је понуда везана уз прометну незгуду и да је успједила управо на основи ње.²¹*

¹⁹ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж-Ус 101/10-7 од 06.06.2014.г.

²⁰ Дефиниција мита садржана је у чл. 87. ст. 24. КЗ, Народне новине бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15

²¹ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: Кж-1170/84 од 19.06.1985.г.

Према томе, основни облик почињења казног дјела је, с једне стране нуђење, обећавање и давање мита службеној или одговорној особи, и с друге стране, посредовање при подмићивању службене или одговорне особе. Потоњи облик почињења казног дјела конзумира се у самом помагању особи која чини казнено дјело давања мита, стога се поставља питање потребе инкриминирања посредовања као посебног облика почињења казног дјела давања мита. Наиме, с обзиром на одредбу КЗ којом је инкриминирано помагање,²² ова одредба о посебној инкриминацији посредовања чини се непотребна. У прилог наведеном стајалишту говори нам и стајалиште судске праксе кад је ријеч о посредовању као помагању: *...Истом том пресудом, према опт. Ј. С., на темељу чл. 353. точ. 6. ЗКП, одбијена је оптужба да би, дјелом описаним под точ. 2. изреке починио казнено дјело помагања при давању мита из чл. 348. ст. 2.²³ у свези чл. 38. ст. 1. КЗ.²⁴*

Помагање у почињењу казног дјела, дакле, обухваћа и улогу посредника између приматеља мита и даватеља мита, посредника који је упућен у читав садржај коруптивног договора и који је задужен за пријенос информација између једне и друге стране. *Посредовање је предаја службеној или одговорној особи дара који даје друга особа као даватељ мита.²⁵* Посредник на тај начин постаје једини модус остварења споразума између приматеља и даватеља мита. Наведено стајалиште потврђује нам и судска пракса *...Обављајући улогу гласника омогућио је договарање о „цијени за посао,“ информирајући и опт. Ј. С. о реакцији опт. Б. В. на њезин приједлог. Он сам је, дакле, послужио у одређеној мјери као средство комуникације између приматеља и даватеља мита, чиме је недовољено преузео улогу помагача у извршењу казног дјела.²⁶*

Казнено дјело правог давања мита довршено је већ самим обећањем давања мита због којег би службена или одговорна особа подузела незакониту радњу односно пропустила закониту радњу. Није од значаја за казнену одговорност околност да службена или одговорна особа није обавила тражену услугу ради које је примила мито, наведена околност може бити једино од значаја при одмјеравању казне. Исто је примјенииво и код посредника, помагача, довољно је

²² Чл. 38. КЗ: Тко другоме с намјером помогне у почињењу казног дјела, казнит ће се као да га је сам починио, а може се и блаже казнити.

²³ Давање мита, чл. 348. ст. 2. бившег Казног закона РХ, *Тко службеној или одговорној особи даде или обећа дар или какву другу корист да у границама својег овлаштења обави службену или другу радњу коју би морала обавити, или да не обави службену или другу радњу коју не би смјела обавити, или тко посредује при таквом подмићивању службене или одговорне особе, казнит ће се новчаном казном или казном затвора до једне године*, Народне новине бр. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08

²⁴ Чл. 38. ст. 1. КЗ, *Тко другоме с намјером помогне у почињењу казног дјела казнит ће се као да га је сам починио, а може се и блаже казнити.*

²⁵ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 3454/69

²⁶ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж-Ус 44/12-10 од 11.04.2013.г.

да је помагач исказао своју спремност у посредовању при подмићивању службене или одговорне особе, што наводи и судска пракса: ... *помагање или поговорање свакако улази у законски опис дјела да се "у границама свог овлаштења обави службена радња која се не би смјела обавити"* и довољно је да је *оптуђеник З. М. исказао спремност за такво протузаконито поступање, а није нужно да се оно доиста и подузело.*²⁷

3.2. Неправо активно подмићивање

Неправо активно подмићивање инкриминирано је чл. 294. ст. 2. КЗ према којем ће се починитељ, дакле, онај тко службеној или одговорној особи понуди, даде или обећа мито намијењено тој или другој особи да унутар или изван граница своје овласти обави службену или другу радњу коју би морала обавити, или да не обави службену или другу радњу коју не би смјела обавити, или тко посредује при таквом подмићивању службене или одговорне особе, казнити казном затвора од шест мјесеци до пет година. Неправо пасивно подмићивање сматра се лакшим обликом казног дјела давања мита из разлога што се овдје ради о радњи службене или одговорне особе која је сама за себе законита. Наиме, починитељ даје мито службеној или одговорној особи како би обавила радњу коју ионако треба обавити, али даје мито да, примјера ради, радњу обави у јако кратком року.

3.3. Факултативно законско ослобођење од казне за активно подмићивање

Починитељ казног дјела правог и неправог давања мита који је дао мито на захтјев службене или одговорне особе и пријавио дјело прије његова откривања или прије сазнања да је дјело откривено, може се ослободити казне.²⁸ Можемо рећи да се овдје ради о једном облику *нескривљеног* давања мита, међутим, наведено није у потпуности оправдано из разлога што законодавац не прописује ослобођење од кривње, већ евентуално, само од казне, наиме, починитељ се може ослободити казне, али и не мора. Суд ће у доношењу одлуке посебно водити рачуна о околностима под којима је казнено дјело давања мита почињено као и о самој личности починитеља, а исто тако, морају се испунити два увјета, први, да је починитељ дјела дао мито на захтјев и други, да је починитељ дјела такво своје незаконито поступање пријавио прије него што се за почињено дјело сазнало или се оно открило. Прописаном одредбом потиче се грађане на пријављивање коруптивних радњи. Међутим, поставља се питање потиче ли уистину ова одредба грађане на пријављивање корупције. Наиме, суд ће према спремности починитеља казног дјела давања мита на сурадњу с

²⁷ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 141/1990-5 од 17.05.1990.г.

²⁸ Чл. 294. ст. 3. КЗ

тијелима казног прогона одлучити хоће ли га казнити или ће га ослободити од казне. Дакле, починитељ *нескривљеног* давања мита нема зајамчену сигурност да ће бити ослобођен од казне, стога ће и његово првобитно хтијење и воља да пријави један облик коруптивних радњи у виду почињеног казног дјела примања мита, у коначној реализацији постати врло упитно. Требало би размислити о измјени наведене одредбе на начин да се *нескривљени* починитељ давања мита ослободи од кривње под одређеним оствареним законским увјетима. Не би било лоше да споменути увјети буду и таксативно наведени, стога се, као увјети, предлажу слједећи: као и до сада, казно дјело давања мита мора бити пријављено прије него што се за њега сазна или се његово почињење открије, али било би добро и временски ограничити вријеме унутар којег се може говорити о добровољном пријављивању казног дјела од стране његова починитеља да би могли говорити о *нескривљеном* понашању, затим, починитељ мора на најбољи могући начин сурађивати с тијелима казног прогона, он треба бити у стању и свједочити против приматеља мита у казном поступку, надаље, починитељ своју пријаву мора темељити на доказу да је мито дао искључиво на приједлог, сугестију или изравно тражење службене или одговорне особе, и на крају, треба бити недвојбено да код таквог починитеља није постојала намјера на давање мита. У прилог наведеном, од посебног значаја треба бити и сама вриједност даног мита.

У наставку проанализират ћемо пресуду Врховног суда Републике Хрватске која се односи на казно дјело давања мита, према чл. 294. ст. 3. КЗ, дакле, према којем се починитељ који је дао мито на захтјев службене или одговорне особе и пријавио дјело прије његова откривања или прије сазнања да је дјело откривено, може ослободити казне. Дакле, имамо ситуацију у којој полицијски службеник зауставља возило, констатира да двије особе у возилу нису везане и хоће им наплатити казну за прекршај која износи укупно 1.000,00кн. Међутим, даје им до знања, да пристаје не евидентирати им казне те смањити износ тако да њему директно дају 50,00 еура.

Оправдано суд првог ступња такав закључак темељи на сугласним, увјерљивим и логичним исказима опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П., које у основи потврђује исто тако логичан и увјерљив исказ свј. П., а из којих слиједи да је опт. Ј. као полицијски службеник приликом надзора промета на граничном пријелазу М., најприје предочио опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П. да су починили прекршај јер нису били везани сигурносним појасевима, те да је сваки од њих дужан платити казну од 500 кн, да би након тога затражио од њих износ од 50 ЕУР-а, умјесто плаћања те казне, те тај износ и примио од опт. Д. Ј..... Неспорно је тијеком поступка утврђено да су опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П. на захтјев опт. Ј. дали истом 50 ЕУР-а да их овај не пријави за прекршај, након чега су пријавили дјело мита прије његова откривања....Погрешно сматра суд првог ступња да при томе није доказана намјера опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П. да давањем новца опт. Ј. избјегну плаћање казне за прекршај, те да су новац дали искључиво зато што је то опт. Ј. тражио и није хтио наплатити казне, те да

су стога тек вољом опт. Ј. увучени у цијели догађај, без намјере да у њему судјелују као даватељи мита.²⁹

Врховни суд, као суд другог ступња, сматра да је првоступањски суд с оправдањем закључио да је полицијски службеник казненоправно одговоран за примање мита, међутим да је преурањено донио одлуку да оптуженици нису имали намјеру дати мито полицијском службенику већ су увучени у цијели догађај који су, због тога, потом и пријавили. *Нема сумње да опт. Ј. чини казнено дјело већ у тренутку када захтјева од опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П. новац да им не наплати казну за прекршај, те за сада погрешно закључује првоступањски суд да код њих није доказана намјера за давање мита на захтјев опт. Ј., као службене особе, већ да му исти дају новац само из разлога јер им овај не жели наплатити казне већ тражи новац за себе, чиме их без њихове воље увлачи у цијели догађај.*³⁰

Као што произлази из пресуде, након давања мита полицијском службенику, сви су се оптуженици међусобно порјечкали након чега је полицијски службеник вратио мито наведеној двојници и наплатио им казне за прекршај. Међутим, наведени преобрат ситуације не утјече на казненоправну одговорност јер је казнено дјело давања мита довршено у тренутку давања новца (мита) полицијском службенику на име почињеног прекршаја. Из свега слиједи како другоступањски суд сматра да првоступањски суд није добро утврдио чињенично стање.

*Наиме, за сада је такав закључак првоступањског суда преурањен и супротан утврђеном чињеничном стању из којег слиједи да су опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П. на захтјев опт. Ј. дали истом 50 ЕУР-а да их овај не пријави за прекршај, након чега су пријавили дјело мита прије његова откривања. Околност да је након таквог давања новца опт. Ј., дошло до вербалног сукоба између опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П., с једне стране и опт. Ј., с друге стране, услјед чега је опт. Ј. вратио новац опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П. и наплатио им прекршај, није од значаја за оцјену казнене одговорности опт. Д. Ј. и опт. И. Т. П. јер је казнено дјело давања мита у односу на њих довршено већ у тренутку када су на захтјев опт. Ј. дали истоме тражени новац како не би платили казну за почињени прекршај.*³¹

Како Врховни суд, није могао с оправдањем рећи да није доказана намјера на давање мита, укинуо је првоступањску пресуду у ослобађајућем дијелу, у односу на оптужене за давање мита, те се у том дијелу предмет враћа суду првог ступња на поновно суђење. У поновљеном поступку, у дијелу у којем је побијана пресуда укинута, првоступањски суд ће поновно извести све до сада изведене доказе, те их након тога оцијенити појединачно и у вези с осталим доказима, те тако утврдити правно релевантно чињенично стање на којем ће темељити нову и

²⁹ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 259/07-5 од 22.04.2008.г.

³⁰ Исто.

³¹ Исто.

на закону основану пресуду. Ова пресуда сигурно није примјер грађанима на потицање пријављивања корупције, поготово из разлога што је првоступањски суд оптужене за давање мита ослободио од кривње, да би другоступањски суд такву одлуку првоступањског суда укинуо и вратио му на поновни поступак. Поставља се питање, хоће ли се особа, која је била у ситуацији дати мито, усудити се то и пријавити, јер наиме, као што ни Казнени закон, тако ни судска пракса не говори томе у прилог.

3.4. Трећа особа - посредник у давању мита

Особа која посредује при подмићивању службене или одговорне особе, посредник је у давању мита. Посредник казнено дјело чини давањем иницијативе, увјеравањем, успостављањем везе, преузимањем предмета поклона од даатеља и уручивањем приматељу.³² Каква је ситуација ако се у улози посредника јавља службена или одговорна особа? Ваља скренути позорност, да ће се само посредништво цијенити на основу обима пружене услуге посредника, наиме, није исто ради ли се о посреднику који ће се појавити у функцији класичног посредника путем којег се остварује само договор између приматеља и даатеља мита па ће тако примјерице посредник имати задаћу да уручи приматељу мита договорени износ мита. У том случају радит ће се о посредовању службене или одговорне особе која је својим радњама, посредовањем, починила казнено дјело давања мита. Међутим, уколико службена или одговорна особа има већи спектар радњи које се могу сматрати њезиним ангажманом око давања мита те уколико она користи свој положај и утјецај да као службена или одговорна особа обави или не обави одређену радњу у посредовању радит ће се о другом казненом дјелу, казненом дјелу протузаконитог посредовања према бившем КЗ,³³ односно трговања утјецајем

³² Шаковић, А., *Организовани економски криминал у односу на корупцију и прање новца у Босни и Херцеговини*, Криминалистичке теме, Сарајево, бр. 3-4/2003. године, стр. 183–193.

³³ Према чл. 343. бившег КЗ; 1) Тко захтијева или прими дар или какву другу корист, или тко прими понуду или обецање дара или какве друге користи за себе или другу физицку или правну особу да искориштавањем свога службеног или друштвеног положаја или утјецаја посредује да се обави службена или друга радња која би се морала обавити, или да се не обави службена или друга радња која се не би смјела обавити, казнит ће се казном затвора од шест мјесеци до три године. (2) Казном из ст. 1. овога цланка казнит ће се тко искориштавањем свога службеног или друштвеног положаја или утјецаја посредује да се обави службена или друга радња која се не би смјела обавити или да се не обави службена или друга радња која би се морала обавити. (3) Ако је за посредовање из ст. 2. овога цланка поцинитељ примио дар или какву другу корист, или ако је примио понуду или обецање дара или какве друге користи за себе или другу физицку или правну особу, а не ради се о поцињењу другога казног дјела за

према важећем КЗ.³⁴ Трговање утјецајем је, дакле, само нови назив казног дјела, али и не ново казнено дјело у складу са чл. 12. Закона о потврђивању казненоправне конвенције о корупцији³⁵ и чл. 18. Закона о потврђивању конвенције Уједињених народа против корупције.³⁶ Потоње казнено дјело самостално је казнено дјело и посредник не може бити оптужен да је починио два казна дјела у стјецају.

4. Пријављене, оптужене и осуђене особе за давање мита

У анализи пријављених, оптужених и осуђених особа осврнут ћемо се на претходне двије године, 2014.³⁷ и 2013.³⁸ Пријављених особа за право активно подмићивање у 2014. било је 47, од тога 5 жена, док је годину прије било нешто више пријављених, њих 50, од чега 8 жена. Осјетно мањи број пријављених биљежи казнено дјело неправог активног подмићивања, нарочито у 2014. години у којој су за наведено дјело пријављене свега 2 жене и 1 мушкарац, док је година прије имала нешто већи број пријава, укупно 21, а од тога 13 жена. Оптужница је у 2013. за неправо активно подмићивање поднесена против 21 особе, што одговара и бројчаном стању пријављених као и годину касније, гдје је оптужница поднесена против 3 особе. Оптужница за право активно подмићивање поднесена је против укупно 36 особа и у 2014. и у 2013. Дакле, можемо закључити да је од

које је прописана тежа казна, поцинитељ це се казнити казном затвора од једне до пет година.

³⁴ Према чл. 295. КЗ, 1) Тко искориштавањем свога службеног или друштвеног положаја или утјецаја посредује да се обави службена или друга радња која се не би смјела обавити или да се не обави службена или друга радња која би се морала обавити, казнит ће се казном затвора од шест мјесеци до пет година. 2) Тко захтијева или прими мито, или прихвати понуду или обећање мита за себе или другога да искориштавањем свога службеног или друштвеног положаја или утјецаја посредује да се обави службена или друга радња која се не би смјела обавити, или да се не обави службена или друга радња која би се морала обавити, казнит ће се казном затвора од једне до десет година. 3) Тко захтијева или прими мито, или тко прими понуду или обећање мита за себе или другога да искориштавањем свога службеног или друштвеног положаја или утјецаја посредује да се обави службена или друга радња која би се морала обавити, или да се не обави службена или друга радња која се не би смјела обавити, казнит ће се казном затвора од једне до осам година.

³⁵ Чл. 12. Казненоправне конвенције о корупцији (ЕТС бр. 173), Закон о потврђивању Казненоправне конвенције о корупцији, НН, МУ, бр. 11/00

³⁶ Чл. 18. Трговање утјецајем, Закон о потврђивању конвенције Уједињених народа против корупције, НН, МУ 02/05

³⁷ Према подацима Државног завода за статистику Републике Хрватске, Пунољетни починитељи казних дјела, Пријаве, оптужбе и осуде у 2014, Загреб, 2015

³⁸ Према подацима Државног завода за статистику Републике Хрватске, Пунољетни починитељи казних дјела, Пријаве, оптужбе и осуде у 2013, Загреб, 2014

укупног броја поднесених пријава за казнено дјело давања мита у 2013, 70% поднесених за право активно подмићивање, док се свега 30% односило на неправо активно подмићивање. У 2014., 94% казних пријава односи се на право давање мита, а свега 6% на неправо активно подмићивање. Заступљеност жена међу пријављеним за давање мита свега је 14% у 2014, док је годину прије износила 30%.

Оптужених особа за казнено дјело из чл. 294. ст. 1., право активно подмићивање, у 2014. било је 43, од тога 7 жена. Казнени поступци окончани су на следећи начин: 39 осуђујућих пресуда, 2 одбијајуће пресуде и 1 ослобађајућа пресуда. Против 1 особе одбачена је оптужба, док је против 3 особе обустављен казнен поступак. За казнено дјело из чл. 294. ст. 2, неправо активно подмићивање, оптужено је 6 особа, од тога 2 жене. Свих 6 особа проглашено је кривим.

За право активно подмићивање у 2013. оптужено је 45 особа, од тога 4 жене. Донесене су 42 осуђујуће пресуде, 1 ослобађајућа и 1 одбијајућа. Против једне особе одбачена је оптужба. За неправо активно подмићивање оптужене су 3 особе, од тога 1 жена. Све три особе проглашене су кривима. Од укупног броја оптужених за казнено дјело давања мита у 2014., 12,24% их је оптужено за неправо давање мита, а 87,76% за право давање мита. Ситуација међу подигнутим оптужницама годину дана прије врло је слична, 6,25% оптужених за неправо давање мита, док је 93,75% оптужено за право давање мита. Од укупног броја оптужених, у 2014. оптужених жена је 18,37%, а свега 10,42% у 2013. години.

Распон изречене казне за активно давање мита, за које је у 2014. осуђено 39 особа, а годину дана прије 42 особе, кретао се од 2-3 мјесеца па до 6-12 мјесеци затворске казне, док је у неким случајевима према починитељу била примијењена увјетна осуда. Тако је у 2014. за право давање мита било изречено 12 безувјетних казни затвора и 27 увјетних, док је у 2013. ситуација била сасвим другачија, само једна увјетна казна затвора и 41 безувјетна затворска казна. Највише изречених казни затвора било је у распону од 6-12 мјесеци. За неправо давање мита у 2014. изречена је 1 безувјетна казна затвора у распону од 2-3 мјесеца те 5 увјетних затворских казни, док су у 2013. у све 3 осуђујуће пресуде изречене увјетне казне затвора. Жене као осуђене особе за казнено дјело давања мита чине 17,78% од укупног броја осуђених у 2014. и 11,11% у 2013. години.

Према Извјешћу Одбора за унутарњу политику и националну сигурност за 2014. годину³⁹ наводи се како је број корупцијских казних дјела мањи за 52,6%, а починитеља је мање за 54,5% у односу на 2013. годину, међутим то не представља реално стање и није резултат малог броја корупцијских казних

³⁹ Извјешће Одбора за унутарњу политику и националну сигурност с расправе о Извјешћу министра унутарњих послова о обављању полицијских послова у 2014, доступно на: <http://www.sabor.hr/izvjesce-odbora-za-unutarnju-politiku-i-nacion0014?dm=2>, (01. 04. 2016).

дјела у 2014., него великог броја у 2013. години, у којој је само у једној Оптужници обухваћено 897 корупцијских казнених дјела с 362 починитеља.⁴⁰

5. Закључак

Казнено дјело давања мита једно је од најучесталијих коруптивних казнених дјела. Остварено је према службеним и одговорним особама и њиховим надлежним институцијама па се тако сваким даном сусрећемо се с неким обликом коруптивних услуга у здравству, полицији, управи, просвјети, култури. Казнено дјело давања мита у већини случајева нужно је повезано с казним дјелом примања мита, наиме, једно казнено дјело повлачи за собом друго казнено дјело. И једно и друго носе у себи тзв. *тамну бројку* случајева почињене корупције за коју, вјеројатно, нећемо никад сазнати јер нити једном нити другом починитељу казног дјела није у интересу његово откриће. Закон предвиђа могућност ослобођења од казне починитеља који је дао мито на захтјев службене или одговорне особе и пријавио то дјело прије његова откривања или прије сазнања, међутим починитељу то није dostatна сигурност, јер га може, али и не мора ослободити од казне, што смо видјели и на темељу судске праксе. Требало би наведену одредбу измијенити како би придобили грађане да пријављују коруптивна казнена дјела, а да буду ипак, довољно заштићени. Надаље, нужно је утјецати на свијест грађана, као потенцијалних починитеља коруптивних казнених дјела, да не чине корупцијске деликте, нарочито гледајући из њихове позиције, да не чине казнено дјело давања мита на начин да поткупљују службене или одговорне особе ради извршења одређених услуга на које они имају право. Исто тако, на грађане треба утјецати и да пријаве сваки упућен им приједлог или захтјев, било израван или неизраван, на давање мита.

И на крају, ваљало би размислити и о инкриминирању квалифицираног облика почињења коруптивних казнених дјела давања и примања мита сукладно одредбама о висини остварене имовинске користи односно штете наведеним Казним законом па у складу с тим прописати и казне. Овај приједлог сматра се потребним с обзиром на учесталост почињења наведених казнених дјела од стране високо позиционираних и имућних особа чији су износи давања и примања мита, за које их се сумњичи па и терети, позамашни.

⁴⁰ Више о наведеној Оптужници види у: Божић, В., *Казнено дјело примања мита кроз призму корупције између уговорних лијечника обитељске медицине и творнице лијекова*, Годишњак Академије правних знаности, Загреб, 2015, стр. 101-150.

*Vanda Božić, Ph.D., Associate
Faculty of Law, University of Zagreb*

CORRUPTION OFFENCE OF GIVING A BRIBE AS AN ILLEGAL "FAVOUR FOR A FAVOUR"

Summary

The subject of this paper is a criminal offence of giving a bribe. Criminal offences against official duty, giving and receiving bribes, are the most common corruption offences. They are present in almost all sectors, and equally in private and public sectors. In most cases, there is no bribe-taking without bribe-giving, in other words, no favour without a favour in return. This paper will analyze the positive criminal legislation of Republic of Croatia pertaining to a criminal offence of proper and improper active bribery and will compare the legal arrangements with the former Criminal Code. In addition to the legal solutions, it will try to find solutions in case law. It will search for an answer to the question of how the Criminal Code regulates and provides for the possibility of a perpetrator of active bribery who had given a bribe only for the reason to be able to report illegal conduct, and how that looks in case law. It will explain the concept of mediation in the bribing of an official or a responsible person. Furthermore, paper offers an analysis of reported, accused and convicted persons for criminal offence of giving a bribe, for the proper and improper active bribery, in the last two years. In conclusion, it will propose the measures to combat this form of corruption - giving of bribes.

Key words: *bribery, corruption, crimes against official duty, illegal favours*

Литература

- Божич, В., Казнено дјело примања мита кроз призму корупције између уговорних лијечника обитељске медицине и творнице лијекова, Годишњак Академије правних знаности, Загреб, 2015.
- Деренчиновић, Д., Посебни дио казненог права, , Загреб, 2007.
- Деренчиновић, Д., Казнено дјело давања мита у хрватском и успоредном казненом законодавству и судској пракси, Хрватска правна ревија, 2001/3.
- Државни завод за статистику Републике Хрватске, Пунољетни починитељи казних дјела, Пријаве, оптужбе и осуде у 2014, Загреб, 2015.

Ванда Божић, Коруптивно казнено дјело давања мита као незаконита
"протууслуга за услугу" (стр. 831-846)

- Државни завод за статистику Републике Хрватске, Пунољетни починитељи казних дјела, Пријаве, оптужбе и осуде у 2013, Загреб, 2014.
- Еуропска комисија: Извјешће ЕУ-а о сузбијању корупције, доступно на: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_hr.pdf
- Еуропска комисија: Прилог о Хрватској Извјешћу о сузбијању корупције у ЕУ-у, Bruxelles, 3.2.2014
- Извјешће Одбора за унутарњу политику и националну сигурност с расправе о Извјешћу министра унутарњих послова о обављању полицијских послова у 2014, доступно на: <http://www.sabor.hr/izvjescje-odbora-za-unutamnju-politiku-i-nacion0014?dm=2>
- Изложеност пословног сектора корупцији и криминалу у Хрватској: утјецај корупције и других облика криминала на приватне твртке, Уред Уједињених народа за дроге и криминал, Беч, 2013.
- Казненоправна конвенције о корупцији (ЕТС бр. 173).
- Казнени закон, НН бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.
- Казнени закон Републике Хрватске, био на снази до 31.12.2012. НН, бр. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08.
- Конвенција Уједињених народа против транснационалног организованог криминалитета, United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, Treaty Series, vol. 2225.
- Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 259/07-5 од 22.04.2008.г.
- Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж-Ус 44/12-10 од 11.04.2013.г.
- Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 141/1990-5 од 17.05.1990.г.
- Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 3454/69
- Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: Кж-1170/84 од 19.06.1985.г.
- Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 636/06-3 од 13.03.2007.г.
- Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж-Ус 101/10-7 од 06.06.2014.г.
- Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Број: И Кж 431/66 од 20.10.1966.г.
- Шаковић А., Организовани економски криминал у односу на корупцију и прање новца у Босни и Херцеговини, Криминалистичке теме, Сарајево, број 3-4/2003.
- Транспаренцу Интернационал Хрватска: Индекс перцепције корупције 2015 – извјештај, доступно на: <http://www.transparency.hr/hr/clanak/indeks-percepcije-korupcije-2015-izvjestaj/392>
- Закон о потврђивању конвенције Уједињених народа против корупције, НН, МУ 02/05.
- Закон о потврђивању Казненоправне конвенције о корупцији, НН, МУ, бр. 11/00.
- Закон о Уреду за сузбијање корупције и организованог криминалитета, НН, бр. 76/09, 116/10, 145/10, 57/11, 136/12, 148/13.
- Закон о потврђивању Конвенције Уједињених народа против транснационалног организованог криминалитета, Протокола за спрјечавање, сузбијање и кажњавање трговања људима, посебице жена и дјеце те Протокола против кријумчарења миграната копном, морем и зраком, којима се допуњује Конвенција Уједињених народа против транснационалног организованог криминалитета, НН, МУ, бр. 14/02, 13/03, 11/04.

**УСЛУГЕ И ДРУГА СА ЊИМА
ПОВЕЗАНА ПИТАЊА**

*Др Предраг Стојановић, редовни професор,
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 347.73

336.2

ОСНОВНЕ ФОРМЕ ПОРЕСКЕ ЕВАЗИЈЕ КОД ПОЈЕДИНАЧНИХ ПОРЕСКИХ ОБЛИКА*

Резиме

Пореска евазија, односно пореска утаја као кривичноправни израз незаконитог и нелегитимног избегавања пореских обавеза, представља проблем од чијег решавања непосредно зависи осваривање свих виталних функција јавног апарата.

Системско суочавање са пореском евазијом подразумева мултидимензионалан приступ, будући да лишавање државне касе очекиваних прихода има врло сложене и разгранате корене. Из тог разлога, сваки облик униформног приступа у треману пореске евазије вероватно би био лишен шанси за успех. Уместо тога, требало би посветити интензивнију пажњу диверзитету облика у којима се пореска евазија манифестује код појединачних пореских облика. У овом раду, акценат смо управо ставили на детектовање и експликацију основних форми пореске евазије код неких од најзначајнијих фискалитета: пореза на додату вредност, пореза на доходак грађана и пореза на добит правних лица.

Кључне речи: *пореска евазија, порез на додату вредност, порез на доходак, порез на добит.*

1. Увод

Пореска евазија представља феномен чији узрочници сежу у тоталитет друштвено-економских односа, тако да његово студиозно сагледавање не представља нимало лак задатак. Ипак, то сматрамо неопходним, из разлога што одсуство разумевања узрока пореске евазије води у хроничну нестабилност финансијског система.

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Диверзитет модалитета којима порески дужници могу посегнути у избегавању плаћања пореза, условљен је, између осталог, и врстом пореског облика чије се плаћање избегава, начином његовог нормативног уређења као и спремношћу институционалног апарата да се одлучно супротстави овој појави. Што су пореске власти спремније да се ухвате у коштац са пореском утајом, односно пореском евазијом, то су модалитети избегавања пореза „напреднији“ и софистициранији. Супротно од тога, одсуство истинске борбе против пореске евазије, праћена неефикасним системом наплате, демотивише пореске дужнике да трагају за сложенијим каналима утаје – једноставно порез неће бити плаћен, уз очекивање да слабе пореске власти неће одговорити санкцијом.

Избегавање плаћања пореза у сектору услуга у оквиру којег се генерише огромна економска супстанца подложна опорезивњу, показује нарочиту склоност ка континуираном усложњавању. То се, добрим делом, дугује нематеријалном карактеру услуга који може битно отежати детектовање елемената нужних за спровођење опорезивања.

У овом раду, потрудићемо се да укажемо на форме пореске евазије код неких од најзначајнијих фискалитета у домаћем пореском систему: пореза на додатну вредност, пореза на доходак грађана и пореза на добит правних лица. Анализом појединачних манифестационих облика пореске евазије, уједно ћемо употпунити и представу о несавршеностима и недореченостима домаћег материјалног и процесног пореског законодавства.

2. Избегавање плаћања пореза у систему ПДВ-а

Један од елемената процењивања обима последица избегавања плаћања пореза, јесте и његова везаност за појединачне пореске облике. Наука о порезима одавно је, према критеријуму њиховог доприношења пореском рандману, све пореске облике који постоје у пореском систему поделила у две групе: издашни порези и они који то нису. Издашност појединачног пореза процењује се на бази његовог процентуалног учешћа у укупним пореским приходима једне земље. С обзиром на овај параметар, у издашне порезе могли бисмо убројити: порез на доходак грађана, порез на додатну вредност, акцизе и др. Притом, рангирање ових пореских облика из угла издашности није универзално, већ зависи од особености економске ситуације у земљи у којој се примењују. Тако, у државама са снажнијом привредом, које имају изузетно ниску стопу незапослености, најиздашнији фискалитет може бити порез на доходак, док је у транзиционим, и, махом, посттранзиционим економијама, порез на додатну вредност убедљиво најважнији порески облик с обзиром на критеријум издашности. Издашност пореза на додатну вредност произилази из његових основних карактеристика: општост, праваливост и фактичка усмереност на опорезивање потрошње. Порез на додатну вредност је, по слову самог Закона, општи порез, што подразумева да је њиме погођена испорука свих добара и услуга (као и увоз добара) које нису

експлицитно изузета из опорезивања.¹ Иако из самог назива произилази да је објекат овог пореза додата вредност, њиме се у крајњој линији погађа потрошња, будући да је остављена могућност његовог преваљивања са пореских обвезника *de jure* (испоручилаца добара и пружаоца услуга и увозника) на потрошаче.

С обзиром на чињеницу да се у Р. Србији приходи од пореза на додату вредност (даље: ПДВ), приближавају граници једнотрећинског учешћа у укупним приходима, јасно је због чега би борба против избегавања његовог плаћања требало да буде приоритетни задатак пореских органа.

Када је реч о нелегитимним формама пореске евазије код ПДВ-а које представљају наше примарно интересовање, морамо истаћи постојање најразличитијих модела њихове реализације. Системска предност ПДВ-а, која се састоји у чињеници да овај порез „сам контролише своју наплату“, будући да је сваки учесник у пореском ланцу заинтересован да претходни учесник обрачуна порез, не представља свемогућу одбрану од механизма пореске утаје.

Избегавање плаћања пореза на додату вредност у форми нелегалне нелегитимне пореске евазије (пореске утаје) може бити реализовано на неки од следећих начина:

1) *неосновано истицање претходног пореза*. Претходни порез је износ ПДВ обрачунат у претходној фази промета добара и услуга, односно плаћен при увозу добара, а који обвезник може да одбије од ПДВ који дугује.² Да би порески обвезник имао право да од државе тражи умањење властитог пореског дуга за износ претходног пореза, његов снабдевач му мора издати фактуру у којој је исказан претходни порез. Ово је, дакле, услов без кога се признавање претходног пореза не може одобрити. Коришћење лажних фактура представља најчешћи *modus operandi* неоснованог истицања претходног пореза и јавља се у две основне варијанте – истицање прекомерног претходног пореза на основу реализованих испорука или, пак, на основу испорука које никад нису ни наступиле (фингиране испоруке).³

2) *фраудолозно оснивање привредних ентитета*. Овај вид избегавања плаћања пореза остварује се оснивањем привредних субјеката са једином сврхом - да издавањем фискалних рачуна омогуће наредним учесницима у прометном ланцу одбитак претходног пореза. Ради се о случају где је тешко повићи јасну демаркациону линију између пореске утаје и легалне нелегитимне пореске евазије, будући да је у пракси често тешко открити и доказати чињеницу да је привредни субјекат основан искључиво зарад евазионих мотива учесника у

¹ Вид.: Закон опорезу на додату вредност ("Службени гласник РС", бр. 84/04, 86/04 - исправка, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14 - др. закон, 142/14, 83/15), чл. 1. У даљем тексту: ЗПДВ.

² Вид.: ЗПДВ, чл. 27.

³ Вид.: Милошевић, М., *Незаконита евазија пореза на додату вредност*, Докторска дисертација, стр. 54, http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/popdej/program14-15/PDV_zloupotreba.pdf.

ланцу ПДВ-а. Ако се надовежемо на претходни пример, овај случај пореске евазије би постојао уколико би се књиговодствена агенција основала једино из разлога да издајући фактуре (које могу бити и веродостојне) омогуће одбитак претходног пореза адвокатима, пореским консултантима, приватним извршитељима итд.

3) *коришћење добара опорезивих ПДВ-ом за сопствене потребе*. У закону је експлицитно прописано да ће се опорезивим прометом сматрати и случајеви узимања добара која су део пословне имовине пореског обвезника за личне потребе оснивача, власника, запослених и других лица.⁴ Једини услов који законодавац поставља јесте да се ПДВ обрачуна у претходној фази промета на та добра или њихове саставне делове може одбити, независно од тога да ли је остварено право на одбитак претходног пореза.⁵

4) *неиздавање фискалних рачуна*. Фискални рачун дужан је да изда сваки продавац добара односно пружалац услуга, који је регистрован као обвезник ПДВ-а, односно свако лице које је достигло лимит годишњих прихода утврђених у ЗПДВ-у.⁶ У казним одредбама Закона о фискалним касама забрањено је новчаним казнама пореским обвезницима ако „сваки појединачни промет добара на мало, односно промет услуга физичким лицима, не евидентира преко фискалне касе, или не одштапа и изда купцу добара, односно кориснику услуга фискални исечак фискалне касе преко које је евидентиран промет, без обзира да ли је купац добара, односно корисник услуга то захтевао или не, или не издаје фискалне исечке са свим обавезним подацима, или на видном месту у објекту у коме врши промет добара на мало, односно промет услуга физичким лицима, не истакне обавештење о обавези издавања фискалног исечка од стране обвезника, о обавези узимања фискалног исечка, као и о праву купца добара, односно корисника услуга да за купљена добра, односно примљене услуге не плати обвезнику, ако му обвезник не одштапа и изда фискални исечак, или у објекту или другом месту на коме се врши промет добара на мало, односно пружају услуге физичким лицима држи другу регистар касу осим фискалне“.⁷ Неиздавање фискалних рачуна као облик пореске евазије карактеристично је за ситуације када се добро испоручује крајњим потрошачима који немају пословног интереса да им рачун буде издат. Будући да потрошачи нису обвезници ПДВ-а, не могу ни тражити одбитак претходног пореза. Дакле, стандардна међусобна контрола у погледу издавања фискалних рачуна од стране учесника у прометном ланцу не постоји у случају када дођемо до краја тог ланца. Да ли ће потрошачи тражити фискалне рачуне од несавесних продаваца, зависи од начина на који они

⁴ Вид.: ЗПДВ, чл. 4, ст. 4, тач. 1.

⁵ Вид.: ЗПДВ, чл. 4, ст. 5.

⁶ Тренутни лимит за улазак у систем ПДВ-а у погледу годишњег прихода износи 8.000.000 динара. Вид.: ЗПДВ, чл. 33, ст.1.

⁷ Вид.: Закон о фискалним касама („Службени гласник РС“, бр. 135/04 и 93/12), чл. 43, ст. 1, тач. 6.

доживљавају фискалне циљеве државе и њиховог повезивања са сопственим интересима. Паралелно са прописивањем обавезе потрошача да узму фискални рачун, у многим државама које се боре са овим проблемом, води се интензивна кампања пореске администрације којом се грађанима приближава значај потребе да траже фискалне рачуне. Колико ће овај облик пореске утаје бити изражен као проблем, зависи како од функционалности механизма пореске контроле, тако и од свести крајњих потрошача у погледу обавезе понуђача добара и услуга да издају фискални рачун.

5) *наплаћен али неплаћен порез*. Најупечатљивији пример овог вида утаје пореза на додату вредност јесте случај када предузећа вештачки креирају претпоставке за стечај, при чему пореско правне обавезе тих субјеката остају неизмирене.⁸

б) *нерегистровани увоз*. Овај вид утаје пореза на додату вредност представља директну последицу наглашене дисфункционалности или коруптивности царинских органа који су надлежни да региструју увоз. Уколико имамо израженију корупцију на царини то је већи износ робе који прође државну границу на нерегуларан начин и мања је делотворност спровођења како спољнотрговинске тако и фискалне политике.⁹

7) *тзв. рингшипил (карусел) утаја* (својствена земљама Европске уније). Реч је о случају трговања робом која је опорезована нултом стопом, при чему се ПДВ не наплаћује приликом увоза те робе. Ово је назаступљенији начин утаје унутар Европске уније, из разлога што роба у ствари не прелази државну границу, па се том приликом не наплаћује ПДВ приликом увоза.¹⁰ Карусел утаја представља најсофистициранији и најкомплекснији модел утаје који има изузетно дисторзивно дејство по питању одржања здраве конкуренције међу привредним субјектима.¹¹

Сумирајући све облике пореске евазије, односно пореске утаје код пореза на додату вредност можемо закључити да упркос томе што овај порез поседује снажне антиевазионе механизме, пракса је ипак изнедрила бројне могућности избегавања његовог плаћања. Притом, што су механизми пореске и кривичне контроле слабији, то је спектар оваквих понашања шири, а њихове последице израженије.

⁸ Вид.: Раонић, И, Васић, З., *Пореска утаја ПДВ-а у Србији и феномен фантомских фирми*, Економика, Vol. 60, No. 2, стр. 98.

⁹ Вид.: Беговић, Б., Васовић, М., Вуковић, С., Мијатовић, Б., Сепи, Р., *Корупција на царини*, Београд, 2002, стр. 131.

¹⁰ Исто, стр. 99.

¹¹ Вид.: Fedeli, S. and Forte, F., *International VAT Fraud: The Carousel Game*, Journal of Modern Accounting and Auditing, Vol. 7, No. 3, p. 224.

3. Специфичност извора пореске евазије код пореза на доходак грађана

Нажалост, у Р. Србији је још увек на сцени у основи цедуларно опорезивање „дохотка“, са свим недостацима које тај модел за собом носи. Стартни хендикеп овог система тиче се чињенице да се опорезивањем појединачних прихода, не уважава чињеница различитости економских снага пореских обвезника, чиме су они субјекти који остварују веће приходе изложени привилегованом пореском третману, који не би постојао у условима дугоочекиваног прогресивног опорезивања дохотка.¹² У мноштву недостатака цедуларног модела, бројни су и они који се односе на остављање простора различитим евазионим понашањима. Резултати емпиријске анализе на одговарајућим микро подацима показују да је стопа евазије пореза на доходак у Србији релативно висока и да износи око 21,2%, што значи да се више од 1/5 укупног дохотка грађана у Србији остварује ван легалних токова, те да су губици државе на порезима и доприносима знатни.¹³ Тзв. рад на црно и злоупотреба механизма паушалног опорезивања представљају карактеристичне изворе пореске евазије у области опорезивања дохотка.

Ангажовање производног фактора рада мимо или супротно нормативном оквиру радног и пореског законодавства, представља стандардни елемент сиве економије. Последице ове појаве су видљиве у готово свим сферама друштвеног живота, при чему су економске и фискалне последице нарочито значајне. На нивоу појединачних субјеката, рад на црно их доводи у неравноправан положај мењајући њихов економски и општедруштвени статус чиме се угржава и крши уставни принцип сношења преског терета сразмерно економској снази. Са друге стране, фискус остаје ускраћен будући да није у прилици да порезом погоди значајну економску супстанцу која се креира као приход радника на црно. Чињеница да у случају када се радници ангажују на црно не постоји обавеза радника и послодавца у погледу плаћања пореза на зараде и доприноса из обавезног оцијалног осигурања, води остварењу само тренутне „сигурности“ за раднике који се ангажују на тај начин. Дугорочно гледано, у питању су „кандидати“ за разлите облике социјалне помоћи будући да неплаћењем доприноса, нису осигурани ни од једног социјалног ризика (болест, старост, незапосленост). Релаксиран положај послодавца који ангажују раднике на црно, омогућава им да се лакше одлуче за ангажовање додатних јединица радне снаге, што је један од разлога због којег државе неретко „гледају кроз прсте“ овој вишеструко штетној привредној пракси. Док год то буде тако, порез на доходак

¹² Стојановић, П., Лапчевић, М., *Institutional and Normative Basis of Tax Evasion in Serbia*, Зборник: *Thematic Conference Proceedings of International Significance*—„Archibald Reiss Days“, Vol. 3, Криминалистичко-полицијска академија, стр. 84.

¹³ Вид.: Ранђеловић, С., *Смањење евазије пореза на рад као инструмент фискалне консолидације*, Квартални мониторинг, бр. 25-26, септембар 2011, стр. 89.

грађана, као фискалитет, не може бити уздигнут на водеће место гледано по критеријуму издашности, већ ће то бити порези на потрошњу.

Пошто је у Р. Србији опорезивање дохотка спроведено тако да имамо мноштво засебних пореских облика којима се опорезују појединачни приходи, код сваког од њих могуће је препознати различите видове пореске евазије. С обзиром на то да би та анализа била исувише обимна, одлучили смо се да акценат ставимо само на евазиона понашања код опорезивања прихода од самосталних делатности, будући да представљају илустративан пример избегавања плаћања пореза.

Предузетници, који заправо представљају пореске обвезнике пореза на приходе од самосталне делатности, креирају у својим активностима значајну економску супстанцу која може бити опорезована на два начина. Први начин подразумева одређивање пореске основице овог пореза на фактичкој основи, односно на бази реалне висине прихода које остварују предузетници. Опорезивање на фактичку основицу требало би да буде правило, јер се на тај начин поштује принцип опорезивања сходно (стварној) економској снази.

Паушално опорезивање представља својеврсни сурогат за опорезивање на реалну основицу, и може се примењивати у случајевима када порески обвезник није у стању да води пословне књиге или би му вођење пословних књига знатно отежало обављање делатности. Један од основних услова које предузетни мора да испуни да би могао бити паушално опорезован јесте да у години која претходи години у којој се утврђује порез није остварио промет већи од 6.000.000 динара.¹⁴ Дакле, према законодавцу достизање овог обима промета, заправо сигнализира да је лице у стању да води пословне књиге те да нема разлога да буде паушално опорезовано. Манипулисање са евидентирањем података на основу којих се утврђује прелазак овог цензуса, представља један од основних механизма утаје код овог пореза. Ова аномалија посебно је изражена код припадника тзв. слободних професија (адвоката, ревизора, консултаната а у новије време и приватних извршитеља). Најпре, тешко је замислива чињеница да у пракси, већини представника слободних професија вођење пословних књига представља значајно пословно (финансијско) оптерећење. Ипак, порески органи, по правилу, испуњеност овог услова констатују на основу простог навођења његовог постојања од стране пореског обвезника у захтеву за паушалним опорезивањем. Даље, накнаде које наплаћују за пружене услуге представници слободних професија, често се не уплаћују на њихове пословне рачуне (изузев када се услуга пружа правним лицима), нити се региструју у књизи оствареног промета (КПО књига) како преласком прометног лимита не би било изгубљено право на паушално опорезивање. На тај начин се заправо вештачки минимализује економска снага ових пружалаца услуга како би њихов порески терет био што мањи. На евазионе потенцијале паушалног опорезивања илустративно је указивала парадоксална чињеница да је чак и књиговођама

¹⁴ Вид.: ЗПДГ, чл.40, ст. 2, тач. 4.

одобравано паушално опорезивање из разлога немогућности вођења сопствених пословних књига. Дакле, ови видови пореске евазије који произилазе из паушалног опорезивања, код нас су толико изражени да постају све реалнији захтеви за његовим потпуним укидањем код опорезивања прихода предузетника.

4. Избегавање плаћања пореза у систему пореза на добит правних лица

Државе које имају наглашену потребу оживљавања замрле економске активности подстицањем инвестиција, суочене су за захтевом за либерализацијом опорезивања добити, која каткад иде до те мере да се овај порез претвара у фискално миноран приход државе. У ову групу земаља можемо сврстати и Р. Србију, која дуго година уназад покушава да хипертрофираним режимом пореских олакшица и благим пореским стопама пореза на добит (актуелна стопа је 15%), пружи порески подстицај за привредни опоравак. Ипак, резултати таквог приступа су контрадикторни.

Мотивациони основ појачаног избегавања плаћања пореза на добит правних лица зависи од најмање три чињенице: степена пореске пресије (висине пореске стопе), егзактности пореске регулативе у домену утврђивања пореске основице и ефикасности контролних пореских маханизма у откривању пореске утаје у овој области.

За разлику од пореске утаје код пореза на приходе од самосталне делатности, где се такође опорезује пословни резултат (добит) предузетника, код пореза на добит правних лица тешко је изводљиво да се целокупна привредна активност измести у сиву зону и да остане изван пореског захвата. Дакле, у питању су активности које су по обиму и квантитету „видљивији“ у поређењу са економским активностима у сектору ситног предузетништва. Осим тога, ступање у привредне односе са другим субјектима који имају својсво правног лица намеће потребу регистрације ових делатности.

Као што је већ речено, с обзиром на мањкавости и комплексност законске регулативе у области пореза на добит као и присуство прећутно толерантног односа транзиционих власти према избегавању плаћања овог пореза зарад економског раста, пракса је изнедрила бројне модалитете којима се предузећа служе у пракси како би избегла плаћање пореза. У овом раду, укратко ћемо се осврнути на два облика евазије пореза на добит, која, према нашем мишљењу, заслужују посебну пажњу. Реч је о механизму утаје у пословању резидентних предузећа са нерезидентним (из јурисдикција са статусом пореског раја) и механизму вештачког еродирања пореске основице креирањем пословних расхода.

Пословање резидентних правних лица са компанијама са статусом пореског раја одувек је представљало једну од најслабијих тачки домаћег система пореза на добит када је реч о могућностима пореске евазије. У једном тренутку чинило се да држава не може „стати на крај“ преливању добити из резидентних

компанија у компаније које су пословале у земљама са екстремно благим порезом на добит.

Један од основних модела пореске утаје почива на реализацији трансакција по тзв. трансферним ценама између повезаних правних лица, при чему је једно лице домаћи резидент, док друго лице послује у земљи са статусом пореског раја. Порески рајеви су микро државе или зависне територије које припадају другој држави а у којима се пружају услуге које се или уопште не опорезују или је пореска обавеза изузетно ниска. Дакле, у питању је институционално прикривање екстратериторијалног богатства које је склоњено и заштићено у оквиру пореског система који је ограничен и недовољно развијен. Испоручивање добара, реализација услуга или одобравање позајмица резидентном од стране нерезидентног правног лица по ценама које су више у односу на неконтролисану тржишну цену, доводи до отапања пореске основице домаћег правног лица (опорезиве добити) и пребацивања капитала под бенефицирани порески третман. Домаћа пореска регулатива дуго времена није на прави начин уважавала чињеницу наглашених евазионих потенцијала у пословању домаћих предузећа са повезаним субјектима из земаља пореских рајева. У склопу напора за смањењем могућности пореске евазије у овој области, односно настојања да се за утајиваче повећају трошкови саме утаје, Законом о порезу на добит правних лица експлицитно је регулисан како појам пореског раја, тако и механизам опорезивања економске супстанце остварене на релацији резидент-нерезидент. Тако, уместо опорезивања по једнообразној стопи пореза од 15%, приход који оствари нерезидент од резидентног правног лица у форми дивиденди, удела у добити, ауторских накнада, камата и закупнина се опорезује по стопи од 20%. Уколико, пак, нерезидент послује у јурисдикцији - пореском рају, пореско оптерећење готово свих поменутих прихода (осим дивиденди и удела у добити) је још веће и износи 25%.¹⁵ Међутим, у нормативној анализи овог законског решења појавила су се мишљења да ова десетоцентна разлика у пореским стопама ипак није довољна у смислу потпуног анулирања ефеката утаје пореза коришћењем поменутог механизма¹⁶.

¹⁵ Закон о порезу на добит правних лица, чл. 39. и чл. 40.

¹⁶ Наспрам теоријског појма „порески рај“, законодавац говори о „јурисдикцији са преференцијалним пореским третманом“ одређујући је као „територију са пореским суверенитетом на којој се примењује законодавство које пружа могућности за значајно мање пореско оптерећење добити правних лица, било свих правних лица или оних која испуњавају посебне услове, као и дивиденди које она расподељују својим оснивачима у поређењу са оним предвиђеним одредбама овог закона и закона који уређује опорезивање дохотка грађана, односно за онемогућавање или отежавање утврђивања стварних власника правних лица од стране пореских органа Републике Србије и онемогућавање или отежавање утврђивања оних пореских чињеница које би биле од значаја за утврђивање пореских обавеза према прописима Републике Србије“. Вид.: Закон о порезу на добит правних лица, чл. 3а, ст. 1.

Други начин на који порески обвезници пореза на добит често прибегавају избегавању пореза јесте артифицијелно (вештачко) умножавање пословних расхода, који, када се одбију од прихода правног лица резултирају смањењем опорезиве добити. Закон експлицитно набраја пословне расходе који ће се признати као умањење у пореском билансу, као и услове за њихово признавање (што није био случај у ранијој регулативи)¹⁷, али то ипак не значи да су предузећа лишена могућности злоупотреба у овом домену.

Пракса међународних пословних скандала и студије о криминалитету белог оковратника пуне су примера у којима је реч управо о овом виду пореске евазије. У том смислу је, примера ради, надалеко чувен случај компаније *Hemsley Enterprises*, где се на најбољи начин може видети погубност злоупотреба у фабриковању пословних расхода, како из перспективе ефеката на углед компаније тако и из перспективе штећеног фискаса.¹⁸ Евидентирање расхода за приватне потребе власника, чланова или менаџмента привредних друштава као умањујуће ставке у пореском билансу, у пракси је засигурно много чешћа појава него што то показују анализе пореске администрације базиране на резултатима пореске контроле.

5. Закључак

Различитости у начинима генерисања економских снага које законодавац промовише у предмет опорезивања, резулира и диверзитетом форми за којима порески обвезници могу посегнути у избегавању пореских обавеза. Управо из тих разлога једнообразни приступ у сагледавању феномена пореске евазије који би синтетизовао све њене манифестационе форме код свих фискалитета, готово да је незамислив. Уместо тога, аналитичким приступом, требало би одгонетати узроке, последице и превентивне акције код различитих типова евазионих активности који се манифестују код појединачних пореских облика.

У раду смо покушали да укажемо на основне манифестационе форме избегавања плаћања пореза код неких од најважнијих пореских облика: пореза на додату вредност, пореза на доходак грађана и пореза на добит правних лица.

Иако је порез на додату вредност осмишљен на начин да битно лимитира шансе пореских дужника да избегну или умање своје пореске обавезе, пракса је изнедрила мноштво канала за пореску евазију када је реч о овом порезу: неосновано истицање претходног пореза, фразулозно оснивање привредних ентитета, неиздавање фискалних рачуна, „карусел“ утаја, коришћење добара опорезивих ПДВ-ом за сопствене потребе итд. Када је реч о овом пореском облику, у претежном делу простор за пореску евазију је ослобођен услед недовољно ефикасне примене Закона о ПДВ-у, пре него због недостатака ове регулативе. То се

¹⁷ Вид.: Закон о порезу на добит правних лица, чл. 7-22в.

¹⁸ Вид.: Pontell, H. N., Geis, G. L., *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer Science & Business, Berlin 2007, pp. 383-384.

најилустративније види на омасовљеној и недовољно санкционисаној пракси неиздавања фискалних рачуна од субјеката који су у обавези да то чине.

У домену пореза на доходак грађана, анализа пореске евазије изискује сагледавање овог феномена из више углова: економског, правног, социјалног и политичког, будући да једино на тај начин можемо створити претпоставке за разумевање овог проблема и суочавање са њим. У којој мери је пореска евазија наглашена код услужних делатности (посебно у сфери тзв. слободних професија) најбоље сведоче аномалије у примени концепта паушалног опорезивања. Такође, ангажовање производног фактора рада мимо или супротно нормативном оквиру радног и пореског законодавства, представља стандардни елемент сиве економије, при чему су економске и социјалне реперкусије ове појаве видљиве у готово свим сферама друштвеног живота.

Коначно, потреба транзиционих земља да своје националне економије хитно и неодложно „натопе“ страним директним инвестицијама, резултирала је збуњеношћу пореских законодаваца од којих се очекивало да нађу баланс између потребе државе за изданим пореским приходима и жеље страних и домаћих инвеститора да њихове пореске обавезе по основу пореза на добит буду што је могуће мање. На домаћем плану, изузетно широк дијапазон пореских олакшица довео је до ерозије пореских прихода од овог пореза. Са друге стране, каснији покушаји да се артифицијелни инвестициони подстицаји лимитирају, подстакао је интензивирање уходаних механизма пореске евазије у овој области - утаја у пословању резидентних предузећа са нерезидентним и механизам вештачког еродирања пореске основице креирањем пословних расхода. Принуђени смо на констатацију да за сада не уочавамо довољно оперативних али и политичких напора за суочавање са овим изузетно штетним модалитетима изигравања пореских обавеза.

*Predrag Stojanović, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

THE BASIC FORM OF TAX EVASION OF THE MOST IMPORTANT TAXES

Summary

Tax evasion is a problem on whose solution directly depends the realization of all vital functions of the public sector.

Dealing with tax evasion on sistematic way, involves a multi-dimensional approach, since the deprivation of the expected state budget revenues have a very complex and branched roots. For these reasons, all forms of the unique approaches in

the treatment of tax evasion would probably be deprived of the chance of success. Instead of that, we should devote more intensive attention to the diversity of manifestation forms of tax evasion at individual taxes. In this paper, the focus of our analysis was to detect and explication some of the basic forms of tax evasion at some of the most important taxes: the value added tax, income tax and the corporate income tax.

Key words: *tax evasion, value added tax, income tax, corporate income tax.*

Литература

- Беговић, Б., Васовић, М., Вуковић, С., Мијатовић, Б. и Сепи, Р., Корупција на царини, Београд, 2002.
- Закон опорезу на додату вредност ("Службени гласник РС", бр. 84/04, 86/04 - исправка, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14 - др. закон, 142/14, 83/15).
- Закон о фискалним касама („Службени гласник РС“, бр. 135/04 и 93/12).
- Закон о порезу на добит правних лица (“Службени гласник РС”, бр. 25/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 - др. закон, 142/14, 91/15 – аутентично тумачење, 112/15).
- Закон о порезу на доходак грађана ("Службени гласник РС", бр. 24/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 - исправка, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 - УС, 93/12, 114/12 - УС, 47/13, 48/13 - исправка, 108/13, 57/14, 68/14 - др. закон, 112/15).
- Милошевић, М., Незаконита евазија пореза на додату вредност, Докторска дисертација, http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/popdej/program14-15/PDV_zloupotreba.pdf.
- Pontell, H. N., Geis, G. L., International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, Springer Science & Business, Berlin, 2007.
- Раонић, И., Васић, З., Пореска утаја ПДВ-а у Србији и феномен фантомских фирми, Економика, Vol. 60, No. 2.
- Рањеловић, С., Смањење евазије пореза на рад као инструмент фискалне консолидације, Квартални монитор, бр. 25-26, 2011.
- Stojanović, P., Lapčević, M., Institucional and Normative Basis of Tax Evasion in Serbia, Зборник: Thematic Conference Proceedings of International Significance-„Archibald Reiss Days“, Vol. 3.
- Fedeli, S., Forte, F., International VAT Fraud: The Carousel Game, Journal of Modern Accounting and Auditing, Vol. 7, No. 3.

*Др Зоран Миладиновић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 347.78

ОПШТА ПРАВИЛА О АУТОРСКИМ УГОВОРИМА*

Резиме

*Ауторски уговори су основни правни инструмент правног промета имовинско-правних овлашћења аутора. Предмет ауторских уговора је уступање или пренос одређеног, или одређених имовинскоправних овлашћења са једног лица на друго. У питању је промет специфичног облика својине, тј. интелектуалне својине, као нематеријалног добра. Специфичност предмета ових уговора, неравноправан положај уговорних страна, аутора, односно других носилаца ауторских права с једне, и корисника ауторских дела с друге стране, мноштво имовинскоправних овлашћења, па самим тим и мноштво ауторских уговора, разлог су што прописи ауторског права знатан простор посвећују ауторским уговорима, и то најпре тако што прописују нека општа-заједничка правила за све ауторске уговоре, а потом уређују односе из појединих именованих ауторских уговора. Општа правила уговорног ауторског права су *lex specialis* у односу на општа правила грађанског и привредног уговорног права. Општим правилима ауторских уговора уређена су питања као што су: форма ауторских уговора, правила о плаћању ауторског хонорара, правила о измени уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара, правила о обавези корисника дела да врши прибављено овлашћење, и последице невршења, односно недовољног вршења прибављеног овлашћења, правила тумачења ауторских уговора и правила о раскиду ауторских уговора у појединим случајевима. У раду се анализирају ова општа правила о ауторским уговорима садржана у Закону о ауторском и сродним правима Србије, али и њихова усаглашеност са одговарајућим решењима у упоредном праву. У закључним разматрањима се констатује да је кроз прописивање посебних правила за ауторске уговоре, а у неким случајевима и у форми императивних норми, намера законодавца била да у регулисању уговорних односа заштити ауторе, односно друге носиоце ауторских права, као економски слабију уговорну страну у односу на кориснике ауторских дела.*

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „XXI век – век услуга и Услужног права“, бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Кључне речи: ауторски уговор, општа правила, аутор, други носилац ауторских права, корисник дела, форма уговора, раскид уговора.

1. Уводне напомене

Ауторски уговор је уговор којим једно лице (аутор или други носилац ауторских права)¹ уступа или преноси имовинскоправна овлашћења другом лицу. Из овако одређеног појма ауторског уговора уочавају се две чињенице. Прво, код ауторског уговора једна уговорна страна (страна која уступа или преноси одређена имовинско-правна овлашћења) не мора увек бити аутор дела. Осим аутора, дакле, као уговорна страна која уступа или преноси одређена имовинскоправна овлашћења може да се појави и друго лице тј. носилац ауторских права. Друго, из дате дефиниције појма ауторског уговора уочава се да ауторско уговорно право познаје два облика промета искључивих имовинскоправних овлашћења на основу ауторских уговора: конститутивни, који се одвија на основу уговора о уступању-лиценци одређеног, односно одређених имовинскоправних овлашћења аутора, и транслативни, који се одвија на основу уговора о преносу имовинскоправних овлашћења аутора. Конститутивни облик промета искључивих имовинскоправних овлашћења је преовлађујући у ауторском уговорном праву. То је такав облик промета код којег изворна имовинскоправна овлашћења остају изворном носиоцу (аутору), али се из садржине субјективног ауторског права изводи једно или више конкретних

¹ Аутор је изворни носилац ауторских права. Други носилац ауторских права је свако лице које није аутор али користи ауторско дело по неком правном основу. Правни основ може бити уговор, наслеђивање и, у одређеним случајевима, закон. Носилац ауторских права на основу закона је на пример лице које је уз сагласност аутора објавило или издало његово ауторско дело али као анонимно или под псеудонимом. Према прописима ауторског права лице које је објавило, односно издало ауторско дело као анонимно или под псеудонимом, по самом закону је овлашћено да остварује ауторска права над тим делима. У ова два случаја лице које је објавило или издало ауторско дело зна идентитет аутора, али је, из тежње законодавца да ауторов идентитет у односу на јавност остаје неоткривен, усвојена концепција да до промета долази по самом закону, а не на основу уговора између аутора и лица које је дело објавило, односно издало као анонимно или под псеудонимом. У ширем смислу, до промета ауторских права на основу закона (стицање статус носиоца ауторских права) долази и у случају ауторских дела створених у радном односу, где, према прописима ауторског права, послодавац, по самом закону, има право да објави ауторско дело које је запослени створио извршавајући своје редовне радне задатке и носилац је свих имовинскоправних овлашћења на том делу за одређени временски период. Према ЗАСП, чл. 98, ст. 1 тај рок износи 5 година од дана завршетка дела. Ако је ауторско дело створено у радном односу рачунарски програм трајни носилац свих искључивих имовинскоправних овлашћења на делу је послодавац, ако уговором није друкчије одређено (чл. 91, ст. 2 ЗАСП).

имовинскоправних овлашћења, које се, као ново субјективно право коришћења ауторског дела, конституише на име другог лица. За овај облик промета наш Закон о ауторском и сродним правима (даље ЗАСП)² користи израз уступање имовинскоправних овлашћења (чл. 61 ЗАСП). Полазећи од монистичког схватања правне природе субјективног ауторског права које је прихваћено и у нашем ауторском праву, а према коме је субјективно ауторско право јединствено, *sui generis*, право састављено од две врсте овлашћења: личноправних и имовинскоправних, и да су личноправна овлашћења аутора тесно везана за личност аутора, тако да се не могу преносити,³ аутор и његов наследник за живота могу закључивати само ауторске уговоре којима се *уступају* имовинскоправна овлашћења а не и ауторске уговоре којима се врши пренос ауторских права. Транспалтивни облик промета у ауторском праву је такав облик промета код кога долази до преноса целог права са једног на друго лице. Код овог облика промета преносилац престаје бити носилац ауторских права, док стицалац постаје нови носилац тих истих права у пуном обиму. Пошто аутор и његов наследник не могу за живота преносити цело ауторско право, то могу да чине (да преносе имовинскоправна овлашћења) само лица која су од аутора или ауторовог наследника уступањем стекла *искључиво* право на коришћења ауторског дела, односно неког конкретног овлашћења, под условом да су од уступоца за то добила дозволу, односно сагласност. Лица која су стекла *неискључиво* право коришћења ауторског дела, односно неког конкретног овлашћења не могу преносити стечено овлашћење на друго лице. Наш ЗАСП не садржи изричиту одредбу о томе, али се, из одредбе чл. 62, ст. 3 ЗАСП, према којој ова лица не могу стечено овлашћење уступати другом лицу, закључује да она тим пре не могу ни преносити стечено овлашћење. У вези за транслативним обликом промета искључивих имовинскоправних овлашћења, значајно је указати да се стицањем права својине на оригиналном примерку ауторског дела не подразумева и стицање ауторског права на делу (чл. 63 ЗАСП).⁴

У ауторском уговорном праву важи начело аутономије воље, односно слободу уговарања. То значи да не постоји обавеза закључивања ауторског уговора. Од овог правила постоји само један изузетак а то је да организација за колективно остваривање ауторског права мора да закључи уговор са сваким заинтересованим корисником о неискључивом уступању права коришћења ауторског дела, и то под равноправним условима за све кориснике из исте тарифне класе.

На аутономију воље, односно слободу закључивања ауторског уговора, надовезује се слобода обликовања садржине ауторског уговора. Ипак, када је о овом питању реч, креатори прописа ауторских права свих земаља налазе се пред

² Службени гласник Републике Србије, бр. 104/09; 99/11; 119/12.

³ Марковић, С., Поповић, Д., *Право интелектуалне својине*, Београд, 2014, стр. 196.

⁴ Пресуда Округног суда у Београду П. бр. 21/96 и П. бр. 50/95 и пресуда Врховног суда Србије. бр. Гж. 108/96. од 22. јануара 1997.

једном вечитом дилемом, односно противуречној ситуацијом. Наиме, с једне стране, ауторско право је део грађанског права, а с друге стране искоришћавање ауторских дела је једна специфична привредна делатност, која у свакој земљи значајно учествује у повећању бруто друштвене вредности, односно бруто друштвеног производа.⁵ То би значило да ауторско уговорно право треба да буде обухваћено свеукупним процесом законске дерегулације, како би сви елементи тржишног пословања били присутни и у овој области. С друге стране, пак, мора се имати у виду чињеница да је економска позиција аутора у процесу закључивања ауторских уговора, по правилу, неповољнија, јер су у економски неравноправном положају у односу на корисника дела, што често има за последицу да аутори бивају у позицији да прихвате услове који нису у складу са њиховим најбољим економским интересима. Због те чињенице, прописи ауторског права, укључујући наш ЗАСП уређују један број питања императивним нормама настојећи на тај начин да заштите интересе аутора као слабије преговарачке стране. На тај начин чини се један компромис између супротстављених интереса аутора, односно носилаца ауторских права, с једне стране, и корисника ауторских дела, с друге стране, у смислу да у обликовању садржине ауторских уговора доминира аутономија воље уговорних страна, али постоји и један број питања која су регулисана императивним нормама чији је циљ да се заштите економски интереси аутора као слабије преговарачке, односно уговорне стране.⁶ Поред ове, законске заштите аутора у погледу уређивања уговорних односа, други начин на који аутори могу да побољшају своју преговарачку позицију је мање ефикасан, али је у пракси могућ. То је удруживање аутора у одговарајуће облике организовања. У пракси постоје

⁵ У Србији је у 2012. години, економски допринос делатности заснованих на ауторском праву у укупном БДВ износио 4,61%, док је њихово учешће у БДП износило 4%. Радуловић, Б., Поповић, Д., Алексић, Д., *Допринос делатности заснованих на ауторском праву привреди Србије*, Београд, 2015, стр. 63.

⁶ Тако је на пример чл. 68, ст. 1 ЗАСП прописано да се у сумњи о садржини и обиму уступљеног овлашћења сматра да је уступљено, односно пренето мањи обим овлашћења. Такође, ст. 2 истог члана прописано је да овлашћење за објављивање дела, за бележење дела на носач звука или слике и овлашћење за емитовање дела морају бити изричито уговоре, ако одредбама ЗАСП није друкчије одређено. Чл. 69 ЗАСП, прописано је да ауторски уговор мора да садржи имена уговорних страна, наслов, односно идентификацију ауторског дела, овлашћења која су предмет уступања, односно преноса, висину, начин и рокове плаћања ауторске накнаде ако је уговорена, као и садржинска, просторна и временска ограничења ако постоје. Чл. 70 ЗАСП, аутору је признато право да уколико се коришћењем ауторског дела оствари добит која је у очигледној несразмери са уговореном ауторском накнадом, аутор, односно његов наследник има право да тражи измену ауторског уговора ради отклањања те несразмере. Чл. 71 ЗАСП, аутору, односно његовом наследнику је признато право да раскине уговор о уступању имовинско-правног овлашћења ако стичалац овлашћења исто не врши или га врши у обиму мањем од уговореног, чиме угрожава интересе аутора, односно његовог наследника.

углавном два таква облика. Један је удруживање аутора у одговарајуће организације за колективно остваривање ауторских права. Други је синдикално организовање аутора. Овај други облик примењив је само за ауторе који су у радном односу код послодавца чија је делатност стварање и искоришћавање одређене врсте ауторских дела.⁷ Ови аутори се преко својих синдикалних организација, поред чисто радно-правних питања, прилично успешно могу изборити и за одређена питања која се односе на ауторска дела створена у радном односу, пре свега на висину и начин плаћања накнаде за коришћење ауторских дела која су створили извршавајући своје обавезе из уговора о раду,⁸ док на само право послодавца да дело користи не могу утицати, будући да послодавац, по самом закону, има право на искоришћавање ауторских дела створених у радном односу, осим ако уговором о раду или општим актом послодавца није друкчије одређено,⁹ што ће у пракси ретко када бити случај.

2. Правила о форми ауторских уговора

У ауторском праву важи правило да се ауторски уговори закључују у писменој форми, осим ако за поједине уговоре законом није друкчије прописано. То правило усваја и наш ЗАСП, према коме се ауторски уговори закључују у писменој форми, осим уколико посебним одредбама ЗАСП није друкчије прописано (чл. 67, ст. 3). Наш ЗАСП познаје само један такав изузетак: издавачки уговор чији је предмет издавање чланака, цртежа и других ауторских прилога у новинама и периодичној штампи не мора бити закључен у писменој форми (чл. 74 ЗАСП). Код ауторских уговора за које је прописана обавезна писмена форма, писмени облик је обавезан и за новацију таквог уговора.¹⁰ Иако већина прописа о ауторском праву прописује писмену форму за ауторске уговоре, у правној теорији не постоји јединствено гледање на карактер ове форме. Има схватања да писмена форма служи као доказ да је ауторски уговор закључен, дакле, да је у питању форма *ad probationem*.¹¹ Међутим, има и схватања да је писмена форма услов пуноважности ауторског уговора, што значи да је у питању форма *ad solemnitatem*.¹²

Питање које се поставља у вези са судбином ауторских уговора који нису закључени у писменој форми, а о коме нема изричите одредбе у важећем ЗАСП,

⁷ У пракси овакви уговори се сусрећу у области новинарства, радио и тв стваралаштва, филмске индустрије и сличним установама.

⁸ Марковић, С., *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, стр. 255.

⁹ Види чл. 98-101 ЗАСП

¹⁰ Одлука Врховног суда Србије, Гж. 144/82.- Информатор Окружног суда у Београду, бр. 1/1982, стр. 12.

¹¹ Стојановић, М., *Издавачки уговор*, Београд, 1967, стр. 39.

¹² Спаић, В., *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*, Загреб, Београд, Чаковец, 1983, стр. 212.

јесте које су правне последице ако ауторски уговор није закључен у писменој форми.¹³ У Закону о ауторском праву из 1978.¹⁴ на ово питање био је дат јасан одговор јер је било прописано да су уговори који нису закључени у писменој форми апсолутно ништави и не производе никакве правне последице (чл. 56, ст. 2 ЗАП). Очигледно је да је намера аутора актуелног ЗАСП била да се ублажи правило о обавезности писмене форме ауторског уговора, односно последице непоштовања обавезне писмене форме ауторског уговора. Овакав став законописца може се тумачити и чињеницом да писмена форма ауторског уговора није у функцији заштите било ког јавног интереса, будући да се ауторским уговорима уређују односи приватног права.¹⁵ Имајући у виду да актуелни ЗАСП не садржи изричиту одредбу која прописује ништавост ауторског уговора који није сачињен у писменој форми, и полазећи од чињенице да се на ауторске уговоре, сходно примењују општа правила облигационог права, односно одредбе Закона о облигационим односима (даље: ЗОО),¹⁶ у случају када поједина питања нису уређена одредбама ЗАСП, одговор на ово питање могуће је дати применом чл. 73 ЗОО, према коме „уговор за чије се закључење захтева писмена форма сматра се пуноважним иако није закључен у тој форми ако су уговорне стране извршиле у целини или претежном делу обавезе које из њега произилазе, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произилази што друго.“ Из овог правила облигационог права изводи се следећи закључак: „усмено закључени ауторски уговор не производи правно дејство уколико уговорне стране нису у целини или у претежном делу извршиле обавезе које из њега произилазе, односно, сматра се да је усмено закључени ауторски уговор пуноважан ако су уговорне стране у целини или у претежном делу извршиле обавезе које из њега произилазе“.¹⁷

Неспорно је да се ово правило из ЗОО може применити и на ауторске уговоре, односно да недостатак писмене форме не подразумева аутоматски и ништавост ауторског уговора. Међутим, специфичност предмета уговора у ауторском праву има за резултат да се приликом примене ове одредбе узимају у обзир интереси и намере обе уговорне стране. Оно што је неспорно јесте да, уколико једна уговорна страна није испунила своју уговорну обавезу из усмено закљученог ауторског уговора, друга страна се не може позивати на тако закључен уговор и од суда захтевати да другу страну обавезе на извршење уговорне обавезе и евентуалну накнаду штете. Неспорно је, такође, да је усмено

¹³ Миладиновић, З, *Карактеристике ауторских уговора*, Право и привреда бр. 7 - 9/2015, стр. 27.

¹⁴ Службени лист СФРЈ, бр. 19/78.

¹⁵ Гавриловић, С., *Форма уговора у ауторском праву*, Право и привреда, бр. 9-12/2005, стр. 70

¹⁶ Службени лист СФРЈ, бр. 29/1978,39/1985,45/1989, Службени лист СРЈ, бр. 31/1993, 22/1999, 23/1999, 35/1999, 44/1999).

¹⁷ Марковић, С., *Ауторско право...*, стр. 256.

закључени ауторски уговор пуноважан и онда када су обе уговорне стране извршиле своје обавезе у целини. У таквој ситуацији ни уговорне стране ни трећа лица не могу оспоравати његову ваљаност позивајући се на недостатак прописане форме.¹⁸ Међутим, између ове две јасне ситуације постоји читав низ могућих ситуација у којима ће обавезе из ауторског уговора бити делимично извршене, када долази до потребе тумачења да ли је то делимично извршење уствари извршење у претежном делу у смислу чл. 73 ЗОО, да би се занемарио недостатак писмене форме, или то није случај. У правној теорији се сматра да је, да би ауторски уговор био испуњен у претежном делу, неопходно да буде извршена она престација која је карактеристична за конкретан уговор¹⁹ чије су одредбе предмет тумачења. У ауторском праву, карактеристична престација, поред врсте ауторског уговора (уговор о извођењу или представљању дела, издавачки уговор или уговор о изради филмског дела) цени се и у зависности ода тога да ли је стичалац овлашћења обавезан да врши прибављено овлашћење или је то само његово право али не и обавеза, па може али не мора да га врши. Тако, на пример, ако је у питању издавачки уговор за који је законом прописана обавезна писмена форма, где је аутор предао манускрипт издавачу који се обавезао да ауторско дело умножи у одређеном року и да умножене примерке дела стави у промет, што је и учинио, сматраће се да је извршена карактеристична престација и аутор има право да од суда захтева да му издавач исплати ауторски хонорар, а издавач се у том случају не може позивати на непостојање његове обавезе плаћања хонорара зато што уговор није сачињен у писменој форми. Или, на пример, када је у питању емитовање ауторског дела где се емисиона станица усмено закљученим уговором обавезала да емитује дело па је то и учинила, сматраће се да је уговор извршен у претежном делу, па уколико аутору није платила накнаду за емитовање, аутор може то своје право захтевати судским путем, а емисиона станица се не може позивати на недостатак писмене форме уговора. Ако би се, пак, радило о уговору о емитовању где није предвиђена обавеза емисионе станице да дело емитује, већ само да плати аутору накнаду за уступљено јој овлашћење на емитовање дела, чињеница да је она емитовала дело, не би била довољна да се уговор сматра извршеним у претежном делу. Ово због тога што радња емитовања ауторског дела није обавезна уговорена престација, па се сматра да није ни карактеристична престација. Међутим, у том случају од значаја би било да ли је аутор, односно други носилац ауторског права извршио своју обавезу -предају примерка ауторског дела ради емитовања. Уколико је он то учинио и уколико је примио ауторску накнаду, онда не би могао да оспори емисионој станици да емитује његово ауторско дело, позивајући се на ништавост ауторског уговора због недостатка писмене форме.²⁰ Очигледно, ово је једно веома компликовано питање, на које се мора тражити

¹⁸ Решење Врховног суда Србије, Гж. 8/2002. од 18. априла 2002. године.

¹⁹ Марковић, С., *Ауторско право*..., стр. 256.

²⁰ *Исто*, стр. 257.

одговор у сваком конкретном случају, посебно када није у питању чист ауторски уговор већ има елемената и других уговора за који није прописана обавезна писмена форма.²¹

Приликом оцене да ли је неки ауторски уговор ништаван због тога што није сачињен у обавезној писменој форми, поред правила из чл. 73 ЗОО о карактеристичној престацији, узима се у обзир и одредба чл. 12 ЗОО која обавезује учеснике у правном промету да поступају савесно и поштено, као и одредба чл. 13 ЗОО, која прописује забрану злоупотребе права.

3. Правила о плаћању ауторског хонорара

У већини земаља, укључујући и Србију, важећим прописима ауторског права уговарање плаћања ауторског хонорара за искоришћавање ауторског дела, препуштено је аутономији воље уговорних страна.²² То конкретно значи да ауторски уговор, зависно од воље уговорних страна, може, али и не мора садржати одредбу којом се корисник дела обавезује да за искоришћавање ауторског дела плати ауторску накнаду. Но, без обзира што закони о ауторском праву не прописују да је плаћање ауторског хонорара битан елемент ауторског уговора, економска корист која се остварује искоришћавањем ауторског дела, која се изражава кроз ауторски хонорар, један је од основних разлога због кога аутор и ствара ауторско дело.²³ Када се ауторским уговором, међутим, предвиди обавеза корисника ауторског дела да аутору плати ауторски хонорар, тада то постаје битан елемент ауторског уговора.²⁴ Под претпоставком да је таква обавеза корисника дела предвиђена (што ће у пракси скоро увек бити случај), уговорне стране су слободне да уговоре њену висину, начин и рокове плаћања. У ауторском праву, постоји неколико правила како се одређује плаћање ауторске накнаде. Прво, могуће је да накнада буде уговорена у паушалном износу, независно од тога по којој цени ће се продавати примерци ауторског дела, односно какве ће економске ефекте остварити корисник искоришћавањем ауторског дела. Правило је да се код оваквог начина плаћања ауторске накнаде

²¹ Један такав случај је, на пример, када је закључен уговор између филмског продуцента и аутора сценарија, где се аутор обавезао филмском продуценту да ће за одговарајућу накнаду написати филмски сценарио и предати му га у одређеном року и којим је уступљено овлашћење продуценту да по том сценарију сними филм. У том случају има елемената уговора о делу за који није прописана обавезна писмена форма и елемената ауторског уговора за који је прописана обавезна писмена форма.

²² Једна од ретких земаља у окружењу је БиХ, чијим је ЗАСП у чл. 81 прописано да је плаћање ауторског хонорара обавезан елемент ауторског уговора. (Закон о ауторском и сродним правима БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 63/2010).

²³ Kamil, I., *Intellectual property a power tool for economic growth*, Geneve, 2003, стр. 158.

²⁴ Пресуда Врховног суда Хрватска, од 3 марта 1965. године, Преузето из Спаић, В., *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*, стр. 213.

висина одређује према обиму дела (број страница уџбеника на пример, број ауторских табака, број редова у новинском чланку и сл.) или висини тиража (број примерака ауторског дела) а може се узети у обзир и квалитет дела, нарочито ако је ауторско дело већ било искоришћавано, и од публице већ оцењено као квалитетно. Овај начин плаћања је карактеристичан за издавачке уговоре. Други начин је да се висина ауторске накнаде одређује према очекиваној економској користи коју ће корисник дела остварити искоришћавањем ауторског дела. Ако се висина ауторске накнаде одреди на овај начин, иста се одређује процентуално од нето оствареног прихода или добити која се оствари искоришћавањем ауторског дела (5%, 10%, 15% и сл.), одређени номинални износ од сваке продате улазнице за концерт или позоришну представу и сл. Такође, могуће је да се висина ауторске накнаде одреди комбинацијом ова два метода, тако што ће се један део накнаде платити паушално а остатак у зависности од обима искоришћавања ауторског дела.

Ако је плаћање ауторске накнаде уговорено у зависности од економских ефеката које корисник дела оствари искоришћавањем ауторског дела, то за њега повлачи једну додатну обавезу, односно право аутора, односно његовог правног следбеника. Наиме, у том случају корисник ауторског дела је дужан да другу уговорну страну не само обавештава о оствареним економским ефектима, већ и да му омогући увид у пословне књиге, односно исправе из којих се може утврдити обим оствареног прихода или добити од искоришћавања ауторског дела.

4. Правила о измени уговорних одредби које се односе на висину ауторског хонорара

Без обзира што закони о ауторском праву већине земаља, укључујући и наш важећи ЗАСП не прописују да је плаћање ауторског хонорара битан елемент ауторског уговора, економска корист која се остварује искоришћавањем ауторског дела, која се изражава кроз ауторски хонорар, један је од основних разлога због кога аутор и ствара ауторско дело. Као што је напред истакнуто, при уговарању висине ауторског хонорара уговорне стране полазе од неколико фактора: од квалитета дела које се уступа на искоришћавање, заинтересованости крајњих корисника за одређено дело на тржишту (читалачке публице књижевних дела, гледаоца одређеног филмског дела, одређене позоришне представе и сл.), очекиване добити или прихода који корисник дела може остварити и сл. Има случајева у пракси када неке околности у тој мери допринесу да уговорена накнада коју корисник дела плаћа и добит коју он остварује искоришћавањем ауторског дела, постану очигледно несразмерне. Такве ситуације су могуће зато што су ауторски уговори по својим особинама *алеаторни*.²⁵ Полазећи од те чињенице, прописи ауторског права, укључујући и наш ЗАСП (чл. 70),

²⁵ Миладиновић, З., *Карактеристике ауторских уговора...*, стр. 36.

предвиђају инструмент којим се аутор може користити у циљу заштите својих економских интереса у случају када уговорена ауторска накнада буде у знатној несразмери са накнадом која је уговорена, односно могућност да се изменом уговора накнада уговори, ако иста није била уговорена. Реч је о праву аутора, односно његовог наследника, да захтева измену уговора, односно уговорне одредбе која се односи на плаћање накнаде ради отклањања те несразмере.

Основни услов који у том случају мора бити испуњен јесте постојање *знатне* несразмере између уговорене накнаде и добити коју корисник дела остварује, односно да се искоришћавањем ауторског дела оствари приход који премашује трошкове искоришћавања ауторског дела, у случају када плаћање ауторске накнаде уговором није било предвиђено. Иако ово право аутору припада према већини националних прописа „национална законодавства нису јединствена у разради овог услова. Разлике се појављују у дефинисању несразмера, као и у питању шта се сматра релевантним за економски ефекат коришћења дела, приход или добит“.²⁶

У циљу очувања правне сигурности, али и у циљу забране злоупотребе овог права од стране аутора, законодавства углавном не допуштају да се аутор користи овим правилом у случајевима мале или незнатне несразмере, већ се захтева да несразмера мора бити груба, или упадљива²⁷ тј. очигледна.²⁸ Ипак, имајући у виду да је реч „груба“, „упадљива“ и „очигледна“ подложна различитим тумачењима, односно разумевању, у правној теорији се сматра да ће у тумачењу ових појмова кључну улогу имати судска пракса.²⁹ Има, међутим, и закона који ово питање нису препустили различитим тумачењима па су поставили прецизан однос између уговорене накнаде и несразмере. Тако, према француском праву „тај однос мора бити 7:12 или више“.³⁰ Наш актуелни ЗАСП ово питање уређује тако што прописује правила која се у том случају примењују, односно услове који морају бити испуњени да би се ово правило користило.

Према чл. 70, ст. 1 нашег ЗАСП, право на измену уговорних одредби због несразмере у висини ауторског хонорара и остварене добити која се оствари искоришћавањем ауторског дела, имају аутор и његов наследник у случају да корисник искоришћавањем ауторског дела остварује добит која је у *очигледној* несразмери са уговореном ауторском накнадом. Према овој законској одредби, то право нема корисник ауторског дела, макар се показало да је ауторска накнада коју он плаћа или је платио, у очигледној несразмери са добити коју је остварио или остварује искоришћавањем ауторског дела. Дакле, он то право нема, макар

²⁶ Веома исцрпно о овом питању видети код: Марковић, С., *Ауторско уговорно право-креативност на тржишту*, Зборник радова факултета драмских уметности, бр. 11-12/2007, стр. 359-386.

²⁷ Марковић, С., *нав. чланак*, стр. 362.

²⁸ ЗАСП (чл. 70, ст. 1).

²⁹ Марковић, С., *нав. чланак*, стр. 376.

³⁰ *Исто*.

искоришћавањем ауторског дела остваривао и губитак.³¹ Ово право може се остварити само ако је висина накнаде уговорена у паушалном износу а не и уколико је иста уговорена процентуално од оствареног прихода искоришћавањем ауторског дела, или је несразмера незнатна. Ако ауторска накнада није уговорена а приход остварен коришћењем ауторског дела премашује трошкове његовог коришћења у мери која омогућава плаћање ауторске накнаде, аутор, односно његов наследник, има право да захтева измену уговора ради уговарања накнаде (чл. 70, ст. 2 ЗАСП).

Да би аутору, односно његовом наследнику, било олакшано доказивање да је несразмера између накнаде и остварене добити очигледна, односно да приход који се остварује коришћењем ауторског дела премашује трошкове његовог коришћења, које омогућава плаћање накнаде, ЗАСП је, у чл. 70, ст. 5 предвидео обавезу корисника ауторског дела да аутору, односно његовом наследнику, у року од 30 дана од дана упућеног захтева за измену уговора пружи веродостојне податке о економским ефектима коришћења ауторског дела. Право да се захтева измена уговора застарева у субјективном року од две године од дана сазнања за постојање несразмере, односно за приход остварен коришћењем ауторског дела, а најдуже у објективном року од шест година од краја године у којој је несразмера наступила, односно у којој је приход остварен (чл. 70, ст. 3 ЗАСП). Аутор, односно његов наследник, не може се унапред одрећи права на измену уговора због несразмере између остварене добити и плаћене накнаде.

Питање на које се у правној теорији посебно указује у вези са овим правилом, јесте шта се сматра релевантним за економски ефекат коришћења дела – приход или добит, односно, да ли несразмера ауторске накнаде треба да буде у односу на приход или на добит коју корисник оствари коришћењем ауторског дела.

У немачком праву захтева се да ауторска накнада буде у несразмери са приходом. Притом је у ранијем немачком праву, за примену овог института било неопходно да буде испуњен и услов да несразмера између ауторске накнаде и прихода буде последица неочекиваних и непредвидивих околности. На тај начин је овај институт у суштини био изједначен са институтом права уговорних страна на измену уговора због промењених околности, као општег правила уговорног права. Актуелни немачки закон о ауторском и сродним правима (чл. 32а, ст. 1) не захтева тај услов. Штавише, законодавац изричито наглашава да је небитно јесу ли околности које су довеле до несразмере биле очекиване и предвидљиве или нису. „Тиме је институт права на ревизију ауторског уговора добио *sui generis* природу, као инструмент у функцији заштите права аутора на примерену накнаду“.³²

³¹ Миладиновић, З. *Карактеристике ауторских уговора* ..., стр. 38.

³² Erdmann, W., *Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit*, GRUR, 2002, стр. 927.

Овакво решење немачког законодавца (узимање у обзир прихода а не добити) у складу је са концептом да уколико се ауторским уговором предвиђа обавеза плаћања ауторске накнаде иста треба да буде примерена.

Нека законодавства као на пример наше, словеначко, француско, као услов за ревизију захтевају добит а не приход корисника. Међутим, овде вреди указати да наш законодавац није био сасвим прецизан у погледу дефинисања добити или прихода. Ово због тога што се у ст. 1 чл. 70 каже да „ако се коришћењем ауторског дела оствари добит која је у очигледној несразмери...“ а у ст. 2 истог члана се каже „ако ауторска накнада није уговорена, а приход остварен коришћењем ауторског дела...“

Без обзира на различита законска решења у погледу појединих услова и теоријска схватања правне природе овог института једно је неспорно, а то је да је институт права аутора на ревизију ауторског уговора у случају грубе несразмере између уговорене накнаде и остварене добити или прихода, веома погодан инструмент за ревизију ауторских уговора којима је предвиђено плаћање ауторске накнаде у паушалном износу, односно да је у питању једно посебно правило института прекомерног оштећења, који спада у групу инструмената за побољшање правног положаја аутора и његовог наследника као слабијих уговорних страна.³³ Ипак, у теорији постоји схватање да нема разлога да се уговори којима је предвиђено плаћање ауторске накнаде у одређеној сразмери према економском ефекту коришћења дела, изузму из домаћаја овог института. Сматра се, наиме, да увек када се коришћењем дела наруше сразмере између уговорене накнаде и остварених економских ефеката има места примени овог правила.³⁴ Такође, у немачкој правној теорији постоји мишљење да и аутори који су закључили ауторски уговор без обавезе корисника да плати ауторску накнаду (осим ако је то била изричита воља аутора), могу користити ово правило. При томе се такав став заснива на схватању да у новом немачком ауторском праву постоји необорива претпоставка да и када нема изричите одредбе о обавези плаћања ауторске накнаде, постоји обавеза плаћања примерене накнаде.³⁵

У вези са овим правилом поставља се још једно веома интересантно питање. Наиме, у пракси коришћења ауторских дела врло често се дешава да аутор и ефективни корисник ауторског дела нису ни у каквом уговорном односу, зато што корисник до права коришћења ауторског дела није дошао на основу уговора са аутором, односно његовим наследником, већ путем „ланца“ уговора или по неком другом правном основу, тако да је ауторско дело променило корисника више пута и да последњи корисник у ланцу коришћењем дела оствари добит, односно приход, који је у несразмери са накнадом коју је аутор остварио. У

³³ Марковић, С., *Неправичност као разлог за ревизију ауторског уговора*, Правни живот, бр. 11-12/1994, стр. 1907.

³⁴ Schriker, G., *Urheberrecht - Kommentar*, Muenchen, 1987, стр. 504. Преузето из Марковић, С., *нав. чланак*, стр. 379.

³⁵ Марковић, С., *нав. чланак*, стр. 379.

таквој ситуацији поставља се питање како ће аутор, односно његов наследник, остварити своје право на ревизију уговора будући да са ефективним корисником ауторског дела није у уговорном односу. Према општим правилима грађанског права, могло би се закључити да корисник дела који није у уговорном односу са аутором, већ је до права коришћења ауторског дела дошао путем универзалне сукцесије или преузимањем уговора, има обавезу да удовољи захтеву аутора за ревизију ауторског уговора, односно корисник дела би могао бити пасивно легитимисан у случају тужбе због ревизије ауторског уговора. Проблем је, међутим, када је корисник дела стекао право коришћења ауторског дела на основу уговора, али не са аутором, већ са ауторовим правним следбеником. У теорији постоји схватање да се у овом случају може пробити принцип дејства уговора *inter partes*, и тако допустити аутору да постави захтев крајњем кориснику за увећање ауторске накнаде а не свом уговорном партнеру. Притоме се истиче да се у том случају заправо „не ради о захтеву за ревизију уговора, већ о захтеву за закључивање уговора о допунској накнади.“³⁶ Оваквом схватању се с правом приговара и то с образложењем да се „такве конструкције не могу дедуковати из општих правила грађанског права, и да представљају прешироко тумачење закона“.³⁷ Међутим, немачки Закон о ауторском и сродним правима у чл. 32а ст. 2 изричито прописује да у том случају крајњи корисник који остварује приходе и друге користи од дела, непосредно одговара аутору за примереност накнаде, без обзира на то што није у уговорном односу са аутором. Ово законско решење се може упоредити са решењем из нашег ЗОО (чл. 707, ст. 2) према коме давалац лиценце може ради наплате својих потраживања насталих из уговора о лиценци од стицаоца лиценце, захтевати непосредно од стицаоца подлиценце исплату износа које овај дугује даваоцу подлиценце по основу подлиценце.

Генерално посматрано, може се са сигурношћу закључити да ће у напред наведеним ситуацијама крајњи корисник увек одбити захтев аутора за ревизију уговора, с позивом да с њим није у уговорном односу. Међутим, има мишљења (доста оправданих) да се такав приговор корисника не може прихватити и то из два разлога: прво, према нашем као и према законодавствима континенталног типа, аутор може располагати својим имовинскоправним овлашћењима само на конститутиван начин (уступањем, односно уговором о лиценци), а не и на транслативан начин, односно преносом права. Како код конститутивног промета аутор не престаје бити носилац ауторског права, већ његовом вољом и друго лице стиче право коришћења ауторског дела, закључујући ауторски уговор, аутор не прекида везу са својим делом, тако да може истаћи овај захтев према сваком лицу које се јавља као корисник његовог дела. Друго, према члану 4 Директиве ЕУ о праву давања у закуп и на послугу и о одређеним правима која

³⁶ Исто.

³⁷ Исто.

су сродна ауторским правима у области интелектуалне својине,³⁸ све више се афирмише концепт по коме аутор има право на накнаду од коришћења ауторског дела, а не од уговора којим се уступа право коришћења дела.

Иако прописи ауторског права, укључујући и наш ЗАСП, то не предвиђају, могуће је да корисник дела оспорава аутору право на ревизију уговора с образложењем да је несразмера остварене добити искључиво резултат његових напора. Тако би, на пример, корисник могао да истакне да је добит остварена захваљујући његовој доброј маркетиншкој служби, пословним везама и сл. Таква аргументација може бити оправдана, што се мора ценити у сваком конкретном случају. У сваком случају, на суду је да утврди да ли је резултат несразмере искључиво резултат напора корисника дела, или је то резултат дела које је предмет уговора.

5. Правила о обавези вршења прибављених овлашћења

Једно од питања које се у пракси поставља када су у питању уговори о уступању-лиценци појединих права интелектуалне својине, јесте да ли је стицалац лиценце обавезан да прибављено овлашћење врши или је то само његово право али не и обавеза. Када су у питању уговори о лиценци појединих права индустријске својине, став је правне теорије да је то обавеза стицаоца лиценце, јер би у супротном уговор о лиценци био беспредметан.³⁹ Ово питање се поставља нарочито када су у питању ауторски уговори којим се уступају поједина имовинскоправна овлашћења из садржине субјективног ауторског права. Конкретно у овом случају поставља се питање да ли је корисник дела, односно стицалац конкретног овлашћења обавезан да стечено овлашћење врши, или је то само његово право па од његове воље зависи хоће ли или неће да га врши.⁴⁰ Од одговора на ово питање зависи и други одговор а то је питање одговорности за невршење или недовољно вршење прибављеног овлашћења. У делу о општим правилима о ауторским уговорима, у нашем ЗАСП, одговор на ово питање дат је тако да то зависи од следећих чињеница: од врсте ауторског уговора, начина на који је уговорено плаћање ауторске накнаде, чињенице да ли је ауторским уговором одређено овлашћење уступљено на искључив или неискључив начин и ко је уступилац конкретног овлашћења. Када су у питању поједини именовани ауторски уговори, наш ЗАСП на ово питање даје јасан одговор у смислу да прописује да је стицалац овлашћења обавезан да

³⁸ *Council Directive 92/100 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property*, OJL 346

³⁹ Благојевић, Б., Круљ, В., *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, том II стр. 187.

⁴⁰ Миладиновић, З., Варга, С., *Право аутора на раскид уговора због невршења уступљених овлашћења*, *Право и привреда*, бр. 4-6/2011, стр. 888.

прибављено овлашћење врши у случају издавачког уговора, уговора о извођењу ауторског дела, уговора о представљању ауторског дела и уговора о филмском делу (чл. 73, ст. 1, чл. 82 и чл. 92, ст. 3 ЗАСП). У осталим случајевима нема тако јасног одговора, али се у одредби чл. 71, ст. 1 ЗАСП, каже да аутор, односно његов наследник, има право да раскине уговор, односно ускрати дозволу⁴¹ коју је дао за коришћење дела, ако стицалац овлашћења не врши прибављено овлашћење или га врши у обиму мањем од уговореног. Дакле, када су у питању напред наведени уговори и када је ауторским уговором ово питање прецизно дефинисано, ситуација је јасна. Међутим, када ауторским уговором ово питање није јасно дефинисано, ствар се компликује па се до одговора мора доћи тумачењем уговора.

Полазна основа од које се у том случају полази јесте на који је начин уговорено плаћање ауторске накнаде. Ако је плаћање ауторске накнаде уговорено од обима искоришћавања ауторског дела (процентуално од остварене нето добити или прихода, одређени износ од сваке продате улазнице и сл.), тумачењем уговора мора се закључити да су уговорне стране имале у виду обавезу стицаоца да прибављено овлашћење врши. Пошто ЗАСП (осим у напред наведеним случајевима) не предвиђа изричиту обавезу корисника овлашћења да прибављено овлашћење врши, у случају да је уговором предвиђено плаћање ауторске накнаде у паушалном износу, па још и ако је уговорена накнада и извршена, уступилац овлашћења може и не бити посебно заинтересован да корисник прибављено овлашћење врши па се тумачењем може закључити да таква обавеза и не постоји.

Постоје и ситуације када није уговорено плаћање било какве накнаде за искоришћавање ауторског дела. У тој ситуацији мора се тумачењем конкретног уговора, односно уговорног односа имати у виду идеалан интерес аутора, односно уступеоца конкретног овлашћења. Сматра се да уколико се као уговорна страна јавља аутор, а дело пре тога није било објављено, треба закључити да је претпостављена воља уговорних страна била да стицалац овлашћења има обавезу да врши прибављено овлашћење. До таквог закључка долази се из разлога што се у том случају мора закључити да је једини мотив аутора као уступеоца да закључи уговор био саопштавање дела јавности.

Такође, уколико је у питању ауторски уговор којим је конкретно имновинско-правно овлашћење уступљено на искључив начин, тумачењем уговора се мора закључити да таква обавеза стицаоца овлашћења постоји. Ово због тога што у случају уступања одређеног овлашћења на искључив начин, постоји само један корисник конкретног овлашћења, па је у интересу уступеоца да се дело искоришћава.⁴²

⁴¹ Марковић, С., *Тумачење израз „дозвола“ у југословенском ауторском и сродном праву*, Правни живот, бр. 11/1998, стр. 921.

⁴² Миладиновић, З., Варга, С., *Право аутора на раскид ...*, стр. 888.

6. Правила у случају раскида уговора због невршења или недовољног вршења уступљеног овлашћења

Право на раскид уговора због неиспуњења уговорне обавезе детаљно је уређено одредбама ЗОО (чл. 124-132). То су општа правила облигационог права која се примењују и у другим случајевима, уколико посебним прописима то питање није друкчије уређено. Како је промет права интелектуалне својине у великој мери уређен одредбама које имају карактер *lex specialis* у односу на одредбе ЗОО, то је и питање права на раскид уговора и последицама раскида у приличној мери уређено општим правилима за поједина права интелектуалне својине. Ипак, ово питање је различито уређено у зависности од тога да ли је реч о прописима који уређују промет права индустријске својине или промет ауторског и сродних права.

Када се посматрају прописи који уређују промет појединих субјективних права индустријске својине (патента, жига и дизајна) уочава се да сви они садрже идентичну одредбу према којој се на сва питања која нису посебно уређена одредбама посебних закона примењују правила којима су уређени облигациони односи.⁴³ Изузетак је Закон о заштити топографија интегрисаних кола, који садржи само једну веома штуру одредбу о промету права,⁴⁴ не упућујући чак ни на сходну примену правила патентног или облигационог права. Међутим, у таквом стању ствари, неспорно је да се применом аналогije морају примењивати правила облигационог права.

Иако не сасвим довољно, питање права на раскид уговора (од стране обе уговорне стране) због неиспуњења уговорних обавеза најцеловитије је уређено одредбама ЗАСП и то најпре у форми општих правила за ауторске уговоре а потом и одредбама за поједине именоване ауторске уговоре.

Тако је чл. 71, ст. 1 ЗАСП, као општим правилом за ауторске уговоре прописано да „аутор, односно његов наследник може ускратити дозволу коју је дао, односно повући уступљено имовинско право, ако стичалац дозволе, односно права, не остварује право које је прибавио, или га остварује у обиму мањем од уговореног, чиме угрожава интересе аутора, односно његовог наследника.“ ЗАСП је даље прописано да аутор, односно његов наследник не може ускратити дозволу коју је дао, односно повући имовинско право ако је неостваривање или недовољно остваривање права од стране стичаоца настало због разлога за које је одговоран аутор, односно његов наследник. Аутор, односно његов наследник, не може се унапред одрећи права на раскид уговора због невршења или недовољног вршења прибављеног овлашћења од стране стичаоца права (чл. 71, ст. 2 ЗАСП) .

⁴³ Видети чл. 53, ст. 7 Закона о жиговима, чл. 21 Закона о заштити топографија интегрисаних кола, чл. 52, ст. 6 Закона о правној заштити дизајна, члану Закона о патентима.

⁴⁴ Видети чл. 21 Закона о заштити топографија интегрисаних кола

Да не би било злоупотребе од стране аутора, односно његовог наследника,⁴⁵ ЗАСП поставља нека ограничења са циљем да се подједнако заштите интереси аутора, односно његовог наследника али и интереси корисника ауторског дела. Као што се из напред цитиране законске одредбе примећује, први и основни услов који мора бити испуњен да би аутор, односно његов наследник могао да ускрати дозволу, односно да повуче уступљено имовинско право (у ауторскоправном смислу да истакне захтев за раскид уговора), јесте да не вршење или недовољно вршење права не сме да проистиче из разлога за које је одговоран аутор, односно његов наследник. Поред тога, ЗАСП прописује да аутор, односно његов наследник не може тражити раскид уговора пре истека рока од *две године* од закључења уговора, или предаје примерка дела стицаоцу овлашћења, уколико је та предаја уследила после закључења уговора. Уколико се ради о уговору којим је предвиђено објављивање и издавање ауторског дела као прилога у новинама или часопису, тај рок износи шест месеци (чл. 71, ст. 3 ЗАСП). Ипак, уколико аутор, односно његов наследник желе да раскину уговор зато што стицалац овлашћења не врши или недовољно врши стечено овлашћење, уговор се може раскинути тек пошто се стицалац овлашћења обавести о тој намери и остави му се примерени рок у коме он треба да отпочне са вршењем овлашћења, односно са побољшаним вршењем овлашћења ако је исто вршено, али у недовољној мери. И ако је овде реч о уговору код кога је испуњење обавезе у одређеном року битан елемент уговора, по истеку рока за испуњење, уговорна страна (овде аутор, односно његов наследник), може одржати уговор на снази ако обавести стицаоца овлашћења да захтева испуњење његове обавезе.⁴⁶

Као што је напред истакнуто оваквим законским решењем, поред права аутора, односно његовог наследника у доброј мери су заштићени и интереси корисника дела. Наиме, за испуњење скоро сваке уговорне обавезе неопходно је коректно и одговорно понашање обе уговорне стране. Када су у питању ауторски уговори та сарадња је можда и неопходнија него у другим ситуацијама. То се најбоље може разумети на примеру издавачког уговора. Да би издавач могао да испуни своју обавезу (умножавање дела и пуштање умножених примерака дела у промет) у уговореном или законом прописаном року, неопходно је да од аутора добије манускрипт, такође у уговореном или законом прописаном року. Уколико аутор не испуни ту своју обавезу логично је да ни издавач не може испунити своју обавезу.

Иако је ова законска одредба прилично јасна, једно питање ипак заслужује коментар. Наиме, док је невршење прибављеног овлашћења релативно лако утврдити (корисник уопште не врши прибављено овлашћење), то није увек могуће када је реч о недовољном вршењу прибављеног овлашћења. Ово због тога што у том случају корисник врши прибављено овлашћење, али то не чини на довољан и ефикасан начин, чиме се угрожавају економски интереси аутора,

⁴⁵ Миладиновић, З. *Право интелектуалне својине*, Крагујевац, 2009, стр. 285.

⁴⁶ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. бр. 279/94 од 19.10. 1994.

односно носиоца права. Иако је ово фактичко питање које се мора процењивати у сваком конкретном случају, може се рећи да недовољно вршење прибављеног овлашћења постоји када издавач, на пример, умножи ауторско дело у уговореном року и у уговореном броју примерака, али не предузима било какве или веома мале активности ради стављања примерака дела у промет.⁴⁷ Има мишљења да недовољно вршење прибављеног овлашћења постоји на пример, у случају када стипендијалац неког искључивог имовинског права, не покрене судски поступак против лица која неовлашћено искоришћавају ауторско дело на чије искључиво овлашћење право искоришћавања има корисник ауторског дела на основу уговора.⁴⁸

Раскид уговора због невршења или недовољног вршења уступљеног овлашћења из садржине свих субјективних права интелектуалне својине производи одређене правне последице. Као што је то ситуација и са другим питањима и о овом питању у прописима који уређују поједина права интелектуалне својине, тачније у одредбама које уређују уговорне односе, постоји шаренило, тј. неуједначена решења. Из тих разлога, у оним ситуацијама када ово питање није уређено прописима који уређују поједина права интелектуалне својине, као прописа *lex specialis* у потпуности се примењују одредбе ЗОО које уређују раскид уговора због неиспуњења (чл. 124-132). Генерално посматрано, то значи да уступилац одређеног овлашћења у том случају има право на накнаду штете од друге уговорне стране, тј. стипендијалаца овлашћења, односно корисника интелектуалног добра. Међутим, с обзиром на одређене специфичности предмета уговора у случају уступања одређених искључивих имовинскоправних овлашћења аутора, за неке уговоре одредбама ЗАСП ово питање је јасније регулисано што значи да се и у другим случајевима могло поступити на исти начин.

Тако је, на пример, чл. 76, ст. 2 ЗАСП предвиђено, да у случају да издавач не отпочне са пуштањем примерака дела у промет у уговореном или законом предвиђеном року, аутор има право на раскид уговора и накнаду штете због неизвршења уговора. Добро решење у овом случају је што је законом прописано да то право припада и издавачу, уколико аутор у уговореном или законом прописаном року не преда уредан рукопис, тј. не испуни своју уговорну обавезу. Питање на које у овом случају није дат одговор је на који износ штете аутор тада може рачунати. Такође, аутор има право на раскид уговора и право на накнаду штете и у случају да издавач по исцрпљењу претходног издања не отпочне са пуштањем у промет примерака дела наредног издања, ако је уговорено. Исто решење садржи и чл. 83 ЗАСП који се односи на уговор о извођењу или представљању дела.

Специфично решење предвиђено је у случају раскида уговора због неиспуњења уговорних обавеза из уговора о филмском делу. Наиме, познато је

⁴⁷ Миладиновић, З., Варга, С., *Право аутора на раскид уговора...* стр. 888.

⁴⁸ Марковић, С., *нав. дело*, стр. 266.

да у стварању једног филмског дела учествује велики број лица са различитим доприносима. Као једна уговорна стране увек се налази продуцент који обезбеђује финансијска средства и носи читав економски ризик снимања, односно стварања филмског дела. Као друга уговорна страна јавља се велики број лица са различитим стваралачким доприносима, што има за последицу и њихов различит положај као друге уговорне стране. То су коаутори,⁴⁹ аутори појединих доприноса,⁵⁰ интерпретатори⁵¹ са којима (са сваком од њих) продуцент закључује посебан уговор. Иако коаутори филмског дела имају кључну улогу, без осталих актера, филмско дело ни у ком случају не би могло бити реализовано. Због тога у случају невршења преузетих обавеза сваког учесника у стварању филмског дела, свака од уговорних страна може раскинути уговор. По логици ствари, али и по општим правилима облигационог права, у том случају, страна која није испунила своју уговорну обавезу била би у обавези да страни која је због тога раскинула уговор надокнади штету. Међутим, ЗАСП, уређујући ово питање, по нашем мишљењу, ставља у неравноправан положај поједине уговорне стране, тако што право на накнаду штете у случају раскида уговора због невршења уступљених овлашћења признаје само коауторима филмског дела, док остали субјекти (уговорне стране) то право према одредбама ЗАСП немају. Штавише, положај коаутора не да је повољнији, већ се може рећи и неоправдано привилегован, па се са аспекта општих правила облигационог права, поставља питање да ли је такво решење у складу са општим правилима о накнади штете.

Наиме, према чл. 93, ст. 1 ЗАСП уколико произвођач филмског дела не заврши филмско дело у уговореном или законом прописаном року,⁵² коаутори имају право на раскид уговора и право да задрже уговорену накнаду. Ст. 2 истога члана предвиђено је да коаутори, поред права да задрже уговорену накнаду имају право и на накнаду штете, ако произвођач филмског дела не отпочне са искоришћавањем филмског дела у уговореном или законом предвиђеном року.⁵³ Остале актере филмског дела, или боље речено уговорне стране са продуцентом (ауторе појединих доприноса и интерпретаторе) ЗАСП и не помиње, бар када је

⁴⁹ Коаутори филмског дела по закону су: писац сценарија, режисер и главни сниматељ. Ако је музика специјално компонована за одређени филм онда статус коаутора има и композитор, а ако је у питању анимирани филм, онда статус коаутора има и аниматор. тј. цртач филма

⁵⁰ Статус аутора имају на пример: аутор, маске, аутор костима, кореограф и др. лица.

⁵¹ Интерпретатори у филмском делу су глумци и певачи.

⁵² Према чл. 93, ст. 1 тај рок износи три године од дана закључења уговора о филмском делу, ако није друкчије уговорено.

⁵³ Према чл. 93, ст. 2 ЗАСП, филмски продуцент је дужан да отпочне са искоришћавањем у року од годину дана од дана завршетка филмског дела, ако уговором није предвиђен други рок. Да не би било различитог тумачења када је завршено филмско дело, чл. 90 ЗАСП је прописано да се сматра да је филмско дело завршено када је постигнут договор о коначној верзији филмског дела, између коаутора и произвођача филмског дела.

реч о њиховом праву на раскид уговора и права на накнаду штете, или права да задрже примљену накнаду.

Овакво решење (бар када су коаутори у питању) можда и има смисла ако се зна да према чл. 92 ЗАСП, код уговора о филмском делу, уколико се ауторска накнада уговара, иста се мора уговорити за сваки облик и обим искоришћавања филмског дела. Наиме, ст. 2 истога члана изричито је прописано да „уговорена накнада за снимање филмског дела не обухвата накнаду за друге облике искоришћавања филмског дела.“ Сагледавањем целокупне законске одредбе, може се закључити да филмски продуцент закључивањем уговора о филмском делу преузима две независне обавезе: једна је да у уговореном или законом прописаном року сними филмско дело, друга је да у уговореном или законом прописаном року отпочне са искоришћавањем филмског дела. Према томе, ако се пође од тога да се уговор раскида због тога што продуцент у уговореном или законом прописаном року није снимио филмско дело, коаутори имају право да задрже само уговорени износ, али не би имали право и на накнаду штете. Ако, пак, филмски продуцент сними филмско дело, али у уговореном или законом прописаном року не отпочне са привредним искоришћавањем дела, коаутори, поред раскида уговора, имају право на накнаду штете. Поставља се питање шта се дешава ако је уговорена накнада знатно већа него што је штета коју коаутори трпе због тога што филмско дело није снимљено у уговореном или законом прописаном року? И друго питање, да ли се може у конкретном случају закључити да је реч о кумулирању накнаде због неснимљеног филма и неискоришћавања филмског дела?⁵⁴

Ипак, када се детаљније анализира ова законска одредба закључак је да се по природи обавеза које произилазе из уговора о филмском делу, у пракси тешко може десити да се поставе два захтева: за задржавање уговорене накнаде због неснимања филма и за накнаду штете због привредног неискоришћавања филмског дела. Ово због тога што, уколико филмско дело није снимљено у уговореном или законом прописаном року, коаутори имају право на раскид уговора и право да задрже уговорену накнаду. Уколико дође до раскида уговора због неиспуњења обавезе на снимање филмског дела аутоматски отпада могућност и на раскид уговора (па и на накнаду штете) због привредног неискоришћавања филмског дела, јер ако је уговор раскинут, тиме су престале даље обавезе филмског продуцента, па и не може испуњавати обавезу која је раскидом уговора о снимању филмског дела престала.

Што се тиче осталих субјеката који се јављају као уговорна страна са филмским продуцентом, сматрамо да их је ЗАСП неоправдано изоставио као субјекте који могу раскинути уговор и задржати уговорени износ, односно захтевати накнаду штете због тога што филмски продуцент није у уговореном или законом прописаном року снимио дело или није отпочео са привредним искоришћавањем филмског дела. Сматрамо да нема ни једног разлога да ова

⁵⁴ Миладиновић, З., Варга, С., *Право аутора на раскид уговора...*, стр. 888.

лице не буду третирана на равноправан начин као друга уговорна страна. По нашем мишљењу, ова лица могу остварити то право аналогном применом правила која се односе на коауторе, односно применом општих правила о раскиду уговора због неиспуњења уговором преузетих обавеза предвиђених одредбама ЗОО (чл. 124-132).

7. Правила тумачења ауторских уговора

Садржину ауторских уговора чине одредбе којима се врши располагање одређеним имовинско-правним овлашћењима и оне којима се уређују друге међусобне обавезе уговорних страна. Ово разликовање је од значаја за исправну примену правила тумачења нејасних и двосмислених одредби у ауторским уговорима. Што се тиче одредби ауторских уговора којима се врши располагање одређеним имовинскоправним овлашћењима, у уговорном ауторском праву установљена су посебна правила тумачења чији је циљ да оставе што мање простора за тумачење воље уговорних страна, а у случају да је тумачење неизбежно, утврђују се јасна правила тумачења.⁵⁵ То правило усваја и наш ЗАСП који у чл. 68 прописује општа правила тумачења ауторских уговора.

Тако је чл. 68, ст. 2 ЗАСП прописано да, када су у питању уступање овлашћења на објављивање дела, бележење дела на носач звука или слике и овлашћења на емитовање дела, иста морају бити изричито уговорена, осим уколико одредбама ЗАСП није друкчије предвиђено. Према томе, када су у питању ова овлашћења, ситуација је јасна: ако одредбама ЗАСП није друкчије прописано, нити је уговором изричито предвиђено да је кориснику овлашћења уступљено неко од ових овлашћења, тумачењем се мора закључити да корисник нема овлашћење да предузме неку од наведених радњи, другим речима, тумачењем уговора не може се доћи до закључка да је то била намера уговорних страна, које је из неких разлога нису предвиделе у уговору. Разлог зашто је законодавац у наведеној одредби ставио акценат на ова три овлашћења, када је у питању тумачење уговора, различит је за свако од њих. Што се тиче овлашћења на објављивање ауторског дела, познато је да је то једно од основних, можда и најважнијих личноправних овлашћења аутора и да је једино аутор овлашћен да дело објави, односно да одабере начин и тренутак када ће дело да објави и да ли ће уопште да га објави. Такође, једино је аутор овлашћен да дозволи одређеном лицу да објави његово дело. Инсистирањем да се ово овлашћење мора уговором изричито предвидети, законодавац је, на најбољи могући начин, заштитио интересе аутора, пре свега његове личноправне интересе. Друга два овлашћења законодавац је посебно нагласио из практичних разлога. Наиме, извођење и представљање дела као и бележење дела на носач звука и слике, и емитовање дела су различита овлашћења, и различити облици искоришћавања ауторског дела. То значи да корисник који је прибавио овлашћење на извођење или

⁵⁵ Марковић, С., Поповић, Д., *Право интелектуалне својине*, стр. 201.

представљање дела, не стиче и овлашћење на бележење дела на телесни носач нити на емитовање дела. Ово прецизирање у закону било је неопходно из разлога што се ова овлашћења у пракси врло често јасно не разграничавају.

Такође, чл. 68 ст. 1 ЗАСП, прописано је правило за тумачење ауторских уговора, по коме се, у случају сумње о обиму и садржини уступљеног, односно пренетог овлашћења сматра да је уступљено, односно пренето мање овлашћења. Исто тако, чл. 68, ст. 3 ЗАСП, прописано је да уступање, односно пренос одређеног овлашћења на искоришћавање дела не подразумева и уступање, односно пренос овлашћења на ауторску накнаду у случајевима искоришћавања ауторског дела по основу законске лиценце. Ово правило је у ауторском праву познато као правило тумачења *in dubio pro auctore* (у сумњи у корист аутора).

На крају, ст. 4 чл. 68 ЗАСП, прописано је да уступање, односно пренос одређеног права на искоришћавање дела подразумева и давање дозволе за оне измене на делу које су технички неминовне или уобичајене за тај начин искоришћавања дела.

Практичан значај овог правила исказан је у неколико судских одлука немачког Савезног суда. Тако је на пример у једном случају суд заузео став да у случају закључења ауторског уговора између продуцента и композитора којим је композитор уступио овлашћење продуценту на компоновану музику за одређени филм, филмски продуцент може ту музику користити само заједно са филмом, али нема право да ту музику бележи на телесни носач (у форми фонограма) и тако умножене примерке ставља у промет.⁵⁶ Такође, уговором о уступању права на приказивање филмског дела, корисник не прибавља и право на умножавање и друге облике коришћења појединих слика из филма.⁵⁷ Исто тако, када је ауторским уговором уступљено овлашћење на представљање оперете, корисник нема право и на снимање и приказивање оперете, чак и када би се тај снимак користио само за потребе сценског ефекта приликом уговореног представљања оперете.⁵⁸

Ипак, правило тумачења ауторских уговора *in dubio pro auctore* има своје границе, што значи да његова примена не сме бити у супротности са општим правилом о тумачењу циља уговора и начелом савесности и поштења.⁵⁹

Правило тумачења *in dubio pro auctore*, као што је већ речено, примењује се само на нејасне и двосмислене одредбе које се односе на уступање искључивих имовинскоправних овлашћења. Ово правило не примењује се у случају тумачења

⁵⁶ Одлука Савезног суда Немачке у предмету „Bel Ami“ од 14. Јуна 1957, GRUR, 1957. године, стр. 611.

⁵⁷ Одлука Савезног суда Немачке у предмету „Lied der Wildbahn“ од 12. Априла 1953. године, GRUR, 1953, стр. 299.

⁵⁸ Одлука Савезног суда Немачке у предмету „Maske in Blau“, од 29. Априла 1970. године, GRUR, 1971, стр. 266.

⁵⁹ Дедијер, М., *Грађанскоправна заштита ауторског права и Закон о облигационим односима*“, Правни живот, бр. 4-5/1989, стр. 901.

одредби којима аутор даје сагласност неком лицу да врши неко од његових личноправних овлашћења, нити се односи на друге одредбе ауторског уговора (на плаћање ауторске накнаде, рокове за вршење појединих овлашћења и др.).

8. Правила у случају раскида ауторског уговора због промењених схватања (право покајања)

Полазећи од могуће ситуације да аутор, после закључења ауторског уговора којим уступа овлашћење на одређени облик искоришћавања ауторског дела, промени схватање о свом делу и закључи да би искоришћавање ауторског дела у облику у каквом га је уступио на коришћење свом сауговорачу могло да нашкоди његовом стваралачком и личном угледу, ауторско право предвиђа могућност да аутор у том случају има право на раскид уговора, а да притом не мора кориснику да накнади целокупну штету (стварну штету и измаклу добит) већ је обавезан да му накнади само стварну штету ограничену на висину трошкова које је овај имао у вези са извршењем уговора, и то до тренутка раскида уговора. У ауторском праву ово право се назива и правом покајања аутора. Имајући у виду да је ово право тесно везано за личност аутора, и да се њиме штите морални-лични интереси аутора, оно се у делу домаће литературе,⁶⁰ али и у прописима ауторског права неких земаља убраја у личноправна овлашћења аутора.⁶¹

Наш ЗАСП ово право аутора уређује одредбама уговорног ауторског права. У правној теорији се сматра да му је ту и место, будући да је, по правној природи, релативног дејства, али да поред личноправних, има и имовинскоправних импликација за аутора.⁶²

Не улазећи у дубљу теоријску расправу о правној природи овог овлашћења аутора, ваља закључити да је намера законодаваца била да признањем овог права аутору омогуће да раскидањем уговора спречи да дело доспе у јавност у облику за који он сматра да би му нарушио част и углед. Притоме је неопходно да је та околност (промењено схватање аутора о свом делу) настала после закључења ауторског уговора, за коју не одговара корисник дела (чл. 72, ст. 1 ЗАСП). Из одредбе чл. 72 нашег ЗАСП, али и циљним тумачењем овог права аутора, долази се до закључка да се та промена ауторовог схватања може односити на његова политичка, верска, научна или друга уверења изложена у ауторском делу. Упоредјујући ово право аутора са његовим личноправним овлашћењем да се супротстави недостојном коришћењу ауторског дела, закључује се да би промена уверења аутора о садржају свога дела, морала да буде таква и толика да би коришћење ауторског дела у таквом облику могло нанети или би нанело моралну (нематеријалну) штету сваком аутору. Другим речима, у овој ситуацији се не

⁶⁰ Colombet, С., *Propriete litteraire et artistique et droits voisins*, Париз, 1996, стр. 127.

⁶¹ Закон о ауторском и сродним правима Хрватске (*Народне новине*, бр. 167/2003, 79/2007), чл. 17.

⁶² Марковић, С., Поповић, Д., *нав. дело*, стр. 204.

узима у обзир субјективни осећај аутора, већ се полази од објективног критеријума према којем би искоришћавање ауторског дела у таквом облику објективно шкодило сваком аутору. То конкретно значи да се претерана осетљивост аутора на сопствени, лични, односно стваралачки углед, не узима у обзир.

У којој мери ће аутор успети да спречи да дело буде комуницирано јавности, па самим тим и да оствари циљ коришћењем овог правног института, зависи, пре свега, од њега самог, односно од фазе до које је корисник дела одмакао са припремама за искоришћавање ауторског дела. Некад ће тај циљ бити у остварен у потпуности некад делимично, а некад у минималној мери или скоро да неће бити остварен, па је оправдано очекивати да се аутор неће користити тим правом. На пример, ако је закључен уговор о издавању необјављеног ауторског дела а издавач је тек започео припреме за издавање ауторског дела, обавештавањем издавача да жели да раскине уговор због покајања, аутор ће циљ скоро у потпуности постигнути. Ако је издавач извршио умножавање ауторског дела али је ставио у промет тек неколико примерака дела од којих је опет само неколико продато, циљ ће бити делимично остварен, док, ако су сви примерци стављени у промет и већина њих продата циљ скоро да и неће бити остварен.

Да аутор не би злоупотребљавао ово право на штету корисника дела, законодавства установљавају одговарајући механизам тако што прописују јасна правила под којима се аутор може користити овим овлашћењем. Тај механизам се састоји у обавези аутора који има намеру да раскине уговор с позивом на право покајања да најпре изјавом обавести корисника дела о намери да жели да раскине уговор и да му накнади стварну штету. Према нашем ЗАСП (чл. 72, ст. 4) у року од три месеца од дана пријема изјаве о намери да се уговор раскине, корисник дела је дужан да аутору саопшти износ трошкова које је имао у вези са припремом за искоришћавање ауторског дела и то до дана пријема обавештења о намери да се уговор раскине. Износ трошкова је уствари стварна штета коју је аутор дужан да накнади кориснику дела због раскида уговора. Појачана заштита корисника дела је и у томе што је аутор дужан да пре раскида уговора (али након пријема обавештења од корисника дела добије) информацију колики су трошкови и положи тај износ на рачун корисника дела. Уколико корисник дела у року од три месеца од дана пријема обавештења од аутора да намерава да раскине уговор с позивом на право покајања не достави аутору податке о износу трошкова које је имао у припреми за искоришћавање ауторског дела (у ствари податке о износу штете) изјава аутора да раскида уговор производи правно дејство по истеку рока од три месеца од дана пријема обавештења и ако обезбеђење није положено (чл. 72, ст. 4 ЗАСП).

Аутор се не може унапред одрећи права на раскид уговора због промењеног уверења.

Последице раскида уговора због покајања аутора су да корисник дела мора престати са искоришћавањем дела од дана пријема изјаве о раскиду уговора. То значи да, уколико корисник до тада још није почео са коришћењем дела, он неће

смети ни да почне да га користи. Ако је у питању уговор о искоришћавању ауторског дела такве природе да постоје примерци ауторског дела (искоришћавање у телесној форми) и ако су примерци дела већ пуштени у промет они морају бити повучени и предати аутору без накнаде. Исто важи и за пратећи материјал (флајери, на пример, или други рекламни материјал и сл.). У овом случају вредност примерака урачунава се у штету коју аутор надокнађује кориснику дела.

Генерално закључујући, право аутора на раскид уговора због промењених схватања (покајања) представља специфичан вид раскида уговора због промењених околности из чл. 133-136 ЗОО. Специфичност је у томе што, поред чињенице да аутор има повластицу да може да раскине уговор због промењеног схватања, он је у повлашћеном положају и у погледу висине накнаде штете коју у тој ситуацији дугује кориснику дела, а која је ограничена на износ трошкова које је корисник дела имао у припреми за искоришћавање ауторског дела

9. Закључак

Ауторски уговори су основни правни инструмент путем којих аутори врше своја искључива имовинскоправна овлашћења остварујући на тај начин економску корист од својих ауторских дела. Савремени прописи ауторског права знатан простор посвећују ауторским уговорима, установљавајући заједничка-општа правила у погледу форме ауторских уговора, обавезе корисника да у одређеним случајевима врше прибављена овлашћења, права аутора да захтева измену уговора у случају да се током коришћења ауторског дела покаже да је уговорена накнада у очигледној несразмери са приходом, односно са добити коју корисник остварује, као и у погледу права аутора да у одређеним случајевима раскине уговор без обавезе на накнаду стварне штете и измакле добити и сл. Већина ових одредби је императивног карактера, тако да се уговором између аутора, односно другог носиоца ауторских права, и корисника дела не може друкчије уговорати. Сем тога, аутор се не може унапред одрећи неких права која су му законом призната. Овим посебним правилима законодавства настоје да ојачају положај аутора, односно носиоца ауторских права као економски слабије уговорне стране. Подаци показују да решења садржана у Закону о ауторском и сродним правима Србије по овом питању ни у чему не заостају у односу на решења из прописа о ауторском праву других земаља. Ипак, подаци показују да свуда у свету, под утицајем индустрије ауторских права, положај аутора, односно носилаца ауторских права као уговорне стране бива потиснут, превасходно настојањем корисника ауторских дела да се ауторски уговори третирају као класични уговори привредног права, за које треба у потпуности да важи принцип аутономије воље у обликовању садржине уговора.

Поред неких императивних одредби којима се уређују уговорни односи, један од начина да аутори колико-толико ојачају своју преговарачку позицију

јесте удруживање у одговарајуће организације за колективно остваривање својих права, односно остваривање својих ауторских права на колективан начин.

*Zoran Miladinović, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

GENERAL RULES OF COPYRIGHT CONTRACTS

Summary

*Copyright contracts are principal legal instruments for the legal transactions of the author's proprietary rights. The theme of the copyright contract is giving or transferring certain proprietary rights from one person to the other. This is a specific form of transaction, that is the transfer of specific form of property, intellectual property, as intangible goods. The specific nature of these contracts, as well as unequal position of contracting parties (the author, on one side and the user of the author's work, on the other side), numerous types of proprietary rights entailing numerous kinds of contracts, all of these constitute a reason why copyright contracts form a significant part of copyright law. Firstly, it prescribes some general provisions for all copyright contracts, and then regulates specific types of contracts. General rules of copyright law regulating contracts are *lex specialis* in relation to general rules of civil law and trade law rules regulating contracting obligations. General rules of copyright contracts regulate issues, such as: the form of the copyright contract, the methods of payment, rules for amending the amount for payment, the rules obliging the user to exercise acquired rights and consequences for failing to do so, rules of interpretation of copyright contracts and rules of their termination in certain cases. In this paper the author analyzes general rules regulating copyright contracts given in the Republic of Serbia Law on Copyright and Related Rights and their harmonization with corresponding provisions in comparative law. In concluding remarks, the author states that specific rules that are prescribed for copyright contracts, in some cases as imperative norms, reflect the legislators' intention to protect the authors and other holders of proprietary rights as economically weaker party in these contracts in comparison to the users of their work.*

Key words: *copyright contract, general rules, author, other holders of proprietary, rights, user of the author's work, form of the copyright contract, termination of the contract.*

Литература

- Благојевић, Б., Круљ, В., Коментар Закона о облигационим односима, том II, Београд, 1980.
- Гавриловић, С., Форма уговора у ауторском праву, Право и привреда, бр. 9-12/2005.
- Дедијер, М., Грађанскоправна заштита ауторског права и Закон о облигационим односима“, Правни живот, бр. 4-5/1989.
- Erdmann, W., Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR, 2002.
- Kamil, I., Intellectual property a power tool for economic growth, Geneve, 2003.
- Марковић, С., Поповић, Д., Право интелектуалне својине, Београд, 2014.
- Марковић, С., Ауторско право и сродна права, Београд, 1999.
- Марковић, С., Ауторско уговорно право-креативност на тржишту, Зборник радова факултета драмских уметности, бр. 11-12/2007.
- Марковић, С., Неправичност као разлог за ревизију ауторског уговора, Правни живот, бр. 11-12/1994.
- Марковић, С., Тумачење израз „дозвола“ у југословенском ауторском и сродном праву, Правни живот, бр. 11/1998.
- Миладиновић, З, Карактеристике ауторских уговора, Право и привреда бр. 7-9/2015.
- Миладиновић, З., Варга, С., Право аутора на раскид уговора због невршења уступљених овлашћења, Право и привреда, 4-6/2011.
- Миладиновић, З. Право интелектуалне својине, Крагујевац, 2009.
- Радуловић, Б., Поповић, Д., Алексић, Д., Допринос делатности заснованих на ауторском праву привреди Србије, Београд, 2015.
- Спаић, В., Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ, Загреб, Београд, Чаковец, 1983.
- Schricker, G., Urheberrecht - Kommentar, Muenchen, 1987.
- Стојановић, М., Издавачки уговор, Београд, 1967.
- Colombet, C., Propriete litteraire et artistique et droits voisins, Париз, 1996.
- Прописи**
- Директиве ЕУ бр. 92/100 о праву давања у закуп и на послугу и о одређеним правима која су сродна ауторским правима у области интелектуалне својине (Council Directive 92/100 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, OJL 346)
- Закон о ауторском и сродним правима, Службени гласник Републике Србије, бр. 104/09; 99/11; 119/12.
- Закон о ауторском и сродним правима Хрватске, Народне новине, бр. 167/2003, 79/2007.
- Закон о ауторском и сродним правима БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 63/2010.
- Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/1978,39/1985,45/1989, Службени лист СРЈ, бр. 31/1993, 22/1999, 23/1999, 35/1999, 44/1999.
- Судска пракса**
- Одлука Врховног суда Србије, Гж. 144/82.- Информатор Окружног суда у Београду, бр. 1/1982.
- Одлука Савезног суда Немачке у предмету „Bel Ami“ од 14. Јуна 1957, GRUR, 1957. године.
- Одлука Савезног суда Немачке у предмету „Lied der Wildbahn“ од 12. Априла 1953. године, GRUR, 1953.

Зоран Миладиновић, Општа правила о ауторским уговорима (стр. 861-888)

Одлука Савезног суда Немачке у предмету „Maske in Blau“, од 29. Априла 1970. године, GRUR, 1971.

Пресуда Окружног суда у Београду П. бр. 21/96 и П. бр. 50/95 и пресуда Врховног суда Србије. бр. Гж. 108/96. од 22. јануара 1997. Билтен Окружног суда бр. 4/1998.

Пресуда Врховног суда Хрватска, од 3 марта 1965. године. Преузето из Спаић, В., Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ.

Пресуда Врховног суда Србије, Прев. бр. 279/94 од 19.10. 1994. Избор судске праксе 1994.

Решење Врховног суда Србије, Гж. 8/2002. од 18. априла 2002. године. Избор судске праксе 2/2004.

*Др Синиша Варга, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 347.77:340.5

ГЕОГРАФСКИ ОПСЕГ ИСЦРПЉЕЊА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ*

Резиме

Географски аспект исцрпљења субјективних права интелектуалне својине у упоредном праву је различито регулисан. Дивергенција нормативних решења је до те мере заступљена да разлике постоје не само између држава, већ и унутар државе између разних грана права интелектуалне својине. Ако изузмемо право Европске уније у којем се у односу на сва права интелектуалне својине примењује регионално исцрпљење, државе оптирају за међународно или национално, предвиђајући понекад географски уже исцрпљење за патенте и шире за жигове. Најновији нормативни тренд је одступање од простог опредељења за једну од географских крајности, чиме се у регулисању овог правног питања поступа са много више суптилности. У том смислу се у упоредном праву опажа појава прописивања тзв. контролисаног међународног или контролисаног националног исцрпљења субјективних права интелектуалне својине.

Кључне речи: *интелектуална својина, исцрпљење права, упоредно право.*

1. Увод

Под географским опсегом исцрпљења права подразумевамо одређење територије на којој се стављањем робе у промет право титулара исцрпљује. Тако у географском смислу исцрпљење права интелектуалне својине може бити међународно или пак уже од међународног. У случају међународног исцрпљења права интелектуалне својине, исцрпљење права настаје стављањем у промет робе у коју је инкорпорисано право интелектуалне својине било где у свету. Уколико је у смислу географског опсега исцрпљења права прописано исцрпљење уже од међународног, онда исцрпљење права интелектуалне својине настаје само тада

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *XXI век – век услуга и Услужног права*, бр. 179012, који финансира Министарство за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

када је роба у промет стављена на територији царинске уније или зоне слободне трговине (регионално исцрпљење) или државе (национално исцрпљење).¹

Са становишта међународних извора права интелектуалне својине² о географском опсегу исцрпљења субјективних права интелектуалне својине државе суверено одлучују.³ Отуда проистиче и прва хипотеза да су државе различито одредиле ширину географског опсега исцрпљења субјективних права интелектуалне својине. Друго питање које се поставља је: да ли у упоредном праву разлика у примени доктрине исцрпљења постоји и у односу на различита права интелектуалне својине? Наиме, сматра се да је прописивање међународног исцрпљења права смисленије кад се ради о жиговима него у случају ауторских права и патената.⁴ Добра интелектуалне својине разликују се међу собом, како по природи (творевине, псеудотворевине и ознаке⁵), тако и по привредним функцијама и циљевима правне заштите, па је и правни режим ових добара, укључујући и регулисање обима и трајања субјективних права, традиционално различит. Смисао патентног и ауторског права је обезбеђење подстицаја за проналажење нових технологија, те стварање књижевних и уметничких дела.⁶ За разлику од патентног и ауторског права којима се промовишу иновативност и креативност, правом жига не штити се креирање нове речи или слике, већ инвестирање титулара права у квалитет и самим тим углед роба и услуга које ће признатим жигом обележавати.⁷ Специфичност патентне заштите испољава се у ширини обима и ограничениости трајања признатог права.⁸ Међу свим добрима интелектуалне својине, проналасци се одликују највећим потенцијалом за генерисање социјалног благостања.⁹ Ако се томе додају: могућност издавања

¹ Теоретски, исцрпљење права интелектуалне својине може бити предвиђено и само за територију (кон)федералне јединице сложене државе.

² TRIPS, чл. 6.

³ Abbot, F., *Parallel Importation: Economic and social welfare dimensions*, prepared for the Swiss Agency for Development and Cooperation (SDC), International Institute for Sustainable Development (IISD), June 2007, стр. 5.

⁴ *Trade, Competition and Intellectual Property Rights*, OECD, COM/DAFFE/CLP/TD (2000)100, Paris 2000, стр. 12.

⁵ Више о појму и заштити творевина, псеудотворевина и знакова вид. Марковић, С., *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд 2014, стр. 46-54.

⁶ Smith, R., *The Unresolved Tension between Trademark Protection and Free Movement of Goods in the European Community*, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 3/1992, стр. 91.

⁷ Исто, стр. 90-91.

⁸ Kenny, P., McNutt, P., *Competition, Parallel Imports & Trademark Exhaustion: Two wrongs from a Trademark Right*, Ireland Competition Authority Discussion Paper No 8, December 1999, стр. 6.

⁹ Abbot, F., *Second Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of the Exhaustion of Intellectual Property Rights*

принудне лиценце, административна контрола цена (нових) лекова, као и један од најкраћих рокова заштите регистрованих добара интелектуалне својине, титуларима патената је потребно обезбедити најјачи правни монопол. Имајући у виду да је титулару субјективног права интелектуалне својине обезбеђена јача правна заштита што је географски обим исцрпљења права ужи, то ћемо на крају овог истраживања бити у прилици да одговоримо и на питање да ли се у упоредном праву у домену патентног права претежно прописује национално, а у домену права жига међународно исцрпљење.

2. Појам исцрпљења субјективних права интелектуалне својине

Исцрпљење субјективних права интелектуалне својине је правна последица првог стављања примерка робе која представља материјализацију заштићеног добра интелектуалне својине у промет од стране титулара права или уз његову сагласност. Правно дејство исцрпљења субјективних права интелектуалне својине испољава се у томе што власник робе у погледу које је право интелектуалне својине исцрпљено, може тај примерак производа: 1. нудити, 2. стављати у промет и 3. употребљавати без обавезе да за вршење тих радњи тражи сагласност титулара права интелектуалне својине, односно његовог правног следбеника и без бојазни да тиме врши повреду права интелектуалне својине.¹⁰

Да би субјективно право интелектуалне својине било исцрпљено, под генералном претпоставком да је у питању роба у којој је инкорпорисано правно заштићено добро интелектуалне својине, неопходно је кумулативно испуњење неколико услова. Прво, стављање робе у промет мора бити извршено од стране овлашћеног лица. То је пре свих осталих титулар права. Међутим, субјективно право интелектуалне својине у неким случајевима може бити исцрпљено и онда када робу у којој је инкорпорисано заштићено добро интелектуалне својине у промет стави неко друго лице, а не титулар права. То су случајеви када су титулар права и продавац у таквој правној и/или фактичкој вези да је титулар права у могућности да контролише продавца у погледу робе у којој је инкорпорисано правно заштићено добро интелектуалне својине. Тада се сматра да је роба у промет стављена уз сагласност титулара права. Сагласност титулара права нарочито постоји онда када се правни однос између њега и продавца заснива на уговору о лиценци, франшизингу, ексклузивној дистрибуцији. Друго, треће лице на прибављеном примерку робе мора стећи право својине.¹¹ Треће, стављање у промет мора бити обављено на територији обухваћеној прописаним географским опсегом за настанак исцрпљења. Стављањем у промет на

and Parallel Importation, <http://ssrn.com/abstract=1921856> (приступљено јануара 2015. године), стр. 21.

¹⁰ Миладиновић, З., *Право интелектуалне својине*, Источно Сарајево 2012, стр. 255.

¹¹ Марковић, С., Поповић, Д., *Право интелектуалне својине*, Београд 2013, стр. 131.

територији државе у којој је субјективно право признато, право за ту територију бива исцрпљено. У зависности од прописане ширине географског опсега исцрпљења права, право може бити исцрпљено и у случајевима кад је роба у промет стављена изван територије за коју је право признато.¹² Управо је овај услов, односно географски аспект исцрпљења субјективних права интелектуалне својине, предмет наше упоредноправне анализе, при чему ћемо највише пажње посветити праву ЕУ и САД.

3. Европска унија

По питању географског опсега исцрпљења субјективних права интелектуалне својине у праву Европске уније прописано је регионално исцрпљење.¹³ То значи да у Европској унији има лац субјективног права

¹² Но и кад су сви ови услови испуњени, у случају робних и услужних жигова, право неће бити исцрпљено ако постоји оправдан разлог титулара права да се супротстави даљем стављању жигом заштићеним знаком обележене робе у промет. Квар робе или друга битна промена њеног стања, настала након првог стављања робе у промет, у овом се контексту посебно сматрају оправданим разлозима. Постојање оправданог разлога је у ствари основ за изузетак од примене института исцрпљења права (Спасојевић, С., *Паралелна трговина и препакивање лекова у смислу права жига*, Право и привреда бр. 7-9/2012, стр. 374). Правда се легитимним настојањем титулара жига да спречи нарушавање свог пословног угледа услед негативне репутације робе обележене његовим жигом заштићеним знаком (Марковић, С., Поповић, Д., *нав. дело*, стр. 154).

¹³ Вид. чл. 4(ц) Директиве о правној заштити рачунарских програма (*Council Directive (EC) No 250/1991 of 14th May 1991 on the legal protection of computer programs*, OJ EC L 122 of 17th May 1991), чл. 15 Директиве о хармонизацији права држава чланица у области робних и услужних жигова (*Directive (EC) No 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16th December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*, OJ EC L 336 of 23rd December 2015), чл. 13 Регулative о комунитарном жигу (*Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26th February 2009 on the Community trade mark*, OJ EC L 78 of 24th March 2009 amended by *Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)*, OJ EC No L 341 of 24.12.2015), чл. 15 Директиве о правној заштити дизајна (*Directive 98/71/EC No 71/1998 of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs*, OJ EC L 289 of 28th October 1998), чл. 21 Регулative о комунитарном дизајну (*Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12th December 2001 on Community designs*, OJ EC L 3 of 5th January 2002 amended by Council Regulation No 1891/2006 of 18 December 2006 amending Regulations (EC) No 6/2002 and (EC) No 40/94 to give effect to the accession of the European Community to the Geneva Act of the Hague Agreement concerning the international registration of industrial designs (OJ EC No L 386 of 29.12.2006, p. 14)), чл. 16 Регулative о комунитарном праву на

интелектуалне својине може спречити увоз робе, у којој је инкорпорисано правно заштићено добро индустријске својине, а која је први пут у промет стављена изван Европског економског простора.

Регионално исцрпљење права у Европској унији установљено је у пракси Суда правде Европске уније у случају *C 78/70 Deutsche Grammophon GmbH v. Metro-SB-Grossmaerkte GmbH & Co KG* [1971] ECR 487; CMLR 631,¹⁴ како би се превазишли негативни ефекти националног исцрпљења права у појединим државама чланицама на слободан проток робе и услуга између држава чланица. С обзиром да су међу првенственим циљевима Уговора о оснивању ЕЕЗ били "елиминација царинских и нецаринских баријера међу земљама чланицама и формирање заједничког тржишта...",¹⁵ то је обезбеђењу слободног протока робе између држава чланица дат већи значај од екстензивне заштите права интелектуалне својине.¹⁶

У праву Европске уније регионални географски опсег исцрпљења права настао је као антитеза националном исцрпљењу права, те након ступања на снагу побројаних извора комунитарног права више није било спорно да државе

биљним сортама (*Council Regulation (EC) No 2100/94 of 27th July 1994 on Community plant variety rights*, OJ EC L 227 of 1st September 1994), чл. 6 Регулative о унитарном патенту (*Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17th December 2012 implemented enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection*, OJ EU L of 31st December 2012), чл. 4(2) Директиве о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информатичком друштву (*Directive (EC) No. 2001/29 of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, OJ L 167, 22.6.2001), те чл. 9(2) Директиве о овлашћењу на давање у закуп и на послугу те о одређеним ауторском праву сродним правима у области интелектуалне својине (*Directive (EC) No. 2006/115 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (codified version)*, OJ L 376, 27.12. 2006).

¹⁴ О настанку института исцрпљења субјективних права интелектуалне својине у праву Европске уније вид. Варга, С., *Настанак института исцрпљења права у пракси суда правде Европске уније* Зборник: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, Крагујевац, 2015.

¹⁵ Gud, V., *Rečnik termina međunarodne trgovinske politike*, Београд 2005, стр. 130.

¹⁶ Према чл. 36 Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ) квантитативна ограничења увоза између држава чланица ЕУ дозвољена су ако су, између осталог, оправдана разлозима заштите индустријске својине, под условом да такве забране и ограничења не постану средство произвољне дискриминације или прикривен облик ограничавања трговине између држава чланица. У праву Европске уније већи значај се у случају рестриктивне пословне праксе ималаца жигова даје и заштити функционалне конкуренције (*C 56, 58/64 Consten and Grundig v. Commission* [1966] ECR 299). Заправо, за спречавање сегментације унутрашњег тржишта субјективним правима интелектуалне својине у правној пракси Европске уније најпре су коришћене норме конкуренцијског, па тек онда трговинског права.

чланице нису овлашћене да националним прописима у области права интелектуалне својине предвиде национално исцрпљење. Но оно што је остало спорно то је: да ли државе чланице могу националним прописима у области права интелектуалне својине предвидети међународно исцрпљење и уопште како решавати случајеве продаје робе, у којој је инкорпорисано добро интелектуалне својине правно заштићено у држави чланици, пуштене у промет изван територије Европског економског простора (ЕЕА = ЕУ + Исланд, Норвешка и Лихтенштајн)? Пре ступања на снагу поменутих директива и регулатива многе (ако не и већина¹⁷) државе чланице Европске уније примењивале су међународно исцрпљење субјективних права интелектуалне својине. Није на претек напоменути ни да је нацрт Прве директиве (објављен 1980. године) садржао међународно исцрпљење као нормативно решење географског опсега исцрпљења субјективних права интелектуалне својине.¹⁸ С једне стране, међународно исцрпљење права је, имајући у виду несметани промет роба и услуга, интересе потрошача и јачање (пре свега ценовне и интрабранд) конкуренције, економски повољније нормативно решење од географског опсега исцрпљења права ужег од међународног.¹⁹ С друге стране, као географски шире, међународно исцрпљење права обухвата регионално исцрпљење права. Другим речима, у условима међународног исцрпљења права, пуштањем робе, у којој је инкорпорисано правно заштићено добро интелектуалне својине, од стране титулара права или уз његову сагласност, у промет у било којој држави чланици, субјективно право интелектуалне својине на добру индустријске својине инкорпорисаном у продатом примерку робе бива исцрпљено једнако као да је у тој држави прописано регионално исцрпљење. Међутим, међународно и регионално исцрпљење права ипак нису једно исто. Ако би нека држава чланица која примењује међународно исцрпљење права дозволила паралелни увоз робе, у вези са којом је право интелектуалне својине признато у држави чланици која примењује регионално исцрпљење права, а која роба је први пут стављена у промет изван ЕЕА, она би тиме фактички легализовала трговину том робом на делу заједничког тржишта²⁰ и донекле обесмислила концепт регионалног

¹⁷ Засигурно: Немачка, земље Бенелукса, Ирска и В. Британија. Такође су и скандинавске земље традиционално примењивале међународно исцрпљење. После 1986. ЕЕЗ је заједница дванаесторице, а од 1995. до 2004. ЕЗ је заједница петнаесторице.

¹⁸ Bentley, L., Sherman, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, стр. 941; Cornish, W., Llewelyn, D., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet&Maxwell London 2003, стр. 728.

¹⁹ О економским предностима међународног у односу на национално исцрпљење права вид. Варга, С., *Географски опсег исцрпљења жига и паралелна трговина у праву Републике Србије*, Зборник: Услуге и заштита корисника, Крагујевац 2015.

²⁰ Омогућујући да само потрошачи који робу купе на њеном тржишту уживају корист нижих цена услед паралелног увоза, озбиљно тиме нарушавајући интегритет унутрашњег тржишта и функционисање ценовне конкуренције (*Opinion of advocate general Jacobs in case C-355/96, delivered on 29th January 1998, rec. 52*).

исцрпљења. Уз све то, могућност да у неким државама чланицама буде предвиђено међународно, а у другим регионално исцрпљење права значила би да заштита носилаца субјективних права интелектуалне својине није у свим државама чланицама иста. Дилема је решена у случају *Silhouette*.²¹

Случај *Silhouette* је спор из области права жига. Тужилац, привредно друштво са седиштем у Аустрији, носилац је права на жиг *Silhouette* за обележавање скупочених наочара. Жиг је регистрован у Аустрији и многим другим државама. У Аустрији тужилац наочаре продаје специјализованим оптичарским радњама, а у иностранству путем зависних привредних друштава или дистрибутера. Међутим, ни у једном случају тужилац наочаре не продаје туженом или посредством туженог јер се тужени, аустријско привредно друштво *Hartlauer*, бави продајом јефтиних наочара, па би продаја наочара обележених жигом *Silhouette* од стране или путем туженог негативно утицала на пословни углед тужиоца и репутацију његовог жига и робе која се тим жигом обележава. Тужилац је октобра 1995. године путем свог трговинског представника за Средњи Исток продао купцу у Софији по дисконтној цени 21000 оквира за наочаре који више нису били у моди, а ради њихове препродаје на тржишту Бугарске и бивших совјетских република. Трговински представник је добио налог тужиоца да приликом продаје нагласи како се оквири за наочаре не смеју извозити на друга тржишта. Једино што је у вези са тим налогом доказано јесте да је трговински представник обавестио тужиоца да је налог извршио. Да ли га је заиста извршио, то се у поступку пред националним судовима Републике Аустрије већ није могло доказати. Исто као што се није могло утврдити ни од кога је тужени купио предметне оквири за наочаре, јер спор је настао када је тужени предметни контингент оквири за наочаре понудио ради продаје на аустријском тржишту по повољним ценама. Тужилац је поднео тужбу захтевајући да се туженом забрани продаја предметне робе. Тужбени захтев је био заснован на аустријском закону о жиговима којим је било прописано комунитарно исцрпљење права, Закону о сузбијању нелојалне конкуренције и Општем грађанском законнику. Пошто су предметни оквири за наочаре први пут стављени у промет изван ЕЕА, тужилац је тврдио да његово право није исцрпљено и да се стога може супротставити стављању предметних примерака робе у промет на аустријском тржишту.

Одредба о комунитарном исцрпљењу права била је у право жига Републике Аустрије унета у процесу имплементације Прве директиве о хармонизацији права држава чланица у области жигова 1992. године.²² До тада се у Аустрији примењивало међународно исцрпљење, а његова даља правна важност је и поред промене законодавства, остављена тумачењу судске праксе. Тако је Виши суд у

²¹ C 355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. Kg vs. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* [1998] ECR I 04799 of 16th July 1998.

²² Ради додатног разјашњења хронолошких података: Прва директива је ступила на снагу 1989, а Аустрија је у Европску унију примљена 1995. године.

Штајеру (Steyr) одбио тужени захтев, а Апелациони суд у Линцу жалбу тужиоца. Тужилац након тога подноси прописани правни лек Врховном суду Аустрије (*Oberster Gerichtshof*). Врховни суд Аустрије је застао с поступком постављајући претходно питање Европском суду правде. Постављена су два питања. За нас је битно прво према којем се од Европском суду правде тражи да одговори да ли се одредба (тада важеће Прве) директиве о регионалном исцрпљењу права може тумачити као правни основ за забрану коришћења жига на роби која је у промет први пут стављена изван ЕЕА? Другим речима, да ли би примена међународног исцрпљења права у вези са робом која је у промет први пут стављена изван ЕЕА била противна чл. 7(1) Директиве којим се прописује регионално исцрпљење права? Оно што је у вези са чланом 7(1) ове директиве неспорно, то је да се њиме не намеће обавеза државама чланицама да предвиде међународно исцрпљење права, нити им се тако нешто изричито забрањује. Тужени и шведска влада су сматрали да се регионално исцрпљење односи на трговину унутар Заједнице; да се директивама не могу уређивати спољнотрговински односи држава чланица и држава које нису чланице Европске уније и да стога нормативно решење Прве директиве није свеобухватно, па државе чланице задржавају право да националним прописима предвиде међународно исцрпљење за робу која је у промет први пут стављена изван ЕЕА. За Европски суд правде ниједна од ових тврдњи није била прихватљива. Суд је утврдио да се Прва директива не може тумачити тако да је државама чланицама остављена могућност да националним правом предвиде међународно исцрпљење права на роби пуштеној први пут у промет на тржишту земаља које нису чланице ЕЕА,²³ па би због тога национална правила о међународном исцрпљењу права била противна чл. 7(1) Прве директиве.²⁴ Иако се Првом директивом не врши унификација права жига држава чланица, хармонизација права која је њоме извршена односи се на све оне аспекте права жига којима се, због монополског карактера и територијалног начела на којима се заснивају права интелектуалне својине, битно утиче на слободу комунитарне трговине. Један од тих аспеката је и исцрпљење права, па се наводи да ако би се државама дозволило да оптирају између међународног и регионалног исцрпљења да би то водило стварању баријера слободном протоку робе и слободи пружања услуга.²⁵ Такође, истакнуто је да се Првом директивом и не регулишу спољнотрговински односи држава чланица са другим државама, већ правни положај титулара жигова, а он из разлога неометаног функционисања унутрашњег тржишта мора у свим државама чланицама да буде исти.

Иако је спор у случају *Silhouette* решаван у оквирима права жига, ограниченост географског опсега исцрпљења права на тржиште ЕЕА односи се на сва остала субјективна права интелектуалне својине. И још бисмо нагласили да у праву Европске уније у вези са исцрпљењем прва није правно релевантно

²³ C 355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. Kg vs. Hartlauer*, тач. 26.

²⁴ *Исто*, тач. 31.

²⁵ *Исто*, тач. 27.

место где је роба у којој је инкорпорисано заштићено добро интелектуалне својине произведена, већ само где је први пут стављена у промет.²⁶

4. Сједињене Америчке Државе

Институт исцрпљења субјективних права интелектуалне својине настао је у америчкој судској пракси. Одлуку је по тужби имаоца патента донео Врховни суд САД у случају *Bloomer v. McQuewan*, 55 U.S. 539, 549 (1853). У овом случају десило се да је Конгрес САД продужио трајање патента тужиоца. Тужилац је ово продужење важности патента хтео да искористи тако што је од купца машине израђене према патентом заштићеном проналаску захтевао исплату лицендне накнаде за коришћење машине до истека продужене патентне заштите. Купац машине није пристао да изврши захтевано плаћање па га је титулар патента због тога тужио суду. Суд је тужбени захтев одбио указујући на очигледну разлику правног положаја стицаоца лиценце за коришћење патентираног проналаска и купца машине или алата израђених према патентираном проналаску. Наведено је да би захтев тужиоца био оправдан да је упућен стицаоцу лиценце, али да се тужени након куповине машине коју користи у уобичајене производне сврхе више не налази у оквирима монопола титулара права.²⁷ Тако је у америчком (патентном) праву настала тзв. доктрина прве продаје - *The first sale doctrine*²⁸ - еквивалент доктрини исцрпљења субјективних права интелектуалне својине у *civil law* систему, према којој је након прве продаје патентираног производа, по основу које продавац стиче уговорену накнаду, купац купљеног примерка робе даље слободан да га користи без ограничења која произлазе из правног монопола признатог титулару патента или његовом правном следбенику.

4.1. Патентно право

Када се разматра географски аспект исцрпљења патента признатог у Сједињеним Државама, ситуација је врло интересантна. Могло би се рећи да је прва одлука о географском аспект исцрпљења права донета од стране Врховног

²⁶ C 352/95 *Phytheron International SA v. Jean Bourdon* [1997] ECR I-1729.

²⁷ *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law*, WIPO, CDIP/4/4 REV./STUDY/INF/2, Geneva 2011, стр. 12. Доктрину исцрпљења права интелектуалне својине Врховни суд САД реafirмисао је 1873. године у случају *Adams v. Burk*, 84 US 453, 456, 457 (1873)).

²⁸ Shen, C., *Intellectual Property Rights and International Free Trade: New Jurisprudence of International Doctrine under the Traditional Legal System*, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 7, No 3/2012, стр. 187.

суда САД у случају *Keeler v. Standard Folding Bed Co.* из 1895. године.²⁹ У овом случају, титулар патента је уступио права на проналазак стицаоцима налазећим у различитим савезним државама. Тужени је робу купио од лица овлашћеног да проналазак користи у Мичигену и продао је у Масачусетсу где је право израде робе према правно заштићеном проналаску имао тужилац (при чему су први продавац и тужилац били различити субјекти). Врховни суд САД је већином гласова донео одлуку по којој је тужени купујући робу израђену по правно заштићеном проналаску од овлашћеног лица у Мичигену стекао право да је препродаје широм Сједињених Држава, па и у Масачусетсу, где права из патента на проналазак по којем је роба израђена припадају другом лицу.³⁰

Кад је у питању случај *Keeler v. Standard Folding Bed Co.*, јасно је да Врховни суд САД није дозволио имаоцу патента сегментацију америчког тржишта. О географском аспекту исцрпљења патента, Врховни суд САД више није решавао, мада потреба за тим постоји у оном сегменту географскоправног аспекта исцрпљења који се тиче паралелног увоза патентираних робе и слободне међународне трговине.³¹ О томе се, међутим, изјашњавао Савезни апелациони суд који је у случају *Jazz Photo Corp. v. Int'l Trade Comm.*,³² заузео становиште да се у америчком патентном праву примењује правило националног исцрпљења патента. У овом случају тужиоцу је у САД-у признат патент на проналазак камере за једнократну употребу. Титулар патента је ове камере продавао како на тржишту САД-а тако и у иностранству. Камере продаване на домаћем тржишту су после коришћења транспортоване у иностранство ради оспособљавања за поновну употребу. Спор је настао у вези са покушајем увоза предметних камера у САД. Међународна трговинска комисија (*International Trade Commission* - ИТС) је сматрала да је увоз недопуштен. У судском поступку увозник је тврдио да је након прве продаје титулар патента своје право на продатим примерцима робе исцрпео, те да због тога више није овлашћен да захтева забрану увоза. За суд је у том смислу правно релевантна чињеница била место прве продаје, те је утврдио да у односу на оне камере које су први пут стављене у промет ван америчког тржишта, патент није исцрпљен. При том се Суд позвао на случај *Boesch v. Graff*³³ из 1890. године. У овом случају одлуком Врховног суда САД онемогућен је тужени да из Немачке увезе у САД горионике за петролејске лампе израђене према проналаску заштићеном патентом признатим у обе државе на име тужиоца. Тужени је горионике купио од извесног господина Хехта (*Hecht*) који је у Немачкој ове горионике производио по основу права раније употребе.³⁴

²⁹ *Keeler v. Standard Folding Bed Co.*, 157 U.S. 659, 660 (1895).

³⁰ *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law...*, стр. 16.

³¹ *Resource Book*, UNCTAD, P1:GDZ, Chap05, CY564-Unctad-v1, November 2004, стр. 95.

³² *Jazz Photo Corp. v. Int'l Trade Comm.*, 264 F. 3d 1094 (Fed. Cir. 2001).

³³ *Boesch v. Graff*, 133 U.S. 698 (1890).

³⁴ Пошто у овом случају робу није продао тужилац/титулар патента, нити са њим правно и/или економски повезан привредни субјект, као први случај по питању географског

Након пресуде у случају *Jazz Photo Corp. v. Int'l Trade Comm* у америчкој судској пракси се могу уочити две групе пресуда од којих се прва заснива на примени правила о националном, а друга на примени правила о међународном исцрпљењу патента.³⁵ Такво стање је потрајало све до 2012. године када је Савезни апелациони суд донео пресуду у случају *Ninestar*³⁶ дефинитивно се определивши за национално исцрпљење патента. Питање је да ли би Врховни суд САД подржао овакав став. Они аутори који сматрају да не би, позивају се на пресуде у случајевима *Curtiss Aeroplane & Motor Corp. v. United Aircraft Engineering Corp.*, 266 F. 71 (2d Cir. 1920),³⁷ *Quanta Computer, Inc. v. LG Elecs., Inc.*, 553 U.S. 617 (2008)³⁸ и *Kirtsang v. John Wiley & Sons, Inc.*³⁹ У последње наведеној одлуци Врховни суд САД се определио за правило међународног исцрпљења. Додуше у области ауторског права, па ће о тој пресуди више речи бити у следећем одсеку.

аспекта исцрпљења права у САД навели смо случај *Keeler*, иако је случај *Boesch* решаван пет година раније. Случај *Boesch* је у материји исцрпљења права много више повезан са питањем продаје уз сагласност титулара права, односно субјекта релевантног за стављање робе у промет с правним дејством исцрпљења права. Географску димензију случају "даје" елемент иностраности овог правног посла одн. чињеница да је спор настао у вези са увозом робе. Међутим, то само по себи не може бити довољно за закључак да је у америчком патентном праву заступљено национално исцрпљење права. Такав закључак би био могућ једино под условом да је предметну робу у промет први пут у иностранству (тј. Немачкој) ставио тужилац, а што се у овом случају није десило. Другим речима, патент тужиоца у овом случају заиста није био исцрпљен, али не зато што је прва продаја извршена у иностранству, већ зато што прва продаја није извршена од стране титулара права или уз његову сагласност, па би тужилац овај спор добио и у условима међународног исцрпљења права, односно независно од тога који географски опсег исцрпљења права предвиђа *lex fori*. Ипак, троје уздржаних судија у случају *Keeler* је своје издвојено мишљење засновало управо на одлуци у случају *Boesch*. Свакако да би у вези са тим требало узети у обзир и то да у систему у којем се патент признаје првом и правом проналазачу није познат институт права ранијег корисника карактеристичан за систем првог пријавиоца заступљен у континенталном праву.

³⁵ Clugston, C., *International Exhaustion, Parallel Imports, and the Conflict between the Patent and Copyright Laws of United States*, Beijing Law Review, Vol. 4, No 3/2013, стр. 97.

³⁶ *Ninestar Tech. Co. Ltd. v. Int'l Trade Comm.*, 667 F.3d 1373 (Fed. Circ.2012). Чињенице су сличне као у случају *Jazz Photo Corp. v. Int'l Trade Comm*, једино што се у овом случају не ради о камерама већ о кертрицима који су након употребе у САД рециклирани и поново пуњени у иностранству и онда реимпортовани натраг у САД.

³⁷ Barrett, M., *The United States' Doctrine of Exhaustion: Parallel Imports and Patented Goods*, 27 N. Ky L. Rev. 911 (2000), у овом раду наведено према: UNCTAD *Resource Book...*, стр. 95.

³⁸ Clugston, C., *нав. дело*, стр. 97. Узгред буди речено, случај *Quanta Computer, Inc. v. LG* за материју исцрпљења права значајан је и по томе што је Врховни суд учинио неспорним да и патенти за проналазак поступка могу бити исцрпљени.

³⁹ 2013 US LEXIS 2371 (2013).

4.2. Ауторско право

Амерички закон о ауторском праву садржи одредбу о исцрпљењу права по основу прве продаје, али не и одређење о географском опсегу примене ове доктрине, тако да је у вези са америчким ауторским правом (одувек било) неспорно да је паралелна трговина унутар САД дозвољена,⁴⁰ док је у вези са паралелним увозом америчка судска пракса била врло неуједначена и додатно карактеристична по томе што је у многим пресудама одлучујући фактор било место израде ствари у којој је инкорпорисано ауторско дело.⁴¹ Правну релевантност места производње судови су заснивали на законској одредби према којој се исцрпљење односи само на оне копије које су израђене у складу са овим законом, тј. Законом о ауторским правима САД. Тумачећи овај део законске одредбе крајње буквално, неки судови су сматрали да у иностранству не може бити израђена копија ауторског дела у складу са Законом о ауторским правима САД, пошто се Закон о ауторским правима САД не примењује у другим државама, и да је због тога носилац ауторског права овлашћен да спречи увоз тих копија у САД.⁴² "У већини случајева, увоз робе која је произведена у иностранству, па макар и по основу лиценце, сматрао се повредом ауторског права, док је увоз домаће робе, продате у иностранству, био дозвољен."⁴³ Јасно је

⁴⁰ Abbot, F., *First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, No. 4/1998, стр. 626.

⁴¹ Shen, C., *нав. дело*, стр. 187/188.

⁴² При свему томе је увек врло уверљив аргумент да је законодавац, да је нешто хтео, могао то изричито и прописати.

⁴³ Sastre, I., *Litigating the Gray Market: an Intellectual Property Approach to Curtailing Parallel Imports*, *University of Puerto Rico Business Law Journal*, No. 1/2010, стр. 155. Ауторка у приказу генезе судске праксе почиње од случаја *Nintendo of America v. Elcon Industries* из 1982. године. Тужилац, зависно привредно друштво, био је носилац ауторског права у САД на видео игру *Donkey Kong*. Контролно привредно друштво тужиоца је било носилац ауторског права на ову видео игру у Јапану. Контролно привредно друштво тужиоца је уговором овластило привредно друштво *Falcon* да за подручје Јапана израђује и дистрибуира конзоле за ову видео игру. Конзоле произведене у Јапану *Falcon* је међутим, извезао у САД и продао туженом. Иако је *Falcon* конзоле израдио на основу уговора са носиоцем ауторског права, Окружни суд у Мичигену је издао привремену меру. Годину дана касније Окружни суд у Пенсилванији је у случају *Columbia Broadcasting* усвојио тужбени захтев којим се тужени (*Scorpio Music*) обавезује да се уздржи од продаје фонограма, иако су ови на Филипинима били законито израђени. Исто се пресуђује у случајевима *Hearst v. Stark* из 1983. и *BMG Music v. Perez* из 1991. године. За разлику од правног режима копија израђених у иностранству, реимпорт робе произведене у САД био је дозвољен (*Cosmair v. Dynamite Enterprises*; *Neutrogena v. United States*). Међутим, 1988. године у случају *Sebastian Int'l, Inc. v. Consumer Contacts* Апелациони суд трећег федералног округа (*Third Circuit*) пресуђује да "носилац ауторског права након прве продаје губи сва овлашћења да контролише увоз...примењујући следствено томе

да је *ratio legis* овог дела законске одредбе нешто сасвим друго. Копија израђена у складу са *овим* законом не значи да право може бити исцрпљено само у односу на копију израђену на територији на којој се *овај* закон примењује, него да се право исцрпљује једино у односу на копију израђену вршењем овлашћења прописаних *овим* законом. Другим речима, ако копије нису израђене повредом ауторских права, законити власник копије ову може продати или на други начин њоме располагати, а да му за то није потребна сагласност носиоца ауторског права. Тиме је амерички законодавац крајње просто прописао да се у односу на пиратску робу доктрина исцрпљења права не примењује. Пошто су неки судови ову законску одредбу примењивали према њеном смислу, неуједначеност судске праксе се "кретала" од крајности према којој се продајом копија израђених у иностранству ауторско право не исцрпљује (*Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 654 F.3d 210, 213 (CA2 2011)), преко "умереног" става да се продајом копија израђених у иностранству ауторско право исцрпљује, али само под условом да је прва продаја извршена на америчком тржишту (*Costco Wholesale Corp., v. Omega S.A.*, 541 F.3d 982, 986 (CA9 2008)), па до тога да доктрина прве продаје није географски ограничена (*Sebastian Int'l, Inc. v. Consumer Contacts (PTY) Ltd.*, 847 F.2d 1093, 1098 (CA3 1988)).⁴⁴ Дилему је коначно решио Врховни суд САД у случају *Kirtsaeng*.

Kirtsaeng је тајландски држављанин који је студирао у САД. *Kirtsaeng* је запазио да су уџбеници на Тајланду много јефтинији него у Сједињеним Државама, па је решио да то искористи. Обратио се рођацима и

доктрину прве продаје без обзира на место производње" (*Исмо*, стр. 158). Изналажење других правних основа за спречавање паралелне трговине видљиво је у пресуди *Parfums Givenchy v. C&C Beauty Sales* из 1993. године у којој је изричито наведено да се спорни део законске одредбе о првој продаји "не односи на место производње или продаје робе" (*Исмо*, стр. 157). Тужбени захтев против паралелног трговца је ипак усвојен, али је заузето другачије правно становиште. Наиме (уз напомену С.В. да се теорија исцрпљења права заснива на поставци да је разлог исцрпљења права остварење уговорене накнаде односно цене за уступање робе у којој је интелектуално добро материјализовано), Суд је заузео став да је услов за исцрпљење права валидна продаја, а валидна је она продаја у којој носилац права остварује пуну вредност за своје дело. Пошто је у иностранству предметна роба продата по нижој цени (иначе је не би имало смисла куповати ради препродаје) то овом продајом носилац ауторског права није остварио накнаду која представља пуну вредност ауторског дела, због чега његово право том продајом није исцрпљено. Сматра се да је ово најјачи правни аргумент за спречавање паралелног увоза робе у којој је инкорпорирано правно заштићено добро интелектуалне својине. Приказ судске праксе по питању територијалног простирања исцрпљења ауторског права у САД ауторка завршава навођењем одлуке Врховног суда САД у случају *Quality King Distributors v. Lanza Research International* из 1998. године, закључујући да су после те одлуке носиоци ауторског права могли рачунати да ће успети да спрече паралелни увоз копија произведених у иностранству, док ће у односу на реимпорт домаће робе остати без судске заштите (*Исмо*, стр. 159).

⁴⁴ Clugston, С., *нав. дело*, стр. 98.

пријатељима на Тајланду. Од њих је тражио да му пошаљу уџбенике тужиоца које је он после пријема испоруке онлајн (*online*) продавао у Сједињеним Државама, остварујући зараду на разлици у цени (при чему је испоручиоцима исплаћивао накнаду у висини куповне цене и поштанских трошкова). И првостепени и апелациони суд су пресудили у корист тужиоца. Врховни суд је преиначио пресуде нижестепених судова наводећи да из слова и смисла законске одредбе, као и *common law* историје доктрине прве продаје, произлази да се приликом њеног тумачења географски аспект не узима у обзир, фактички се тиме опредељујући за међународно исцрпљење ауторског права. "Сумњамо да је Конгрес намеравао да географском интерпретацијом омогући коришћење овлашћења из ауторског права на начин којим би се угрожавало обављање уобичајених: научних, уметничких, комерцијалних и потрошачких активности."⁴⁵ Додали бисмо да је ова пресуда тим пре интересантнија што су предметне књиге биле одштампане и први пут продате у иностранству и што су садржале упозорење да се књиге могу продавати само у: Европи, Азији, Африци и Средњем истоку, а да извоз азијских издања у неки други регион (укључујући и САД) није допуштен.

4.3. Право жига

У америчком праву жига се по питању географске димензије исцрпљења права примењује доктрина заједничке контроле (*common control doctrine*).⁴⁶ О томе како се ова доктрина уклапа у основне географске видове исцрпљења права, не постоји јединствено виђење. Поједини аутори прецизирају да се у америчком праву жига у ствари примењује национално исцрпљење права с изузетком у виду доктрине заједничке контроле (*common control exception*).⁴⁷ Други пак сматрају да је у питању међународно исцрпљење права ограничено вероватноћом стварања забуне (тзв. *confusion exception*).⁴⁸ Битан фактор у разјашњавању

⁴⁵ Наведено према: *исто.* Поменути аутор на следећој страни овог научног чланка тврди да је Врховни суд у контексту ове правне ствари препознао тенденцију дигитализације и компјутеризације савременог живота и у вези с тим чињеницу да софтвер, који се штити ауторским правом, више није само део компјутера (укључујући и преносиве персоналне рачунаре), већ да се уграђује у ствари које се масовно користе, почев од аутомобила, преко мобилних телефона до беле технике и да би уско, национално исцрпљење ауторског права могло постати неоправдано претерана препрека слободној трговини.

⁴⁶ UNCTAD *Resource Book...*, стр. 95.

⁴⁷ Maskus, K., *Parallel Imports*, The World Economy, Vol. 23, No. 9/2000, стр. 1272. и 1273.

⁴⁸ Shen, C., *нав. дело*, стр. 186. Тврдећи да се у америчком праву жига по питању географског аспекта исцрпљења субјективних права примењује теорија универзалности, аутор се позива на случај *Steele v. Bulova Watch Co.*, 344 U.S. 280 (1952).

питања чини место производње као одлучна чињеница географског карактера, чиме се ова тематика додатно компликује.

Доктрина заједничке контроле настала је у подзаконском нормирању и пракси органа управе САД за царину и пограничну заштиту (*U.S. Customs and Border Protection - CBP*), да би потом била потврђена пресудом Врховног суда САД. Према чл. 526 Царинског закона САД из 1930. године: ако је роба обележена жигом признатим у САД произведена у иностранству, она у САД може бити увезена једино ако то путем писане сагласности дозволи домаћи титулар права. Оваква законска одредба је у америчко царинско право била уведена Царинским законом из 1922. године као реакција на пресуду Апелационог суда за други федерални правосудни округ (*Second Circuit Court*) у случају *A. Bourjois & Co. v. Katzel*, 275 F. 539 (2d Cir.1921), rev'd, 260 U.S. 689 (1923). У овом случају француско привредно друштво је на америчког саговорача *Katzel* пренело право на амерички жиг *Java* ради обележавања пудера за лице. Преносилац, који је уједно био и произвођач, задржао је истоветни жиг у Француској којим је наставио да обележава предметни производ. Спор је настао кад је купац предметног пудера увезао робу у САД и почео да конкурише новом титулару права. Суд се приликом решавања спора определио за теорију универзалности па је тужбени захтев одбио. Реакција Конгреса САД на ту одлуку била је формулисање одредбе чл. 526 (приликом усвајања) Царинског закона САД из 1922. године. По ступању Закона на снагу, Врховни суд је преиначио одлуку Апелационог одредивши се за начело територијалности, а одредба чл. 526 Царинског закона из 1922. године непромењена је преузета у Царински закон из 1930. године.⁴⁹

Чланом 133.21(ц) Правилника *CBP* одређено је да је, независно од воље домаћег титулара права, увоз робе произведене у иностранству, а обележене жигом признатим у САД, могућ у случајевима: "заједничке контроле" или пак ако је домаћи титулар жига уступио право коришћења жига иностраном привредном субјекту (*authorised use exception*). Заједничка контрола постоји ако су страни произвођач и домаћи титулар жига исти привредни субјект или су у власништву или под другим видом контроле истог привредног субјекта или су међусобно у статусу контролног и зависног привредног друштва. *Authorised use exception* постоји када је домаћи титулар права страном субјекту уступио право коришћења жига ради обележавања робе произведене у иностранству. Изузетак према којем се увоз стране робе не спречава ако су страни произвођач и домаћи титулар жига исти привредни субјект уведена је у Правилник *CBP* 1944. године. Изузетак који се тиче повезаних привредних друштава уведен је 1953, да би 1959. био укинут и поново враћен 1972. године, када је формулисан и изузетак овлашћене употребе.⁵⁰

⁴⁹ Mandra, R., *KMart Corp. v. Cartier, Inc.: Is Continued Gray Market Importation a Result of Gray Statutory Language or Judicial Legislation?*, Pace Law Review No. 1/1990, стр. 248/249.

⁵⁰ Исто, стр. 251.

Коалиција за заштиту интегритета америчких жигова (*Coalition to Preserve the Integrity of American Trademarks* - COPIAT) је америчко удружење титулара жигова. Међу члановима ове организације налазе се и *Cartier, Inc.* као и *Charles of the Ritz Group Ltd.* COPIAT и поменути чланови поднели су тужбу против америчке владе, секретара трезора и комесара управе царина захтевајући утврђење да спорна одредба Правилника *CBP* није у складу са Царинским законом. Туженима су се придружили *K Mart Corporation*, национално трговинско предузеће и *47th Street Photo*, њујоршко предузеће специјализовано за продају камера. Савезни окружни суд је подржао Правилник, а Апелациони за дистрикт Колумбија 1986. године тужбу. Пошто су различити апелациони судови (за други федерални правосудни округ 1985. године у случају *Vivitar Corp. v. United States* и Савезни апелациони суд 1986. године у случају *Olympus Corp. v. United States*) подржали спорну одредбу правилника,⁵¹ настала је потреба за уједначењем судске праксе, па је Врховни суд САД је у одлуци *Kmart v. Cartier*, 486 U.S. 281 (1988), већином од 5:4 потврдио допуштеност увоза робе страног порекла у случају заједничке контроле, док је истом већином, али у различитом саставу,⁵² утврдио да је дозвола увоза робе страног порекла ако је домаћи титулар права уступио коришћење жига независном страном произвођачу недозвољена конкретизација чл. 526 Царинског закона.

Међутим, као да је у вези са доктрином заједничке контроле "рачун прављен без крчмара". Све време у оквиру проблематике права жига расправљамо о подзаконској конкретизацији Царинског закона. Да ли је могуће да у америчком закону о жиговима о овоме ништа не пише? Законом о жиговима САД - тзв. *Lanham Act*, 15 U.S.C. није изричито регулисан географски аспект исцрпљења жига, али ако је роба обележена знаком титулара америчког жига подесна за навођење јавности да верује да је роба произведена у САД или да је произведена у назначеној страни земљи или назначеном локалитету у иностранству иако она тамо није произведена, увоз такве робе може бити спречен у свакој америчкој царинарници,⁵³ како би се у свести потрошача спречило стварање заблуде о месту производње и консеквентно о квалитету робе обележене предметним

⁵¹ Генерално, приликом оцене законитости подзаконских општих аката, судови се приклањају (*defer*) подзаконским нормативним решењима, признајући вредност експертизе и искуства које су доносиоци подзаконских општих аката стекли у непосредној примени права у датој ускостручној области, ако је законска одредба нејасна, а подзаконско тумачење закона разумно и засновано на конзистентној правној пракси (*Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)).

⁵² Правилник су по обе тачке подржали судије: *White, Brennan, Marshall* и *Stevens*, док су *Scalia, Blackmun, O'Connor* и председник Суда *Rehnquist* били против. Онај ко је подржао изузетак по основу заједничке контроле, али не и по основу овлашћене употребе био је судија *Kennedy*.

⁵³ Чл. 42. Закона о жиговима, пар. 1124.

жигом.⁵⁴ Заблуда о месту производње и консеквентно о квалитету робе обележене жигом заштићеним за територију САД може бити створена ако је увозна роба физички и материјално различита од робе коју титулар америчког жига продаје на америчком тржишту. Дакле питање је: да ли се доктрина заједничке контроле примењује у случају увоза робе коју је у иностранству произвело са америчким титуларом права повезано привредно друштво, а која се физички и материјално разликује од робе коју амерички титулар права производи за америчко тржиште и продаје на њему? Питање је решено у случају *Lever Bros v. United States* F.2d 1330 (D.C. Cir. 1993).

Lever Brothers Company (Lever) је америчко контролно друштво британског зависног друштва *Lever Brothers Limited*. Оба друштва производе мирисни сапун који обележавају жигом *Shield* и течност за суђе коју обележавају жигом *Sunlight*. Иако су жигови регистровани у обе земље, америчка и британска верзија робе за чије обележавање служе, разликују се. Америчка верзија сапуна боље пени, различито мирише, а коришћене боје, за разлику од боја у британској верзији сапуна, сертификоване су од стране Агенције за храну и лекове - *FDA*. Што се течности за суђе тиче, америчка верзија ствара више сапунице и прилагођена је за "меку" воду, за разлику од британске верзије која је прилагођена употреби у условима тзв. тврде воде. И паковања се разликују. Британски жиг за сапун је писан писаним словима и користи таласasti мотив, док је америчка верзија писана штампаним словима и садржи решеткасти, мрежасти шаблон. Оба паковања садрже назнаку места производње. Британска верзија течности за суђе продаје се у цилиндричној амбалажи, а америчка у амбалажи која је у облику пешчаног сата. *Lever* је тужио владу САД због тога што њени царински органи дозвољавају увоз британске верзије *Lever* сапуна и течности за суђе по основу доктрине повезаних друштава, иако се услед прилива стране робе амерички потрошачи доводе у заблуду по питању порекла и бивају преварени по питању квалитета робе због чега је тужилац суочен са жалбама разочараних муштерија. Савезни окружни суд за дистрикт Колумбија је утврдио да примењујући доктрину заједничке контроле *СВР* никад није узео у обзир разлике између домаће и стране робе обележене истим жигом и забранио је царинској служби да применом доктрине заједничке контроле противно чл. 42 Закона о жиговима допушта увоз стране робе која је физички, материјално различита од домаће робе обележене истим жигом. Влада САД је поднела жалбу која је уважена само у делу у којој се наводи да се тужба односи на конкретне производе, да то није колективна тужба и да се стога пресуда првостепеног суда може односити само на мирисне сапуне и течност за суђе обележене жигом тужиоца. Тако је настало тзв. Леввер правило (*Lever rule*).

⁵⁴ "Потрошачи у заблуду најчешће бивају доведени услед разлике у квалитету увозне робе" (Shen, С., *нав. дело*, стр. 186).

Левер правило примењује царинска и погранична служба САД (*U.S. Customs and Border Protection - CBP*).⁵⁵ Левер правило може бити примењено једино ако је роба обележена знаком регистрованим у Заводу за патенте и жигове САД (*U.S. Patent and Trademark Office*). Поред тога, потребно је да је титулар жига регистрован у *CBP* (плаћа се такса за регистрацију која износи 190 долара по класи роба или услуга) и да је *CBP* усвојио захтев за примену Левер правила.

Да би увоз робе био спречен, потребно је да се она кумулативно, и физички и материјално, разликује од "оригиналне" (*genuine*) робе. Правилником о царинама и пограничној заштити (пар. 133.2е) прописано је да се физичке и материјалне разлике увозне у односу на "оригиналну" робу могу тицати: хемијског састава, облика, конструкције, структуре, функционисања и/или операционалних карактеристика, разлика које проистичу из правних и других регулаторних захтева, сертифициовања и других разлика којима се у свести потрошача ствара заблуда. "Физичке и материјалне разлике обухватају разлике у: паковању, етикетању, језику, различитим састојцима и разликама у гаранцијској заштити."⁵⁶ Међутим, постојање физичких и материјалних разлика није неотклоњиви разлог за спречавање увоза. Пре свега, Левер правило се примењује само на робу произведену у иностранству.⁵⁷ И најважније, забрана увоза може се отклонити тако што ће на роби или паковању бити одштампана напомена да увоз те робе није одобрен од стране титулара жига и да се од робе коју титулар жига продаје на америчком тржишту разликује и физички и материјално. Ако је разлог установљења Левер правила спречавање стварања заблуде у јавности, штампањем ове напомене вероватноћа настанка такве заблуде отклања се.

Имајући у виду значај места производње робе, доктрину заједничке контроле, те да титулар жига може спречити увоз робе коју је у иностранству

⁵⁵ О примени Левер правила вид. детаљно у: *Trademark Owner's Guide to Parallel Imports in the United States, working with U.S. Customs and Border Protection to prevent importation of gray market goods*, International Trademark Association, New York 2012.

⁵⁶ *Исто*, стр. 9. Узгред буди речено, институт физичких и материјалних разлика примењује се и у канадском праву жига, али се критеријум различито тумачи, те се увоз спречава само ако су разлике између "оригиналне" и увозне робе такве да могу проузроковати штету потрошачима или јавном добру (*Position Paper on Parallel Imports*, International Trademark Association, New York 2007, стр. 2).

⁵⁷ *Trademark Owner's Guide...*, стр. 8. У документу се наводи да је у америчком праву жига пресудом донетом у случају *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Premium Tobacco Stores, Inc.*, 71 U.S.P.Q. 2d 1670 (N.D.III.2004), *aff d* 426 F.3d 690 (7th Cir. 2006) исти правни режим установљен и за робу произведену у САД ради продаје у иностранству, али да Правилник *CBP* није измењен како би био усклађен са тим прецедентом.

први пут у промет ставио стицалац лиценце, као и тзв. Левер правило, заиста можемо рећи да се у праву САД примењује хибридни систем исцрпљења жига.⁵⁸

5. Остале државе

5.1. Јапан

У Јапану се прво примењивао принцип националног исцрпљења субјективних права интелектуалне својине. Водећи случај у том смислу био је *Brunswick*, случај Округног суда у Осаки из 1969. године. Ситуација се променила 1995. године када је Виши суд у Токију у предмету *BBS*⁵⁹ преиначио одлуку Округног суда одлучујући се за примену принципа међународног исцрпљења патента. Тужилац (*BBS Kraftfahrzeug Technik AG*) је био титулар патента у Немачкој и Јапану. Тужени другог реда (*JapAuto Prods*) купио је робу израђену према правно заштићеном проналаску од тужиоца у Немачкој и увезао је у Јапан где ју је продавао тужени првог реда (*Racimex*). Тужилац је захтевао досуду забране туженима да увозе и стављају у промет предметну робу с обзиром на то да је признањем патента у Јапану стекао овлашћење да забрани увоз робе израђене по правно заштићеном проналаску. Првостепени суд је тужбени захтев усвојио. Другостепени суд је, међутим, заузео становиште да је овлашћење титулара права да контролише препродају робе израђене према правно заштићеном проналаску исцрпљено након прве добровољне продаје предметне робе. Пресуду другостепеног суда потврдио је 1997. године Врховни суд Јапана наводећи да је титулар патента тиме што је у иностранству пренео право својине на патентираној роби истовремено снабдео, "опскрбио" купца и све потоње власнике робе правом да закључују уговоре са трећим лицима, укључујући и право да робу увезу у Јапан, да је користе у Јапану и пренесу право својине над робом на домаћем тржишту.⁶⁰ Међутим, Врховни суд је у наставку одлуке навео да титулар патента може уговором о продаји искључити право купца да робу увезе у Јапан. У том случају роба мора бити снабдевена одштампаном напоменом да је увоз у Јапан забрањен.⁶¹ У литератури се наводи

⁵⁸ Тако: Whymark, J., *Policing parallel imports around the world*, <http://www.worldtrademarkreview.com/Intelligence/Anti-Counterfeiting/2014/Industry-insight/Policing-parallel-imports-around-the-world> (приступљено јануара 2015. године), стр. 30.

⁵⁹ *BBS Kraftfahrzeug Technik AG v. Kabushiki Kaisha Racimex and Kabushiki Kaisha JapAuto Prods*.

⁶⁰ *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law*, WIPO, CDIP/4/4 REV./STUDY/INF/2, Geneva 2011, стр. 22.

⁶¹ Abbot, F., *Second Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of the Exhaustion of Intellectual Property Rights and Parallel Importation*, <http://ssrn.com/abstract=1921856> (приступљено јануара 2015. године), стр. 4.

да се принцип међународног исцрпљења у Јапану не примењује на робу чија је цена у иностранству била административно одређена.⁶²

За јапанско право интелектуалне својине у материји исцрпљења права значајан је случај *Canon*⁶³ из 2007. године. Тужени (*Recycle Assist*) је празне кертрице продате од стране тужиоца купио у иностранству, пунио их и увозио у Јапан. Пресуда је донета с образложењем да ако је патентирани производ, који је у иностранству продат од стране домаћег титулара патента или са њим изједначеног лица, модификован или су његове компоненте замењене тако да се може сматрати новом изработом патентираног производа, онда он није идентичан оригиналном продатом примерку, па је титулар патента овлашћен да спречи увоз такве робе.

5.2. Швајцарска

У Швајцарској се у праву жига и ауторском праву примењује принцип међународног исцрпљења субјективног права.⁶⁴ За ауторско право релевантан је случај *Nintendo* из 1998. године.⁶⁵ Титулар права је покушао да спречи увоз видео игара које је легално ставио у промет у Сједињеним Америчким Државама. Швајцарски Федерални Савезни суд је закључио да не постоји основ да се у ауторском праву примењује другачији режим исцрпљења права у односу на право жига, усвојен у случају *Chanel*⁶⁶. Одлучујућа чињеница је била та да је тужилац остварио економску накнаду приликом прве продаје.

Што се патената тиче, Савезни Врховни суд се пресудом из 1999. године у случају *Kodak SA v. Jumbo-Markt AG* (BGE 126 III 129) определио за национално исцрпљење патента. Међутим, Швајцарски Федерални Савет је 21. децембра 2007. предложио измену Закона о патентима којом би се у швајцарско патентно право увело регионално ЕЕА исцрпљење, с тим што би Закон о пољопривреди, којим је за патентирана средства за пољопривредну производњу и капитална добра предвиђено међународно исцрпљење, остао непромењен. Измене Закона о патентима у вези са исцрпљењем права ступиле су на снагу 29. маја 2009. године.⁶⁷

⁶² Maskus, K., *Parallel Imports*, The World Economy, Vol. 23, No. 9/2000, стр. 1273.

⁶³ *Japan Supreme Court, Case 2006 (Ju) No. 826*, пресуђено 8. новембра 2007. год., у овом раду наведено према: *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law...*, стр. 23.

⁶⁴ Abbot, F., *Second Report...*, стр. 5.

⁶⁵ *Imprafot AG v. Nintendo Co. et al.*, Swiss Federal Supreme Court, No. 4C.45/1998/zus, July 20, 1998.

⁶⁶ *Chanel SA, Geneva and Chanel SA, Glarus v. EPA SA*, BGE 122 II 469, Oct. 23, 1996.

⁶⁷ <https://www.ige.ch/en/legal-info/legal-areas/patents/parallel-imports.html> (приступљено марта 2016).

5.3. Аустралија и Нови Зеланд

У Аустралији је на снази међународно исцрпљење за жигове и патенте, с тим што у патентном праву међународно исцрпљење може бити ограничено уговорним путем. Крајем 1998. године у Аустралији је дозвољен паралелни увоз компакт дискова чиме је извршено усклађивање са раније (1991) прописаним географским опсегом исцрпљења ауторског права на књигама.⁶⁸ Исте године (1998), само маја месеца, влада Новог Зеланда определила се за принцип међународног исцрпљења у области ауторског права суочавајући се са претњом САД да буде уврштена у тзв. специјални 301 извештај.⁶⁹

5.4. Јордан и Оман

У Јордану је чл. 37 Закона о патентима из 1999. године предвиђен принцип контролисаног међународног исцрпљења. То значи да је првом продајом у иностранству патент исцрпљен под кумулативно прописаним условима: 1. да је увоз законит и 2. у складу са принципима тржишне конкуренције и 3. да је у потпуности узета у обзир економска вредност заштићеног проналаска (тач. А). У тачки Б. члана 37 Закона предвиђа се изузетак од правила међународног исцрпљења према којем роба израђена према проналаску који је правно заштићен у Јордану не може бити увежена од стране стицаоца лиценце ако уговор о лиценци садржи територијално ограничење у том смислу и ако је титулар права о овом територијалном ограничењу обавестио Управу царина и Регистар патената.

За разлику од Јордана, у Оману се примењује принцип контролисаног националног исцрпљења. Према чл. 11(4)а Закона о правима индустријске својине из 2008. године, овлашћења из патента не могу се вршити у односу на акте у вези са примерцима робе који су први пут били стављени у промет на тржишту Омана од стране титулара патента или с његовом сагласношћу с последицом исцрпљења патента. Међутим, чл. 11(5) Закона, Министар је овлашћен да, на захтев заинтересованог лица или по службеној дужности, огласи патент исцрпљеним и на тај начин омогући сваком да изврши увоз робе израђене према проналаску правно заштићеном у Оману 1. ако роба израђена према предметном проналаску није доступна на територији Омана, 2. или је доступна: а. али је претерано лошег квалитета или б. у количини која није довољна за

⁶⁸ Maskus, K., *Parallel Imports*, The World Economy, Vol. 23, No. 9/2000, стр. 1273.

⁶⁹ Исто, стр. 1274. То није једини вид притиска који на међународном нивоу врше Сједињене Државе. Други вид је закључивање билатералних споразума о слободној трговини (!?) којима се земља уговорница (нпр. Мароко - 2004, Сингапур - 2003, Аустралија - 2004) обавезује на ограничење паралелне трговине (Bonadio, E., *Parallel Imports in a Global Market: Should a Generalised International Exhaustion be the Next Step?* European Intellectual Property Review, Vol 33, No. 3/2011, стр. 10).

задовољење потреба домаћег тржишта или в. по ценама које Министар сматра екстрамонополским (*abusive*), 3. као и због било којег другог разлога јавног интереса, укључујући и заштиту конкуренције од нарушавања рестриктивном пословном праксом.⁷⁰

5.5. Остале земље

Аргентина, Бразил, Канада, Парагвај, Мексико, Сингапур, Венецуела и многе друге, нарочито земље у развоју, примењују правило међународног исцрпљења жига. Иако нису све наведене поименично, списак земаља у којима се примењује међународно исцрпљење за жигове, дужи је од списка земаља у којима се примењује међународно исцрпљење патената.⁷¹ Државе чланице Афричке организације за интелектуалну својину (*African Regional Intellectual Property Organization - ARIPO*) примењују правило регионалног исцрпљења патената.⁷²

У многим државама географски аспект исцрпљења права није изричито уређен. У таквим случајевима сматра се да се примењује принцип националног исцрпљења права и то на основу овлашћења титулара субјективног права интелектуалне својине да спречи увоз робе у коју је инкорпорисано правно заштићено добро интелектуалне својине.

6. Закључак

Упоредноправно гледано, државе се у материји исцрпљења субјективних права интелектуалне својине одлучују за различите правне режиме, тако да неке примењују међународно, друге регионално, треће национално исцрпљење права.

⁷⁰ У оквиру WIPO-а сматра се да је ово веома прикладно и једно од најфлексибилнијих нормативних решења за географски аспект исцрпљења субјективних права интелектуалне својине (*Interface between Exhaustion...*, стр. 24).

⁷¹ *AIPPI Summary Report on Question 156: International Exhaustion of Industrial Property Rights*, 38th Congress of Melbourne, March 23-30, 2001, стр. 2. Из документа се види да многе земље *common law* система преферирају међународно исцрпљење права. Што се конкретно патената тиче, WIPO-у је 76 земаља чланица пријавило да њихово патентно законодавство садржи одредбе о исцрпљењу права. Од тога се у 27 земаља примењује национално, у 19 земаља међународно, а у 22 земље регионално исцрпљење патената. У три земље се примењује у принципу национално исцрпљење патената уз прописане или у судској пракси установљене изузетке, док је обрнута ситуацију где се у принципу примењује међународно исцрпљење патената уз прописана или у судској пракси установљена ограничења пријавила једна земља чланица. Четири земље чланице нису могле да се изјасне који географски опсег исцрпљења права примењују (*Exceptions and limitations to patent rights: exhaustion of patent rights*, WIPO Standing Committee on the Law of Patents, SCP/21/7, Женева 2014, стр. 3).

⁷² Исто, стр. 6.

Модеран тренд у овој правној материји је напуштање тзв. "чистих" географскоправних режима исцрпљења, предвиђањем изузетака и ограничења. Такви географскоправни режими исцрпљења права називају се контролисаним међународним (ако је међународно исцрпљење права предвиђено као правило) или контролисаним националним исцрпљењем права (ако је национално исцрпљење права предвиђено као правило). Изузеци и ограничења се или прописују ради заштите јавног интереса или допуштају у виду могућности уговорног сужења географског опсега исцрпљења права. У овом последњем случају, мора се водити рачуна о томе да уговорно ограничење географског опсега исцрпљења права не буде противно антиitrustовском праву представљајући рестриктивни споразум о подели тржишта или злоупотребу доминантног тржишног положаја титулара субјективног права интелектуалне својине. Сматрамо да би Србија требала размотрити могућност напуштања "чистих" географскоправних модела исцрпљења права и одредити се за модернији приступ којим би се постигла већа равнотежа у заштити интереса свих тржишних учесника.

Сем разлике у географскоправном режиму исцрпљења права међу државама, у овој правној материји може се уочити појава различитог одређења географске димензије исцрпљења различитих субјективних права интелектуалне својине, а све то у оквиру исте државе. Тако се нпр. у Швајцарској у области жигова и ауторског права примењује међународно исцрпљење, а у области патената регионално исцрпљење права. Није то случај у свим државама. У неким државама се за сва права примењује јединствени географски опсег исцрпљења - као што је то нпр. случај у Европској унији у којој све државе чланице у односу на сва субјективна права интелектуалне својине примењују регионално исцрпљење. Међутим, у државама у којима се за различита права примењују различити географскоправни режими, по правилу се за патенте предвиђа уже, а за жигове и ауторска права шире географско исцрпљење.

Посебан случај су Сједињене Америчке Државе. У правним прописима САД-а географски опсег исцрпљења права интелектуалне својине није изричито прописан. Имајући у виду праксу судова (понекад врло неуједначену) и царинских органа у САД-у се у патентном праву примењује национално исцрпљење права, у ауторском међународно, док је у праву жига установљен хибридни географскоправни режим. С обзиром да су САД једна од водећих трговачких и технолошки најразвијенијих земаља света у којој су деценијама створени нови привредноправни институти и која остварује одлучујући утицај на формулисање нормативних решења у међународним изворима права, овакво стање у националном праву САД у материји географског опсега исцрпљења права може се само негативно одразити на регулисање овог питања на светском нивоу.

Кад се, након упоредног прегледа нормативних решења географског аспекта исцрпљења права уочи околики степен различитости како између држава, тако и између различитих права интелектуалне својине, логично је питање, да ли би се географскоправна димензија исцрпљења права требала јединствено, за све земље и за сва права, одредити на међународном нивоу. Наше је мишљење да би свака

земља требала да определи географски опсег права према сопственим економским интересима и према стању на домаћем тржишту оних фактора који су за одређивање географске димензије исцрпљења права одлучујући (величина тржишта, правно-економски положај потрошача, интензитет конкуренције, да ли је земља претежно увозник или извозник интелектуалне својине и др.). На први поглед је стање у упоредном праву баш такво. Међутим, због притисака у правцу сужења географског опсега исцрпљења права које Сједињене Државе врше на билатералном плану, слобода да држава самостално одређује географску димензију исцрпљења права фактички је ограничена. Без овог притиска много више земља би се уместо за национално одређивала за међународно исцрпљење права. Зато би се стварна аутономија државе да пропише географски опсег исцрпљења права, без сумње, могла обезбедити ако би у међународном праву интелектуалне својине била предвиђена обавеза примене међународног исцрпљења права. То је економски најприхватљивији модел којим се подстиче слободна трговина, онемогућава сегментација светског тржишта и тиме дискриминација ценама. Оваква правна регулација би свакако садржала: посебне заштитне одредбе за случај материјалних и физичких разлика увозне и "оригиналне" робе, као и прописивање могућности да земље које су највећи нето извозници интелектуалне својине својим националним правом предвиде национални или неки други географски опсег исцрпљења права ужи од међународног. Не би било сметње ни допустити да земље у оквиру царинске уније или зоне слободне трговине примењују регионално исцрпљење. Да би се, међутим, знало да ли је и под којим условима такво правно регулисање овог питања на светском нивоу могуће, потребно је анализирати географски аспект исцрпљења права интелектуалне својине у међународним изворима права и документима међународних организација.

*Siniša Varga, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

THE GEOGRAPHICAL SCOPE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS EXHAUSTION IN COMPARATIVE LAW

Summary

In the absence of unique international regulation, each country adopts its own legal regime of geographical scope of intellectual property rights exhaustion. The consequence is that geographical scope of IP rights exhaustion differently determined worldwide. Thus some countries opt for national, the others (EU and ARIPO member

states) for regional and third ones for international IP rights exhaustion. The modern tendency is departure from "pure" geographical models of IP rights exhaustion by prescribing either exceptions from national or limitations for international IP rights exhaustion. Those legal models are known as controlled national i.e. controlled international exhaustion.

Not only geographical scope of IP rights exhaustion is different between states, but between IP rights as well. If country applies different exhaustion rules for different IP rights, then patent exhaustion is usually narrower than geographical scope of exhaustion laid down for trademark rights and copyright.

Key words: intellectual property, exhaustion of right, comparative law.

Литература

- Abbot, F., First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation, Journal of International Economic Law, Vol. 1, No. 4/1998.
- Abbot, F., Parallel Importation: Economic and social welfare dimensions, prepared for the Swiss Agency for Development and Cooperation (SDC), International Institute for Sustainable Development (IISD), June 2007.
- Abbot, F., Second Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of the Exhaustion of Intellectual Property Rights and Parallel Importation, <http://ssrn.com/abstract=1921856> (приступљено јануара 2015. године).
- AIPPI Summary Report on Question 156: International Exhaustion of Industrial Property Rights, Q 156, 38th Congress of Melbourne, March 23-30, 2001.
- Bentley, L. & Sherman, B., Intellectual Property Law, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2004.
- Bonadio, E., Parallel Imports in a Global Market: Should a Generalised International Exhaustion be the Next Step? European Intellectual Property Review, Vol 33, No. 3/2011.
- Gud, V., Rečnik termina međunarodne trgovinske politike, Београд 2005.
- Exceptions and limitations to patent rights: exhaustion of patent rights, WIPO Standing Committee on the Law of Patents, SCP/21/7, Женева 2014.
- Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law, WIPO, CDIP/4/4 REV./STUDY/INF/2, Geneva 2011.
- Kenny, P. & McNutt, P., Competition, Parallel Imports & Trademark Exhaustion: Two wrongs from a Trademark Right, Ireland Competition Authority Discussion Paper No 8, December 1999.
- Mandra, R., KMart Corp. v. Cartier, Inc.: Is Continued Gray Market Importation a Result of Gray Statutory Language or Judicial Legislation?, Pace Law Review No. 1/1990.
- Марковић, С. и Поповић, Д., Право интелектуалне својине, Београд 2013.
- Maskus, K., Parallel Imports, The World Economy, Vol. 23, No. 9/2000.

- Миладиновић, З., Право интелектуалне својине, Источно Сарајево 2012.
- Opinion of advocate general Jacobs in ECJ case C-355/96, delivered on 29th January 1998.
- Position Paper on Parallel Imports, International Trademark Association, New York 2007.
- Resource Book, UNCTAD, P1:GDZ, Chap05, CY564-Unctad-v1, November 2004.
- Sastre, I., Litigating the Gray Market: an Intellectual Property Approach to Curtailing Parallel Imports, University of Puerto Rico Business Law Journal, No. 1/2010.
- Shen, C., Intellectual Property Rights and International Free Trade: New Jurisprudence of International Doctrine under the Traditional Legal System, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 7, No 3/2012.
- Спасојевић, С., Паралелна трговина и препакивање лекова у смислу права жига, Право и привреда бр. 7-9/2012.
- Trade, Competition and Intellectual Property Rights, OECD, COM/DAFFE/CLP/TD(2000)100, Paris 2000.
- Smith, R., The Unresolved Tension between Trademark Protection and Free Movement of Goods in the European Community, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 3/1992.
- Trademark Owner's Guide to Parallel Imports in the United States, working with U.S. Customs and Border Protection to prevent importation of gray market goods, International Trademark Association, New York 2012.
- Cornish, W. & Llewelyn, D., Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Sweet&Maxwell London 2003.
- Clugston, C., International Exhaustion, Parallel Imports, and the Conflict between the Patent and Copyright Laws of United States, Beijing Law Review, Vol. 4, No 3/2013.
- Whymark, J., Policing parallel imports around the world,
<http://www.worldtrademarkreview.com/Intelligence/Anti-Counterfeiting/2014/Industry-insight/Policing-parallel-imports-around-the-world> (приступљено јануара 2015. године).

*Др Милан Палевић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 005.96

ОСНОВИ КОНЦЕПТА МЕНАџМЕНТА ЉУДСКИХ РЕСУРСА *

Резиме

Савремене тенденције, које се, између осталог, огледају у појави нових софистицираних услуга, сегментацији тржишта, глобализацији, вертикалној, хоризонталној и дијагоналној интеграцији, економским интеграцијама и многим другим важним догађајима, допринеле су сложености управљања компанијама. Да би могла да се такмичи на тржишту производа и услуга, компанија мора да има бар једну конкурентску предност више од осталих. Данас, већина компанија има приступ истим технологијама, тако да она, сама по себи, више није довољна да издвоји једну компанију од осталих. Систем менаџмента и запослени, тј. људски ресурс, фактор су који у великој мери може да направи разлику. Менаџмент људских ресурса односи се на праксе и политике које су потребне да би се извршили менаџерски задаци у вези са персоналним питањима, а нарочито са запошљавањем, обуком, проценом и награђивањем запослених у компанији и обезбеђивањем безбедног, етички прихватљивог и праведног окружења за њих.

У раду се третирају циљеви и важније функције концепта менаџмента људских ресурса као и питање управљања људским ресурсима.

Кључне речи: *менаџмент, људски ресурси, компанија, тржиште.*

1. Увод

„Менаџмент су активности које обухватају обављење одређене функције како би се извршило ефикасно прибављање алокација и коришћење људских напора и физичких ресурса ради остваривања одређених циљева.¹“ Он укључује процес планирања, организовања, вођења и контроле напора свих чланова организације и коришћење свих организационих ресурса како би се остварили постављени организациони циљеви.

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу XXI век – век услуга и Услужног права, бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Drucker, P., *The Practice of Management*, Pan Books LTD, London, 1980, p. 14.

Под појмом „људски ресурси“ подразумевају се укупни људски потенцијали у конкретној савременој организацији, укључујући:

- расположива знања и искуства;
- употребљиве способности и вештине;
- могуће идеје и креативна остварења;
- степен мотивисаности и заинтересованости за остваривање организационих циљева.

Када се говори о квалитету запосленог особља мисли се првенствено на оне појединце који су спремни да стичу и у пракси примењују знање и да учење доживљавају као процес који непрестано траје, односно као саставну компоненту живота и рада. Тако схваћени људски ресурси имају доминантно место у пословној политици сваке компаније која жели добре резултате и пословну репутацију, јер су они кључ стварања нових економских вредности на тржишту.

Да би се искористила знања појединаца потребан је квалификован и професионалан менаџмент и ефикасна организација која ће из сваког појединца извући максимум знања и способности и водити их ка одређеном циљу. Људски потенцијал стога представља критичан и комплексан задатак менаџерских структура предузећа, у смислу правог одабира, обуке и усавршавања људи. Захтеве за знањем у савременим условима диктира тржиште, које даје кључне импулсе у ком правцу треба усмеравати активности организације и у сегменту знања. Формалне квалификације, стечене кроз редовно школовање у предходном периоду, постају неадекватне и све се мање узимају у обзир приликом ангажовања нових кадрова. Предност добијају кадрови који располажу новим знањем, како општим, тако и специјализованим. Зато је кључна улога менаџмента да обезбеди праве кадрове који ће допринети задовољавању потреба, жеља и очекивања корисника и потрошача роба и услуга.

2. Појам, настанак и развој менаџмента људских ресурса

Менаџмент људских ресурса, може се дефинисати као стратегијски и кохерентни приступ менаџменту највредније имовине у организацији, људима, који радећи у њој, индивидуално или колективно, доприносе постизању њених циљева.²

Појам „менаџмент људских ресурса“ почиње да се употребљава осамдесетих година XX века, а највише под утицајем америчке литературе и енглеског језика. Сама концепција менаџмента људским ресурсима настала је као одговор на промене које су настале у сфери економије (тржишни концепт привређивања) организације (нове организационе форме, глобализација) и менаџмента (промене у структури, садржају и методама рада). Значајан допринос њеном настајању дале су науке попут: теорије организације, социологија,

² Armstrong, M., *A Handbook of Human Resource Management Practice*, London, 2006. p. 8.

психологија, комуникологија, информатика, и то првенствено кроз практичну примену њихових сазнања, у циљу промене праксе, уз истовремено одвијање процеса настајања нових научних сазнања на основу проучавања и побољшања праксе из области организовања менаџмента.

Појам менаџмента људских ресурса има више значења:

- научна дисциплина;
- менаџерска функција;
- посебна функција у предузећу;
- специфична филозофија менаџмента.

Менаџмент људским ресурсима представља саставни, и уједно најосетљивији део укупног менаџмента савременог предузећа. То је потпуно нова димензија односа према запосленима и начину управљања њиховим радом и развојем. Људи, као ресурс, стављају се испред осталих ресурса предузећа. Пре тога, термин који је био прихваћен и коришћен је “персонални менаџмент” и односио се углавном на административну функцију, која је, у већини предузећа, изведена од стране кадровског одељења. Послови који су проистицали из обављања персоналне функције имали су исти третман као и послови који су се обављали у производњи, финансијама, маркетингу, продаји и слично - третирали су као фактори трошкова. По традицији, наиме, запослени у предузећу посматрани су као трошак који треба контролисати. Та административна улога је и данас задржана, али само као део читавог концепта модерне функције и система управљања људским ресурсима.

Савремено окружење углавном прожимају велике развојне промене, од којих се много одражавају на организациону стварност, па и на развој менаџмента људских ресурса. Све те битне промене могу се систематизовати у пет сетова:

1. *Убрзан научно-технолошки развој.* - Процењује се да се целокупно људско знање удвостручава сваке три године, и да у области техничко-технолошког развоја сваке три-четри године долази до унапређења, за која су, с обзиром на њихов карактер и значај, раније били потребни векови, што се неминовно одражава на свест људи, начин пословања и управљања људским ресурсима.

2. *Заоштравање тржишне конкуренције.* - Повећава се број компанија чија понуда постаје конкурентна по квалитету и цени, што намеће обавезу готово свакодневног преиспитивања начина управљања људским ресурсима, начина пословања, квалитета производа и услуга, продуктивности рада, мотивације за рад и слично.

3. *Повећани захтеви потрошача.* - Потрошачи су директан партнер привредним субјектима. Они су „крвоток сваког предузећа, јер им без њих нема опстанка и развоја“.³ Да би овај однос функционисао на обострано задовољство,

²Zikmund, W., D’Amico, M., *Marketing*, Minneapolis, St.Paul, 1996, p. 104.

неопходно је да све димензије понашања потрошача буду константно у епицентру менаџмента људских ресурса.

4. *Промене начина живота.* - Пораст стандарда, побољшање квалитета живота, више слободног времена, технологије саобраћаја, флексибилнији облици запошљавања, само су неке од претпоставки, односно потврда, промењеног начина живота и рада, што се мора одразити на управљање људским ресурсима.

5. *Потреба сталног преиспитивања, мењања и прилагођавања организације.* - Убрзане промене у окружењу, убрзан научно-технолошки развој, повећан ниво образовања, повећана конкуренција, већи захтеви потрошача, брз темпо живота, промене на тржишту рада и други одговарајући процеси, намећу потребу за сталним преиспитивањем, мењањем и прилагођавањем организације, њене структуре, пословања и стратегије, као и потребу за сталним прилагођавањем начина управљања људским ресурсима.

3. Задаци менаџмента људских ресурса

У суштини, постоје две основне улоге менаџмента људских ресурса: стратешка и оперативна.

1. *Стратешка улога* – ставља нагласак на вредности људских ресурса који захтевају значајно улагање и који су претпоставка конкурентске снаге уколико се њима ефикасно и ефективно управља. У том смислу захтева се рад и напор свих менаџера, а не само менаџера за људске ресурсе. Треба их посматрати у истом контексту као остале ресурсе. Такође, неопходан је стратешки фокус на људске ресурсе у смислу обезбеђења њиховог дугорочног планирања.

2. *Оперативна улога* – огледа се у њеним основним активностима, а то су анализа посла, планирање, регрутовање, селекција, социјализација, тренинг, оцењивање перформанси, награђивање и мотивисање запослених, и низ других активности везаних за дневно управљање запосленима у предузећу.

Ове две улоге су међусобно повезане и зависне. Наиме, оперативно деловање функције менаџмента људских ресурса одвија се у реалним условима, под утицајем динамичких фактора, који захтевају ефикасне одговоре у свакодневној пракси. Оперативни менаџмент практично обезбеђује ефикасно деловање у процесу остварења циљева у конкретним условима. Са друге стране, стратегија и стратегијски план теже успостављању равнотеже између стабилности и стратегијске прилагодљивости. Уколико се у процесу стратегијског менаџмента успостави одговарајућа равнотежа, оперативна улога менаџмента људских ресурса може да буде веома изражена и важна. Из овога се може закључити да је оперативна улога менаџмента људских ресурса неопходна у савременом менаџменту људских ресурса, мада је неки искључиво повезују са кадровском функцијом. Битно је нагласити да је менаџмент људских ресурса отпочео своју мисију као оперативна функција, али да његова стратешка улога континуирано расте. Међутим, уместо да обављају обе улоге, менаџери људских ресурса често обављају само оперативну улогу.

4. Циљеви управљања људским ресурсима

Управљање људским ресурсима има низ општих, посебних и појединачних циљева, при чему је важно усагласити и координисати, индивидуалне, организационе и друштвене циљеве.

Општи циљ управљања људским ресурсима огледа се у остварењу успеха организације путем коришћења људских потенцијала. Менаџмент људских ресурса је успешан ако је остварен основни циљ, који подразумева повећање продуктивности рада у складу са стратегијом предузећа, на етички и друштвено одговоран начин. Да би се овај, основни циљ, остварио, неопходно је остварити следеће парцијалне циљеве:

1. *Организациони циљ* – повећање ефикасности запослених; На радном месту циљеви се најчешће везују за индивидуалне перформансе или резултате запослених, пожељан ниво продуктивности и квалитета, задовољство запослених и подстицање дугорочне лојалности организацији.⁴ На организационом нивоу циљеви менаџмента људских ресурса се најчешће везују за повећање просечне продуктивности, унапређење квалитета радних услова у организацији, опстанку на тржишту кроз стварање конкурентске предности и флексибилности организације, и профитабилност пословања.⁵

2. *Функционални циљ* – допринос функције менаџмента људских ресурса и величина персоналног одељења мора бити у складу с потребама организације и усвојене стратегије;

3. *Друштвени циљ* – успостављење друштвених система вредности и етичких норми (полна недискриминација, безбедност и заштита на раду, еколошки стандарди, радно право...);

4. *Лични циљ* – помоћ запосленима да остваре жељени статус, углед, развој каријере, осећај припадности, напредовање, економска стабилност итд.

Процес управљања људским ресурсом је веома одговоран, динамичан и вишедимензионалан. На менаџменту људских ресурса је да неутралише негативне особине запослених а оне позитивне да препозна, активира и усмери на прави начин, дакле, извући најбоље из људи који су на располагању. Њихов циљ је синергија. С аспекта остваривања синергије и повећања ефикасности, менаџери људских ресурса треба да постигну четири групе циљева, а то су:

А. Циљеви који се односе на запослене; - Основни циљ менаџера је да организацији обезбеди квалитетне људе који ће ефикасно и ефективно обављати послове. Да би се тај циљ успешно остварио, потребно је утврдити: организациону структуру, врсте уговора ангажовања запослених, квалитетан избор компетентних људи и њихово задржавање у организацији.

Б. Циљеви који се односе на рад; - Када организација обезбеди квалитетне људе, главни циљ менаџера је да својим активностима мотивишу запослене да

⁴ Мартиновић, М., Танасковић, З., *Менаџмент људских ресурса*, Ужице, 2014. стр. 5.

⁵ Ближе видети: Богичевић, Б., *Менаџмент људских ресурса*, Београд, 2014.

буду предани послу и максимално ангажовани. Посебно је наглашена улога обуке и развоја, мотивисања запослених системом награђивања, дисциплиновање запослених, како би се остварили високи стандарди у раду.

В. Циљеви који се односе на менаџмент промена; - Промене се дешавају у екстерном и интерном окружењу организације. Унутрашње промене и иновације организација изазива да би остварила и одржала своју конкурентну предност на тржишту. Те промене се везују за реорганизовање активности и процеса у пословању, за проналажење и ангажовање нових радника, као и потребе за културолошким променама. За остваривање овог циља одељење за менаџмент људских ресурса мора да ангажује праве лидере, иноваторе, креативне људе који покрећу промене око себе.

Г. Административни циљеви; - Административни послови су врло важни и подразумевају послове прецизног прикупљања и ажурирања података о запосленима (њиховим способностима, знањима, вештинама, циљевима у каријери) и правне послове који се односе на усклађивање са законском регулативом.

Такође, менаџмент људских ресурса подразумева и остварење следећих циљева:

1. Прибављање и развој потребних људских ресурса; - На основу ове активности организација има могућност да набави и одржава вешту, посвећену и добро мотивисану радну снагу. То значи преузимање одређених корака како би се процениле и задовољиле будуће потребе за људима и како би се учврстили и развили унутрашњи капацитети људи - њихови доприноси, потенцијали и могућности даљег напредовања, обезбеђивањем учења и континуираног развоја. То често подразумева: развој радних система високих перформанси, како би се повећала флексибилност; укључивање ригорозних процедура за регрутовање и селекцију запослених; компензационе системе, чији је циљ подстицање запослених (у зависности од датих перформанси); и активности управљања развојем и обуком, усклађених с потребама пословања.

2. Вредновање запослених у односу на исказане резултате; - Преко увођења политике и процеса који обезбеђују вредновање и награђивање људи за посао који обављају, и циљеве које остварују (а у складу с нивоима вештина и компетентности које покажу) повећавају се мотивација и обавезивање на остваривање постављених циљева.

3. Постављање добрих односа у организацији; - Неопходно је стварати климу и услове где продуктивни и усклађени односи могу бити одржавани у виду партнерства између менаџера и запослених, и где је у експанзији тимски рад. Осим тога, неопходно је прихватање менаџерске праксе која учава да су запослени кључни *стејкхолдери* у организацији, као и развој добре пословне климе сарадње и узајамног поверења.

5. Управљање и активности управљања људским ресурсима

Системи за управљање људским ресурсима могу бити извори организационих способности који омогућавају организацијама да уче и створе капитал на основама нових могућности. Свака организација је успешна онолико колико поседује квалитетних људских ресурса. Постизање максимума запослених, њихова мотивација и успешност у раду од пресудног су значаја. С тога, свака организација, ма колико она била велика, или мала, нужно мора да формира одељење за људске ресурсе. Начин на који се управља људским могућностима постаје пресудан фактор конкурентске способности савременог предузећа, услов његовог опстанка и развоја. Данас је конкуренција огромна и намеће потребу за што квалификованијим ресурсима, тако да је неопходно да се експерти за људске ресурсе образују и специјализују у бројним научним дисциплинама.

Немогуће је једном дефиницијом обухватити цео појам управљањ људским ресурсима, али можемо истаћи да би се под тим подразумевала брига о људима унутар организације. То се односи на проналажење правих и искусних људи за организацију, чиме би се утицало на обучавање и развој запослених и подстицање путем мотивације, да би се успео задржати такав кадар. Управљање људским ресурсима састоји се од функције стафинга, развоја, мотивације и задржавања запослених. Домени деловања управљања људским ресурсима су: побољшање радних услова, задовољства запослених, унапређење стручне оспособљености запослених и прихватања промена.

Компаније морају да подстичу на образовање и стално усавршавање својих запослених, и да их додатно стимулишу. Задовољство запослених утицаће на њихов успех и на лојалност организацији. Основна сврха управљања људских ресурса, управо и јесте побољшање рада запослених, на сваки могући начин. Да би се у томе успело, осим доброг познавања бројних чинилаца из окружења и одговарајућег уређења организационе структуре, нарочито је значајно добро познавање људске природе, како би се што веродостојније и потпуније одсликале потребе, навике, интереси, очекивања, вредносни ставови и убеђења појединаца, група и тимова.

У основне активности менаџмента људских ресурса, иманентне готово свим организацијама, убрајају се: 1. дизајнирање делокруга рада; 2. организациони развој; 3. планирање кадрова; 4. односи са синдикатом; 5. регрутација и селекција; 6. систем плаћања; 7. информационе активности; 8. помоћ запосленима; 9. награђивање; 10. обука и развој; 11. откривање руководних потенцијала, 12. отпуштање запослених и др.

Свака од наведених активности има у формирању политике људских ресурса једнаку важност, али и своје посебно место, улогу и значај.

6. Значај менаџмента људских ресурса

Савремено пословање на тржишту не може се замислити без одговарајућих производних ресурса. Људи, са свим својим способностима, представљају један од кључних, ако не и најбитнији од свих тих ресурса. Без људи и њиховог рада, нема основне претпоставке за постојање предузећа уопште, а тиме ни његовог развоја. Људски ресурси располажу знањем, имају иноваторске квалитете, интелектуалне, биолошке и физиолошке потенцијале, неопходне предузећу у одржавању конкурентске предности на тржишту. Људски ресурси су у много чему специфични, као што је и само људско понашање сложено и непредвидиво. Умни и физички потенцијали, способност за тимски рад, осмишљавање идеја, променљивост, превазилажење проблема, самообнова и сопствени развој, само су неке од карактеристика које управљање овим ресурсима сврставају у далеко сложеније и компликованије него управљање техничким, финансијским и другим ресурсима у предузећу. Због тога се и читав концепт третирања запослених у предузећу као људског ресурса, развио у оквиру менаџмента, и то у оној фази његовог развоја када је надлежност за обављање значајног дела активности, везаних за запослене, пренета са кадровског менаџера на остале менаџере у предузећу.

Како људски ресурси одређују успех сваког предузећа, то је и основни задатак менаџмента људских ресурса да брине о њима. Та брига се састоји у налажењу и запошљавању компетентних људи, у обучавању и развоју, и њиховом високом залагању путем средстава мотивације, и на крају, у предузимању мера за задржавање продуктивних запослених.

Значај менаџмента људских ресурса није једноставно одредити. Наиме, његова улога у предузећу, а тиме и његов значај, временом су се мењали под утицајем интерних чинилаца предузећа и његовог окружења. Током спровођења достигнућа научно-технолошке и комуникационе револуције, значај менаџмента људских ресурса за пословање предузећа и његов развој, а посебно за остваривање конкурентске предности, вишеструко је повећан. Истраживања су утврдила да је у 87% компанија, организационим развојем и променама управљало, управо одељење за менаџмент људских ресурса.⁶ Велике и свеобухватне промене у друштву довеле су људске ресурсе у само средиште важности укупних чиниоца пословања и развоја услужно-производних предузећа. Промене су довеле и до потребе за променама у менаџменту људских ресурса и његовом прилагођавању новим, турбулентним условима привређивања. Те промене су тако дубоке и далекосежне да не постоје још сви одговори и једноставна објашњења која се тичу природе рада и улоге људских ресурса у 21. веку.

⁶ Shuler, R., Walker, J., *Human Resources Strategy: Focusing on Issues and Actions*, Organizational Dynamics, pp 5 – 19.

Значај менаџмента људских ресурса, као нове концепције и праксе на почетку 21. века, огледа се и у његовој интердисциплинарности. Наиме, он је данас постао посебна научна дисциплина и део је нове пословне филозофије, те је код средњих и великих пословних система издвојен у посебну организациону јединицу, односно управљачку функцију. Интердисциплинарна знања менаџера људских ресурса помажу код избора стратешких планова, као и идентификације и анализе спољних повољних прилика и претњи из окружења које би могле бити од кључне важности за успех предузећа.

7. Закључак

У савременој организацији „људски капитал“ представља укупну квантитативну и квалитативну вредност свих њених људских ресурса. Људски ресурси обухватају целокупно искуство, вештине, процене, способности, знање, контакте, преузете ризике и мудрости појединаца, повезаних са једном организацијом. Квалитет људских ресурса директно утиче на ефикасност предузећа, а тиме и на конкурентску предност. Они су ти који креирају и производе робу и услуге, контролишу квалитет, пласирају производе, управљају финансијским средствима, утврђују општу стратегију и циљеве предузећа. Без ефективних људи, предузеће не може да оствари своје стратешке циљеве.

Избор одговарајуће структуре запослених представља једну од најважнијих одлука. Структура која не одговара ситуацији у којој се организација налази, може успорити или закончити способности управљачког система. Зато је задатак менаџмента да изабере ону организациону структуру која ће бити оптимална. Организациона структура мора бити обликована складно способностима и мотивацијама запослених, а добрим организовањем ефикасно ће се повезати људи и задаци и координисати индивидуалне и групне активности у постизању циљева. Организациона структура мора бити конзистентна с организационом стратегијом. Док стратегија дефинише шта ће се, и у којем временском периоду учинити, организациона структура одређује ко ће и како зацртане стратешке циљеве спровести у дело. Организациона структура компаније је променљива ствар која се прилагођава кориснику (потрошачу) његовим потребама и свим неопходним процесима који би требали да доведу до тога.

Менаџерисање људским ресурсима је један од најбитнијих процеса који треба да доведу до задовољног корисника и успешне компаније. Управљање људским ресурсима је сложен менаџерски посао који обухвата читав сет активности са циљем да се повећа њихова ефикасност, имајући у виду циљеве организације. Ове активности морају бити у складу са стратегијом организације и треба да допринесу њеном пословном успеху.

*Milan Palević, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

BASIC PRINCIPLES OF HUMAN RESOURCE MANAGEMENT CONCEPT

Summary

Modern trends, which, among other things, are reflected through the appearance of new sophisticated services, market segmentation, globalization, vertical, horizontal and diagonal integration, economic integration and many other important occurrences, have greatly contributed to the complex business of company management. In order to be competitive on products and services market, a company must have at least one competitive advantage which differs it from the others. Today, majority of companies have the same access to available technologies, and they, therefore, are not enough resource to make a competitive difference between companies. The system of management and human resources is the factor for achieving this difference. Human resource management is related to policies and practices necessary for performing managerial tasks related to personnel issues – employment, training, performance assessment and awarding of the employees, as well as providing safe, ethical, fair and acceptable working environment. In this paper, the author discusses major goals and functions of human resources management concept designed to maximize employees performance towards achieving company's competitive advantage.

Key words: *management, human resources, company, market.*

Литература

- Armstrong, M., *A Handbook of Human Resource Management Practice*, London, 2006.
Богичевић, Б., *Менаџмент људских ресурса*, Београд, 2014.
Drucker, P., *The Practice of Management*, Pan Books LTD, London, 1980.
Zikmund, W., M. D'Amico, , *Marketing*, Minneapolis, St.Paul, 1996.
Kotler, P., *Marketing Management*, New Jersey, 2003.
Маричић, Б., *Понашање потрошача*, Београд, 2011.
Мартиновић, М., Танасковић, З., *Менаџмент људских ресурса*, Ужице, 2014.
Палевић, М., *Модели понашања потрошача*, Крагујевац, 2013.
Ракић, Б., *Маркетинг*, Београд, 2005.
Shuler, R., Walker, J., *Human Resources Strategy: Focusing on Issues and Actions*, Organizational Dynamics.

*Зоран Павловић, ванредни професор
Правног факултета за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду,*

УДК: 343.7:338

КРИВИЧНОПРАВНО РЕАГОВАЊЕ НА НЕДОЗВОЉЕНЕ ФОНДОВЕ У ПРИВРЕДИ

Резиме

Стварање или држање недозвољених новчаних, робних или других вредносних фондова у земљи или иностранству, и уз присутну инкриминацију ових забрањених радњи у казненом законодавству није још увек, уважавајући све специфичности правног система земље, довело и до одговарајуће кривичноправне реакције у нашој тужилачкој и судској пракси. Економска транзиција, политичке изградње и процеси евроинтеграција који карактеришу почетак XXI века у Србији доносе и нове инкриминације и другачија виђења традиционалних вредности но државна реакција на таква забрањена понашања није ни мало једноставна. Заштита имовине, привреде, финансијске стабилности, али и правне сигурности и јавног поретка, само су неке од вредности које се штите кривичним делима која се односе на привредно пословање, било то у кривичном или у посебном закону. Прецизирањем заштитног објекта и места у закону, уз избегавање инкриминација које се међусобно преклапају могло би довести и до могућности за боље резултате.

***Кључне речи:** правна сигурност, заштитни објекат, место у казненом праву.*

1. Уводна разматрања

Привредни криминал угрожава кредибилитет и сигурност економских активности и функционисање финансијско-правног поретка у његовој укупности, проузрокујући штету и последице на различитим друштвено-економским нивоима.¹ Привредни криминал је тамна страна културног и технолошког развоја човечанства и повезивања у свету. Обим привредног

¹ Augsburger-Bucheli, I. Институт за борбу против привредног криминала, Предузете мере за борбу против привредног криминала и организованог криминала у Швајцарској, Зборник Радова Института *ILCE*, 2005. наводи као пример кривична дела прања новца, повреде права осигурања, правила о конкуренцији, берзи, лажно банкротство, фискалне преваре, преваре у осигурању, царини и др.

криминалитета је одраз нестабилности поједине државе или заједнице и афирмације њиховог правног система. Подједнако је потребно да држава као целина, судије, тужиоци, полиција и други, дају привредном криминалу одговарајућу тежину, као и да се издвоје довољна средства да се одговорни казне. Овај задатак није ни мало лак, јер појмови као што су привреда, привредни односи и слично представљају одређену врсту генерализације у кривичном праву која нас упућује на повећани опрез у примени закона.

Одређење места кривичног дела које санкционише стварање или држање тзв. „црних фондова“ односно недозвољених новчаних, робних или других вредносних фондова у земљи или у иностранству у законодавству Србије, односно у казненем законодавству Србије, је тема која сасвим сигурно није довршена ни после више од 10 година од када се започело са применом Кривичног законика (КЗ).² У Србији је кривично дело стварања или држања недозвољених фондова увршћено у главу XXII Кривичног законика - кривична дела против привреде³, што *per se* не значи да чува искључиво привреду. Употреба израза привредни за ову врсту кривичног дела може да нас заведе, па да занемаримо колике су његове последице у свим (другим) облицима живота и рада.

У страним законодавствима, кривична дела која се односе на стварање или држање недозвољених фондова се налазе у различитим главама кривичног материјалног законодавства, од имовине (на пример Краљевина Белгија), привреде (Република Италија, Краљевина Шпанија) до правосуђа (нпр Швајцарска, Колумбија). Препорука Савета Европе 12/81 као општа смерница, у привредни криминал, без обзира на његово место у кривичном законодавству укључује и појаву удруживања и стварања картела, избегавања прописа везаних

² „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014. Кривични законик је ступио на правну снагу септембра 2005. године, а отпочео са применом 1. јануара 2006. године.

³ У складу са Препоруком Комитета министара земаља чланица СЕ Но. Р (81) 12 из 1981. наш законодавац у ову главу Кривичног законика сврстао је кривична дела фалсификовање новца (чл. 223), фалсификовање хартија од вредности (чл. 224), фалсификовање и злоупотреба платних картица (чл. 225), фалсификовање знакова за вредност (чл. 226), прављење, набављање и давање другом средстава за фалсификовање (чл. 227), издавање чека и коришћење платних картица без покрића (чл. 228), пореска утаја (чл. 229), неплаћивање пореза по одбитку (чл. 229а), кријумчарење (чл. 230), прање новца (чл. 231), злоупотреба монополистичког положаја (чл. 232), неовлашћена употреба туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга (чл. 233), злоупотреба положаја одговорног лица (чл. 234), злоупотреба у вези са јавном набавком (чл. 234а), проузроковање стечаја (чл. 235), проузроковање лажног стечаја (чл. 236), оштећење повериоца (чл. 237), злоупотреба овлашћења у привреди (чл. 238), нарушавање пословног угледа и кредитне способности (чл. 239), одавање пословне тајне (чл. 240), онемогућавање вршења контроле (чл. 241), недозвољена производња (чл. 242), недозвољена трговина (чл. 243), обмањивање купаца (чл. 244), фалсификовање знакова, односно државних живгова за за обележавање робе, мерила и предмета од драгоценог метала (чл. 245).

за опорезивање и новчане трансакције, фиктивне (фантомске) фирме, стварање недозвољених фондова и сл. Према препоруци Савета Европе⁴ и њеном концептуалном оквиру, привредни криминал утиче на велики број лица, друштво и државу у целини, штети функционисању националне или међународне привреде⁵ и изазива губитак вере и поверења у економски систем, стављајући криминал као центар активности у функцији стицања добити као такве.

Развој професионалне етике и устаљен начин надзора односно контроле, као и непознавање стварног утицаја на привреду који поједино кривично дело у оквиру привредног (економског) криминалитета несумњиво има, доприноси мањкавом и спором одлучивању у појединим предметима пред судовима. Феномен да у судовима успешно обрађују много више лакших и класичних кривичних дела, него кривичних дела која угрожавају привреду, је присутан у многим државама у свету, нпр. и у Холандији, Немачкој или Италији. Овде можемо поменути и Србију, без изузетака у било ком делу земље, где је у судовима највећи број нерешених предмета управо из главе XXII Кривичног законика - против привреде.

Кривично дело стварања недозвољених фондова је у посебном делу Кривичног законика разврстано у групу кривичних дела против привреде, што значи да законодавац привреду Републике Србије сматра за посебан објекат кривичноправне заштите. Кривични законик не опредељује појам привреда или привредни систем, али опредељује појам субјекта привредног пословања.⁶ Недозвољене делатности, иако се формално обављају на исти начин као и дозвољене, не улазе у привредно пословање. Код кривичноправне заштите привреде, у први план треба ставити слободу и равноправност привређивања, а не заштиту привредних односа самих по себи. Кривичним законодавством пружа се додатна заштита обезбеђивању једнаких услова привређивања за све субјекте, односно слободан простор у коме ће деловати економски и тржишни механизми који за све чланове друштва треба да имају позитивне ефекте.⁷

Пример који може да покаже колико је тешко одредити то место у посебном делу кривичног законодавства су поступци који се воде пред Посебним одељењем за организовани криминал Вишег суда у Београду, као што су они

⁴ Цитат из извештаја *CE Извештај о ситуацији везаној за организовани криминал за 2005.*

⁵ Према *Economic Crime Survey* из 2003, која разматра 89 са листе од 1000 предузећа, и за две године њих 24% били су оштећених од привредног криминала: 15% прањем новца, 60% од превара, 20% цуберкриминала, 18% корупције. В. http://pwcglobal.com/gx/eng/cfr/gecs/PwC_GECS03_switz_eng.pdf

⁶ У глави XII Кривичног законика, чл. 112. Значење израза: тач. 21, субјектом привредног пословања сматра се предузеће, друго правно лице које обавља привредну делатност и предузетник (који је новоуведена категорија у односу на ситуацију пре ступања на снагу Кривичног законика 2006). Правно лице које поред своје основне делатности обавља и привредну делатност сматра се субјектом привредног пословања само када крши ту делатност.

⁷ Преузето из Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2012, стр. 536.

против ДШ и других, где је прва у низу оптужница из Главе XXII КЗ – Кривична дела против привреде подигнута још пре 5 година. Правноснажне пресуде по њима у редовном току суђења углавном су изостале, сем одлука заснованих на споразуму тужиоца и неких од окривљених, што не говори толико о неефикасности нашег правосудног система, колико о изузетној сложености наведене проблематике. Проблеми везани за доказивање извршених кривичних дела углавном се не појављују код кривичних дела тзв. општег криминалитета, већ управо код кривичних дела против привреде. Но разлог за то не треба тражити само у кривичнопроцесним решењима која више или мање имају исте стандарде дужи низ година, већ и у специфичностима инкриминација, њиховој недогољној прецизности, али и у организацији извршења ових кривичних дела од стране оптужених.

Неовлашћеним стављањем у промет опојне дроге кокаина организована криминална група (ОКГ) коју је водио ДШ дошла је до преко 20 милиона ЕУР готовог новца за који је себи поставила питање његовог фразулозног уласка у легалне токове. У проналажењу одговора на тај задатак ОКГ је ангажовала високообразоване професионалце, са вишегодишњим искуством на пословима економске и правне струке. Тај новац није се потрошио ни куповином већег броја кућа, станова или луксузних моторних возила. Економски стручњаци (међу њима била су и два PhD) имали су улогу у циљу проналажења пута који би омогућио убацивање прљавог новца у привредни систем Србије, али и неких других држава. Стручњаци из области права имали су задатак да економским трансакцијама дају правни оквир и тако са успехом доврше улаз прљавог новца и његову конверзију у привреду.

Оснивањем већег броја *off shore* компанија и других предузећа једним делом новца стварани су или држани недозвољени углавном новчани „црни фондови“ из којих су се средства улагала директно у платни промет РС, а други део у закуп пољопривредног земљишта, имовину привредних друштава и у финансирање њиховог пословања, те у куповину, преузимања у процесу приватизације и финансирање куповина већег броја разних других непокретности, прикривајући његово порекло на тај начин. Након куповине и/или закупа чланови ОКГ наставили су да прљавим новцем финансирају делатност компанија које су стекли и тако новац и даље стављају у промет. Менаџери две банке су у више наврата искоришћавањем свог службеног овлашћења користили новац ОКГ тако што су вршили његову конверзију и пренос. *Off shore* компаније су коришћене да би се новац пребацивао са једног рачуна на други, како би се тај новац на крају показивао као легалан. Правни основ био је закључивање фиктивних уговора по којима је новац преношен без фактичких реализација послова, углавном услуга, које су означаване као *sausa* уговора. Приликом полагања готовог новца у банке, и поред постојања цомплианце у њима, захваљујући менаџменту банака нису алармирани механизми којим би ишле пријаве ка Управи за спречавање прања новца.

Овако добро осмишљене начине извршења кривичних дела против привреде сигурно да организована криминална група не би могла да спроведе у дело да нису имали као своје помагаче и саветнике банкаре, адвокате и друге специјалисте. На овај начин нанета је штета дугорочног карактера привредном систему Србије, чије ће се последице још дуго времена осећати. Вишемилионски инпут у привредни систем РС нелегално прибављеног новца, за који постоји доказ да је прибављен извршењем кривичног дела недозвољеног промета опојним дрогама, подрио је један од основних (базичних) постамената функционисања привреде: принцип слободне тржишне утакмице који се занзива на лојалној конкуренцији учесника на тржишту. Чињеница је да су припадници ОКГ где се још увек не располаже са пресудама против свих чланова, располагали изузетно високим износима готовог новца, који нису морали да користе у складу са елементима економске логике. Не процењујући исплативост инвестиција у које ће средства улагати довело је до тога да старт који морају да имају у поступцима куповине компанија, приватизацијама и узимању у закуп пољопривредног земљишта није на истом нивоу као код осталих учесника у тржишној утакмици. Тиме су до темеља, као Нерон Рим, спалили принципе лојалне конкуренције других привредних субјеката, који су располагали законито стеченим капиталом и који су процењивали исплативост инвестиција у које су чланови ОКГ некритички улагали прљави новац прикирвајући његово порекло. На тај начин други учесници на тржишту који су на свој капитал плаћали порезе и друге дажбине, морали су да одустају од инвестиција и пласмана свог новца, јер нису могли да прате понуде које је имала ОКГ.⁸ Окривљени су куповином предузећа у приватизацији додатно исту обесмишљавали, јер су имовином приватизованих компанија плаћали обавезе према Републици Србији и Агенцији за приватизацију, тако што су извлачили новчана средства у „црне фондове“ и онда сами себи одобравали позајмице у купљена предузећа, правећи у привреди галиматијасе вредних пажње Поароа!⁹

Заштита имовине, привреде, финансијске стабилности, али и правне сигурности и јавног поретка, само су неке од вредности које се штите кривичним делима која се односе на привредно пословање, које је дуготрајно угрожено овим раднама окривљених у наведеном случају чију завршницу очекујемо.

Но кренимо редом у објашњењу феномена о коме је реч.

2. Постављање проблема

Један од основних проблема који се јавља приликом постављања и анализе кривичног дела које санкционише стварање или држање тзв. „црних фондова“

⁸ Pavlović, Z., Bošković, A., *Place of the Crime of Money Laundering within the Criminal Law of Serbia*, Journal of Eastern-European Criminal Law, No 2/2015 Timisoara – Pecs, 81-92.

⁹ <http://www.blic.rs/vesti/hronika/nova-presuda-za-saricevog-jataka-zoranu-copicu-sest-godina-zatvora/zl564j>, посећено 08.6.2015.године.

односно недозвољених новчаних, робних или других вредносних фондова у земљи или у иностранству у законодавству Србије, односно у казненем законодавству Србије је избор контекста у коме ће се то радити! Да ли му је уопште место у члану 238 Кривичног законика – Злоупотреба овлашћења у привреди. Један од могућих је статички модел, који говори о одређеном кривичном делу изолованом од временске димензије, са класичним схватањем да једно кривично дело остаје тамо где смо уобичајено навикли да се таква кривична дела налазе. Други, ређе заступљени смисао, је виђење овог кривичног дела у контексту ванправних, спољашњих утицаја, који у крајњој линији могу да доведу у сумњу традиционалну поделу кривичних дела по главама и систематику на коју смо иначе навикли. Овај, структурални или динамички модел, говори да кривично/казнено право треба да прати друштвене промене, са динамичким погледом на реалне последице тих промена на правни систем у целини. Вредносни избор постављања овог кривичног дела у неку од глава КЗ-а може да доведе и до потпуно другачијих приступа у његовој не само репресији, већ и у превенцији. Развој и промена привредних односа, са променама својинских облика у привреди сигурно су разлог где треба тражити основ да се предложи измена кривичног законодавства и могућа промена места ове инкриминације у законодавној систематици. Реч је о специјалном кривичном делу сложене природе. У различитим правним системима штити различите правне вредности предвиђене императивним нормама међународног и националног казног права.

Недозвољени фондови (немачки *schwartzte Kassen* или енгл. *slush funds*) препознати су у већини савремених законодавстава, као средства (новац) привредног друштва са циљем да се употреби као новац који се конвертује из легалног у илегалне или полулегалне токове. У нареченом примеру ситуација је додатно била закомпликована са процесом прања новца и приватизацијом. Средства која се пребацују у „црне фондове“ употребитиће се у наводном интересу правног лица, али очито на незаконит начин. Кривично дело из члана 238 као облик злоупотребе овлашћења у привреди изричито предвиђа стварање или држање недозвољених фондова у земљи или у иностранству. Али, ту долазимо до озбиљних потешкоћа, имајући у виду да се увидом у статистичке податке за последњих 5 година на територији Апелационог суда у Новом Саду није дошло до податка да се ова одредба у пракси примењивала, па према томе није била ни коментарисана кроз ставове јудикатуре. Извршилац овог кривичног дела може бити само одговорно лице. Но, ако се посматрају дела против службене дужности, посебно у области извршења буџета, плус отворена питања везана за установе од којих се многе данас искључиво пројектно финансирају, не смемо закључити да таква располагања нису кажњива односно да нису кривична дела, већ само прекршај или пак неко од неименованих кривичних дела из посебног законодавства. Исто је и у случају недозвољених фондова и финансирања политичких странака, уз скоро непремостиву препреку стварне контроле њиховог пословања. И за разлику од наше, у немачкој јудикатури овакви

случајеви нису реткост. Поједини аутори приговарају једнаком третману тзв. тајних фондова у јавном и приватном сектору, јер њихово постојање чини већу штету јавном него приватном сектору.¹⁰ Тек од недавно, немачко правосуђе бави се и црним фондовима у привреди.

Али, имајући у виду да је у нашем КЗ проблематика црних фондова искључиво везана за привредно пословање, остаћемо само у тој материји.

Питање које се поставља овде – прибављање противправне имовинске користи за субјект у коме се/за кога се ствара недозвољени фонд, штета (салдо губитка и добити) као угрожавање имовине односно могуће умањење имовине привредног друштва и друго, само су неки од елемената које треба ценити код ове радње извршења кривичног дела злоупотреба овлашћења у привреди.¹¹ Ако се црни фондови користе за давање мита ради добијања неког посла, па се то и реализује, то сигурно не може представљати губитак!?

3. Недозвољени фондови у кривичном праву Србије

Одговорно лице у привредном друштву или предузетник који у намери прибављања противправне имовинске користи за своје или друго правно лице или за предузетника ствара или држи недозвољене новчане, робне или друге вредносне фондове у земљи или иностранству (или противправно онемогућава остваривања власничких права акционара) чини (чл. 238 ст. 1 тач. 1 КЗ) кривично дело злоупотреба овлашћења у привреди, и то као кривично дело апстрактног угрожавања, јер се не тражи да та корист заиста буде и прибављена. Квалификовани облици у ст. 2 и ст. 3 чл. 238 КЗ захтевају да је до прибављања имовинске користи дошло. Сам закон не каже ништа о томе како квалификовати стварање недозвољених фондова са циљем да се противправна имовинска корист прибави физичком лицу, односно лицу које је фактички власник привредног друштва. Или пак ако се црни фондови користе као облик издвајања средстава за давање мита другим физичким лицима.

Код кривичног дела из чл. 234. уведеног новелом Кривичног законика 2012. – злоупотреба положаја одговорног лица могућност прибављања противправне имовинске користи предвиђена је и за себе или за друго физичко или правно лице, али и штета која би била нанета.

У односу на прибављање користи за друго правно лице, сем ако се не би радило о институту „скривања иза вела“ (*hiding behind the veil*), питање да ли је уопште могуће прибавити корист другом правном лицу је искључиво реторичке природе. Јер одговор на питање, зашто би извршилац стварао недозвољене

¹⁰ Tiedemann, K., *StGB, Leipziger Kommentar*, 33. Lieferung, par 263, 2002, стр. 222.

¹¹ Иако се штета у самом чл. 238 КЗ нигде децидно не помиње.

фондове ако он сам или привредно друштво у његовој својини од тога не би имали корист, није дат!¹²

И сада се долази до суштине кривичног дела везаног за стварање недозвољених фондова: у чему се састоји корист за своје правно лице или предузетника, коју је закон означио као противправну! Јер, само стварање црних фондова не доноси апсолутно никакву корист за правно лице, а нарочито не корист која је већа од пет милиона динара (ст. 2 чл. 238 КЗ) односно вредност већа од петнаест милиона динара (ст. 3 чл. 238 КЗ). Дакле, само стварање црног фонда не даје корист правном лицу, већ је реч о проузрокованој штети правном субјекту из чијих је средстава и формиран црни фонд. Према томе, оствари ли се корист за друго правно лице, то значи да је извршена радња из чл. 234. Кривичног законика, односно злоупотреба положаја одговорног лица, а никако не би могло бити кривично дело злоупотребе овлашћења у привреди!

Стварањем или држањем недозвољених фондова не реализује се никаква корист за правно лице. Уколико би се такви фондови користили за подмићивање, односно закључивањем лукративних послова средствима која се налазе у фондовима, тада можемо рећи у складу са императивним правилима облигационог права да се ради о ништавим и рушљивим правним пословима који су супротни јавном поретку, моралу и добрим обичајима. Тим више не може се доказивати корист за привредно друштво ако се прихвати *argumentum a contrario* чињеница да би се стварањем недозвољених фондова нанела штета привредном друштву. Штета постоји ако привредно друштво губи контролу над фондом и над располагањем њиме. Ако друштво задржи правну или само и фактичку контролу над фондом, издвајање средстава у фонд би био прекршај из области рачуноводства, а не и кривично дело.

Тумачењем одредбе чл. 238 КЗ, да када самим стварањем или држањем недозвољених фондова наступа штета за привредно друштво из чије се имовине издвајају средства отвара питање, није ли таква штета истовремено и противправна имовинска корист другом, и то најчешће другом физичком лицу, коме је на пример исплаћено мито из црног фонда, што се најчешће и догађа. Но, попут *circulus inextricabilis*, очигледно је да ова корист није део инкриминације кривичног дела злоупотреба овлашћења у привреди, већ злоупотреба положаја овлашћеног лица из ст. 2 и ст. 3 чл. 234 Кривичног законика. До тог дела дошло би тек исплатом средстава из недозвољеног фонда физичком лицу, па би се у том случају могло рећи, да би самим формирањем фонда из ст. 1 тач. 1 чл. 238 злоупотреба овлашћења у привреди КЗ био остварен тек покушај кривичног дела злоупотреба положаја овлашћеног лица из чл. 234 Кривичног законика.

¹² Ако би фонд остао у својини привредног друштва, а дошло до поступка редовне ликвидације, према одредбама чл. 541 Закона о привредним друштвима, расподела ликвидационог остатка вршила би се члановима друштва, дакле физичким лицима, па би корист ипак била прибављена физичком лицу!

Даља елаборација око штете и користи у корелацији злоупотребе овлашћења у привреди и злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 238 и 234 Кривичног законика не би водила њиховом разјашњењу, већ напротив. Наиме, пуно тумачења у примени ових одредби не даје одговоре на питања која се постављају у раду надлежних органа када се срећу са оваквим ситуацијама, посебно у предметима који имају садржину и претходницу приватизационог карактера.

Задатак кривичноправне норме да буде јасна, потпуна и прецизна свакако да овде није испуњен, и као једино тренутно решење намеће се идеја да би кривично дело из ст. 1 тач. 1 чл. 238 КЗ злоупотреба овлашћења у привреди требало у потпуности – укинути, односно одредбу о стварању или држању недозвољених новчаних, робних или других вредносних фондова у земљи или у иностранству. Истовремено, кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица треба прецизирати, а у вези црних фондова предвидети посебно кривично дело злоупотреба поверења у привредном пословању. Извршилац који користећи своје право руковођења (и располагања) повереном имовином привредног друштва оснује или користи фонд који није евидентиран у рачуноводству привредног субјекта – привредног друштва или предузетничке радње, извршио би кривично дело злоупотреба поверења у привредном пословању. Преношењем средстава у фонд, имовина би аутоматски престала бити имовина постојећег привредног друштва. Исто би се дело могло квалификовати и ако би одговорно лице затекло „црни фонд“, па га не би пријавио тренутком његовог оснивања.

Ако би се средства из недозвољеног фонда користила за давање мита, била би остварена и обележја кривичног дела давања мита – али мита у привредном пословању! Овакав стицај не би био привидац,¹³ јер би кривично дело злоупотребе поверења у привредном пословању имало за свој заштитни објект имовину, а давање мита у привредном пословању би било дело против *fair* тржишне конкуренције, што су различите правне вредности.

4. Уместо закључка

Слобода у економским односима се заснива на хипотези да одређени односи у привреди морају бити подређени владавини права, уређени и заштићени правним правилима. Ако желимо да сачувамо стабилност и безбедност у држави, неопходно је поштовати барем основне правне норме и регулативе, од којих су по правилу најзначајније оне, које омогућавају несметано деловање слободног тржишта, поштовање аутономије воље, али и норми неопходне примене и заштите својине. Сви који не поштују правна правила у привреди последично је угрожавају. То значи да стварање недозвољених фондова не би требало занемарити у кривичноправном смислу, већ му управо дати прецизно место и инкриминацију. Јер, за пуну примену начела законитости у кривичном праву, поред законодавног уређења очигледно је да велики допринос имају и наука

¹³ Стојановић, З., *нав. дело*, стр. 261 и даље.

кривичног права и јуриспруденција, али и норме целокупног корпуса права. Зато је овај рад и предлог за реконструкцију два кривична дела – злоупотреба овлашћења у привреди из ст. 1 тач. 1 КЗ и злоупотреба положаја одговорног лица из чл. 234 (уз размишљање о увођењу кривичног дела мита у привредном пословању и др.) тек увод у постављени циљ заштите поштовања правних правила у привреди. Правних правила која би се знала унапред.

*Zoran Pavlović, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, University Business Academy in Novi Sad*

REACTION BY CRIMINAL LAW OF ILLICIT (SLUSH) FUNDS IN ECONOMY

Summary

The creation or keeping of illegal cash, commodity or other valuable funds in the country or abroad, and with present criminalization of these prohibited acts in the criminal legislation is not yet, taking into account all the peculiarities of the legal system of the country, led to the appropriate criminal reactions in our prosecutorial and judicial practice. Economic transition, political construction and European integration processes that characterize the beginning of XXI century in Serbia brings new criminalization and different visions of traditional values but state response to such prohibited behavior is not at all simple. Asset protection, economy, financial stability, and in addition legal security and public order, are some of the values that are protected by the criminal offenses related to business operations, whether in criminal or in a separate law. Specifying the protected subject and place in law, with avoiding the criminalization which overlap, could lead to better results.

Key words: *legal security, protected subject, place in criminal law*

Литература

- Augsburger-Bucheli, I., Институт за борбу против привредног криминала, Предузете мере за борбу против привредног криминала и организованог криминала у Швајцарској, Зборник Радова Института ILCE, 2005.
- Pavlović, Z., Bošković, A., Place of the Crime of Money Laundering within the Criminal Law of Serbia, Journal of Eastern-European Criminal Law, No 2/2015 Timisoara – Pecs

Зборник радова „Услуге и заштита корисника“, Крагујевац, 2016.

Стојановић, З., Коментар Кривичног законика, Београд, 2012, Четврто измењено и допуњено издање.

Tiedemann, K. StGB, Leipziger Kommentar, 33. Lieferung, par 263

<http://www.blic.rs/vesti/hronika/nova-presuda-za-saricevog-jataka-zoranu-copicu-sest-godina-zatvora/zlz564j>

http://pwcglobal.com/gx/eng/cfr/gecs/PwC_GECS03_switz_eng.pdf

*Др Бланка Иванчић-Качер, доцент
Правног факултета Свеучилишта у Сплиту*

УДК: 366.5:347.736(497.5)

ЈЕДНА УСЛУГА *SUI GENERIS* У ХРВАТСКОМ ПРАВУ – СТЕЧАЈ ПОТРОШАЧА*

Резиме

*У Републици Хрватској је 01. сijeчња 2016. ступио на снагу закон који омогућује стечај инсолвентних потрошача, како би им се омогућило нови почетак уз контролирану отплату дугова, али и омогућило вјеровницима равномјерно намирeње тражбина. Ауторица у раду анализира закон *de lege lata*, али и даје приједлоге *de lege ferenda* у дијелу у којем сматра да закон заслужује критике.*

Кључне ријечи: *потрошач, дужник, стечај, закон.*

1. Увод

Закон о стечају потрошача¹, познат колоквијално као Закон о особном банкруту, ступио је на снагу 1. сijeчња 2016., а од самог доношења 10. рујна 2015. изазива бројне и похвале и критике.² Темелјни циљ тог закона је да се инсолвентним дужницима³ омогући нови почетак, уз контролирану отплату дугова. Међутим, критичари сматрају да је тај закон само екстензија Овршног закона⁴ и да не помаже инсолвентним дужницима, већ да иде на руку само вјеровницима, с чиме се не бисмо сложили (особито с обзиром на могућност

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "XXI век – век услуга и Услужног права", бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ Закон о стечају потрошача, НН 100/15. – даље: ЗСП или Закон о стечају потрошача.

² Примјерице, Удруга Франак подржава закон и сматрају да ће олакшати живот многим који имају кредите у швицарским францима, а који их и након конверзије у еуро неће моћи отплаћивати. Удруга Блокирани заступа став да је овај закон само наставак агоније блокираних грађана на још пет година.

³ У раду, осим појма дужник, као синоним користимо и назив потрошач – потрошач у смислу ЗСП. Појам смо разрадили детаљније у наставку.

⁴ Овршни закон, НН 112/12, 25/13, 93/14.

отписа дугова). Но, сматрамо и да су неке одредбе требале бити другачије, о чему детаљније у раду.

Иначе, тачно је да је услуга коју пружа држава у овом случају услуга *sui generis*, односно да спада у подручје услуга само ако појам услуге тумачимо у ширем смислу, укључујући и свеколики сервис државе као такве. С друге стране, услуга онога тко од надлежног тијела или суда добије (буде одређен за) улогу повјереника (која иначе има доста сличности с улогом стечајног управитеља) обавља оно што је без икакве сумње услуга у класичном смислу тога појма. По нашем мишљењу врло је важна ова повезница с традиционалним појмом услуге стога што се на одговарајући начин (наравно, не аутоматски и некритично) могу примијенити сва знања и искуства настала у рјешавању (и од стране законодавца и од судске праксе) разних проблема унутар стечајног поступка као поступка који је најсличнији овоме из Закона о стечају потрошача. То само по себи јамчи (наравно, под увјетом да је законодавац искористио оно што му је на располагању) добар законски текст, као и судску праксу коју неће обиљежити претјерано „лутање“⁵.

2. Опћенито

Поступак стечаја може отворити само потрошач и то онда када је неспособан за плаћање. Закон о стечају потрошача прецизно дефинира тко се сматра потрошачем, те када је он неспособан за плаћање у смислу тог закона. Дакле, потрошач је свака физичка особа која склапа правни посао или дјелује на тржишту изван своје трговачке, пословне, обртничке или професионалне дјелатности. Потрошачем се сматра и физичка особа обвезник пореза на доходак од самосталне дјелатности према одредбама Закона о порезу на доходак⁶ и физичка особа обвезник пореза на добит према одредбама Закона о порезу на добит⁷ ако: нема више од 20 вјеровника, обвезе из обављања дјелатности не прелазе износ од 100.000,00 куна, нема обвеза из радних односа које произлазе из обављања дјелатности и није покренут предстечајни или стечајни поступак.⁸ Потрошач мора бити поштен да би га се ослободило од обвеза које преостану након уновчења његове имовине и расподеле прикупљених средстава вјеровницима, а његово поштење утврђује суд узимајући у обзир понашање потрошача прије подношења приједлога за отварање поступка стечаја потрошача, као и тијekom судског поступка и раздобља провјере понашања.⁹

⁵ Нажалост, ни једно ни друго се није догодило (иако се и могло и морало догодити) на плану предстечајних нагодби.

⁶ Закон о порезу на доходак, НН 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12, 144/12, 43/13, 120/13, 125/13, 148/13, 83/14, 143/14.

⁷ Закон о порезу на добит, НН 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12, 148/13, 143/14.

⁸ Чл. 44., ст. 2. и 3. ЗСП.

⁹ Чл. 2. ЗСП.

Неспособан за плаћање је потрошач који је у немогућности испуњења доспјелих новчаних обвеза најмање 90 дана узастопно и то доспјелих новчаних обвеза (једна или више) у укупном износу већем од 30.000,00 куна.¹⁰ Неки критичари сматрају да је овај износ превисок, те сматрају да је примјеренији износ од 10.000,00 куна. Сматрамо како се законодавац очито руководио погрешним ставом како дуг од 10.000,00 Кн очито није вриједан ангажмана државе који је у сваком случају нужан у случају стечаја потрошача. Обзиром на то да су изостали јасни и прецизни подаци према којима се законодавац руководио, сматрамо како је не само оправдано смањити тај новчани цензус дуговања на 10.000,00 него и приступити истраживању које би показало како је оптимално рјешење можда још и нижи износ - ако не као правило барем као изнимку.

Како је темељни циљ закона омогућавање инсолвентним дужницима нови почетак, уз контролирану отплату дугова, нужно је да се то проводи уз максималну заштиту достојанства те особе, те да му мјесечно остане довољно средстава за „примјерене животне потребе / примјерени животни стандард“¹¹. Ријеч је о правном стандарду који значење добива у сваком конкретном случају. Суд тај износ одређује према износу који је изузет од оврхе у случају када се оврха поводи на плаћи овршеника.¹² ЗСП омогућује инсолвентном потрошачу заштиту некретнине која му је потребна за становање ако у власништву нема другу некретнину и нема на располагању други смјештај, нити га је у могућности осигурати. Приједлог суду даје потрошач и дужан га је писано образложити, након чега суд у року од осам дана мора позвати вјеровнике који на некретнини имају различно право¹³ да се очитују о приједлогу. Суд о том приједлогу одлучује у року од 15 дана од дана подношења приједлога, односно истека рока за очитовање вјеровника који имају различно право на некретнини, узимајући у обзир да некретнина мора бити размјерна основним стамбеним потребама

¹⁰ Чл. 5. ЗСП.

¹¹ У средства која морају дужнику остати мјесечно за примјерен животни стандард спадају и трошкови становања (најамнина, комуналне накнаде, електрична енергија, плин, гријање, вода, одводња и други трошкови становања) – чл. 63, ст. 3. ЗСП. Наравно, врло је битан дио чл. 63, ст. 1. ЗСП, који говори о „примјереном животном стандарду“ – примјерен мора бити с обзиром на постојећу ситуацију инсолвентног дужника, дакле не може се обранити став да је примјерено задржати животни стандард какав је евентуално био прије настанка дугова (или ради којег се и упало у дугове).

¹² Чл. 63, ст. 1. и 2. ЗСП.

¹³ Чл. 65. ЗСП.: На приједлог повјереника, различног вјеровника или потрошача суд може одлучити да се у поступку стечаја потрошача имовина на којој постоји различно право уновчи слободном погодбом и ако то одлучи, суд одређује рок за уновчење слободном погодбом. Ако се истеком рока који одреди суд имовина на којој постоји различно право не уновчи слободном погодбом, имовина ће се уновчити уз одговарајућу примјену правила овршног поступка, с тим да је прописано да је забрањено уновчење имовине на којој постоји различно право испод половине процијењене вриједности сваког појединог дијела имовине.

потрошача. Одлуку коју суд донесе може и укинути без одгоде ако утврди да потрошач не испуњава законом прописане обвезе, за што постоји рок за жалбу од 3 дана од обављене доставе.¹⁴ Постоји могућност да суд оцијени да би продаја некретнине која је потрошачев дом била сврховита, премда нема у власништву другу некретнину, примјерице ако је ријеч о скупој, односно јако вриједној некретнини (да је на скупој локацији или је велике површине) и то онда не удовољава законској одредби да некретнина мора бити размјерна основним стамбеним потребама потрошача. Слично би био и у случају да се нуди откуп стамбеног објекта који није велик нити је скупа локација, али је изврсна пригода јер сусјед жели створити грађевну парцелу прикладну за велики или високи (овисно о планским документима) објект и вољан је то платити више него други јер то само њему има посебну вриједност обзиром на околности.

Потрошач може након отварања поступка стечаја и у раздобљу провјере понашања поднијети захтјев суду за допуштење за обављање самосталне дјелатности, а унутар тога може захтијевати да се из стечајне масе изузму стројеви, опрема или неки други дио имовине (осим некретнина) потребан за обављање дјелатности. Захтјев мора садржавати мјесечни износ накнаде којег се потрошач обвезује уплаћивати у стечајну масу, а тај износ накнаде не може бити већи од 1% тржишне вриједности дијела имовине која је изузета из стечајне масе.¹⁵

Поступак стечаја потрошача бисмо подијелили у три фазе: извансудски поступак, судски поступак и раздобље провјере понашања. Ако извансудски поступак не успије, потрошач може покренути судски поступак пред надлежним опћинским судом на чијем подручју потрошач има пребивалиште у року од три мјесеца од дана издавања потврде да покушај склапања извансудског споразума није успио. Након судског поступка, слиједи раздобље провјере понашања, које не може бити краће од годину дана и дуже од пет година. Ако суд сматра потребним, упутит ће потрошача у одговарајуће савјетовалиште ради подуке о финансијски рационалном понашању.¹⁶ Детаљно о свим фазама поступка даље у раду.

¹⁴ Чл. 64. ЗСП.

¹⁵ Чл. 66. ЗСП. Суд може укинути допуштење за обављање самосталне дјелатности на приједлог повјереника или вјеровника, ако потрошач редовито не плаћа мјесечну накнаду за имовину изузету из стечајне масе, ако у извјешћу о добити и губитку искаже губитак или се такав губитак утврди анализом, осим ако суд стекне увјерење да ће потрошач у следећем раздобљу остварити добит или доходак или не испуњава текуће порезне обвезе. Тада се у стечајну масу враћа изузети дио имовине и остварена добит или доходак. – чл. 67. ЗСП.

¹⁶ Чл. 73, ст. 4. ЗСП.

3. Три фазе поступка

3.1. Извансудски поступак (посредовање)

Прије покретања поступка стечаја потрошача ради склапања извансудског споразума између потрошача и вјеровника проводи се извансудски поступак у савјетовалишту. Савјетовалиште је устројствена јединица Финанцијске агенције (ФИНЕ) или друга особа која је добила дозволу за обављање послова савјетовалишта.¹⁷ Дозволу за обављање послова савјетовалишта може добити физичка или правна особа која има: одговарајући простор¹⁸, одговарајућу опрему, жиро рачун и мрежну страницу, а уз то та физичка или правна особа мора учинити вјеројатним да ће бити у могућности тијеком радног времена, у својим просторијама, осигурати присутност посредника уписаног у очевидник посредника.¹⁹

Извансудски поступак покреће се захтјевом за provedбу извансудског поступка, на прописаном обрасцу²⁰, који може поднијети потрошач или сваки

¹⁷ Чл. 9. ЗСП.

¹⁸ Мора бити зграда или дио зграде који чини самосталну употребну цјелину прикладну за обављање послова савјетовалишта, ако има одвојени улаз, собу за састанке за најмање 10 особа и санитарну просторију. Такођер, изглед зграде, односно дјелатности које се у њој обављају, не смију доводити у питање углед савјетовалишта. Зграда својим вањским и унутарњим стањем битно не смије одступати од уобичајеног пословног простора намијењеног за обављање какве државне или друге јавне службе, а просторије морају бити у складу с чл. 4. Правилника о увјетима за добивање дозволе за обављање послова савјетовалишта и начину рада савјетовалишта, НН 2/16.

¹⁹ Чл. 3. Правилника о увјетима за добивање дозволе за обављање послова савјетовалишта и начину рада савјетовалишта.

²⁰ Одређује га Правилник о садржају и облику образаца на којима се подносе поднесци у извансудском поступку и поступку стечаја потрошача, НН 2/16:

Образац 1.

(назив савјетовалишта)

(адреса савјетовалишта)

ЗАХТЈЕВ ПОТРОШАЧА ЗА ПРОВЕДБУ ИЗВАНСУДСКОГ ПОСТУПКА

На темељу чланка 12. Закона о стечају потрошача подноси се захтјев за provedбу извансудског поступка над потрошачем:

1. Физичком особом:

Име и презиме _____

ОИБ _____

Адреса пребивалишта/боравишта _____

Контакт подаци (телефон, е-маил, телефакс) _____

2. Физичком особом која је обвезник пореза на доходак од самосталне дјелатности према одредбама Закона о порезу на доходак

Бланка Иванчић Качер, Једна услуга *sui generis* у хрватском праву - стечај
потрошача (стр. 937-956)

или пореза на добит према одредбама Закона о порезу на добит:

Име и презиме _____

ОИБ _____

Адреса пребивалишта/боравишта _____

Адреса сједишта и пословна адреса _____

Назив дјелатности _____

Контакт подаци (телефон, е-маил, телефакс) _____

Укупан број вјеровника _____

Износ обвеза из обављања дјелатности _____ кн

Да ли постоје обвезе из радних односа које произлазе из обављања
дјелатности ДА/НЕ

Да ли је покренут предстечајни или стечајни поступак

ДА/НЕ

Прилози

Уз захтјев за provedбу извансудског споразума доставља се:

1. Доказ о неспособности за плаћање (нпр. рачуни односно друге
исправе из којих произлази да потрошач најмање 90 дана узастопно не
може испунити једну или више доспјелих новчаних обвеза у укупном
износу већем од 30.000,00 кн)

2. Попис имовине и обвеза

3. Доказ о плаћеном предужму у износу од 300,00 кн за трошкове
извансудског поступка, односно рјешење о одобреној бесплатној
правној помоћи

У _____, дана _____

Име и презиме подносиоца захтјева

Потпис подносиоца захтјева

Напомена:

потрошач је уз захтјев за provedбу извансудског спора-
зума дужан приложити попис имовине и обвеза на прописаном обрасцу.

Образац 2.

_____ (назив савјетовалишта)

_____ (адреса савјетовалишта)

ЗАХТЈЕВ ВЈЕРОВНИКА ЗА ПРОВЕДБУ

ИЗВАНСУДСКОГ ПОСТУПКА

ПОДАЦИ О ПОДНОСИТЕЉУ ЗАХТЈЕВА:

Име и презиме/твртка или назив _____

ОИБ _____

Адреса пребивалишта/сједиште и пословна адреса _____

На темељу чланка 12. Закона о стечају потрошача подноси се захтјев

за provedбу извансудског поступка над потрошачем:

1. Физичком особом:

његов вјеровник, уз изричити пристанак потрошача. Они могу, неовисно о пребивалишту изабрати пословницу ФИНЕ којој ће поднијети захтјев. Уз захтјев за provedбу извансудског поступка потрошач је дужан приложити попис имовине и обвеза на прописаном обрасцу те доказ о постојању стечајног разлога, а ако је подносиатељ захтјева вјеровник, потрошач је дужан без одгоде доставити савјетовалишту попис имовине и обвеза. Попис имовине и обвеза подноси се на прописаном обрасцу и састоји се особито од назнаке: некретнина и покретнина потрошача, имовинских права потрошача на туђим стварима, новчаних средстава на рачунима потрошача, новчаних и неновчаних тражбина потрошача, других права која чине имовину потрошача, новчаних и неновчаних обвеза потрошача, с подацима о идентификацији вјеровника, разлучних права на имовини потрошача, с подацима о идентификацији вјеровника, излучних права, с

Име и презиме _____
ОИБ _____
Адреса пребивалишта/боравишта _____
Контакт подаци (телефон, е-маил, телефакс) _____

2. Физичком особом која је обвезник пореза на доходак од самосталне дјелатности према одредбама Закона о порезу на доходак или пореза на добит према одредбама Закона о порезу на добит:

Име и презиме _____
ОИБ _____
Адреса пребивалишта/боравишта _____
Адреса сједишта и пословна адреса _____
Назив дјелатности _____
Контакт подаци (телефон, е-маил, телефакс) _____

Прилози

Уз захтјев за provedбу извансудског споразума доставља се:

1. Исправе из којих произлази вјеројатност постојања тражбине вјеровника (нпр. уговор, рачун итд.)

2. Пристанак потрошача за provedбу извансудског споразума
3. Доказ о плаћеном предујму у износу од 300,00 кн за трошкове извансудског поступка, односно рјешење о одобреној бесплатној правној помоћи

У _____, дана _____

Својство подносиатеља приједлога у име правне особе

Име и презиме подносиатеља захтјева

Потпис подносиатеља захтјева

Напомена:

ако је подносиатељ захтјева вјеровник, вјеровник је дужан уз захтјев за provedбу приложити исправе из којих произлази вјеројатност постојања његове тражбине и изричити пристанак потрошача за provedбу извансудског поступка.

подацима о идентификацији вјеровника, примања из радног односа и осталих примања у претходних 12 мјесеци, трошкова становања у претходних 12 мјесеци, законских обвеза уздржавања, с подацима о идентификацији овлаштеника права на уздржавање, чланова уже обитељи и чланова кућанства, с подацима о идентификацији чланова²¹, поступака пред судовима или јавноправним тијелима у којима је потрошач странка и имовинскоправних располагања између њега и чланова његове уже обитељи те других особа у претходних пет година, с подацима о идентификацији особа.²² Ако захтјев подноси вјеровник, дужан је приложити исправе из којих произлази вјеројатност постојања његове тражбине и изричити пристанак потрошача за проведбу извансудског поступка.²³

Поступак води посредник. Он је дјелатник ФИНЕ или друга физичка особа, којој је министар надлежан за послове правосуђа издао дозволу за обављање послова посредника. Увјет, међу осталим, да би нетко постао посредник је да има искуства у мирном рјешавању спорова између страна са супротним интересима или искуства у вођењу поступака у којима су судјеловале стране са супротним интересима.²⁴ Посредник је дужан у извансудском поступку посветити особиту пажњу заштити потрошача као слабије стране у правном односу те поступати на начин који осигурава потпуно поштивање особног и обитељског живота, достојанства, угледа и части потрошача, те је дужан поступати с особним подацима у складу с одредбама посебног прописа којим се уређује заштита особних података.²⁵ Посредник је овлаштен и дужан код тијела или особа које воде одговарајуће јавне књиге, регистре, уписнике и очевиднике провјерити податке из пописа имовине и обвеза. Ако утврди да подаци нису точни, позива потрошача да их допуни или исправи. Ако потрошач то не направи, посредник о томе обавјештава вјеровнике и саставља о томе билешку, чиме потрошач постаје непоштен.²⁶ Сматрамо битним нагласити да ће суд ускратити ослобођење од преосталих обвеза, између осталог, када утврди да је потрошач тијekom поступка намјерно или из крајње непажње повриједио своје дужности

²¹ Чланом уже обитељи сматрају се: брачни друг, изванбрачни друг, особа која је с потрошачем у животном партнерству у складу с посебним прописом, сродници по крви у равној линији и њихов брачни друг, браћа, сестре, посвојеници, посвојитељ, штићеници, скрбник, пасторци, маћеха, очух, сродници по тазбини до другог ступња, дјеца повјерена на смјештај, одгој или скрб изван обитељи и особа коју је потрошач дужан по закону уздржавати. – чл. 13, ст. 3. ЗСП.

²² Чл. 13, ст. 3. ЗСП.

²³ Чл. 12. ЗСП.

²⁴ Чл. 10, ст. 4. ЗСП.

²⁵ Чл. 10, ст. 1 - 3. ЗСП. Закон о заштити особних података, НН 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12.

²⁶ Чл. 14. ЗСП.

извјешћивања и сурадње или намјерно или крајњом непажњом навео непотпуне и неточне податке у попису имовине и обвеза.²⁷

Трошкови извансудског поступка намирују се из положеног предујма, којег уплаћује подносилац захтјева у износу од 300,00 куна. Ако је подносилац захтјева потрошач, може се ослободити обвезе уплате предујма на начин и уз претпоставке прописане посебним прописом којим се уређује бесплатна правна помоћ.²⁸ Сматрамо лошом ову одредбу о полагању предујма, јер је за претпоставити да у поступак за стечај потрошача улазе управо потрошачи којима је угрожено уздржавање²⁹. Да је тих 300 куна једино плаћање које се тражи, могла би се бранити чињеница да није ријеч о високом износу (премда се може у оваквој дужничкој ситуацији бранити и другачији став), али ЗСП садржи и одредбу према којој трошкове поступка стечаја предујмљује потрошач у паушалном износу којег одреди суд, а који не може бити мањи од 1000 куна³⁰, што је у потпуној супротности с темељним циљем овог закона и у том дијелу стоје примједбе да ово није Овршни закон и да би требала и висина трошкова и њихов начин подмиривања бити регулирани другачије. Међутим, постоји и одредба према којој се потрошач може ослободити обвезе уплате предујма ако нема имовине. Сматрамо да би та одредба требала гласити да се МОРА ослободити обвезе уплате предујма, ако нема имовине, управо ради начела једнакости и једнаке доступности ових мјера свима, дакле да се не оставља то на слободну процјену суду. Ако потрошач има имовине, примјерице скупи стан, (што ће ријетко бити случај, јер ће он продати стан и намирити обвезе, а не ићи у покретање поступка да му кроз поступак личног стечаја продају стан и да намирује све трошкове тог поступка), суд може одлучити да се трошкови поступка предујме из прорачунских средстава који ће се надокнадити из уновчене имовине потрошача.³¹

Након уплате предујма и састављеног плана испуњења обвеза, савјетовалиште објављује позив за судјеловање на мрежној страници Финанцијске агенције, чиме се достава позива сматра обављеном. У том позиву је садржан и податак о времену и мјесту када су сви вјеровници позвани приступити у савјетовалиште ради одржавања састанка (потрошач их може самостално обавијестити), уз назнаку података за идентификацију вјеровника

²⁷ Чл. 75, ст. 1., точ. 4. и 5. ЗСП.

²⁸ Чл. 15. ЗСП. Закон о бесплатној правној помоћи, НН 143/13.

²⁹ Ослобођење од плаћања судских пристојби може се одобрити у свим судским поступцима ако су материјалне прилике подносилаца захтјева такве да би плаћање судских пристојби могло угрозити уздржавање подносилаца захтјева и чланова кућанства, у складу с посебним претпоставкама одређеним у чл. 14. овога Закона. При доношењу одлуке особито ће се водити рачуна о висини судских пристојби у поступку у којем се тражи ослобођење. – чл. 13, ст. 4. Закона о бесплатној правној помоћи.

³⁰ Чл. 45. ЗСП.

³¹ Чл. 45, ст. 3. ЗСП.

наведених у попису имовине и обвеза, те план испуњења обвеза³². Дакле, позив за судјеловање се не доставља особно вјеровницима. Вјеровници су овлаштени

³² План испуњења обвеза подноси се на прописаном обрасцу те садржава износ потрошачевих обвеза, постотак умањења обвеза, износ за исплату, рокове исплате и начин испуњења обвеза према сваком од вјеровника. На захтјев потрошача посредник је дужан пружити потрошачу стручну помоћ за састављање плана испуњења обвеза – чл. 17. ЗСП.

Образац 4. Правилника о садржају и облику образаца на којима се подnose поднесци у извансудском поступку и поступку стечаја потрошача:

(назив савјетовалишта)

(адреса савјетовалишта)

(број предмета)

ПЛАН ИСПУЊЕЊА ОБВЕЗА

ПОДАЦИ О ПОТРОШАЧУ:

Име и презиме

ОИБ

Адреса

На темељу чланка 17. Закона о стечају потрошача подноси се План испуњења обвеза:

1. Износ потрошачевих обвеза

(Треба навести опис обвезе, врста – новчане или неновчане, име и презиме/назив, ОИБ и адреса вјеровника, датум доспијећа тражбине, врста и висина каматне стопе која се обрачунава на износ обвезе ако се ради о новчаној обвези.)

2. Постотак умањења обвеза

(За сваку обвезу из тачке 1. овог Плана треба навести за колико би се иста умањила како би је потрошач могао испунити)

3. Износ за исплату

(Треба навести укупан износ обвеза из тачке 1. Плана умањен за постотак умањења из тачке 2. Плана у кунама.)

4. Рокови исплате

(Треба навести за сваку обвезу из тачке 1. Плана у којем року се може испунити, а према планираном постотку умањења обвезе.)

писаним путем савјетовалишту доставити своје приједлоге за измјену или допуну плана испуњења обвеза најкасније у року од 30 дана од дана објаве позива и објављују се на мрежној страници ФИНЕ.

Извансудски поступак траје најдуже 30 дана од дана састанка наведенога у позиву за судјеловање, изнимно додатних 30 дана ако оцијени да постоји могућност склапања извансудског споразума између потрошача и свих његових вјеровника или ако су потрошач и сви његови вјеровници сугласни да се извансудски поступак продужи.³³

Након истека рока савјетовалиште потрошачу издаје потврду о томе да покушај склапања извансудског споразума није успио (чак и ако неки од вјеровника након објаве позива за судјеловање изјави да не жели судјеловати у извансудском поступку). Ако споразум успије, он има учинак извансудске нагодбе и представља овршну исправу, а склапа се на прописаном обрасцу. Међутим, он нема правног учинка на вјеровнике који га нису склопили. Вјеровник који је склопио извансудски споразум³⁴ може у приједлогу за оврху на

5. Начин испуњења обвеза према сваком од вјеровника

(Треба навести опсег и начин испуњења обвезе, рок испуњења, увјет, уговорна камата, затезна камата, датум од којег камата тече, каматна стопа итд.)

У _____, дана _____

Потпис потрошача

³³ Чл. 18. ЗСП.

³⁴ Образац 5. Правилника о садржају и облику образаца на којима се подносе поднесци у извансудском поступку и поступку стечаја потрошача:

(назив и адреса савјетовалишта)

Класа: _____

Урброј: _____

Потрошач _____

(име и презиме, ОИБ, адреса пребивалишта/сједишта)

и вјеровници

1. _____

(име и презиме/назив, ОИБ, адреса пребивалишта/сједишта)

2. _____

(име и презиме/назив, ОИБ, адреса пребивалишта/сједишта)

3. _____

(име и презиме/назив, ОИБ, адреса пребивалишта/сједишта)

дана _____

склапају на темељу чланка 20. Закона о стечају потрошача пред посредником _____

(име и презиме посредника)

ИЗВАНСУДСКИ СПОРАЗУМ

који има учинак извансудске нагодбе и представља овршну исправу.

Странке сугласно утврђују начин испуњења обвеза потрошача на

темељу извансудског споразума тражити од овршног суда да допусти provedбу оврхе ради наплате његове тражбине прије тражбине која се у овршном поступку остварује у корист вјеровника који није склопио извансудски споразум ако је тражбина вјеровника који није склопио извансудски споразум настала прије склапања извансудског споразума и ако вјеровник који није склопио извансудски споразум није био наведен у попису имовине и обвеза, а савјетовалишту није доставио своје приједлоге за измјену или допуњу плана испуњења обвеза најкасније у року од 30 дана од дана објаве позива за судјеловање.³⁵ Сматрамо како је ово у одређеној колизији с одредбом према којој извансудски споразум нема правног учинка на вјеровнике који га нису склопили.

слједећи начин:

Потрошач _____

(име и презиме, ОИБ, адреса пребивалишта/сједишта)

дужан је вјеровнику _____

(име и презиме/назив, ОИБ, адреса пребивалишта/сједишта)

испунити обвезу _____

(врста обвезе)

на начин _____

(опсег и начин испуњења обвезе, рок испуњења, увјет, уговорна камата, затезна камата, датум од којег камата тече, каматна стопа итд.)

Потписом на овом извансудском споразуму посредник потврђује

да је извансудски споразум склопљен пред овлашћеним савјетовалиштем и уз судјеловање посредника.

Извансудски споразум има учинак извансудске нагодбе и представља овршну исправу.

Извансудски споразум нема правног учинка на вјеровнике који га нису склопили.

Након што су странке прочитале текст извансудског споразума, су-гласност с његовим садржајем потврђују власторучним потписима.

Овај извансудски споразум састављен је у _____ једнака(их) примјерка од којих један примјерак задржава савјетовалиште, а по један странке.

У _____, дана _____

Име и презиме посредника
потрошача

Име и презиме

Име и презиме/назив вјеровника
Име и презиме, функција овлаштене особе вјеровника

³⁵ Чл. 20. ЗСП.

3.2. Судски поступак

У поступку стечаја потрошача искључиво је стварно и мјесно надлежан опћински суд на чијем подручју потрошач има пребивалиште. Првоступањски поступак проводи судач појединац, а другоступањски суд одлучује о жалби у вијећу које чине три суца.³⁶ Суд може доносити одлуке и без усмене расправе.³⁷ Жалба на рјешење се изјављује у року од 15 дана од доставе првоступањскога рјешења, која не одгађа provedбу рјешења. Првоступањски суд дужан је жалбу подобну за одлучивање доставити другоступањском суду у року од осам дана од њезина примитка. Ако је против рјешења допуштена посебна жалба, првоступањски суд ће умножити дио списка на који се жалба односи и пријепис тога дијела списка са жалбом доставити другоступањском суду. Једно од темељних начела овог поступка је начело хитности. Док другоступањски суд не донесе одлуку, у првоступањском поступку подузимаће се оне радње које је могуће подузимати прије правоћности побијаног рјешења, ако законом није друкчије одређено.³⁸ Другоступањски суд дужан је о жалби одлучити најкасније у року од 60 дана од примитка жалбе, ако ЗСП не прописује друкчије. Осим рјешења, у поступку може донијети и закључак. Закључком суд издаје налог службеној особи или тијелу у поступку за обављање појединих радњи те одлучује о управљању поступком,³⁹ али против њега није допуштен правни лијек. У поступку стечаја потрошача не може се поднијети приједлог за понављање поступка, а ревизија се може изјавити само ако одлука другоступањскога суда овиси о рјешењу некога материјалноправног или поступовноправног питања важног за осигуравање јединствене примјене закона и равноправности грађана.⁴⁰ Подаци о покренутих и закључених поступцима стечаја потрошача, те о ослобођењу од преосталих обвеза уносе се у јавни регистар - Регистар поступака стечаја потрошача, који води министарство надлежно за послове правосуђа, у електроничком облику.⁴¹ Сватко има право увида у податке уписане у Регистар, без доказивања правног интереса⁴², што овај регистар чини сличним земљишним књигама као (такођер) јавног регистра.

Тијела поступка стечаја потрошача су суд и повјереник, којег именује и разрјешава суд (бира међу онима који су на листи повјереника, коју утврђује министар надлежан за послове правосуђа и то методом случајнога одабира⁴³) и

³⁶ Чл. 21. ЗСП. У поступку стечаја потрошача, ако није друкчије прописано, подредно се примјењује Стечајни закон, НН 71/15.

³⁷ Чл. 24, ст. 2. ЗСП.

³⁸ Чл. 27. ЗСП.

³⁹ Чл. 26. ЗСП.

⁴⁰ Чл. 27, ст. 8. ЗСП.

⁴¹ Чл. 28. ЗСП. Правилник о Регистру поступака стечаја потрошача, НН 7/16.

⁴² Чл. 2, ст. 4. Правилника о Регистру поступака стечаја потрошача.

⁴³ Чл. 37, ст. 1. ЗСП.

надзире његов рад.⁴⁴ Листу повјереника⁴⁵ се одређује за подручје надлежности свакога суда, а особа може бити уписана на листу повјереника за подручје надлежности једног или више судова. Суд именује повјереника рјешењем о отварању поступка стечаја потрошача.⁴⁶ Повјереник је дужан при испуњавању својих дужности поступати с пажњом доброг стручњака. Дужности повјереника су: без одгоде уновчавати стечајну масу у име и за рачун потрошача тако да увијек покуша постићи највишу цијену ствари и права те прикупљена средства расподјелити вјеровницима размјерно њиховим тражбинама, подносити суду квартална писана извјешћа (објављују се на мрежној страници е-огласна плоча судова) у којима ће навести стање потрошачеве имовине, нове околности које би могле утјецати на могућност испуњења потрошачевих обвеза, износ укупно исплаћених средстава поједином вјеровнику, податке о уновченој стечајној маси и остале податке који су од утјецаја на тијек поступка. На обављање дужности и одговорност повјереника на одговарајући се начин примјењује Стечајни закон, ако у ЗСП није друкчије одређено.⁴⁷

Приједлог за отварање поступка стечаја потрошача потрошач може поднијети у року од три мјесеца од дана издавања потврде о томе да покушај склапања извансудског споразума није успио, а уз приједлог је дужан приложити ту потврду, попис имовине и обвеза и план испуњења обвеза, иначе ће суд ће приједлог одбацити.⁴⁸ Трошкове поступка стечаја потрошача предујмљује потрошач и о томе смо већ писали. Ријеч је о паушалном износу који одреди суд, а који не може бити мањи од 1.000,00 куна. Може се ослободити обвезе уплате предујма на начин и уз претпоставке прописане посебним прописом којим се уређује бесплатна правна помоћ. Потрошач и вјеровници могу сугласно, прије доношења рјешења о отварању поступка стечаја потрошача, затражити од суда застој поступка од најдуже три мјесеца ради покушаја склапања споразума.⁴⁹

Суд заказује припремно рочиште на којем се расправља и гласује о плану испуњења обвеза прије доношења одлуке о отварању поступка стечаја потрошача. Позив за припремно рочиште објављује се на мрежној страници е-огласна плоча судова заједно с пописом имовине и обвеза и планом испуњења обвеза. Вријеме између објаве позива за припремно рочиште и припремног рочишта не може бити краће од 60 дана. Позив за припремно рочиште садржава

⁴⁴ Чл. 29. и 30, ст. 2, 31-35. ЗСП.

⁴⁵ Објављује се на мрежној страници е-огласна плоча судова. Податке који се уписују на листу повјереника и попис повјереника те начин вођења и објаве пописа повјереника на мрежној страници е-огласна плоча судова прописује Правилник о утврђивању листе повјереника у поступку стечаја потрошача, НН 12/2016.

⁴⁶ Против тог рјешења је могућа жалба, а првоступањски суд може поводом жалбе донијети одлуку о именовању новог повјереника у року од три дана, на коју одлуку је такођер могућа жалба.

⁴⁷ Чл. 40. ЗСП.

⁴⁸ Чл. 44. ЗСП.

⁴⁹ Чл. 46. ст. 1.

позив вјеровницима да се очитују на план испуњења обвеза у року од 30 дана од објаве позива за припремно рочиште на мрежној страници е-огласна плоча судова. Вјеровници чије тражбине нису садржане у попису имовине и обвеза нити су при изради плана испуњења обвеза узете у обзир могу захтијевати њихово намирење само ако су у року од 30 дана од објаве позива за припремно рочиште поднијеле захтјев за допуну или измјену пописа. У позиву за припремно рочиште суд ће упозорити на правне посљедице које ће наступити због пропуштања рока за подношење захтјева за допуну или измјену пописа.⁵⁰ Сматрамо да изостанак особне доставе у пракси може значити велике проблеме, посебно ако се ради о физичким особама као вјеровницима које немају службу која дневно провјерава мрежне странице (што је све више стандардни *modus operandi* правних особа). Припремно рочиште започиње разматрањем плана испуњења обвеза, а прихваћени план⁵¹ има учинак судске нагодбе. Оспори ли тражбину вјеровника потрошач или нетко од вјеровника, сматрат ће се да план испуњења обвеза није прихваћен. Ако план испуњења обвеза буде прихваћен, приједлог за отварање поступка стечаја потрошача сматра се повученим, а суд рјешењем⁵² отвара поступак стечаја потрошача ако план испуњења обвеза не буде прихваћен и ако утврди постојање стечајног разлога. Рјешењем о отварању поступка стечаја потрошача суд ће одредити да се отварање поступка стечаја потрошача упише у јавне књиге, регистре, уписнике и очевиднике у којима је потрошач уписан као носитељ некога права.⁵³ Рјешењем о отварању поступка стечаја потрошача суд ће заказати испитно (на којем се испитују пријављене тражбине) и извјештајно рочиште (на којем повјереник подноси извјешће о положају потрошача), а могу се и спојити тако да се најприје одржи испитно рочиште, а затим извјештајно рочиште. Правне посљедице отварања поступка стечаја потрошача наступају тренутком објаве рјешења о отварању поступка стечаја потрошача на мрежној страници е-огласна плоча судова.⁵⁴

Ако постоји имовина потрошача, суд доноси рјешење о отварању стечаја потрошача и именује повјереника. Међутим, постоји ситуација у којој суд доноси истовремено одлуку о отварању и закључењу поступка, именује повјереника и одређује раздобље провјере понашања од пет година, ако суд на темељу исправа које се налазе у судском спису стекне увјерење да имовина потрошача која би ушла у стечајну масу није довољна ни за намирење трошкова поступка или је незнатне вриједности. Повјереник намирује настале трошкове поступка у

⁵⁰ Чл. 48. ЗСП.

⁵¹ Ако се вјеровник у року од 30 дана од објаве позива за припремно рочиште није изјаснио о плану испуњења обвеза, сматра се да је дао свој пристанак на план, а ако ниједан вјеровник није ускратио пристанак на план испуњења обвеза, сматра се да је план прихваћен. – чл. 50. ст. 1. и 2. ЗСП.

⁵² У складу с чл. 54. ЗСП.

⁵³ Чл. 54. ст. 2. ЗСП. Рјешење о отварању поступка се објављује исти дан када је донесено на мрежној страници е-огласна плоча судова. – чл. 54. ст. 3. ЗСП.

⁵⁴ Чл. 57. ст. 1. ЗСП.

раздобљу провјере понашања, тако да у име и за рачун потрошача уновчава имовину потрошача и о томе подноси извјешћа суду. Ако потрошач у раздобљу провјере понашања стекне имовину из које се могу намирити вјеровници, на одговарајући се начин примијењују одредбе Стечајног закона о настављању поступка ради накнадне диобе у случајевима у којима се отворени стечајни поступак не проводи.⁵⁵ Стечајна маса⁵⁶ обухваћа цјелокупну имовину потрошача коју је потрошач стекао до закључења стечајног поступка и имовину коју ће стећи до истека раздобља провјере понашања, осим имовине на којој се не може провести оврха. У стечајну масу улази иудио брачног друга у имовини брачних другова ако се на том удјелу према закону којим се уређује овршни поступак може против дужника провести оврха. Ако се потрошач одрекне наслједства или уступи свој наслједни дио након отварања поступка стечаја потрошача или у три године прије подношења приједлога за отварање поступка стечаја потрошача, суд ће оцијенити разлоге таквог одрицања односно уступања те од каквог је то утјецаја при одлуци о ослобођењу од преосталих обвеза, а о томе ће саслушати вјеровнике и потрошача.

Повјереник је дужан саставити завршни диобни попис о којем се расправља на посебном рочишту. Рјешењем о закључењу поступка стечаја потрошача суд одређује раздобље провјере понашања⁵⁷ које не може бити краће од годину дана ни дуже од пет година, а то раздобље почиње тећи од правомоћности рјешења о закључењу поступка стечаја потрошача.⁵⁸

3.3. Раздобље провјере понашања

Суд одређује раздобље провјере понашања.⁵⁹ Податак о трајању раздобља провјере понашања преузима се електроничким путем из сустава е-спис. Ако у рјешењу о закључењу поступка стечаја потрошача суд није одредио раздобље провјере понашања јер нису испуњени увјети да се потрошач ослободи од преосталих обвеза, умјесто податка о трајању раздобља провјере понашања уписује се податак да се потрошач не ослобађа од преосталих обвеза.⁶⁰ Суд одлучује о ослобођењу од преосталих обвеза.⁶¹

⁵⁵ Чл. 58. ЗСП.

⁵⁶ Чл. 60–62. ЗСП.

⁵⁷ Осим ако потрошач до закључења поступка стечаја потрошача изјави да не жели ослобођење од преосталих обвеза или ако је потрошач у посљедњих десет година које су претходиле подношењу приједлога за отварање поступка стечаја потрошача ослобођен од преосталих обвеза или му је ослобођење ускраћено. – чл. 69., ст. 2. ЗСП.

⁵⁸ Чл. 69. ЗСП.

⁵⁹ Чл. 30. ст. 7. ЗСП.

⁶⁰ Чл. 8. Правилника о Регистру поступака стечаја потрошача.

⁶¹ Чл. 30. ст. 9. ЗСП.

У раздобљу провјере понашања повјереник уновчава и расподељује потрошачеву имовину у складу са завршним диобним пописом, те располаже имовинским правима⁶² која улазе у стечајну масу потрошача у име и за рачун потрошача, а имовина која се не уновчи до истека раздобља провјере понашања у складу са завршним диобним пописом, сматра се неуновчивим предметом стечајне масе и остаје потрошачу.⁶³ Потрошач је дужан, у раздобљу провјере понашања суду и повјеренику, на њихов захтјев, дати обавијести о свом послу или својим настојањима да нађе посао, предати имовину коју стекне наслеђивањем у стечајну масу те без одгоде пријавити повјеренику сваку промјену мјеста становања или мјеста запослења.⁶⁴

Након истека раздобља провјере понашања, суд заказује рочиште на којем ће прибавља мишљење вјеровника, повјереника и потрошача и након тога доноси рјешење о ослобођењу или ускрати ослобођења од преосталих обвеза, против којег рјешења има право на жалбу сваки вјеровник који је предложио суду донијети рјешење о ускрати ослобођења од преосталих обвеза, а право на жалбу против рјешења о ускрати ослобођења од преосталих обвеза има потрошач.⁶⁵ Суд ће рјешењем ускратити ослобођење од преосталих обвеза ако је потрошач: правомоћно осуђен због казненог дјела против имовине, против господарства или другог казненог дјела које би упућивало на његову несавјесност и непоштење при испуњавању обвеза и дужности, у последње три године које су претходиле подношењу приједлога за отварање поступка стечаја потрошача или након тога намјерно или из крајње непажње дао неточне или непотпуне податке о својим имовинским приликама, како би добио кредит, примио плаћања из јавних средстава или избјегао плаћање пореза или других јавних обвеза, у последњој години прије подношења приједлога за отварање поступка стечаја или након тога намјерно или из крајње непажње онемогућио намирење вјеровника тиме што је преузимао непримјерене обвезе, несавјесно и непоштено умањивао вриједност своје имовине или без изгледа за побољшање финансијског положаја одгађао отварање поступка стечаја, тијеком поступка намјерно или из крајње непажње повриједио своје дужности извјешћивања и сурадње или намјерно или крајњом непажњом навео непотпуне и неточне податке у попису имовине и обвеза.⁶⁶

⁶² Потрошач преноси на повјереника право располагања имовинским правима изјавом о уступу коју је дужан дати на записник пред судом и у којој је дужан навести је ли тим имовинским правима већ прије располагао – чл. 71. ст. 3. ЗСП. Вриједи начело једнаког поступање према свим вјеровницима, те је ништетан сваки споразум између потрошача или других особа и појединих вјеровника на основи којег би који од њих стекао неку посебну предност.- чл. 72. ст. 2. ЗСП.

⁶³ Чл. 70–71. ЗСП.

⁶⁴ Чл. 73. ЗСП.

⁶⁵ Чл. 74. ЗСП.

⁶⁶ Чл. 75. ЗСП.

Суд доноси рјешење о ослобођењу од преосталих обвеза ако нису испуњене претпоставке за доношење рјешења о ускрати ослобођења од преосталих обвеза. Ослобођење од преосталих обвеза има правни учинак у односу на све вјеровнике, укључујући и вјеровнике који тражбину нису пријавили у поступку стечаја потрошача.⁶⁷ Постоје обвезе које су изузете од ослобођења, а то су: законске обвезе на уздржавање дјете, родитеља и других особа које је по закону дужан уздржавати, враћања имовинске користи остварене казним дјелом или прекршајем, накнаде штете настале казним дјелом или прекршајем, накнаде штете због смрти или теже тјелесне озљеде.⁶⁸

4. Закључак

Закон о особном банкроту је тековина модерног времена у земљама Еуропске уније, а у Америци постоји дуго. Тај закон даје прилику инсолвентним потрошачима да отплате дугове (уз мање или веће олакшице) уз стручну помоћ сустава (друга страна медаље је помоћ вјеровницима да наплате своје доспјеле и ненаплативе тражбине у што већем опсегу), а у Хрватској тај закон даје могућност отписа дугова уз испуњење законских претпоставки (за разлику од примјерице Ирске и Шпањолске у којима нема могућности отписа дугова и потрошач остаје у банкроту све док не плати дугове).

Главна критика овог закона су, с обзиром на постојећу ситуацију дужника ради које и улази у овај поступак, предујам и високи трошкови које он мора помирити. Добро рјешење имамо у аустријском праву, гдје не треба платити предујам за трошкове поступка и у правилу не треба имати повјереника, што поступак битно појефтиније.

Закон је велики корак напријед у смислу остварења права потрошача, а једно од темељних начела овог закона је и начело достојанства и заштите дома, што сматрамо похвалним. Могућност отписа дугова и максимално трајање раздобља провјере понашања од пет година утјечу на правну сигурност и омогућава поштеним потрошачима, који су постали инсолвентни, нови почетак уз помоћ сустава, те уз могућност да суд тог потрошача и упуту у одговарајуће савјетовалиште ради подуке о финансијски рационалном понашању када процијени да је то потребно. Међутим, увијек остаје двојба је ли сустав гријеша

⁶⁷ Чл. 76. ЗСП. Правомоћношћу рјешења о ослобођењу од преосталих обвеза престају важити изјаве о уступу, служба повјереника и ограничења права потрошача.

⁶⁸ Чл. 77. ЗСП. Могуће је да суд опозове одређено ослобођење потрошача од преосталих обвеза (на приједлог неког вјеровника) ако се накнадно установи да је потрошач коју од својих дужности намјерно повриједио или тиме знатно онемогућио намјерне вјеровника. Приједлог се може поднијети у року од годину дана од правомоћности одлуке о ослобођењу потрошача од преосталих обвеза. Увјет је да вјеровник учини вјеројатним прије правомоћности одлуке није сазнао да ти разлози постоје. – чл. 78. ЗСП. Прије доношења одлуке суд ће саслушати потрошача и повјереника и против рјешења суда подносилац приједлога и потрошач имају право на жалбу. – чл. 79. ЗСП.

помажући дужнику који и након овакве помоћи ипак дефинитивно пропадне, а нитко не мисли довољно на вјеровника, којега очито сви прешутно сматрају као онога тко ће помоћи дужнику (помаже дужнику вјеровник, а не држава) и да притом он неће упасти у финансијске проблеме. Што се хрватског законодавства и праксе тиче, још су свјеже и ране и успомене на предстечајне нагодбе које су спасиле неколико тисућа радних мјеста код послодаваца који су спашени од стечаја, али нитко није дао и приближне податке о броју вјеровника који су или пропали или „само“ морали отпустити одређени број запосленика због губитака које им је предстечајна нагодба наметнула. Тешко је при томе не присјетити се и колико је законодавцу требало за реакцију на спрјечавању манипулација дужника путем других фиктивних вјеровника који су служили само како би се оне „проблематичне“ (најчешће је њихова проблематичност била само у томе што су хтјели штити своје и што нису пристајали на правила према којему је њихова пропаст прихватљивија од пропасти њиховог дужника) свело на постотак који им није омогућавао спрјечавање предстечајне нагодбе. Ради свега овога, а посебно и што ће код стечаја потрошача у правилу вјеровници бити друге физичке особе, треба признати како је страх од још једног олаког улажења у тако социјално осјетљиве пројекте више него реалан.

*Blanka Ivančić-Kačer, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Split*

ONE SERVICE SUI GENERIS IN CROATIAN LAW – CONSUMER BANKRUPTCY

Summary

In the Republic of Croatia on 01 January 2016 entered into force law that allows the bankruptcy of insolvent consumers, in order to enable a new start with a controlled debt repayment, but also allow creditors evenly settlement of claims. This article analyzes the law de lege lata, but also gives suggestions de lege ferenda on the places where the law deserves criticism.

Key words: *consumer, debtor, bankruptcy, law.*

Литература

- Закон о стечају потрошача, НН 100/15.
Закон о порезу на доходак, НН 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12, 144/12, 43/13, 120/13, 125/13, 148/13, 83/14, 143/14.
Закон о порезу на добит, НН 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12, 148/13, 143/14.
Закон о заштити особних података, НН 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12.
Закон о бесплатној правној помоћи, НН 143/13.
Овршни закон, НН 112/12, 25/13, 93/14.
Правилник о Регистру поступака стечаја потрошача, НН 7/16.
Правилник о утврђивању листе повјереника у поступку стечаја потрошача, НН 12/2016.
Правилник о увјетима за добивање дозволе за обављање послова савјетовалишта и начину рада савјетовалишта, НН 2/16.
Правилник о садржају и облику образаца на којима се подносе поднесци у извансудском поступку и поступку стечаја потрошача, НН 2/16.
Стечајни закон, НН 71/15.

*Др Емир Ђоровић, доцент
Департман за правне науке
Државног универзитета у Новом Пазару
Иван Милић, асистент
Правног факултета Универзитета у Новом Саду*

УДК: 343.53:343.21

ШТА ДАЉЕ СА ПРИВРЕДНИМ ПРЕСТУПИМА И АКТУЕЛНИМ ЗАКОНОМ О ПРИВРЕДНИМ ПРЕСТУПИМА?

Резиме

У Републици Србији на снази је Закон о привредним преступима који је донет 1977. године, а којим се уређују општи услови и начела за изрицање санкција за привредне преступе, систем санкција, као и поступак у коме се утврђује одговорност и изричу санкције учиниоцима привредних преступа. Дакле, овим Законом уређује се област привредних преступа, као једне врсте казnenих дела, али не у потпуности. Аутори имају за циљ да истраже да ли је нужно да се донесе нови Закон о привредним преступима, јер актуелни Закон има огромне недостатке, односно да ли је сврсисходно да постоје привредни преступи с обзиром да је донет Закон о одговорности правних лица за кривична дела. Посебан проблем се појављује зато што се овај Закон позива на сходну примену појединих одредаба Кривичног закона и Закона о кривичном поступку СФРЈ, који су одавно престали да важе.

Кључне речи: *привредни преступ, поступак, Кривични законик, Законик о кривичном поступку, правна сигурност.*

У казненом систему Србије постоје три врсте казnenих дела. То су кривична дела, прекршаји и привредни преступи.¹ Основни закон који уређује област привредних преступа у Републици Србији је Закон о привредним преступима (у

¹ Крајем 1953. и почетком 1954. године у нашем казненом систему, поред кривичних дела и прекршаја, постоје и привредни преступи као трећа категорија кажњивих радњи (деликата). Привредни преступи су деликти из области привреде. Живковић, С., Леви, А., *Збирка прописа о привредним преступима с коментаром*, Информаторов приручник за кадрове, 15-16, Загреб, 1964. стр. 13.

даљем тексту: Закон о привредним преступима, Закон или ЗПП).² ЗПП уређује област материјалног и процесног дела за ову врсту казњених дела и то само у одређеном обиму.³ Наиме, ЗПП се позива на сходну примену појединих института Кривичног закона и Закона о кривичном поступку СФРЈ.⁴ Надаље, ЗПП не прописује ниједан привредни преступ, већ се привредни преступи прописује другим прописима.⁵ Актуелни Закон о привредним преступима донет је 1977. године, а последње измене и допуне извршене су 2005. године.⁶

Закон о привредним преступима прописује да је привредни преступ друштвено штетна повреда прописа о привредном или финансијском пословању која је проузроковала или је могла проузроковати теже последице и која је прописом надлежног органа одређена као привредни преступ.⁷ Видимо да се у актуелном Закону и даље задржава друштвена штетност као елемент општег појма привредног престапа, иако је схватање да друштвена опасност треба да представља конструктивни елемент општег појма (казненог дела) давно напуштен.⁸

² Закон о привредним преступима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77 - испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90 и "*Сл. лист СРЈ*", бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001 и "*Сл. гласник РС*", бр. 101/2005 - др. закон.

³ Ради заштите законитости у области привредног и финансијског пословања, овим законом уређују се општи услови и начела за изрицање санкција за привредне преступе, систем санкција, као и поступак у коме се утврђује одговорност и изричу санкције учиниоцима привредних престапа. Чл. 1. Закона о привредним преступима.

⁴ Притом ЗПП не наводи бројеве Службеног гласника/листа.

⁵ Никоме не може бити изречена казна или друга санкција за дело које, пре него што је учињено, није било одређено као привредни преступ законом или уредбом донесеном на основу закона и за које тим прописом није било одређено како ће се казнити учинилац тог привредног престапа. Чл. 5. Закона о привредним преступима.

⁶ Од кад су уведени у наш правни систем, правна природа привредних престапа била је спорна /Ђорђевић М., 1968/ а изменама казненог законодавства (извршеним 2009) којима којима уведена је могућност да правна лица одговарају за извршена кривична дела, потреба задржавања привредних престапа у том систему још више је доведена у питање. Кривични законодавац није ову измену искористио да из казненог система изостави овај тип деликата који је, са напуштањем друштвене својине, постао део правне историје у свим државама насталим на тлу бивше Југославије, сем у Србији. Таква дела постала су прекршаји у привреди, како је на пример учињено у Црној Гори /в. Коментар (*Stojanović – shine*) 2007/. Тешко је наћи иоле разложан правни аргумент зашто такав захват није учињен и код нас. Игњатовић, Ђ., *Право извршења кривичних санкције*, Београд, 2014. стр. 16-17.

⁷ Вид. чл. 2. ст. 1. Закона о привредним преступима.

⁸ Наше раније кривично законодавство садржало је (непотпуну) материјалу дефиницију општег појма кривичног дела. (...) оваквом одредјивању општег појма могло се замерити и то што је на прво место стављало, данас напуштен, елемент друштвене опасности који представља законодавни мотив инкриминације, односно криминалополитички критеријум за одређивање која понашања ће бити прописана као кривично дело, а не конструктивни елемент општег појма кривичног дела. Стојановић, З., *Кривично право* –

Закон о привредним преступима користи формулације које су важиле за некада постојећу федералну државу, која је постојала у време када је и сам Закон донет, што ствара одређење тешкоће приликом његове примене. Тако, на пример, прописује: „Страно правно лице и одговорно лице у страном правном лицу одговорни су за привредни преступ ако страно правно лице има представништво на територији Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, или ако је привредни преступ учињен његовим превозним средством, ако прописом којим је одређен привредни преступ није што друго предвиђено“.⁹ „Појам територије Социјалистичке Федеративне Републике Југославије одређује се у смислу чл. 113. ст. 1. Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије“.¹⁰ „Ако прописом којим се одређује привредни преступ нису посебно прописани услови за изрицање мере (...), та мера се може изрећи правном лицу ако би даље бављење одређеном привредном делатношћу било опасно по живот или здравље људи или штетно за привредно или финансијско пословање других организација удруженог рада или других правних лица или за привреду или би штетило угледу Социјалистичке Федеративне Републике Југославије или организацији удруженог рада у иностранству при вршењу послова спољнотрговинског промета, или ако је правно лице за последње две године кажњено због истог или сличног привредног преступа“.¹¹

Поједине одредбе Закона о привредним преступима јако је тешко, или их није могуће применити с обзиром на све промене које су се десиле од 1977. године. Тако, на пример: „Привредни преступи одређују се, у границама уставом утврђених овлашћења, законима федерације и законима република, односно аутономних покрајина и уредбама њихових извршних већа донесеним на основу закона (у даљем тексту: уредбе)“.¹² „Одредбе овог закона о одговорности и санкцијама за привредне преступе важе за све привредне преступе одређене савезним и републичким, односно покрајинским законима и уредбама“.¹³ „Новчане казне наплаћене за девизне, царинске и спољнотрговинске привредне преступе, као и за друге привредне преступе за које је то савезним законом одређено, уносе се у буџет федерације“.¹⁴

опити део, Београд, 2009. стр. 81-82. Најопштије речено, друштвено опасно дело јесте оно дело које је опасно за одређено друштво, одређену друштвену заједницу. Лазаревић, Љ., Срзентић, Н., Стајић, А., *Кривично право Југославије – опити део*, Београд, 2000. стр. 124. Вид. Лазаревић, Љ., *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006. стр. 34.

⁹ Чл. 6а. ст. 1. Закона о привредним преступима.

¹⁰ Чл. 6а. ст. 2. Закона о привредним преступима.

¹¹ Чл. 34. ст. 2. Закона о привредним преступима.

¹² Чл. 3. ст. 1. Закона о привредним преступима.

¹³ Чл. 4. Закона о привредним преступима.

¹⁴ Чл. 25. ст. 2. Закона о привредним преступима.

Према решењу Закона о привредним преступима за учињени за привредни преступ може да одговара правно лице¹⁵ и одговорно лице у правном лицу, док друштвено-политичке заједнице и њихови органи, други државни органи и месне заједнице не могу бити одговорни за привредни преступ.¹⁶ Надаље, прописом којим се одређује привредни преступ може се предвидети да за одређени

¹⁵ Дакле, свако правно лице може да одговара за привредни преступ, а не само привредна друштва. Вид. Одговор утврђен на седници Одељења за привредне преступе Вишег привредног суда у Београду, 11. јула 1995. године. Преузето из електронске правне базе *Propisi online*, 10. 1. 2016. Тако, на пример, Закон о задругама (*Сл. лист СРЈ*, бр. 41/96 и 12/98 и "*Сл. гласник РС*", бр. 101/2005 - др. закон и 34/2006) прописује и одговорност задруге за привредни преступ. Вид. Чл. 88 Закона о задругама. Истим Законом се у чл. 5 прописује да је задруга правно лице. С тим у визи вид. (...) Из образложења: "Побијеном пресудом земљорадничка задруга и одговорно лице оглашени су одговорним за привредни преступ из чл. 82. ст. 1. тач. 16. и ст. 2. Закона о рачуноводству и осуђени на новчане казне и то окривљено правно лице у износу од 3.000,00 динара а окр. одговорно лице у износу од 1.000,00 динара, са обавезом да их плате у року од 15 дана по правноснажности пресуде под претњом принудног извршења". (...) (Решење Вишег привредног суда, Пкж. 23/99 од 18.2.1999. године - Судска пракса привредних судова - Билтен бр. 2/1999 - стр. 68). Преузето из електронске правне базе *Paragraf Lex*, 1.1.2016. Надаље, одговорност синдикалних организација за привредни преступ - Синдикалне организације и њихова одговорна лица могу да одговарају за привредне преступе. Из образложења: Првостепени суд је одбацио оптужни предлог ОЈТ у Л., јер је утврдио, полазећи од одредаба чла. 6. Закона о привредним преступима ("Службени лист СФРЈ", број 10/86), да окривљено правно лице није субјект са правима и обавезама и одговорностима које имају на основу Устава, закона и аката о оснивању. У конкретном случају основна организација самосталних синдиката "П", В.Х, нема статус правног лица, те да оно не може ни бити одговорно за учињени привредни преступ. Међутим, основано се у жалби ОЈТ истиче да ако је до повреде прописа, који представља привредни преступ, дошло у основној организацији самосталних синдиката, онда за учињени привредни преступ одговара и одговорно лице у овој основној организацији, те да ОО СС има статус правног лица према одредби чл. 6. Закона о привредним преступима, из кога је првостепени суд требало да донесе одговарајућу одлуку у односу на оптужни предлог, а не да исти одбаци. (Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пкж. 1422/95 од 29. децембра 1995. године). Преузето из електронске правне базе *Propisi online*, 10.1.2016.; Такође, удружења грађана могу да одговарају за привредни преступ под одређеним условима. (Правни став утврђен на седници Одељења за привредне преступе Вишег трговинског суда, одржане 23.6.2003. године). Преузето из електронске правне базе *Paragraf Lex*, 1.1.2016.

¹⁶ Вид. Чл. 6. ст. 1. и 2. Закона о привредним преступима. Више о одговорности за привредне преступе вид. Андрић, М., Јовановић, Т., Вуковић, Д., *Привредни преступи, прекршаји и кривична дела – законске одредбе из савезних закона и закона СР Србије о одговорности корисника друштвених средстава и радника са посебним овлашћењима*, Београд, 1982. стр. 1-42.; Јовашевић, Д., *Коментар Закона о привредним преступима - са судском праксом и регистром појмова*, Београд, 1997. стр. 39-54. О привредним преступима у упоредном праву вид. Шупут, Ј., *Одговорност правног лица за кривична дела*, Страни правни живот, бр. 1/2009. стр. 170-189.

привредни преступ одговара одговорно лице у органу друштвено-политичке заједнице, другом државном органу или месној заједници.¹⁷ Међутим, ако је прописом којим се одређује привредни преступ предвиђено да за привредни преступ одговара одговорно лице у државном органу, лица на служби у оружаним снагама СФРЈ која учине такав привредни преступ у својству одговорног лица у војној јединици, односно војној установи, одговарају за дисциплинске преступе по закону којим је уређена служба у оружаним снагама СФРЈ.¹⁸ Видимо да ЗПП прецизно прописује ко може да одговара за привредни преступ, али исто тако, мада непрецизно, одређује ко не може да одговара за привредни преступ. Сада се долази до одређених проблема јер се прописима којима се уређује неке друге области прописују решења која нису компатибилни са решењима ЗПП.¹⁹ Тако, на пример, Закон о Војсци Србије²⁰ прописује да припадници Војске Србије одговарају за кривична дела, привредне преступе и прекршаје по општим прописима. Одговорност за кривично дело, привредни преступ и прекршај не искључује дисциплинску одговорност ако дело које је предмет кривичног поступка, поступка за утврђивање одговорности за привредни преступ или прекршајног поступка, представља и повреду дужности из службе.²¹ У вази са одговорношћу за привредни преступ, поставља се и питање - да ли предузетник може да одговара за привредне преступе?²² ЗПП не прописује да предузетник може да одговара за привредни преступ, али исто тако не прописује ни да не може да одговара. Међутим, закони којима се прописује поједини привредни преступи истовремено прецизирају да и предузетник може да одговара за привредни преступ. На пример, Закон о рударству и геолошким истраживањима²³ прописује и одговорност предузетника за привредни преступ. Тако се овим Законом прописује: новчаном казном од 1.500.000 до 3.000.000 динара за привредни преступ казниће се привредно друштво, односно друго правно лице и предузетник, ако“ (...).²⁴ „новчаном казном од 1.500.000 до 3.000.000 динара за привредни преступ казниће се привредно друштво, односно друго правно лице и предузетник, ако“ (...).²⁵ Дакле, иако ЗПП не предвиђа

¹⁷ Вид. чл. 6. ст. 3. Закона о привредним преступима

¹⁸ Вид. чл. 6. ст. 4. Закона о привредним преступима.

¹⁹ Вид. Ристивојевић, Б., *Прекршајно право и право о привредним преступима* (скрипта за припрему испита из Права о привредним преступима), Нови Сад, 2013. стр. 2-4.

²⁰ Закон о Војсци Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 - др. закон, 10/2015 и 88/2015 - одлука УС.

²¹ Вид. чл. 143. ст. 1. и 2. Закона о Војсци Србије.

²² Предузетник је пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања прихода и које је као такво регистровано у складу са законом о регистрацији. Чл. 83 ст. 1. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015

²³ Закон о рударству и геолошким истраживањима, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2015.

²⁴ Чл. 180. ст. 1. Закон о рударству и геолошким истраживањима.

²⁵ Чл. 181. ст. 1. Закон о рударству и геолошким истраживањима.

одговорност предузетника за привредни преступ, видимо да се у овом случају другим законом предвиђа његова одговорност, па се поставља питање како привредни судови у пракси решавају овакве законске контрадикторности?²⁶

²⁶ Вид. Процесно право - ПИТАЊА И ОДГОВОРИ - Одговорност предузетника за привредни преступ. Оптужни предлог је поднет против предузетника СЗР, као микро правног лица и против Н.Ђ. као одговорног лица у правном лицу, због привредног престапа из чл. 46 ст. 1. тач. 7. и тач. 16. и ст. 2. Закона о рачуноводству. Да ли предузетник може бити одговоран за привредне преступе ако се има у виду одредба чл. 6. ст. 1. Закона о привредним преступима, која предвиђа да за привредни преступ може бити одговорно правно лице и одговорно лице у правном лицу, а предузетник је, у смислу одредбе чл. 83. Закона о привредним преступима пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања прихода и које је као такво регистровано у складу са законом? Закон о рачуноводству у чл. 2. ст. 3. такође прописује да су предузетници физичка лица која самостално обављају привредну делатност ради стицања добити, али исти закон у чл. 6. у последњем ставу прописује да се предузетници сматрају микро правним лицима. Одговор: Одредбом чл. 83. Закона о привредним друштвима предузетник је дефинисан као пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања прихода и које је као такво регистровано у складу са законом о регистрацији. На исти начин предузетници су дефинисани и одредбом чл. 2. ст. 3. Закона о рачуноводству, која предвиђа да су предузетници физичка лица која самостално обављају привредну делатност ради стицања добити, а која пословне књиге воде по систему двојног књиговодства, ако посебним прописима није друкчије уређено. Имајући у виду поменуте законске одредбе, неспорно је да је предузетник физичко лице и да услед изнетог не може одговарати за привредни преступ, с обзиром да одредба чл. 6. ст. 1. Закона о привредним преступима предвиђа да за привредни преступ може бити одговорно правно лице и одговорно лице у правном лицу. Одредба чл. 6. ст. 13. Закона о рачуноводству прописује да се предузетници, у смислу овог закона, сматрају микро правним лицима. Међутим, ова одредба нема онај смисао који се у питању имплицира, односно овом законском одредбом предузетници нису проглашени за правна лица. Кључни део цитиране одредбе јесте да се предузетници сматрају микро правним лицима, у смислу овог закона, односно у смислу Закона о рачуноводству. Ово практично значи да се предузетници, са аспекта својих рачуноводствених обавеза, третирају као микро правна лица, која су дефинисана одредбом чл. 6. ст. 2. Закона о рачуноводству. И сама одредба чл. 6. ст. 13. Закона, која поставља ову премису о предузетницима као микро правним лицима, предвиђа да се предузетници сматрају микро правним лицима, а не да су предузетници микро правна лица. Имајући све речено у виду, такав оптужни предлог који је поднет против предузетника СЗР, треба одбацити, у смислу одредбе чл. 105. Закона о привредним преступима. *Привредни Апелациони суд - Питања и одговори - радни материјал са XXIII Саветовања привредних судова Републике Србије*, Златибор, септембар 2015. године - са веб сајта: www.pa.sud.rs). *Преузето из електронске правне базе Propisi online, 10.1.2016.* Међутим, 2005. године заузет је другачији став у вези са овом проблематиком, тако: Одговорност предузетника за привредни преступ због повреде клаузуле конкуренције - Ако је предузетник регистровао самосталну трговинску радњу - трговина на мало током 1998. године и истовремено био запослен у предузећу - правном лицу у којем је током 2001, 2002. и 2003. године радио на пословима директора правног лица, истовремено и даље био предузетник, а регистрована радња се бавила продајом

Закон о привредним преступима, као што смо на почетку рекли, не уређује у потпуности материјаноправна питања привредних преступа, већ се позива на сходну примену појединих одредаба Кривичног закона. Тако у чл. 16 ЗПП прописује да одредбе Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије о крајњој нужди (чл. 10), о урачунљивости (чл. 12), о умишљају и нехату (чл. 13. и 14), о одговорности за тежу последицу (чл. 15), о стварној и правној заблуди (чл. 16. и 17), о покушају (чл. 19. до 21), о саучесништву (чл. 22. до 25), о начину, времену и месту извршења кривичног дела (чл. 30. до 32), сходно важе и за привредне преступе. Осим овог члана, ЗПП се позива на сходну примену кривичног законика и у својим осталим одредбама. При одмеравању казне одговорном лицу сходно ће се примењивати одредбе чл. 41. Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије;²⁷ У погледу изрицања условне осуде, њеног дејства и опозивања важе сходно одредбе чл. 52. до 57. Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије;²⁸ У погледу одузимања имовинске користи и заштите оштећеног сходно ће се примењивати одредбе чл. 85. и 86. Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије;²⁹ За ток и прекид застаревања гоњења, застаревања извршења казне или заштитних мера за привредне преступе, као и за апсолутну застарелост, сходно се примењују одредбе чл. 96. и 99. Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије о застаревању кривичног гоњења и застаревању извршења казни и мера безбедности;³⁰ Дакле, актуелни ЗПП се позива на примену одредаба Кривичног закона које је давно престао да важи.

Сам поступак за привредне преступе, такође, је уређен Законом о привредним преступима, али не у потпуности. ЗПП се, такође, позива на сходну

истих пољопривредних машина за коју је регистровано и предузеће, ко би у конкретном случају био окривљено правно лице а ко окривљено одговорно лице за привредни преступ из чл. 439. ст. 1. тач. 7. Закона о предузећима? Пријава за привредни преступ је поднета само против предузетника а поднео је синдикат предузећа. (...) могло би се закључити да извршилац привредног преступа из чл. 439. ст. 1. тач. 7. и ст. 2. овог закона (према чл. 92. ст. 1. закона) може бити свако предузеће или друго правно лице и његово одговорно лице као и предузетник, ако повреди клаузулу конкуренције. У конкретном случају на који се питање односи, у зависности од свих околности случаја, које се морају утврдити током поступка (када је који субјект основан - уписан у регистар, када је спорна делатност уписана у одговарајући регистар, да ли се ради о истој делатности, када је и ко ову делатност и фактички обављао...) могло би бити одговорно предузеће - правно лице и директор тог правног лица или само предузетник ако су, противно одредбама овог закона, повредили клаузулу конкуренције. (Правни став Вишег трговинског суда - одговор утврђен на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове од 26. септембра 2005. године). Преузето из електронске правне базе *Propisi online*, 10.1.2016.

²⁷ Чл. 20. ст. 1. Закона о привредним преступима.

²⁸ Чл. 27. ст. 3. Закона о привредним преступима.

²⁹ Чл. 68б. ст. 4. Закона о привредним преступима.

³⁰ Чл. 40. Закона о привредним преступима.

примену поједних одредаба закона којим се уређује кривични поступка. ЗПП у чл. 56 прописује да ако одредбама овог закона није друкчије одређено, у поступку за привредне преступе сходно ће се примењивати следеће одредбе Закона о кривичном поступку:³¹ о основним начелима (чл. 4. до 16. и чл. 21), о спајању и раздвајању поступка (чл. 32. и 33), о преношењу месне надлежности (чл. 35. ст. 1), о последицама ненадлежности (чл. 36. и 37), о изузећу (чл. 39. до 44), о јавном тужиоцу (чл. 47. до 51), о оштећеном (чл. 59. до 66), о браниоцу (чл. 67. до 69, 73. и 75), о поднесцима и записницима (чл. 76. до 89), о роковима (чл. 90. до 94), о трошковима кривичног поступка (чл. 95. до 101), о имовинско-правним захтевима (чл. 103. до 114), о доношењу и саопштавању одлука (чл. 115. до 119), о достављању писмена и разматрању списа (чл. 120. до 131), о значењу законских израза и остале одредбе (чл. 143. и 146), о позиву и довођењу окривљеног (чл. 183. и 184), о претресању (чл. 206. до 210), о привременом одузимању предмета (чл. 212. до 215), о испитивању окривљеног (чл. 218. до 224), о саслушању сведока (чл. 225. до 237), о увиђају (чл. 238. до 240), о вештачењу (чл. 241. до 251, 258. и 260), о припремама за главни претрес (чл. 279, 281. до 286), о главном претресу (чл. 287. до 296, 298, 303, 304, 306, 308. до 337. и 339. до 344), о пресуди (чл. 345. до 350, 352. и 354. до 358), о редовним правним лековима (чл. 361. до 371. 376. до 390. и 394. до 399), о понављању поступка (чл. 400. до 409. и 411), о захтеву за заштиту законитости (чл. 419. до 424),³² о

³¹ Питање: Које одредбе новог ЗКП ће бити одредбе сходне примене према чл. 56 ЗОПП-а, почев од октобра 2013. године? Одговор: Рад на изради Нацрта Закона о привредним преступима је започет и у марту 2013. године је сачињена радна верзија одредбе која се односи на сходну примену појединих таксативно одређених одредаба ЗКП. Радна верзија ове одредбе, као и осталих одредаба Нацрта, до тада припремљених, достављена је председнику Радне групе који се, међутим, није изјаснио у односу на припремљен текст. Због тога није могуће одговорити на постављено питање. (Привредни апелациони суд – Питања и одговори - радни материјал - са XXI Саветовања привредних судова Републике Србије, Златибор, септембар 2013. године – са веб сајта: www.pa.sud.rs). Преузето из електронске правне базе *Propisi online*, 10.1.2016.

³² Интересантно је навести једну одлуку Врховног касационог суда, која се односи на проблематику Захтева за заштиту законитости, која ће послужити као пример колико је тешко применити одредбе Законика о кривичном поступку на у поступку за привредни преступ. Овлашћење за подизање захтева за заштиту законитости у поступку за привредни преступ припада искључиво надлежном јавном тужиоцу на основу одредбе чл. 130. Закона о привредним преступима, па у том погледу нема сходне примене одредаба Законика о кривичном поступку ("Службени гласник РС" 72/11 ... 45/2013). Из образложења: "Бранилац окривљеног предузећа поднео је захтев за заштиту законитости против правноснажне пресуде Привредног суда и Привредног апелационог суда, због повреде закона јер је на чињенично стање утврђено у правноснажној пресуди погрешно примењен закон, све у складу са чл. 485. ст. 1. тач. 1. ЗКП. Врховни касациони суд је у седници већа, испитујући дозвољеност поднетог захтева за заштиту законитости, нашао да је захтев недозвољен. Процесном одредбом чл. 56. Закона о привредним преступима ("Службени лист СФРЈ" 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89, 3/90, "Службени лист СРЈ" 27/92, 24/94, 28/96, 64/2001 и

поступку за примену мера безбедности (чл. 500, 501, 503. и 504) и о поступку издавања потерница и објаве (чл. 550). Иако се ЗПП изричито не одређује који Закон о кривичном поступку се сходно примењује, логично је да је то онај Закон који је важио када је и сам ЗПП донет.

Осим у овом члану, ЗПП се још на неколико места позива на сходну примену Закона о кривичном поступку. Тако, на пример: „Осим случаја предвиђеног у чл. 387. ст. 1. Закона о кривичном поступку, другостепени суд може преиначити одлуку првостепеног суда и ако нађе да је првостепени суд погрешно оценио исправе или доказе које није сам извео, а одлука првостепеног суда је заснована на тим доказима“.³³ „Поред случајева предвиђених у чл. 404. Закона о кривичном поступку, поступак се може поновити и ако се утврди да је одговорно лице које је осуђено за привредни преступ за исту радњу

"Службени гласник РС" 101/2005), прописано је да ако одредбама овог закона није друкчије одређено, у поступку за привредне преступе сходно ће се примењивати одредбе Закона о кривичном поступку, између осталих, одредбе о захтеву за заштиту законитости (чл. 419. до 424. "Службени гласник РС" 58/04 ... 76/2010). Законом о привредним преступима у делу који се односи на поступак по правним лековима и то на захтев за заштиту законитости као ванредни правни лек (глава XIII тач. 3), у чл. 130. је прописано, да против правноснажне судске одлуке којом је повређен овај закон или против судског поступка који је претходно правноснажној судској одлуци, надлежни јавни тужилац може поднети захтев за заштиту законитости, а у чл. 133. истог закона, да јавни тужилац захтев може подићи у року од 6 месеци од дана када је странкама достављена одлука против које је дозвољено подизање захтева. Закоником о кривичном поступку ("Службени гласник РС" 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 и 45/13) који се примењује од 1.10.2013. године, прописано је, у чл. 483. ст. 1, да захтев за заштиту законитости могу поднети Републички јавни тужилац, окривљени и његов бранилац, с тим да је право окривљеног и браниоца на подношење захтева временски ограничено на рок од 30 дана рачунајући од дана достављања правноснажне судске одлуке окривљеном (чл. 485. ст. 4. истог законика). Из цитираних прописа произлази да је одредбама Закона о привредним преступима, који се примењује у поступку за привредни преступ, у односу на важеће опште одредбе кривичног поступка, између осталог, различито одређен круг лица која су овлашћена за подношење захтева за заштиту законитости, због чега у поступку за привредни преступ не долази у обзир сходна примена одредбе чл. 483. ст. 1. Законика о кривичном поступку у вези са чл. 56. Закона о привредним преступима, већ се у погледу овлашћења за подношење захтева за заштиту законитости примењује одредба чл. 130. Закона о привредним преступима. Како је, у смислу одредбе чл. 130. Закона о привредним преступима, искључиво надлежни јавни тужилац овлашћен за подношење захтева за заштиту законитости против правноснажне одлуке донесене у поступку за привредни преступ, то је предметни захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног предузећа недозвољен, јер је поднет од неовлашћеног лица у смислу цитираног прописа. Због тога је Врховни касациони суд овај захтев одбацио, на основу чл. 487. ст. 1. тач. 2. Законика о кривичном поступку". (Сентенца из решења Врховног касационог суда Кзз 157/2013 од 3.12.2013. године утврђена на седници Кривичног одељења 16.6.2014. године) - Билтен Врховног касационог суда, бр. 1/2015, Интермех, Београд. Преузето из електронске правне базе *Propisi online*, 10.1.2016.

³³ Чл. 125. Закона о привредним преступима.

правноснажно осуђено у кривичном поступку (чл. 14)³⁴. „На решење о привредном преступу које је донесено у скраћеном поступку сходно се примењују одредбе овог закона и Закона о кривичном поступку које се односе на пресуду“³⁵. „Поступку за накнаду штете због неоправдане осуде сходно ће се примењивати одредбе чл. 541. до 549. Закона о кривичном поступку“³⁶. Сада се долази до решења да се ЗПП позива на сходну примену појединих одредаба Закона о кривичном поступку, који је давно престао да важи! Дакле, важећи Закон се позива на закон који више није на снази!

С обзиром да се њиме уређује један казни поступак, ЗПП би требао да прати и све измене које су извршене у кривичном процесном законодавству Србије. Наиме, Законик о кривичном поступку се у много чему изменио у односу на Закон о кривичном поступку које се примењивао у време доношења Закона о привредним преступима, тако да сада ЗПП и ЗКП нису компатибилни, те је одређене одредбе актуелног ЗКП-а немогуће применити сходно и у поступку за привредне преступе. С обзиром на ограниченост овог рада ми ћемо се задржати само на једно веома важно питање, од којег зависи ток поступак за привредни преступ. Узмимо само на пример јавног тужиоца у поступку за привредне преступе. ЗПП садржи поједине одредбе о јавном тужиоцу, тако, на пример, у чл. 75 прописује да јавни тужиоци у републикама и аутономним покрајинама поступају пред одговарајућим судовима сагласно републичком, односно покрајинском закону. Савезни јавни тужилац је надлежан да поступа пред Савезним судом. Осим тога ЗПП се позива на сходну примену одредаба Закона о кривичном поступку о јавном тужиоцу (чл. 47. до 51). Сада далазимо до ситуације да се не примењују све одредбе ЗКП о јавном тужиоцу, већ само ове за које је Законом о привредним преступима изричито одређено да се примењују. Дакле, треба применити само поједине одредбе које се не могу применити изоловано. Надлежност јавног тужиоца је промењена актуелним Законом у односу на Закон који је важио када је и ЗПП донет, тако да није могући применити их изоловано. Према Закону о кривичном поступку³⁷ из 1977. Основно право и основна дужност јавног тужиоца било је гоњење учинилаца кривичних дела. За кривична дела за која се гони по службеној дужности јавни тужилац је надлежан да предузима потребне мере у вези са откривањем кривичних дела и проналажењем учинилаца и ради усмеравања претходног кривичног поступка; да захтева спровођење истраге; да подиже и заступа оптужницу, односно оптужни предлог пред надлежним судом; да изјављује жалбе против неправноснажних судских одлука и да подноси ванредне правне

³⁴ Чл. 129. Закона о привредним преступима.

³⁵ Чл. 139. Закона о привредним преступима.

³⁶ Чл. 142. Закона о привредним преступима.

³⁷ *Сл. лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 26/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90 и "Сл. лист СРЈ", бр. 27/92, 24/94, 71/2000 - Одлука СУС и 13/2001 - Одлука СУС.

лекове против правноснажних судских одлука. Јавни тужилац врши и друге радње одређене овим законом.³⁸

Сада, према актуелном Законнику о кривичном поступку³⁹ основно право и основна дужност јавног тужиоца је гоњење учинилаца кривичних дела. За кривична дела за која се гони по службеној дужности, јавни тужилац је надлежан да: руководи предистражним поступком; одлучује о непредузимању или одлагању кривичног гоњења; спроводи истрагу; закључи споразум о признању кривичног дела и споразум о сведочењу; подиже и заступа оптужбу пред надлежним судом; одустане од оптужбе; изјављује жалбе против неправноснажних судских одлука и да подноси ванредне правне лекове против правноснажних судских одлука; предузима друге радње када је то одређено овим закоником.⁴⁰

Дакле, према важећем Законнику о кривичном поступку тужилац спроводи истрагу, док је према претходном Закону о кривичном поступку тужилац могао само да захтева спровођење истраге. С тим у вези, у поступку за привредне преступе могу се предузимати поједене истражне радње. Ако јавни тужилац сматра да сама пријава или прикупљена обавештења и подаци (чл. 90) не пружају довољно основа за подношење оптужног предлога, предложиће надлежном суду да предузме одређене истражне радње. Ако се одређени судија (чл. 59. ст. 3) сложи са тим предлогом, предузеће истражне радње, а затим ће све списе доставити јавном тужиоцу.⁴¹ Истражне радње врши судија првостепеног суда одређен за предузимање истражних радњи (одређени судија).⁴² Према решењу ЗПП судија првостепеног суда спроводи поједине истражне радње, док, као што смо рекли према актуелном Законнику о кривичном поступку јавни тужилац спроводи истрагу - када је реч о кривичном гоњењу. Из свега реченог, није тешко доћи до закључка да су одредбе ЗПП биле компатибилне са ранијем важећем процесним кривичним законом, али да са сада важећим Закоником о кривичном поступку нису.

Број поднетих пријава за привредне преступе није нимало занемалјив. Према подацима Републичког завода за статистику број поднетих пријава за привредне преступе - за права лица изгледа овако: 2010. године поднето је 2265 пријава; 2011. године поднето је 2332 пријава; 2012. године поднето је 1607 пријава; 2013. године поднето је 1718 пријава; 2014. године поднето је 1631 пријава. Према истом извору број осуда у истом периоду - за правна лица је: 2010. године донето је 1945 осуда; 2011. године донето је 1567; 2012. године донето је 1535 осуда; 2013. године донето је 1707 осуда; 2014. године донето је 1504 осуда. Када је реч о одговорном лицима, број поднетих пријава по годинама

³⁸ Вид. Чл. 45. Законика.

³⁹ *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

⁴⁰ Вид. Чл. 43. Законика.

⁴¹ Чл. 91. ст. 1. Закона о привредним преступима.

⁴² Чл. 59. ст. 3. Закона о привредним преступима.

је: 2010. године поднето је 2348 пријава; 2011. године поднето је 2387 пријава; 2012. године поднето је 1712 пријава; 2013. године поднето је 1862 пријава; 2014. године поднето је 1719 пријава. Број осуда (за одговорни лица) по годинама износи: 2010. године донето је 2002 осуда; 2011. године донето је 1689 осуда; 2012. године донето је 1782 осуда; 2013. године донето је 1941 осуда; 2014. године донето је 1679 осуда.⁴³ Санкције које се могу изрећи за привредне преступе нису нимало занемарљиве, осим тога за привредне преступе могу да се пропишу и правне последице осуде.⁴⁴ Осим новчане казне⁴⁵ и условне осуде,⁴⁶ за привредне преступе могу да се изрекну и заштитне мере, и то: јавно објављивање пресуде; одузимање предмета; забрана правном лицу да се бави одређеном привредном делатношћу; забрана одговорном лицу да врши одређене дужности.⁴⁷ Осим ових санкција, правном лицу се може изрећи и мера одузимање имовинске користи прибављене извршењем привредног преступа.⁴⁸ Иако се на први поглед, можда, чини да су привредни преступи данас, у време када и права лица могу да одговорају за кривична дела,⁴⁹ стављени у други план, видимо да према статистици то није тачно. Дакле, и данас ЗПП има широку примену, а санкције које се изричу за ову врсту казних дела итекако погађају како правно, тако и одговорно лице у правном лицу. Са друге стране, поставља се питање колико је правних лица осуђено због учињеног кривичног дела по Закону о одговорности правних лица за кривична дела? По нашим сазнањима, ниједно правно лице није правноснажно осуђено због учињеног кривичног дела. У односу ова два закона, може се поставити питање да ли је оправдано да оба

⁴³Саопштење СП10, број 231 • год. LXV, 31.08.2015. Статистика правосуђа, Републички завод за статистику, http://webzrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/83/74/SP10_231_2014_srb.pdf 4.1.2016.

⁴⁴ Законом се може прописати да осуда одговорног лица за одређени привредни преступ и на одређену казну повлачи као правну последицу забрану одговорном лицу да врши одређене дужности у организацијама удруженог рада, другим самоуправним организацијама или заједницама, или другим правним лицима, или у органима друштвено-политичких заједница или другим државним органима. Законом којим се предвиђа правна последица осуде из ст. 1. овог члана одређује се и њено трајање, које не може да буде дуже од три године, рачунајући од дана правноснажности пресуде. Условна осуда не повлачи правне последице осуде. Чл. 36. Закона о привредним преступима.

⁴⁵ Вид. чл. 17 и 18 Закона о привредним преступима.

⁴⁶ Чл. 27. Закона о привредним преступима.

⁴⁷ Чл. 28. Закона о привредним преступима.

⁴⁸ Вид. чл. 36б. Закона о привредним преступима.

⁴⁹ У нашој држави 2008. године донет је Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008. Овим законом уређују се услови одговорности правних лица за кривична дела, кривичне санкције које се могу изрећи правним лицима и правила поступка у којем се одлучује о одговорности правних лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији, престанку мере безбедности или правне последице осуде и извршењу судских одлука. Вид. чл. 1. Закона. Вид. Лазаревић, Ј., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2011. стр. 71-72.

закона егзистирају, односно да ли и на који начин једну врсту казнене одговорности треба „укинути“? Уколико се законодавац буде одлучио да то учини, сматрамо да је потребно да се свестрано сагледа стање у овој области. Иако се сматра да су привредни преступи застарео вид одговорности правих лица, ми смо у овом раду видели да то ипак није тако. Постаје упитно какву сврху има Закон о одговорности правних лица када још увек, од 2008. године, није донета ниједна осуђујућа судска пресуда.

Ми смо у раду покушали да укажемо само на основне недостатке важећег Закона о привредним преступима, на немогућност примене појединих одредаба и некомпатибилност са актуелним Кривичним закоником, а посебно са Закоником о кривичном поступку. С тим у вези, сматрамо да је доношење новог Закона о привредним преступима нужно, како би се отклонили сви недостаци постојећег законског решења, док се коначно не одлучи о њиховој даљој судбини, и оно што је најбитније увела правна сигурност.

*Emir Ćorović, Ph.D., Assistant Professor
Department of Legal Sciences
State University of Novi Pazar
Ivan Milić, Assistant
Faculty of Law, University of Novi Sad*

WHAT IS NEXT FOR ECONOMIC OFFENCES AND THE CURRENT LAW ON ECONOMIC OFFENCES?

Summary

In the Republic of Serbia the Law on Economic Offences, passed in 1977, which regulates the general conditions and principles of sentencing for economic offences, the system of sanctions, as well as the procedure for determining the liability and sanctions for persons who have committed economic offences, is in legal effect. Thus this law regulates the domain of economic offences as punishable offences, but not in a comprehensive manner. The authors' goal is to highlight whether it is necessary to pass a new Law on economic offences because the current Law has significant faults, and whether it is justified for economic offences to exist considering that the Law on Liability of Legal Entities for Criminal Offences has been passed. A special problem presents itself because the Law on Economic Offences prescribes the application of several provisions of the Criminal Law and Criminal Procedure Code of the SFRY, which have long been without legal effect.

Key words: *economic offence, procedure, Criminal Code, Criminal Procedure Code, legal certainty.*

Литература

- Андрић, М., Јовановић, Т., Вуковић, Д., Привредни преступи, прекршаји и кривична дела – законске одредбе из савезних закона и закона СР Србије о одговорности корисника друштвених средстава и радника са посебним овлашћењима, Београд, 1982.
- Живковић, С., Леви, А., Збирка прописа о привредним преступима с коментаром, Информаторов приручник за кадрове, 15-16, Загреб, 1964.
- Игњатовић, Ђ., Право извршења кривичних санкције, Београд, 2014.
- Јовашевић, Д., Коментар Закона о привредним преступима - са судском праксом и регистром појмова, Београд, 1997.
- Лазаревић, Љ., Срзентић, Н., Стајић, А., Кривично право Југославије – општи део, Београд, 2000.
- Лазаревић, Љ., Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006.
- Лазаревић, Љ., Коментар Кривичног законика, Београд, 2011.
- Ристивојевић, Б., Прекршајно право и право о привредним преступима (скрипта за припрему испита из Права о привредним преступима), Нови Сад, 2013.
- Стојановић, З., Кривично право – општи део, Београд, 2009.
- Шупут, Ј., Одговорност правног лица за кривична дела, Страни правни живот, бр. 1/2009.
- Закон о одговорности правних лица за кривична дела, Сл. гласник РС, бр. 97/2008.
- Закон о Војсци Србије, Сл. гласник РС, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 - др. закон, 10/2015 и 88/2015 – одлука УС.
- Закон о задругама, Сл. лист СРЈ, бр. 41/96 и 12/98 и "Сл. гласник РС", бр. 101/2005 - др. закон и 34/2006.
- Закон о привредним друштвима, Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015.
- Закон о привредним преступима, Сл. лист СФРЈ, бр. 4/77, 36/77 - испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90 и "Сл. лист СРЈ", бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001 и "Сл. гласник РС", бр. 101/2005 - др. закон.
- Закон о рударству и геолошким истраживањима, Сл. гласник РС, бр. 101/2015.
- Законик о кривичном поступку, Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.
- Закон о кривичном поступку, Сл. лист СФРЈ, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 26/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 одлука УС. и 3/90 и "Сл. лист СРЈ", бр. 27/92, 24/94, 71/2000 - Одлука СУС и 13/2001 - Одлука СУС.
- Одговор утврђен на седници Одељења за привредне преступе Вишег привредног суда у Београду, 11. јула 1995. године. Преузето из електронске правне базе Propisi online, 10.1.2016.

- Правни став Вишег трговинског суда - одговор утврђен на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове од 26. септембра 2005. године. Преузето из електронске правне базе Propisi online, 10.1.2016.
- Правни став утврђен на седници Одељења за привредне преступе Вишег трговинског суда, одржане 23.6.2003. године. Преузето из електронске правне базе Paragraf Lex, 1.1.2016.
- Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пжк. 1422/95 од 29. децембра 1995. године). Преузето из електронске правне базе Propisi online, 10.1.2016.
- Привредни апелациони суд – Питања и одговори - радни материјал - са XXI Саветовања привредних судова Републике Србије, Златибор, септембар 2013. године – са веб сајта: www.pa.sud.rs. Преузето из електронске правне базе Propisi online, 10.1.2016.
- Привредни Апелациони суд - Питања и одговори - радни материјал са XXIII Саветовања привредних судова Републике Србије, Златибор, септембар 2015. године - са веб сајта: www.pa.sud.rs. Преузето из електронске правне базе Propisi online, 10.1.2016.
- Решење Вишег привредног суда, Пжк. 23/99 од 18.2.1999. године - Судска пракса привредних судова –Билтен бр. 2/1999 - стр. 68. Преузето из електронске правне базе Paragraf Lex, 1.1.2016.
- Решење Вишег привредног суда, Пжк. 23/99 од 18.2.1999. године - Судска пракса привредних судова – Сентенца из решења Врховног касационог суда Кзз 157/2013 од 3.12.2013. године утврђена на седници Кривичног одељења 16.6.2014. године - Билтен Врховног касационог суда, број 1/2015, Интермех, Београд. Преузето из електронске правне базе Propisi online, 10.1.2016.
- Саопштење СП10, број 231 • год. LXV, 31.08.2015. Статистика правосуђа, Републички завод за статистику, http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/83/74/SP10_231__2014_srb.pdf

*Др Јован Шарац, замјеник директора
Института за интелектуалну својину Босне и Херцеговине*

УДК: 631.531:575.113

ЗАШТИТА ТРАДИЦИОНАЛНИХ ЗНАЊА И ГЕНЕТСКИХ РЕСУРСА

Резиме

*Аутор излаже проблеме у вези правне заштите традиционалних знања и генетских ресурса. Посебно је наглашен проблем „крађе“ традиционалних знања и генетских ресурса, односно додјеле патента за проналаске који се темеље на овој врсти знања. У раду је анализирана могућност кориштења постојећих права интелектуалне својине за заштиту традиционалних знања. Такође је дат преглед међународних докумената којима је дјелимично уређено ово питање као и преглед неких националних, регионалних и приватних иницијатива. Посебан нагласак је дат на иницијативе у оквиру Свјетске организације за интелектуалну својину односно њеног Међувладиног комитета за интелектуалну својину, традиционална знања, генетске ресурсе и фолклор а које се односе на заштиту ове врсте знања. На крају аутор закључује да због различитих интереса развијених земаља и земаља у развоју још увијек није сигурно да ће се постићи консензус у вези правне заштите традиционалних знања и генетских ресурса као *sui generis* права у оквиру система Свјетске организације за интелектуалну својину. Такође закључује да ће развојем дигиталних база података и ревизијом ПЦТ система бити онемогућена додјела патента за проналаске који се темеље на овој врсти знања.*

Кључне речи: *традиционална знања; генетски ресурси; интелектуална својина; патент; искључива права*

1. Увод

Традиционална знања заједно са фолклором представљају важан елемент наслеђа и културног и историјског идентитета урођеничких заједница. Ради се о знањима која се вјековима љубоморно чувају и преносе са кољена на кољено. Ова знања понекад имају припадници цијеле заједнице, понекад припадници појединих породица који имају посебну улогу унутар тих заједница, а понекад и неки појединци. Најчешће, ова знања су настала из нужде приликом обављања свакодневних послова, посебно узгоја усјева, лијечења болесника и домаћих животиња те низа других активности. У правилу се ради о колективном

стваралаштву унутар ових заједница, мада је у неким случајевима могуће идентификовати и појединца који је први дошао до сазнања ове врсте. Понекад се ова знања вежу за неке митске личности или божанства, као што је нпр. Прометеј или реалне историјске личности које су добиле митски карактер. И у једном и у другом случају ова знања се приликом примјене стално провјеравају, дорађују и прилагођавају. Управо због тога ради се о колективном стваралаштву одређене заједнице. У свакодневној провјери треба тражити и кључ успеха ове врсте знања, посебно када је у питању практична примјена. Ова знања су често повезана са генетским ресурсима са којима такође располаже та иста заједница. Неке биљке и животиње, које се користе на овај начин за урођеничке заједнице, имају и симболичну и сакралну вриједност. Биљни и животињски свијет није у једнакој мјери распоређен на свим дијеловима земаљске кугле. Према расположивим подацима, више од половине биљних и животињских врста живи у прашумама Трећег свијета које се налазе у екваторијалном појасу. Идући према половима, ова разноликост се све више смањује. Ширењем цивилизације, првенствено неконтролисаним сјечом шума, угрожава се и генетска разноврсност. Моћне мултинационалне компаније организују „лов на гене“ у земљама Трећег свијета. Оне на генетску разноврсност, гледају прије свега, као на неисцрпне изворе сировина за робу која треба да се продаје на свјетском тржишту. Према неким процјенама, преко 1% патената у области биотехнологија односи се на први пут употријебљене аутохтоне генетске ресурсе, док је, у случају друге или треће употребе, овај проценат далеко већи. Различите активности човјека, посебно неконтролисано кориштење биљних и животињских ресурса, а у новије вријеме манипулације генима, доводе у питање ову разноврсност. Традиционална знања и са њима повезани генетски ресурси најчешће се користе у народној медицини и ветерини, пољопривреди, производњи хране, козметичких средстава, одјеће и обуће, изради накита те у многим другим дјелатностима. У области пољопривреде она обухватају и методе узгајања појединих врста биљака, као и укрштања биљака и животиња.

2. Проблем и покушаји његовог рјешења

У савременом праву интелектуалне својине не постоји општеприхваћена дефиниција традиционалног знања. Овом приликом навешћемо двије дефиниције из једног рјечника Свјетске организације за интелектуалну својину: „Традиционално знање у ширем смислу обухвата интелектуалну и нематеријалну културну баштину, праксе и системе традиционалних заједница укључујући и аутохтоне и локалне заједнице.“ „Традиционално знање је знање које настаје из интелектуалних активности, које је динамично и које се стално развија, које се преносе са генерације на генерацију и које укључује али се не ограничава на *know-how*, вјештине, иновације, праксе, процесе, учења и схватања

која се састоје од кодификованих, усмених или других облика система знања“.¹ У прошлости је ова врста знања била предмет размјене између различитих заједница. Према наведеном рјечнику ова знања обухватају знања у области пољопривреде, научна знања, техничка знања, еколошка знања, медицинска знања укључујући и лијекове и знања везана за биодиверзитет.² Традиционална знања у ширем смислу се дијеле на кодификоване системе који су објављени у древним списима као што је нпр. Ајурведски систем медицине и некодификована традиционална знања која се преносе са кољена на кољено. Ова добра, поред идентитетског значаја, имају и економску вриједност, јер могу бити инкорпорирана у производе који се продају на тржишту. Традиционална знања су по дефиницији у функцији практичне људске дјелатности. Слично као и проналасци користе природне законе у сврху задовољавања одређених човјекских потреба. Мада «проналазачи» традиционалних знања у правилу нису ни свјесни које природне законе користе, ова знања понекад доводе и до откривања природних закона и стварања практичних проналазака. Примјера ради, савремене технологије омогућавају да се код народних лијекова релативно лако идентификује активна супстанца која служи за лијечење, а могу послужити и као индикатор у ком правцу треба усмјерити научна истраживања.

Мада дио официјелне науке на ову врсту стваралаштва гледа са непоштовањем и непризнавањем, она нису изгубила на значају ни данас. У том смислу посебно је значајна традиционална медицина. „Традиционална медицина обухвата различиту медицинску праксу, знања и вјеровања укључујући лијечење препаратима на бази биљака, животиња и минерала, духовне терапије, употребу различитих техника и вјежби који се употребљавају појединачно или у комбинацији у циљу лијечења, превенције или дијагностицирања болести.“³ Према подацима Свјетске здравствене организације, 80% свјетског становништва за задовољење основних здравствених потреба се ослања на традиционалну медицину. У неким државама, традиционална медицина је у потпуности изједначена са службеном. Љекари који се баве традиционалном медицином добијају одговарајуће лиценце од стране државе, а понекад су у потпуности изједначени са љекарима службене медицине. Такав случај је и са традиционалном кинеском медицином у коју спада и акупунктура. Ова врста знања се често економски експлоатише и злоупотребљава, а да заједнице које су их створиле за то не добију никакву накнаду. Најчешће се наводе примјери из традиционалне медицине која се често злоупотребљава од стране официјелне медицине, а посебно фармацевтске индустрије. Нажалост, традиционална медицина није једина злоупотребљена јер предмет злоупотребе може бити све што се продаје на тржишту. Неки од «плагјатора» то отворено признају, као на

¹ WIPO/GRTKF/IC/30/INF/7, Glossary of the Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions

² Исто.

³ Исто.

примјер Пакистанка Аила Хусеин, бивши члан тима «*Sundari*», која каже: «Ми узимамо идеје које су старе хиљаде година и користимо модерну технологију да до крајности појачамо њихову дјелотворност».⁴ У неким ситуацијама је само захваљујући оштрим реакцијама домородачких заједница, њихових држава и најшире јавности дошло до поништаја патента. Како наводи *Correa*: «Због гласног противљења многих земаља у развоју, Завод за патенте и жигове САД-а прогласио је 14. августа 1997. године патент куркуме ништавим. Патент је у децембру 1993. био додијељен Медицинском центру Универзитета у *Mississippiju*, а оспоравао га је Индијски савјет за научна и индустријска истраживања».⁵ *Kurkume* је природна супстанца од које се прави зачин *turmenic*, који се користио у медицинске сврхе и исхрану у Индији хиљадама година раније. Ова супстанца која је главни састојак популарног индијског соса «*kari*», користила се и у традиционалним препаратима за лијечење рака, шећерне болести, болести крви и крвних судова, болести дисајних органа и кожних болести. Према незваничним подацима Индијског завода за патенте, само у току 2008. године забиљежено је 150 случајева покушаја патентирања индијских традиционалних знања. До ове ситуације је дошло због тога што према Закону о патенту САД услов „новости“ није изгубљен ако је проналазак објављен изван Сједињених Америчких Држава неписаним начином, као што су јавно кориштење или продаја. Једино публикације објављене у иностранству у САД одузимају новост патенту. Због злоупотреба ове врсте неопходно је пронаћи правну форму како би ова врста интелектуалних добара била заштићена.

Заштита традиционалних знања претпоставља заштиту њихове нематеријалне односно интелектуалне компоненте, као и спречавање њиховог неовлашћеног искоришћавања од стране трећих лица. Имајући у виду постојећи правни оквир, могуће су двије врсте заштите ових права. *Позитивна заштита* подразумијева коришћење постојећих права интелектуалне својине и његових основних принципа ради заштите традиционалних знања. *Дефанзивна заштита* подразумијева спречавање трећих лица да на традиционалним знањима заснују право интелектуалне својине. У првом случају, традиционална знања се штите неким од постојећих права интелектуалне својине, прије свега географском ознаком, колективним жигом и цетрификационим жигом, а понекад и патентом. Други облик заштите темељи се на спречавању трећих лица да заснују право интелектуалне својине на традиционалним знањима, нпр. да народни лијек заштите као патент. У том смислу неки национални заводи успостављају регистре традиционалних знања и са њима повезаних генетских ресурса који се користе у поступку испитивања проналазака. Документа ове врсте представљају сметњу за признање патента. Поред тога, постоје иницијативе за успостављање

⁴ Идрис, К., *Интелектуална својина моћно средство економског раста*, Београд, 2003, стр. 206.

⁵ *Correa, C., Intellectual Property Rights, The WTO and Developing Countries, London and New York, 2000, стр. 58.*

посебног *sui generis* система заштите традиционалних знања који би се наслањао и користио принципе на којима се заснива систем заштите интелектуалне својине.

У правном смислу, традиционална знања су колективна својина заједница које не могу да се идентификују са државом. Најчешће се ради о традиционалним формама организације друштва, као што је род, племе или етнија, али и сталешким организацијама, као што су различите касте, односно варне у Индији, монашки редови и слични облици друштвеног организовања. Начелно говорећи, титулар права на традиционална знања не би требала бити држава, него један од традиционалних облика организације друштва. Ове заједнице најчешће нису у могућности да се саме боре за заштиту својих права. Разлог за то је недостатак потребних знања, али и материјалних средстава. У циљу заштите њихових права, али и јавног интереса, овим заједницама су у помоћ притекле матичне државе и различите невладине организације. Неке државе у развоју су донијеле посебне законе о заштити традиционалних знања, генетских ресурса и фолклора.⁶ Развијене државе нису показивале посебан интерес да се ово питање уреди у интересу урођеничких заједница. Истина, било је покушаја и у развијеним државама да се ово питање ријеша, али без успјеха. Амерички Конгрес је 1990. године, разматрао приједлог закона којим је била предвиђена помоћ аутохтоном становништву, укључујући и право својине на традиционалним знањима и генетским ресурсима. Нажалост, овај законски приједлог није добио подршку Конгреса. Разлика у приступу проблему између развијених земаља и земаља у развоју по овом питању је израженија, него код других права интелектуалне својине. Овим питањем бавила се и Генерална скупштина Уједињених нација која је 2007. Године донијела Декларацију о правима аутохтоних народа.⁷ Према члану 31. ове декларације аутохтони народи имају право да одржавају, контролишу, штите и развијају своју културну баштину, традиционална знања и традиционални културни израз, као и облике своје науке, технологије и културе, укључујући људске и генетске ресурсе, сјемена, лијекове, познавање особина флоре и фауне, усмену традицију, књижевности, дизајн, спорт и традиционалне игре те ликовну и извођачке умјетности.

У циљу заштите и спречавања злоупотребе садржаја традиционалних знања, неке државе документују та знања. Позитиван примјер представљају Индија и Оман које су у значајној мјери дигитализовале ова знања. Стварају се дигиталне библиотеке и посебне базе података традиционалних знања које садрже и податке о заједницама које су их створиле. У неким државама, ове базе података воде национални заводи за интелектуалну својину. Развијају се и посебне

⁶Текстови закона који су релевантни за ову област могу се пронаћи на web страници: www.wipo.int/tk/en/laws

⁷ The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), 13 September 2007.

класификације традиционалних знања којима за основ служе патентне класификације. Поред културног значаја којег неспорно имају, ови подаци се користе и приликом испитивања патената. Објавом, традиционална знања дефинитивно улазе у стање технике, тако да се у начелу спречава да буду патентирана и у државама које, у поступку испитивања патената примјењују принцип релативне новости. Захваљујући овим базама смањена је могућност да неко патентом заштити нешто што је традиционално знање. Овим питањем, поред држава и међународних организација, баве се и појединци и невладине организације. Интересантан је и примјер професора Анила Гупта са Индијског института за менаџмент у Ахмедабаду. Он је 1993. године основао *Society for Research and Initiatives for Sustainable Technologies and Institutions (SRISTI)* које је фокусирао на истраживање и развој одрживих технологија на бази традиционалних знања. Гупта је, заједно са својим сарадницима направио базу података традиционалних знања, која обухвата преко 120.000 уноса. У базе се обавезно означава извор података и уносе само они подаци за које је обезбијеђена писмена сагласност «традиционалног проналазача».⁸ Он, поред осталог, лабораторијски испитује препарате и лијекове. Уколико не постоје формалне сметње, *SRISTI* патентира оне препарате који се покажу ефикасни. *SRISTI* је патентирао лијек против уједа кобре, лијек против крављих колика, биолошке производе против термита, препарат који помаже код повишене температуре и болова у зглобовима и низ других лијекова и препарата. Захваљујући патентираним производима које прихвати тржиште, неки од традиционалних исцелитеља (*vaidiya*) остварују значајне приходе. Заједницама, у чијем кругу су настала ова знања издају се и одговарајући сертификати. У циљу ширења ових технологија, ова знања се превode на многе локалне језике како би их приближио становницима других дијелова Индије. Нажалост, можемо рећи да је ово само један од усамљених примјера изузетног ентузијасте, јер по овом питању у правилу преовлађује комерцијалан приступ.

Уз сагласност урођеничких заједница проналазачи користе традиционална знања за стварање нових проналазака који се условно могу означити као зависни у односу на традиционална знања. Најчешће се ради о проналасцима у области фармацеутске индустрије, биљних љековитих средстава, производа за заштиту усјева, пољопривреде, козметике и низа других дјеланости. Захваљујући трансакцијама ове врсте, урођеничке заједнице остварују значајна финансијска средства. Навешћемо један позитиван примјер из Индије: Истраживачки институт тропске ботаничке баште, на основу упутства племена Кани, развио је лијек који је касније назван Цивани као средство против умора. Лијек је развијен из бобица и листа биљке *Trichopus zeylanicus* spp. *Travancoricus* која садржи гликолипиде и нека друга нестероидна једињења са израженим адаптогеним и имуноподстицајним особинама. Уговором о преносу технологија за производњу

⁸ www.sristi.org.

лека предвиђено је да половину новца од лиценце и накнаде од доцније продаје лека добије племе Кани.⁹

Државе које су посебно богате ресурсима ове врсте, као што су Бразил, Индија и многе афричке и азијске државе, покренуле су широку координисану акцију за верификацију и заштиту ове врсте знања. Овим питањем бавиле су се различите међународне организације у систему Уједињених нација, као и ван њега. Веома квалитетан документ припремила је Комисија за људска права Економског и социјалног савјета Уједињених нација 1993. године.¹⁰ У Извјештају је дата анализа могућег кориштења постојећих облика интелектуалне својине, као што су патент, ауторско право, колективни жиг, индустријски дизајн, географске ознаке, нелојална конкуренција и *know-how* за заштиту традиционалних знања. Констатује се да је дискриминирајуће да се више вреднује труд којим се у лабораторији хемијским процесом изолује хемијско једињење за лијечење, од напора који се вијековима врши у циљу посматрања и експериментисања са биљкама које се јављају у природи, да знање аутохтоних народа које се користи приликом избора биљака за лаборторијску анализу значајно смањује трошкове откривања нових производа те да према томе оно има економску вриједност. На крају се, поред осталог, предлаже да аутохтони народи имају контролу над истраживањем, туризмом и развојем на свом подручју, да се изврши ревизија Париске и Бернске конвенције како би се признала права аутохтоних заједница, те да се флексибилније тумаче услови за патентбилност проналазака како би се од стране традиционалних заједница могла заштитити традиционална знања. Аутор извјештаја се залаже за учешће већег броја међународних организација у овом процесу, посебно *WIPO*, *UNESCO*, *UNDP*, међународних финансијских институција и регионалних организација, нарочито у процесу едуковања становништва које припада аутохтоним популацијама.

Неке регионалне групације и организације су припремиле властите приједлоге уговора којима се уређује заштита традиционалних знања. Најкомплетнији документ је припремила Афричка регионална организација за интелектуалну својину (*ARIPO*), под називом «Протокол о заштити традиционалних знања и фолклора».¹¹ Према овом протоколу, традиционално знање је дефинисано као свако знање које потиче од локалне, односно традиционалне заједнице, а које је резултат интелектуалног рада, укључујући *know-how*, вјештине, иновације, праксу и учење гдје је знање оличено у традиционалном начину живљења заједнице или садржано у кодификованом систему знања које се преноси генерацијама. Према Протоколу, ово знање, да би

⁹ Идрис, К., *нав. дело*, стр. 214.

¹⁰ Daes, E. I., *Discrimination against indigenous peoples*, Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples, Dokument: E/CN.4/Sub.2/1993/28.

¹¹ WIPO/GRTKF/IC/16/INF/24, *The Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore*, www.wipo.int

било заштићено, треба да буде интегрални дио културног идентитета локалне односно традиционалне заједнице. У погледу носиоца права, предвиђено је да је оно колективна својина локалне односно традиционалне заједнице. Што се тиче форме заштите, Протокол слично, као код ауторских права, предвиђа принцип неформалности односно не предвиђа обавезу формалног подношења захтјева за заштиту ових знања. Неформалност не искључује могућност да релевантне институције као што су патентни заводи, воде одговарајуће регистре, односно на други начин билеже ова знања. Протоколом су такође предвиђене одредбе које се односе на лиценцирање и правичну подјелу накнаде од кориштења ових знања.

3. Активности у оквиру Свјетске организације за интелектуалну својину

Генерална скупштина Свјетске организације за интелектуалну својину је октобра 2000. године установила Међувладин комитет за интелектуалну својину, генетске ресурсе, традиционална знања и фолклор. Комитет поред осталог има задатак да припреми међународни инструмент или више међународних инструмената којима би се обезбиједила *sui generis* заштита традиционалног знања, генетских ресурса и фолклора. Међу прокламованим циљевима који се желе постићи су поред осталог: очување традиционалних култура, спречавање злоупотреба, допринос културној различитости, промоција развоја домородачких народа, те заштита легитимних трговинских интереса. Заштита традиционалног знања и фолклора претпоставља заштиту њихове нематеријалне односно интелектуалне компоненте, као и спречавање њиховог неовлашћеног искоришћавања од стране трећих лица. У погледу основних принципа концепт заштите би био најсличнији ауторском праву. Предвиђа се да ће носиоци права бити „урођеници, локалне заједнице и културне заједнице. У раду комитета није постигнута сагласност у вези улоге државе у заштити ових права. У раду Комитета, поред држава чланица, учествују и заинтересоване урођеничке заједнице, као и бројне невладине организације. Ове заједнице често користе Комитет за изношење ставова о проблемима са којима се суочавају, а који често немају никакве везе са његовим радом. У оквиру Комитета воде се преговори како би се дошло до текста једног или више споразума којим би се обезбиједила ефикасна заштита генетских ресурса, традиционалних знања и фолклора. Према првобитном плану, Комитет је имао обавезу да Генералној скупштини најкасније до 2011. године поднесе текст споразума. Планирано је да се након тога организује Дипломатска конференција на којој би био усвојен коначан текст споразума. Кључно питање које се постављало у раду Комитета је однос између интелектуалне својине и традиционалних знања, односно да ли су постојећи облици заштите права интелектуалне својине подобни за заштиту традиционалних знања и фолклора. Примјера ради, неке урођеничке заједнице, за заштиту неких од својих производа, користе колективни жиг или географске

ознаке. Ипак, преовлађујуће мишљење у Комитету је да постојећи облици заштите не пружају цјеловиту заштиту и да треба пронаћи нови облик заштите традиционалних знања и фолклора који би по својој логици био сличан интелектуалној својини. Тренутно је пред Комитетом у опцији *sui generis* систем заштите традиционалних знања и фолклора. Овај систем би био у потпуност компатибилан са постојећим системом заштите интелектуалне својине. Предвиђено је постојање «колективних права» у односу на традиционална знања, а која припадају заједницама које су их створиле. Такође је предвиђено да се та права признају и поштују најмање онолико дуго колико постоји заједница која их је створила и која их његује. Избор *WIPO*-а, као међународне организације која администрира ове активности, свакако наговјештава који ће облик заштите традиционална знања и фолклор у коначници добити. То је сигурно *sui generis* право које ће бити сродно са другим правима интелектуалне својине. Ово право ће садржавати елементе других права интелектуалне својине, посебно патента, географских ознака, колективног жига, али и ауторског права. Сигурно би ствар била сасвим другачија да административне послове води нека друга међународна организација, као што је *UNESCO*. У том случају нагласак би био на културолошким и моралним аспектима проблема, те традиционалне заједнице не би имале никакве економске користи од заштите традиционалних знања. Друго кључно питање које се поставља је ко је носилац права, односно да ли су то домородачки народи или државе у којима они живе. То у извјесној мјери зависи и од њиховог правног статуса у конкретним државама. У неким државама су урођеничким заједницама, Уставом или другим документима призната извјесна колективна права. Према системима у САД и Новом Зеланду, урођеници имају статус правног лица. Посебан проблем представља ситуација када урођеници живе на територијама више држава. У овом случају, рјешење подразумијева међудржавну сарадњу и сарадњу регионалних и локалних органа. За рад овог Комитета карактеристични су супротстављени ставови између земаља у развоју, прије свега афричких, које подржавају Бразил, Индија и Кина, а које се залажу за успостављање *sui generis* система заштите, те развијених држава, као што су САД и Јужне Кореја које су се једно вријеме супростављале било каквом облику заштите традиционалних знања као таквих.

У међувремену у раду Комитета је постигнут значајан напредак. Документ о традиционалним знањима који има 12 чланова највећим дијелом је усаглашен.¹² Према том документу, требао би да буде успостављен *sui generis* систем заштите традиционалних знања. Документ садржи одредбе које се односе на предмет и обим заштите, носиоце права, спровођење права, изузеће и ограничења права, трајање заштите и друга релевантна питања. За питања која нису усаглашена у оквиру Комитета, као што је питање носиоца права и питање националног третмана, предвиђена су опциона рјешења. Формулација да права

¹² WIPO/GRTKF/IC/19/5, The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles, www.wipo.int

припадају «урођеницима, локалним заједницама и културним заједницама», није се допала неким делегацијама. Наиме, према мишљењу афричких држава, држава треба да буде одговорна за управљање правима у корист корисника. Уговор о заштити традиционалних знања би требао да садржи и одредбе које се односе на однос према другим правима интелектуалне својине и одредбе које се односе на међународну заштиту ових права. Мада је генерални директор Свјетске организације за интелектуалну својину више пута похвалио «веома значајан напредак у раду Комитета», још увијек није јасно да ли има разлога за оптимизам у погледу усаглашавања коначног текста међународног уговора. На 55. засиједању Генералне скупштине Свјетске организације за интелектуалну својину која је одржана октобра 2015. године, није постигнут договор о сазивању дипломатске конференције ради закључивања међународних уговора којима би се уредила ова питања.

У погледу генетских ресурса, у оквиру овог комитета првенствено се расправља о документима који се односе на интелектуалну својину и приступ и праведну расподелу генетских ресурса, те на питања у вези откривања генетских ресурса који су кориштени приликом стварања појединих проналазака. Један од правних основа за овај приступ садржан је и у одредби члана 10. Конвенције и биолошкој разноврсности којом је предвиђено да ће стране уговорнице, поред осталог, штитити и подстицати уобичајено коришћење биолошких ресурса у складу са традиционалним културним праксама које су сагласне захтјевима одрживог коришћења.¹³ Основни циљеви ове конвенције су заштита и одрживи развој биолошке разноврсности, те поштена и праведна расподела бенефиција које проистичу из коришћења генетских ресурса одговарајућим приступом овим ресурсима и одговарајућим трансфером релевантних технологија, узимајући у обзир сва права на ове ресурсе и технологије.¹⁴ Генетски ресурси у правилу нису резултат интелектуалне дјелатности појединаца или група. Због тога треба бити опрезан у погледу коначних домета њихове заштите. У том смислу у документу којег су заједнички поднијеле делегације Аустралије, Канаде, Новог Зеланда, Норвешке и САД, је наведено 5 циљева који треба да се остваре кроз активност комитета у односу на генетске ресурсе, и то: 1) да се обезбиједи да проналазачи који користе генетске ресурсе и са њима повезана традиционална знања поступају у складу са условима који су постављени за приступ генетским ресурсима за њихову употребу и за расподелу користи; 2) да се спријечи погрешно додјелљивање патената за проналаске који нису нови или који немају инвентивни ниво у односу на генетске ресурсе и повезана традиционална знања; 3) да се обезбиједи да патентни заводи имају на располагању информације потребне за доношење одлука за додјелу патента, укључујући и информације о

¹³ Конвенција о биолошкој разноврсности (Convention on biological diversity) је усвојена 5. јуна 1992. године у Рио де Жанеиру .

¹⁴ Детаљније: Шарац, Ј., *Проналазак и научно откриће у свјетлу патентног права*, Бања Лука, 2015, стр. 269-274.

релевантним традиционалним знањима; 4) да се обезбиједи усаглашеност са другим релевантним међународним споразумима и процесима; 5) да се очува улога система интелектуалне својине у промовисању иновација.¹⁵ Што се тиче првог од постављених циљева, наглашава се принцип да су земље суверене у погледу надлежности за одређивање услова за приступ њеним генетским ресурсима. Други принцип се односи на доношење националних закона којим би се обезбиједило да носиоци традиционалних знања дају одобрење за приступ том знању, као и да се обезбиједи њихово учешће у кориштењу и развоју традиционалног знања. По овом питању, а посебно у погледу суверености земља да уређују ову област, неријетко долази до полемика између представника урођеничких заједница и њихових држава. То становиште заступа и покрет америчких Индијанаца «*Tiraj Atagi*» који сматрају да су урођеничке заједнице, а не државе, носиоци традиционалних знања која се односе на генетске ресурсе које они гаје и оплемењују на традиционалан начин. У том смислу, они предлажу и да се односи са државом уреде уговором или на други адекватан начин. Треба напоменути да све постојеће иницијативе у оквиру Свјетске организације за интелектуалну својину полазе од Протоколом из Нагоје о приступу генетским ресурсима и фер и равноправној расподјели користи настале њиховом употребом. Овим Протоколом успостављен је правни оквир за поштenu и правичну расподјелу користи од кориштења генетских ресурса, укључујући и одговарајући приступ генетским ресурсима и технологијама, као и одговарајуће финансирање. Протокол садржи одредбе које се односе на приступ генетским ресурсима, расподјелу користи настале употребом генетских ресурса, поштовање међусобних договорених обавеза, те одредбе у вези са традиционалним знањима повезаним са генетским ресурсима. Према Протоколу, под кориштењем се подразумијева истраживање и развој генетских и биохемијских састава из генетских ресурса, као и њихова комерцијална употреба. У погледу расподјеле користи, предвиђено је да се она врши у складу са условима уређеним уговором. Користи могу бити новчане, као што су тантијeми, те неновчане, укључујући и размјену резултата истраживања.

Тренутно се у оквиру комитета разматрају разматрају три опције заштите, и то: 1) опција дефанзивне заштите генетских ресурса; 2) опција откривања поријекла генетских ресурса у патентној пријави 3) опција за питања интелектуалне својине о споразумно договореним условима за праведну расподјелу користи од кориштења генетских ресурса. У оквиру прве опције разматра се попис и међусобно увезивање релевантних база података, успостављање новог информационог система генетских ресурса, укључујући и приступ свим релевантним базама. Поред тога, у оквиру ове опције припремају се и препоруке за поступак претраживања стања технике и испитивање патентних пријава које користе генетске ресурсе. У оквиру друге опције се

¹⁵ WIPO/GRTKF/IC17/7: “Submission by Australia, Canada, New Zealand, Norway and the United States of America”, www.wipo.int

разматра да се подносиоци пријава патената обавезу да открију извор и поријекло генетских ресурса на којима се темељи проналазак. У том смислу, планирано је и да се припреме одговарајући модели за регионалне и националне законе, те одговарајуће смјернице и препоруке. Резерву према увођењу ове обавезе имали су, прије свега, представници најразвијенијих земаља, образлажући да је ово питање дјелимично уређено у оквиру система биолошке разноврсности, те да је боље да се рјешење тражи ван патентног система. Представници САД сматрају да би увођење ове обавезе, било административно оптерећење за националне заводе. Ипак, и неке европске државе, као што су Белгија и Данска, су, у складу са Биотехнолошком директивом, у своје законе о патентима увеле ову обавезу. То је урадила и Швајцарска која је и покренула иницијативу за одговарајуће измјене ПЦТ споразума којим би се предвидјела ова обавеза. Ово питање је разматрала и радна група за реформу ПЦТ система. У опцији је приједлог да пријава патента обавезно садржи изјаву о поријеклу генетског материјала и традиционалних знања. Чак су и развијене државе спознале да не могу игнорисати чињеницу да ова знања постоје и да не могу више да их бесплатно монополишу. У оквиру треће опције, планирано је да се припреме одговарајуће смјернице за праксу уговарања и студија о пракси лиценцирања за генетске ресурсе.

4. Закључак

Традиционална знања самостално или у комбинацији са генетским ресурсима представљају важан елемент наслеђа и културног и историјског идентитета урођеничких заједница. Ова врста знања се често економски експлоатише а да заједнице које су их створиле за то не добију никакву накнаду. Због злоупотреба ове врсте неопходно је пронаћи правну форму како би ова врста интелектуалних добара била заштићена. Преовлађујуће мишљење је да постојећи облици заштите не пружају цјеловиту заштиту и да треба пронаћи нови облик који би по својој логици био сличан другим правима интелектуалне својине. Заштита традиционалних знања претпоставља заштиту њихове нематеријалне односно интелектуалне компоненте, као и спречавање њиховог неовлашћеног искоришћавања од стране трећих лица. Због тога је све више иницијатива да се уведе посебно *sui generis* право којим би се штитила ова знања. Ово право би требало садржавати елементе других права интелектуалне својине, посебно патента, географских ознака, колективног жига, али и ауторског права. Неке државе у развоју су донијеле посебне законе о заштити традиционалних знања, генетских ресурса. Стварају се и дигиталне библиотеке и посебне базе података традиционалних знања које садрже и податке о заједницама које су их створиле. Развијају се и посебне класификације традиционалних знања којима за основ служе патентне класификације. Поред културног значаја којег неспорно имају, ови подаци се користе и приликом испитивања патената. Питање је добило међународни значај и њиме се бави Свјетска организација за

интелектуалну својину односно Међувладин комитет за интелектуалну својину, традиционална знања, генетске ресурсе и фолклор. За рад овог Комитета карактеристични су супротстављени ставови између земаља у развоју, прије свега афричких, које подржавају Бразил, Индија и Кина, а које се залажу за успостављање *sui generis* система заштите, те развијених држава, као што су САД и Јужна Кореја које су се једно вријеме супростављале било каквом облику заштите традиционалних знања као таквих. Кључно питање које се поставља је ко је носилац права, односно да ли су то домородачки народи или државе у којима они живе. Због различитих интереса који су карактеристични за рад комитета, још увијек није сигурно да ће се постићи консензус у вези модела правне заштите традиционалних знања и генетских ресурса у оквиру система Свјетске организације за интелектуалну својину као и по питању ко ће бити носилац права на овим знањима. Оно што је за сада извјесно је да ће се развојем дигиталних база података и ревизијом ПЦТ система бити онемогућена додјела патента за проналаске који се темеље на овој врсти знања.

*Jovan Šarac, Ph.D., Deputy Director
Institute for Intellectual Property of Bosnia and Herzegovina*

PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE AND GENETIC RESOURCES

Summary

The author presents the issues related to the legal protection of traditional knowledge and genetic resources. He places an emphasis on the problem of “stealing” traditional knowledge and genetic resources or, in other words, patent grant for the inventions that are based on this type of knowledge. The author analyses the possibility of using the existing intellectual property rights for the protection of traditional knowledge. He also gives an overview of the international documents that partially regulate this issue as well as an overview of some national, regional and private initiatives. A special emphasis is placed on the initiatives within the World Intellectual Property Organization (WIPO), actually the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore that are related to the protection of such type of knowledge. In the end, the author concludes that owing to the different interests of developed and developing countries, it is still uncertain whether the consensus would be reached with respect to the legal protection of traditional knowledge and genetic resources as sui generis rights within the system of the World Intellectual Property Organization. He also concludes that a patent grant for

the inventions based on this type of knowledge will be precluded by the development of digital databases and the revision of PCT system.

Key words: *ttraditional knowledge, genetic resources, intellectual property, patent, exclusive rights*

Литература

- Daes, E. I., Discrimination against indigenous peoples, Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples, Dokument: E/CN.4/Sub.2/1993/28.
- Камил, И., Интелектуална својина моћно средство економског раста, Београд, 2003.
- Конвенција о биолошкој разноврсности од 5. јуна 1992. године (Convention on biological diversity).
- The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), 13 September 2007.
- Correa, C., Intellectual Property Rights, The WTO and Developing Countries, London and New York, 2000.
- Шарац, Ј., Проналазак и научно откриће у свјетлу патентног права, Бања Лука, 2015.
- WIPO/GRTKF/IC/30/INF/7, Glosary of the Key Terms Related to Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions;
- WIPO/GRTKF/IC/16/INF/24, *The Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore*;
- WIPO/GRTKF/IC/19/5, The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles;
- WIPO/GRTKF/IC17/7: Submission by Australia, Canada, New Zealand, Norway and the United States of America;

*Huailing Zhang, LL.M., Doktorand
an der Humboldt-Universität zu Berlin*

UDK: 502.13:341

**ORGANHAFTUNG ALS PRIVATRECHTLICHES
MECHANISMUS DES UMWELTSCHUTZES**
**Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zur chinesischen
und deutschen Justizpraxis**

Kurzfassungen

Im Vergleich mit dem deutschen Recht kommt die Organhaftung als ein privatrechtliches Mechanismus u. a. des Umweltschutzes für den chinesischen Gesetzgeber kaum in Betracht. Dies liegt zum Großteil an den Gesetzeslücke des chinesischen Gesellschaftergesetzes, welches die Rechte und Pflichten der Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft generalklauselartig vorschreibt, jedoch den Sorgfaltsmaßstab nicht gesetzlich festlegt (§ 147). Der Verfasser ist der Meinung, dass diese Gesetzeslücke mittels Gesetzesauslegung und richterliche Rechtsfortbildung geschlossen werden können und sollen. Die Vorgehensweise kann durch (1) die Erfahrungen der Rechtsfortbildung des § 43 GmbHG durch Richterrecht und (2) die teilweise Kodifikation der Rechtspflichten der Directors in §§ 170 ff. britisch Companies Act 2006 gerechtfertigt werden.

Stichwörter *Organhaftung, Gesetzeslücke, Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung*

1. Einführung

1.1. Problematik

In der modernen Gesellschaften werden die meisten Umweltkatastrophen durch Unfälle im Unternehmensbetrieb, einschließlich der Verkehrsunfälle (vor allem der Transport der Gefahrgüter) verursacht. Auch bei „ordentlichem“ Betrieb des Unternehmens können z. B. zur erheblichen Emissionen, Beschädigung der Betriebsgelände sowie der Umgebung führen.¹ Im Vergleich mit der von natürlichen Personen verursachten Umweltverschmutzung führen die betrieblichen Umweltunfälle in der Regel zur umfangreichen, gravierenden und dauerhaften Umweltschäden. Dazu

¹ Vgl. *Holger Schmidt*, Die Umwelthaftung der Organmitglieder von Kapitalgesellschaften, 1996 Heidelberg, S. 1.

gibt es sowohl in Deutschland als auch in China zahlreiche Beispiele. Die Explosionskatastrophe von Tianjin² in jüngerer Zeit wirft in extremer Weise erneut die Frage auf, wie ein effektiver Mechanismus des Umweltschutzes ausgestaltet werden sollte. Im Focus des chinesischen Gesetzgebers standen und stehen die öffentlich-rechtlichen und strafrechtlichen Mechanismen. Während die Unternehmensträger grundsätzlich die Adressaten der öffentlich-rechtlichen Pflichten zum Umweltschutz sind, adressieren die entsprechenden strafrechtlichen Vorschriften neben die Unternehmensträger noch die Organmitglieder des Unternehmens, nämlich das direkt verantwortliche zuständige Personal und sonst direkt verantwortliches Personal (§§ 346 in Verbindung mit 338 bis 345 Chinesisches Strafgesetz, nachstehend chinesisches StrafG).

Im Unterschied zum vorgenannten öffentlich-rechtlichen Mechanismen im weiteren Sinne stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Organhaftung in Hinsicht auf ihre präventive und ausgleichende Funktionen als privatrechtliches Mechanismus des Umweltschutzes im chinesischen Recht fungieren kann beziehungsweise sollte. Die Fragestellung und die Bezweifelung über die Effektivität der geltenden Rechtsmechanismen sind zumindest dadurch gerechtfertigt, dass katastrophale Umweltskandale mit beträchtlichen Opfern, enormen wirtschaftlichen und ökologischen Schäden erstaunlich häufig bei den großen Unternehmen³ (abgesehen von den kleinen und mittleren Unternehmen) aufgetreten sind. Aufgrund dessen fragt man, ob alternative rechtliche Lösungen vom Gesetzgeber erprobt werden sollten. Die Verstärkung der Organhaftung im Rahmen der Corporate Governance, vor allem bei Erfüllung der so genannten Compliance-Pflicht, wird eine rechtliche und dogmatische Grundlage für die vorgenannte privatrechtliches Mechanismus festgelegt. Ebenfalls gilt auch für die so genannte geschlossene Kapitalgesellschaft (*closed companies*), da die Compliance-Pflicht wesentlich aus der Legalitätspflicht der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft abgeleitet wird. § 147 Abs.1 Chinesisches Gesellschaftsgesetz (nachstehend GesG) schreibt generalklauselartig allgemeine Rechtspflichten und Haftung der Organmitglieder aller Rechtsformen der Kapitalgesellschaft in China vor. Danach sollen sich die Mitglieder des Vorstands (zusammen mit den Aufsichtsratsmitgliedern und leitenden Managers) die **Gesetze, Verwaltungsverordnungen und die Gesellschaftssatzung** halten und sind der Gesellschaft zu **Treue** und **Fleiß** verpflichtet. Im chinesischen Schrifttum ist umstritten über den Begriff der Fleißpflicht (das Verhältnis zwischen Fleißpflicht mit dem traditionellen Rechtsbegriff der Sorgfaltspflicht im Zivilrecht) und die dogmatische Zuordnung der Legalitätspflicht (das heißt eine eigenständige Pflichtgruppe oder eine

² Mehr dazu: https://de.wikipedia.org/wiki/Explosionskatastrophe_von_Tianjin_2015.

³ Z. B. die Umweltschandal von einer Tochtergesellschaft von der Zijin Mining im Jahr 2010; Gasexplosion von Chuangdongbei im Jahr 2003 in Chongqing.

Subklasse der Fleißpflicht);⁴ unstreitig ist die Gültigkeit des § 147 Abs. 1 GesG für alle Gesellschaftsformen.

Die Beantwortung der oben aufgeworfenen Fragen wird in dieser Arbeit wesentlich aufgrund rechtsvergleichender Untersuchung zum deutschen Kapitalgesellschaftsrecht versucht. Rechtspolitische Erfahrungen in den weiteren europäischen Rechtsordnungen sind nur an einzelnen Stellen berücksichtigt.

1.2. Beschränkung des Themas

Theoretisch lässt sich die Organhaftung der Mitglieder einer Kapitalgesellschaft sowohl in China also auch in Deutschland einerseits in die Haftung gegen über der Gesellschaft (Innenhaftung) und andererseits die gegenüber Dritten (Außenhaftung) unterteilen. Gegenstand dieser Arbeit beschränkt sich lediglich auf die Innenhaftung der Vorstandsmitglieder gegenüber die Gesellschaft. Außenhaftung gegenüber Gläubiger, Arbeitnehmer der Gesellschaft usw. ist daher aus der Untersuchung ausgeschlossen.

Angesichts der Mehrfach der Haftungsformen steht die Schadensersatzhaftung im Focus der Analyse. Weitere Haftungsformen, wie etwa der Anspruch der Gesellschaft auf Herausgabe der Vorteile, Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, sind nur teilweise erörtert. Außerdem konzentriert die Untersuchung – abgesehen von ausdrücklicher Betonung – wesentlich auf die Rechtsform der (chinesischen) GmbH. Hintergründe für diese Einschränkung ist zuerst die Bedeutung der KMU aufgrund deren Mehrzahl in der (chinesischen und deutschen) Wirtschaft; ein noch entscheidender Grund ist die Tatsache, dass die Regulierung der offenen (Publikum)Kapitalgesellschaften – insbesondere der börsennotierten Aktiengesellschaften - im Focus des chinesischen Gesetzgeber steht, mit der Folge, dass die organisatorischen und regulatorischen Besonderheiten der geschlossenen Kapitalgesellschaft nicht hinreichend berücksichtigt werden.

2. Rahmenbedingungen und Rechtslage der Organhaftung

2.1. Wer sind die Adressaten der organschaftlichen (Umwelt)Haftung?

Eine Vorfrage der Organhaftung zum betrieblichen Umweltschutz ist, wer eigentlich die Adressaten der organschaftlichen Haftung. An dieser Stelle wird auf die Verweisung auf einzelnen Rechtsvorschriften zum Umweltschutz und eine Auflistung deren Pflichtträger verzichtet. Stattdessen ist zuerst die allgemeine organschaftlichen Pflichtträger im *Gesellschaftsrecht* nachzufragen. Danach werden die besonderen

⁴ Vgl. ZHANG Hong [张洪]/LU Wenyong [卢文勇], Inhalt und Sorgfaltsmaßstab der Fleißpflicht der Vorstandsmitglieder der börsennotierten Unternehmen [上市公司董事履行勤勉义务的法律内涵及司法裁判标准], Report des Gemeinsames Forschungsprogramms von SSE, online abrufbar unter http://www.sse.com.cn/researchpublications/jointresearch/c/c_20120713_1137.pdf, S. 7 ff.

Adressaten einiger wichtiger Rechtsvorschriften in speziellen Gesetzen zum Umweltschutz anschließend diskutiert.

a. Rechtslage im deutschen Recht

Im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht stellen sich §§ 93 AktG, 43 GmbHG als wesentliche Rechtsgrundlage für die Organhaftung. Gemäß § 43 GmbHG haben die Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft *die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes* anzuwenden. Ähnliche Rechtspflicht wird auch dem Geschäftsleiter in § 93 Abs. 1 AktG vorgeschrieben. Danach haben sie bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines *ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters* anzuwenden. Die Pflichtträger – also die Geschäftsführer bzw. Geschäftsleiter i.S.d. § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG – sind solche Personen, die als solchen **wirksam eingestellt** worden sind. Deren Umfang lässt sich relativ einfach feststellen.

In Hinsicht auf die Frage, ob die sog. *de facto* Geschäftsführer bzw. Geschäftsleiter auch von §§ 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG erfasst sind, hat der deutsche Gesetzgeber offen gelassen. In der Rechtspraxis ist die Rechtsfigur der *de facto* Geschäftsleiter aufgrund ständiger höchstrichterlicher Rspr.⁵ allgemein anerkannt. Darunter fallen i. d. R. solche natürliche Personen, die mit Wissen der Gesellschaft/Gesellschafter **tatsächlich** Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen, ohne formell zum Geschäftsführer bestellt worden zu sein. Zum faktischen Geschäftsführer gehört zudem die Person, die die Fäden im Hintergrund in der Hand hält, während die förmlich und wirksam bestellte Person als bloßer *Strohmann* fungiert.⁶ Zu beachten ist allerdings, dass die Ausübung der Einflussnahme in diesem Hintermann-Strohmann-Verhältnis von der Ausübung des Anweisungsrechts des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters im Rahmen des Anweisungsrechts abzugrenzen ist. Für die Beurteilung ist die folgende Tatsache maßgebend, dass welche Führungsaufgaben (einschließlich des Ausmaßes und der Intensität) die betreffende Person wahrgenommen hat.⁷ Was die Intensität angeht, ist es der höchstrichterlichen Rspr.⁸ zufolge nicht erforderlich, dass der Betreffende die gesetzlichen Geschäftsführer völlig verdrängt. Er muss jedoch, aufgrund des Gesamterscheinungsbildes seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich in die Hand genommen haben.⁹ Demgegenüber reicht die bloße interne Einwirkung auf die Geschäftsführung nicht aus.¹⁰ Liegt eine faktische Geschäftsführung vor, haftet der Betreffende – ggf. neben

⁵ Vgl. BGH NZG 2005, 816; BGH NZG 2005, 755; BGHZ 150, 61; BGHZ 41, 282; BGHZ 47, 341; BGHZ 75, 96; BGHZ 104, 44; BGHZ 150, 61.

⁶ Vgl. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG § 43 Rn. 25ff.

⁷ Vgl. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG § 43 Rn. 28.

⁸ BGHZ 104, 44, 48; BGHZ 150, 61, 69ff; BGH ZIP 2005, 1414, 1415 = GmbHR 2005, 1126, 1127; GmbHR 2005, 1187, 1188; BGH ZIP 2008, 364, 367; BGH ZIP 2008, 1026, 1027 = GmbHR 2008, 702; Vgl. Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 3.

⁹ Vgl. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG § 43 Rn. 30 ff.

¹⁰ Vgl. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG § 43 Rn. 30.

dem Strohmann-Geschäftsführer - nach § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG. Für die Aktiengesellschaft gelten die ähnlichen Maßstäbe.

b. Rechtslage im chinesischen Recht

Nach § 147 chin. GesG gelten die allgemeinen Rechtspflichten für drei Arten von Personen: für die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats und für die sog. leitenden Manager. Insbesondere werden die gesetzlichen organschaftlichen Pflichten der Vorstandsmitglieder und der leitenden Manager immer gleichzeitig und mit gleichem Inhalt – wie z.B. der Treuepflicht in § 148 GesG - im GesG geregelt. Das GesG hat unter § 46 GesG die Amtsbefugnisse der Vorstandsmitglieder aufgelistet, aber *offen* gelassen, nach welchen Maßstäben die Vorstandsmitglieder zu beurteilen haben, ob eine bestimmte Person zur Unternehmensleitung gehört. Der h. A. nach sind die Vorstandsmitglieder Personen, die als solche von der Gesellschafterversammlung (wirksam *bestellt* und Träger der betrieblichen Entscheidungen sind.¹¹ Insofern ist die Rechtslage vergleichbar mit der oben ausgeführten Rechtslage im deutschen Recht.

Bei der Beantragung der Gesellschaftsregistrierung müssen der Gesellschaftsregisterbehörde Schriftstücke, welche die Namen und Wohnorte der Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats und der Manager angeben, und Nachweise ihrer Delegation, Wahl oder Bestellung eingereicht werden (§ 20 Abs. 2 Nr. 5 GesRV¹²). Aufgrund dessen wird eine wirksame Bestellung der Vorstandsmitglieder oder deren Registrierung im Industrie- und Handelsregister in der Praxis als *maßgeblich* betrachtet.¹³ Mit diesem *förmlichen* Maßstab ist es aber noch kaum möglich, die faktischen Direktoren oder Schattendirektoren anzuerkennen. Deren Anerkennung würde materielle Maßstäbe für die gesetzliche Funktion der Direktoren voraussetzen.

c. Zwischenergebnis

Aufgrund der oberen Ausführung lässt sich gewisse *Annäherung* zwischen den hier relevanten Rechtsordnungen insofern beobachten, als der förmliche Maßstab für die Feststellung den Kreis im ersten Rang steht. Der *unterschiedliche Schwerpunkt* der deutschen und chinesischen Gesetzgeber bei der Regulierung der Adressaten der organschaftlichen Rechtspflichten lässt wohl mit folgenden rechtspolitischen Hintergrund erklären: Im Vergleich mit der Problematik der *faktischen Direktoren* oder Schattendirektoren, die mit den sog. „tatsächlichen Kontrolleuren“ verbundenen Probleme in der Rechtspraxis noch häufiger und dramatischer sind. Gemäß § 216 Nr. 3 GesG sind die *tatsächlichen Kontrolleure* solche Personen, die nicht Gesellschafter sind, aber über Investitionsbeziehungen, Vereinbarungen oder anderer *Dispositionen* *tatsächlich die Handlungen der Gesellschaft dirigieren* können. Mit dieser

¹¹ LIU Junhai [刘俊海, Corporate Law, S. 232 ff.

¹² Abkürzung für Gesellschaftsregistervorschriften der VR China (Novellierung von 19.02.2014).

¹³ DENG Feng [邓峰, Allgemeines Gesellschaftsrecht [普通公司法, Renmin University Press 2009. S. 532.

umfangreichen Definition können u. U. auch solche Personen erfasst werden, die nicht offiziell oder effektiv als Vorstandsmitglieder bestellt sind, aber die Kontrollmacht über die Gesellschaft tatsächlich ausüben.¹⁴

2.2. Rechtliche Grundlage für die organschaftliche Umwelthaftung der Organmitglieder von Kapitalgesellschaften

In den beiden Rechtsordnungen sind folgende zwei Arten von Rechtspflichten allgemein anerkannt: Sorgfaltspflicht (Fleißpflicht)¹⁵ und Treuepflicht. Zu beachten ist, dass die allgemeine Treuepflicht oder Loyalitätspflicht der Geschäftsleiter einer deutschen Kapitalgesellschaft (sowohl der AG als auch der GmbH) nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, sondern mittels Rechtsprechung und Rechtslehre ihre Anerkennung in der Rechtspraxis erlangt. Allerdings ist das Wettbewerbsverbot als Ausdruck der Treuepflicht im Gesetz kodifiziert.¹⁶

Für die Festlegung der *Umwelthaftung* der Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft ist vor allem die Sorgfaltspflicht von entscheidender Bedeutung. Denn die Legalitätspflicht, welche dogmatisch eine wesentliche Fallgruppe der Sorgfaltspflicht bildet, gilt als „Quelle“ der Pflicht zur rechtmäßigen Unternehmung, einschließlich der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt. Daher sind die Sorgfaltspflichten der Organmitglieder, vor allem der Vorstandsmitglieder, in der deutschen und chinesischen GmbH im Detail zu erörtern.

a. Sorgfaltspflicht der deutschen GmbH-Geschäftsführer

Wie bereits ausführt, die Sorgfaltspflichten der deutschen GmbH-Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft sind *nicht* gesetzlich abschließend,¹⁷ sondern *einerseits* durch eine Reihen von punktuell festgelegten speziellen Verhaltenspflichten und *andererseits* zusätzlich mit Hilfe von Generalklauseln geregelt.

Gesetzliche einzelne Sorgfaltspflichten sind wie etwa die Pflicht zur Anmeldung beim Handelsregister¹⁸, die Beachtung der Vorschriften über die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals¹⁹, die Pflicht zur ordnungsmäßigen Buchführung, Bilanzierung und Vorlage des Jahresabschlusses sowie des Lagerberichts²⁰, die Erfüllung der Informationspflichten gegenüber den Gesellschaftern²¹, die Einberufung

¹⁴ Vgl. YE/ZHOU, Journal of National Prosecutors College [国家检察官学院学报], 06/2007, p. 126.

¹⁵ Der h. M. in der chinesischen Literatur betrachtet den Rechtsbegriff der Fleißpflicht als gleichbedeutend mit der „Sorgfaltspflicht“ in allgemeinen Zivilrecht.

¹⁶ Vgl. *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., 2010 München, S. 147.

¹⁷ Michalski/*Haas/Ziemons*, GmbHG, § 43 Rn. 2.

¹⁸ §§ 7 I, 39 I, 40 I S. 1, 57 I, 57i I, 58 I Nr. 3, 65 I, 67 I sowie 78 GmbHG.

¹⁹ §§ 9a, 19, 30, 31, 33, 43a, 57 IV GmbHG.

²⁰ §§ 41, 42, 42a GmbHG; §§ 238 ff, 325 ff HGB.

²¹ § 51a GmbHG.

der GV (§ 49 GmbHG) und die Pflichten in der Krise der Gesellschaft (§§ 64, 84 GmbHG, § 15a InsO).²² Hingegen fällt die allgemeine Regelung von § 43 Abs. 1 GmbHG unter der letztgenannten Fallgruppe. Die Regelungen über allgemeine (Sorgfalts)Pflicht bzw. Haftung der Geschäftsführer in § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG haben seit seinem Inkrafttreten unverändert geblieben. Entsprechend der Regelung in § 93 Abs. 1 AktG und § 34 Abs. 1 und 2 GenG (*Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*) legen sie die grundlegenden Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft fest.²³

b. Fleißpflicht der Organmitglieder einer chinesischen Kapitalgesellschaft

Neben der Treuepflicht sind die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie leitende Manager der Gesellschaft gegenüber auch zum „Fleiß“ verpflichtet (§ 147 Abs. 1 GesG). Eine statutarische Definition des Rechtsbegriffes ist nicht gegeben. Ebenfalls fehlt eine Aufzählung der einzelnen pflichtwidrigen Handlungen im Gesetz. Trotz Kritik aus der Praxis wurde die Rechtslage in der jüngsten Rechtsreform des GesG im Jahr 2013 nicht verbessert, da die entsprechenden Vorschriften (§ 147 ff. GesG) weiterhin unverändert geblieben sind.²⁴ Im Schrifttum wird die Fleißpflicht i.S.d. § 147 I GesG von der h. A. als gleichbedeutend mit dem „Sorgfaltspflicht“ oder „die Sorgfaltspflicht eines gutgläubigen Verwalters über das Vermögen des anderen“ oder „Duty of Skill, Care and Diligence“ betrachtet werden.²⁵

Eine der wesentlichen Schwäche der gesetzlichen Regeln in Hinsicht auf die Fleißpflicht ist m. E. das Fehlen des entsprechenden Sorgfaltsmaßstabs. Ohne entsprechenden Sorgfaltsmaßstab macht die Fleißpflicht i.S.d. § 147 Abs. 1 GesG schwer durchsetzbar. Dies wird auch durch experimentelle Untersuchungen bestätigt.²⁶

Wie diese Gesetzeslücke durch richterrechtliche Auslegung und Rechtsfortbildung sowie Rechtslehre geschlossen werden kann, ist nachstehend bei der Konkretisierung der Legalitätspflicht ausführlich einzugehen.

²² Vgl. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG § 43 Rn. 2.

²³ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., 2010 München, S. 461.

²⁴ Vgl. ZHANG Hong, LU Wenying [张江, 卢文莹], „Bedeutung der Fleißpflicht der Vorstandsmitglieder des börsennotierten Unternehmens und deren gerichtliche Ermessensmaßstab [上市公司董事履行勤勉义务的法律内涵及司法裁判标准]“, S. 7 ff., abrufbar unter http://www.sse.com.cn/researchpublications/jointresearch/c/c_20120713_1137.pdf.

²⁵ ZHANG Hong/LU Wenying [张江, 卢文莹], a.o.O., S. 5ff; REN Zili [任自力], „Sorgfaltsmaßstab der Fleißpflicht des Vorstandsmitglieder [公司董事的勤勉义务标准研究]“, in: Chinesische Rechtswissenschaft [中国法学], 06/2008, S. 83.

²⁶ Vgl. WANG Jun [王军], Rechtswissenschaft des Nordens [北方法学], 04/2011, S. 24.

3. Konkretisierung der Legalitätspflicht in Bezug auf den Umweltschutz in der Rechtspraxis

3.1. Rechtslage in Deutschland

a. Allgemeines

Im deutschen Gesellschaftsrecht charakterisiert sich die Legalitätspflicht durch klare und konkrete gesetzliche Quelle der einzelnen Rechtspflichten. Diese gesetzlichen Vorschriften können entweder die Geschäftsführer oder die Gesellschaft adressieren. Aus der Legalitätspflicht der GmbH-Geschäftsführer ergibt sich vor allem, dass sie Sorge für die *Einhaltung der vom Unternehmen zu beachtenden Rechtsnormen* tragen und die *erforderlichen Vorkehrungen*, einschließlich notwendiger organisatorischen Maßnahmen²⁷ treffen müssen. Darunter fallen nicht nur die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (wie etwa in GmbHG oder AktG), sondern auch solche des allgemeinen Wettbewerbsrechts (z. B. Kartellverbot), Steuerrechts (Abführung der Steuer und Sozialversicherungsbeiträge), des Rechts zum Umweltschutz (wie etwa des Umweltschadensgesetzes).

Besonderer Erklärung bedarf das Verhältnis zwischen der Legalitätspflicht und der sog. „*nützlichen Pflichtverletzung*“. Mit der Legalitätspflicht wird bezweckt, dass die Gesellschaft sich in ihren Außenbeziehungen rechtmäßig verhält. Dem sog. *Shareholder Value* zu folgen, soll sich die Unternehmensführung nach der Maximierung der Interessen von Gesellschaftern, die als Kapitalgeber den Anspruch auf den restlichen Wert der Gesellschaft haben, orientieren.²⁸ Insofern dient die Einhaltung rechtlicher Vorgabe, welche hierher dem **Umweltschutz** bezwecke, nicht unbedingt dem besten Interesse der Gesellschaft. Diesbezüglich ist es heutzutage in der deutschen Litr. unstrittig, dass die der Gesellschaft im öffentlichen Interesse obliegenden Pflichten erfüllt werden müssen. Denn das beste Interesse der Gesellschaft soll im Rahmen des zwingenden Rechts definiert werden. Hinsichtlich der Problematik aus der sog. „*nützlichen Pflichtverletzung*“ ist die Verletzung der gesetzlichen Pflichten und vertraglichen Pflichten zu differenzieren. Was die Verletzung der gesetzlichen Pflichten angeht, indiziert jeder Gesetzesverstoß eine Pflichtverletzung.

b. Der Siemens/Neubürger-Fall: Compliance-Pflichten, Organisationspflicht

In diesem dramatischen Fall²⁹ hat sich auf extremer Weise gezeigt, inwieweit die aus der Legalitätspflicht abgeleiteten, nunmehr in dem Deutschen Corporate Governance Kodex verankerten Compliance Pflichten der Organmitglieder gehen können. Der Sachverhalt ist wesentlich wie folgt:

²⁷ Vgl. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 44.

²⁸ Vgl. Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2009 Berlin, S. 369.

²⁹ LG München I Urteil v. 10.12.2013, Az: 5 HK O 1387/10 = NZG 2014, 345.

In einem relevanten strafrechtlichen Verfahren³⁰ hatte das Gericht festgestellt, dass Siemens – beginnend in den 1980er-Jahren - ein System der sog. „schwarzen Kassen“ entwickelt hatte. Durch dieses System wurden Korruptionszahlungen – zuerst durch Bar oder Scheckzahlung, dann mittels Scheinberatungsverträge – an den ausländischen Beamten oder privaten Personen geleistete, um vor Ort Verträge zu bekommen. Wegen Bestechungsfälle im Ausland wurde Siemens AG – welche zugleich auf der US-amerikanischen und deutschen Börsen aufgelistet ist – von der Behörden bzw. Aufsichtsstelle der Börsen enorme Geldstrafe³¹ verhängt wurde. Solche Bestechungsfälle und entsprechende Verdachtsfälle seien dem Vorstand von Siemens wiederholt zur Kenntnis gelangt. Der Aufsichtsrat hatte den Vorstand vorgeworfen, die Sorgfaltspflichten, insbesondere die Compliance-Pflichten, verletzt zu haben. Nachdem alle eheligen Vorstandsmitglieder – mit Ausnahme des für Finanz zuständigen Vorstandsmitglied (Herr Neubürger) – einen Vergleich über Schadenersatz wegen Pflichtverletzung abgeschlossen hatten, machte der Aufsichtsrat im Namen der Gesellschaft den Schadenersatzanspruch i. H. v. 15 Mio. Euro gerichtlich geltend.

Das Gericht hat entschieden, dass der Beklagte wegen Verletzung seiner Compliance-Pflichten nach § 93 Abs.2 AktG auf Schadenersatz (in voller Höhe) haftet. Die Rechtsgrundsätze in der Begründung des Urteils sind von allgemeiner Bedeutung für die Feststellung der Organhaftung. Unter der Sorgfaltspflicht fällt zuerst *die Pflicht zur ordnungsmäßigen Organisation der Gesellschaft*, vor allem zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems. Um die Sorgfaltspflicht i.S.d. § 91 Abs.2 AktG zu erfüllen, *„hat der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden“*. Diese Compliance-Pflicht im Aktienrecht verpflichtet die Geschäftsleiter dafür Sorge zu tragen, dass Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße erfolgen. Ihrer Organisationspflicht genügen die Geschäftsleiter bei entsprechender *Gefährdungslage* nur dann, wenn sie eine auf *Schadenprävention* und *Risikokontrolle* angelegte Compliance-Organisation einrichtet.³² Diese Grundsätze sollten aufgrund der Ausstrahlungswirkungen des § 91 Abs.2 AktG auch auf die GmbH entsprechend anwenden.³³

In Bezug auf den *Umweltschutz* sollten die oben erwähnten Grundsätze gefolgt werden. Verpflichtet sich die Gesellschaft an den dem Umweltschutz dienenden Vorschriften einzuhalten, haben die Organmitglieder innerhalb des Unternehmens effektive Organisation einzurichten, um ihre Sorgfaltspflicht der Gesellschaft gegenüber zu erfüllen.

³⁰ Das Strafverfahren gegen einen ehemaligen Mitarbeiter *Reinhard S.*, LG München Beschluss v. 4.10.2007 – 5 KLS 563 Js45994/07 – BeckRS 2008, 01235.

³¹ Im Detail: StA München I, Geldstrafe i.H.v. 395 Mio. EUR; District of Columbia, Geldstrafe i.H.v. 450 Mio. US Dollar; SEC, Geldstrafe i.H.v. 350 Mio. US Dollar.

³² Vgl. LG München I, NZG 2014, 345.

³³ BegrRegE KonTrag, BT-Drucks 13/9712, S. 15; Zur Ausstrahlungswirkung der Vorschrift s. einerseits *Altmeyen*, ZGR 1999, 291, 300 ff und andererseits *Hommelhoff*, in: FS Sandrock, S. 373, 378; *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, 297, 300 f. Zur Frage der Ausgestaltung des Kontrollsystems, s. etwa Lück, DB 1998, 1925 ff; Lück, DB 1998, 8 ff; *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, 297, 299 ff.

Insofern wird den Geschäftsleitern kein Spielraum darüber eingeräumt, ob ein solches Risikomanagementsystem *überhaupt* eingerichtet werden soll, sondern nur über dessen konkrete Ausstattung.³⁴

3.2. Rechtslage in China

a. Allgemeines

Die Legalitätspflicht steht im Focus des chinesischen Gesetzgebers. Obwohl eine Kodifizierung der Legalitätspflicht erst durch die GesG-Novellierung im Jahr 2005 erfolgte, galt deren Verletzung bereits als Voraussetzung für die Schadensersatzhaftung i.S.d. § 63 GesG 1994.³⁵ Gemäß § 147 Abs. 1 1. Halbsatz GesG sind die Vorstandsmitglieder vor allem verpflichtet, die Gesetze, Verwaltungsvorschriften und Gesellschaftssatzung einzuhalten. Die experimentale Untersuchung hat auch bestätigt, dass sich in der Gerichtspraxis Fälle wegen Verletzung der Loyalitätspflicht als die wichtigste Fallgruppe der Fleißpflicht darstellen. Dem zu folgen verpflichten sich die Vorstandmitglieder, zusammen mit weiteren Organmitglieder, vor allem die von der Gesellschaft befugten Rechte sorgfältig, ernsthaft und fleißig auszuüben, um sicherzustellen, dass die gewerblichen Tätigkeiten der Gesellschaft an die *Gesetze, Verordnungen und staatliche Wirtschaftspolitik* halten.

b. Richterliche Konkretisierung bzw. Rechtsfortbildung in Bezug auf den Umweltschutz?

Im Vergleich mit der richterlichen Konkretisierung bzw. Rechtsfortbildung der Legalitätspflicht (Compliance-Pflichten, Organisationspflicht) stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Legalitätspflicht der Organmitglieder im Gesellschaftsrecht auf ähnlicher Weise konkretisiert bzw. fortentwickelt werden kann.

Aus den Erfahrungen im deutschen Recht setzt dies vor allem voraus, dass ein (allgemeiner) *Sorgfaltsmaßstab* im Gesetz vorgesehen wird. Die Generalklauseln in §§ 43 Abs. 1 GmbHG, 93 Abs. 1 AktG schreiben einen *objektiv-abstrakter* Sorgfalts-/Verschuldensmaßstab für die Geschäftsleiter vor.³⁶ Der Sorgfaltsmaßstab zählt zu einem der wesentlichen Tatbestände für die Haftung wegen Verschulden. Darüber hinaus kann § 43 Abs. 1 GmbHG – der zutreffenden Ansicht nach – jedoch als eine allgemeine Umschreibung der unternehmerischen Verhaltenspflichten betrachtet werden, da im Einzelfall die ungeschriebenen Verhaltenspflichten gerade aufgrund des objektiven Sorgfaltsmaßstabs in § 43 Abs. 1 GmbHG ermittelt werden³⁷ und damit § 43 Abs. 1 GmbHG den Maßstab für Pflichtenkonkretisierung in Einzelfälle anbietet.³⁸ Schließlich hinsichtlich der einzelnen statutarischen Pflichten funktioniert § 43 Abs. 1 GmbHG

³⁴ Vgl. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, § 43 Rn. 75c ff.

³⁵ § 63 a.F. GesG, ZChinR 2006, S. 324.

³⁶ Palandt/Grüneberg, GmbHG § 276 Rn. 14 ff.

³⁷ Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG § 43 Rn. 40.

³⁸ Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl 2012, § 43 Rn. 11.

zusätzlich als Auffangtatbestand für die im Gesetz nicht abschließenden vorgeschriebenen Pflichten.

Hingegen hat der chinesische Gesetzgeber den erforderlichen Sorgfaltsmaßstab offen gelassen. § 147 Abs. 1 GesG schreibt in diesem Sinne nur eine „Scheinpflcht“ vor. Die praktische Anwendung der Fleißpflicht beschränkt sich wesentlich auf die Fälle, wo schwerer und offensichtlicher Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften festgestellt wird. Wie diese rechtlichen Defizite beseitigt werden kann, ist anschließend nachzugehen.

c. Reformsalternative für das chinesische Recht

In der chinesischen Literatur wird auch wenig erörtert, inwieweit diese gesetzliche Lücke mittels Techniken des Lückenschlusses beseitigt werden kann. M. E. könnten die oben dargestellten Schwächen des chinesischen Rechts durch analoge Anwendung von zum einen Rechtsregeln für börsennotierten AGs oder zum anderen der allgemeinen zivilrechtlichen, insbesondere deliktsrechtlichen Verhaltenspflichten geschlossen werden. Aufgrund Beschränkung des Umfangs der Arbeit ist an dieser Stelle nur die zweite Lösung nachzugehen.

Im chinesischen Zivilrecht – vor allem § 106 II AGZ³⁹ und § 6 I Deliktsgesetz⁴⁰ – setzt eine Haftung grundsätzlich – mit Ausnahme von ausdrücklich abweichenden Regeln – das Verschulden des Handelnden voraus. Insofern gilt das *Verschulden* als einen Kerntatbestand für eine deliktische Haftung. Von maßgebender Bedeutung für diesen Tatbestand ist der Sorgfaltsmaßstab der *Fahrlässigkeit*. Bei der Beurteilung ist es entscheidend, ob der Handelnde den Forderungen aufgrund des Gesetzes, der Geschäftsordnung etc. nachgekommen hat, und ob er mit einer solchen Sorgfalt gehandelt hat, wie eine „vernünftige Person“ in der gleichen Situation verhalten soll.⁴¹ Hingegen kommt die persönliche Eigenschaft der betreffenden Person nur u. U. in Betracht.

Was das Kapitalgesellschaftsrecht angeht, wird die Haftung des Vorstandsmitgliedes wegen Verletzung von Treue- und Fleißpflicht grundsätzlich als eine deliktische Haftung behandelt.⁴² Der oben erwähnte objektive Sorgfaltsmaßstab findet sich auch sinngemäß auf die Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder einer chinesischen GmbH bzw. AG Anwendung. Der ständigen Rspr. zu folgen, die Mitglieder des Vorstands verpflichten sich bei der Geschäftsführung in der Art und Weise zu verhalten, wie eine allgemeine sorgfältige Person in gleicher Stelle unter vergleichbaren Umständen verhalten sollte. Verfügt ein

³⁹ Übersetzung des § 106 Abs. 2 AGZ: „Natürliche und juristische Personen, die schuldhaft staatliche oder kollektive Vermögensgüter oder Vermögensgüter oder den Körper anderer Personen verletzen, müssen zivilrechtliche Haftung übernehmen“. Aufgrund der Übersetzung von Frank Münzel (www.chinas-recht.de).

⁴⁰ Übersetzung des § 6 Abs. 1 Deliktsgesetz „Wenn der Handelnde schuldhaft zivile Rechtsinteresse eines anderen verletzt, muss er die Haftung für die Verletzung von Rechten übernehmen.“, ZChinR 2010, S. 41.

⁴¹ ZHANG Xinbao [张新宝], Deliktsrecht, Aufl. 2 [侵权责任法], S. 54.

⁴² Z. B. Mittleres Volksgericht Nr 2 Peking, Az: (2008) Er Zhong Min Zhong Zi Nr. 03331 [(2008)二中民终字第03331号] = Volksjustiz Gerichtsentscheidungen [人民司法·案例], 02/2010, S. 28 ff.

bestimmtes Organmitglied über höheres Niveau von Fähigkeiten, Erfahrungen und Kenntnissen, verpflichtet sich es auch diese im Interesse der Gesellschaft anzuwenden.

Dadurch kann eine Rechtsgrundlage im Gesetz selbst und Orientierungshilfe für die Justizpraxis festgelegt werden. Zugleich wird die Möglichkeit geschaffen, dass in der Zukunft die Gerichte die Legalitätspflicht i.S.d. § 147 Abs. 2 GesG so interpretiert wird, dass die Organmitglieder dazu verpflichtet sind, innerhalb des Unternehmens ein effektive Überwachungsorganisation einzurichten. Ansonsten haften sie – abgesehen von der Haftung gegenüber Dritten – der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz. Auf diese Weise könnte ein privatrechtlicher Mechanismus zum Umweltschutz „aktiviert“ werden.

*МА, Хуаилинг Жанг, докторанд
Хумболт Универзитета у Берлину*

**ОДГОВОРНОСТ ДИРЕКТОРА КАО МЕХАНИЗАМ
ПРИВАТНОГ ПРАВА ЗА ЗАШТИТУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ
- Компаративна анализа кинеске и немачке
правне праксе -**

Резиме

Упоредноправном анализом релевантних прописа у кинеском и немачком праву, могуће је извести закључак да је кинески законодавац занемарио питање одговорности директора у контексту заштите животне средине. То је добрим делом последица постојећих правних празнина у кинеском Закону о привредним друштвима, где и поред тога што је општим одредбама регулисана дужност пажње, нису дефинисани стандарди те дужности (§ 147). Стога се овим радом настоји истаћи да поменути празнине у закону могу и треба да буду попуњене тумачењем законских одредби и даљим развојем судске праксе. Оправдање за овакав став може се извести имајући у виду: (i) § 43 немачког Закона о привредним друштвима, који је допуњен и даље развијен уз помоћ судске праксе; (ii) (делимичну) кодификацију дужности и обавеза директора у §§ 170 и сл. британског Закона о привредним друштвима из 2006. године.

Кључне речи: одговорност директора, правне празнине, судско тумачење.

*Huailing Zhang, LL.M., student of Ph.D. studies
Humbolt University Berlin*

THE LIABILITY OF DIRECTORS AS ENVIRONMENTAL PROTECTION MECHANISM OF PRIVATE LAW - A Comparative Analysis of the Chinese and German Legal Practice -

Summary

By comparing the Chinese regulation with the German Law it is possible to highlight that the Chinese lawmaker has neglected the director's liability, i.e. an environment protection mechanism of private law. This has been partially due to the statutory gaps in the Chinese Company Law, which although regulates the duty of care with general clauses, but doesn't lay down the standard of duties (§ 147). The article aims at arguing that such gaps in the statute could and should be filled through statutory interpretation and further developments of the law by judges. This point of view could be justified by: (i) the experiences of § 43 German GmbHG, which has been supplemented and further developed by the court judgments; (ii) the (partial) codification of directors' duties and liabilities in §§ 170 et seq. British Companies Act 2006.

Key words: *Directors Liabilities, Statutory Gaps, Judicial Interpretation.*

Bibliography

- Altmeppen, H., (1999). "Die Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH," ZGR, 3: 291-313.
Deng, Feng (2009). *Allgemeines Gesellschaftsrecht*. Beijing: Renmin University Press.
Schmidt, Holger (1996). *Die Umwelthaftung der Organmitglieder von Kapitalgesellschaften*. Heidelberg: v. Decker.
Liu, Junhai (2008), *The Science of Corporate Law*. Peking: Peking University Press.
Michalski, Lutz (2011), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*. München: C.H. Beck
Raiser, Thomas, and Veil, Rudiger (2010). *Recht der Kapitalgesellschaften*. München: Vahlen.
Ye, Min, and Zhou, Junpeng (2007). "Diskussion über den Begriff des de facto Kontrollleurs,"
Journal of National Prosecutors College, 6: 124-128.
Lutter, Marcus, and Peter Hommelhoff (2012). *GmbH-Gesetz*. Köln: Dr. Otto Schmidt.

Хуаилинг Жанг, Одговорност директора као механизам приватног права за
заштиту животне средине (стр. 987-1000)

Ren, Zili (2008). “*Sorgfaltsmaßstab der Fleißpflicht des Vorstandsmitglieder*,” Chinesische Rechtswissenschaft, 6:83-85.

Wang, Jun. “*Die Fleiß- und Treuepflicht der Unternehmer*,” Rechtswissenschaft des Nordens, 4:24-39.

Wilhelm, Jan (2009). *Kapitalgesellschaftsrecht*. Berlin: de Gruyter.

Zhang, Xinbao (2010). *Deliktsrecht*. Beijing: Renmin University Press.

Cases

LG München I. Urteil v. 10.12.2013, Az: 5 HK O 1387/10 = NZG 2014, 345.

LG München I. NZG 2014, 345.

Mittleres Volksgericht Nr 2 Peking. Az: (2008) Er Zhong Min Zhong Zi Nr. 03331 = Volksjustiz Gerichtsentscheidungen, 02/2010, S. 28 ff.

Online Resources

Zhang, Hong, and Lu, Wenying (2012). “*Inhalt und Sorgfaltsmaßstab der Fleißpflicht der Vorstandsmitglieder der börsennotierten Unternehmen*,” in Report des Gemeinsames Forschungsprogramms von SSE at http://www.sse.com.cn/researchpublications/jointresearch/c/c_20120713_1137.pdf.

Information zur Explosion in Tianjin:

https://de.wikipedia.org/wiki/Explosionskatastrophe_von_Tianjin_2015.

Mr Младен Вуковић, докторанд
Правног факултета Универзитета у Новом Саду

УДК: 343.53:336.741.1

343.9.024:336.7

УЛОГА ОБВЕЗНИКА У ПРОЦЈЕНИ РИЗИКА ВЕЗАНИХ ЗА ПРАЊЕ НОВЦА И ФИНАНСИРАЊЕ ТЕРОРИСТИЧКИХ АКТИВНОСТИ

Резиме

Прања новца и финансирање тероризма представљају глобалне проблеме, који имају негативне повратне ефекте на економском, политичком, безбједном и социјалном плану једне земље. Посљедице прања новца и финансирања тероризма су подривање стабилности, транспарентности и ефикасности финансијског система земље, економски поремећаји, угрожавање програма реформи, смањене инвестиција и губљења угледа државе. Ризик прања новца и финансирања терористичких активности јесте ризик којим ће клијент злоупотребити финансијски систем Републике Српске или пословну дјелатност обвезника ради чињења кривичног дјела прања новца и финансирања терористичких активности, односно да ће неки пословни однос, трансакција, услуга или производ бити посредно или непосредно употребљени за прање и финансирање терористичких активности. Сходно наведеном у раду ће се предочити процјена ризика, информација, података и докумената од стране обвезника неопходних за утврђивање степена ризичности групе клијената или појединог клијента, пословног односа или трансакције, начин идентификације и прањења клијента те провођење мјера спречавања и откривања прања новца и финансирања терористичких активности у филијалама, подружницама и другим организационим јединицама друштва за осигурање у Републици Српској.

Кључне ријечи: прање новца, финансирање тероризма, ризици, односи, трансакције.

1. Уводна разматрања

Кривично дјело прикривања противзаконито добијеног новца нужно је повезано са појмом "прљавог" новца односно синтагмом "прања новца". Ти изрази се већ дуго користе у обичном говору, а своје мјесто су нашли у законском тексту инкриминације у члану 2. Закона о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности Босне и Херцеговине а који се односи и

на Републику Српску. Термин "прања новца" не потиче како се то често вјерује из времена прохибиције у САД, иако су многе технике те вјештине тада биле измишљене. Израз "прање новца" из новина које су обрађивале аферу "Watergate" у САД из 1973. године а након тога је заживио не само у Америци него и у цијелом свијету и у стручним круговима.¹ Прање новца и финансирање тероризма представљају глобалне проблеме, који имају негативне повратне ефекте на економском, политичком, безбједносном и социјалном плану једне земље.² Посљедице прања новца и финансирања тероризма су подривање стабилности, транспарентности и ефикасности финансијског система земље, економски поремећаји, угрожавање програма реформи, смањене инвестиција и губљења угледа државе. Ризик прања новца и финансирања терористичких активности јесте ризик којим ће клијент злоупотребити финансијски систем Републике Српске или пословну дјелатност обвезника ради чињења кривичног дјела прања новца и финансирања терористичких активности, односно да ће неки пословни однос, трансакција, услуга или производ бити посредно или непосредно употребљени за прање и финансирање терористичких активности. О појму прања новца и финансирању терористичких активности, држим да треба говорити, а у овом раду ћу се посебно осврнути на рад обвезника ради процјене ризика, начина идентификације, праћења клијената и провођење мјера спречавања и откривања прања новца и финансирања терористичких активности у филијалама, подружницама и другим организационим јединицама друштва за осигурање у Републици Српској.

2. Закон о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности

Закон о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности у Босни и Херцеговини³ а који се примјењује и у Републици Српској има превентивни карактер јер прописује мјере и радње у банкарском пословању које се предузимају ради откривања и спречавања прања новца и финансирања тероризма. Овим законом се уређују процјена ризика, информација, података и докумената неопходних за утврђивање степена ризичности групе клијената или појединог клијента, пословног односа или трансакције, идентификација и праћење клијената, праћење пословних активности клијента, достављање података Финансијско-обавјештајном одјељењу Државне агенције за истраге и заштити (ФОО), провођење мјера спречавања и откривања прања новца и финансирања терористичких активности у филијалама, подружницама и другим

¹ Бошковић, М., *Организовани криминалитет и корупција*, Бања Лука, 2004, стр. 354.

² Бошковић, Г., *Прање новца*, Београд, 2005, стр. 23.

³ Закон о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности, Службени гласник БиХ, број 01,02-02-1—24-1/14 од дана 06.06.2014. године.

организационим јединицама друштва за осигурање, именовање овлаштене особе за спречавање прања новца и финансирања терористичких активности, као и друга питања од значаја за процјену ризика и развој превентивног система за спречавања прања новца и финансирања терористичких активности.

3. Процјена ризика прања новца и финансирања терористичких активности

Ризик прања новца и финансирања терористичких активности јесте ризик којим ће клијент злоупотребити финансијски систем Републике Српске или пословну дјелатност обвезника ради чињења кривичног дјела прања новца и финансирања терористичких активности, односно да ће неки пословни однос, трансакција, услуга или производ бити посредно или непосредно употребљени за прање новца и финансирање терористичких активности.⁴ Обвезник је дужан израдити процјену ризика, а на основу те процјене одређује степен ризичности групе или појединог клијента, пословног односа, производа или трансакције на могуће злоупотребе везане за прање новца и финансирање терористичких активности. Обвезник је дужан да након процјене ризика и одређивања степена ризичности врши адекватну идентификацију и праћење клијента у складу са Законом (редовна, појачана или поједностављена).⁵ Процјену ризика обвезник врши у складу са писаним интерним програмом за процјену ризика, којим ће се одредити нивои ризика група клијената или појединачног клијента, њихово географско подручје рада, пословни однос, трансакција, производ или услуга, начин њиховог пружања клијенту те нова технолошка достигнућа у вези са могућом злоупотребом у сврху прања новца и финансирања терористичких активности.⁶ Обвезник је дужан извршити процјену адекватности постојећих и усвојити ефикасне интерне политике и процедуре, те осигурати редовну интерну контролу и ревизију по питању спречавања прања новца и финансирању терористичких активности у складу са Законом. Такође је дужан да у складу са чланом 47. Закона о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности да изради листу показатеља за препознавање сумњивих трансакција и клијената, а у вези са којима постоји основ сумње да се ради о прању новца и финансирању терористичких активности. Обвезник ће такође написати интерни програм, процедуре у које ће укључити методе ради смањења процијењених ризика, праћење промјене ризика, праћење ефективности и провођења програма.

⁴ Каран, С., *Прање новца са посебним освртом на типологије и моделе финансијско-обавјештајних јединица у свијету*, Безбједност, полиција, грађани, 1/07, Бања Лука, 2007, стр. 985–990.

⁵ Масњак, Б., *Мјере и радње за спречавање прања новца*, Рачуноводство и финансије, Загреб, 1998, стр. 170-172.

⁶ Цицмил Н., *Збирка прописа о банкама и банкарском пословању*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 232

Политика обвезника у погледу управљања ризицима, укључује: поступке пријема и поступања са клијентом, поступке припреме процјене ризика, процесе едукације запослених, механизме интерне контроле и ревизије, поступке препознавања и обавјештавања о сумњивим клијентима и трансакцијама, одговорност запослених за провођење мјера спречавања и откривања прања новца и финансирања терористичких активности.⁷

4. Поступак и правила за одређивање и утврђивање категорије ризичности клијента

Обвезник сврстава клијента, пословни однос, производ или трансакцију у одређену категорију ризичности на основу утврђених критерија ризичности и то као високи ризик, просјечни ризик и незнатни ризик. Обвезник врши категоризацију клијента, пословног односа, услуге или трансакције након спровођењих следећих поступака: утврђивање идентитета клијента са прикупљеним подацима потребних за припрему оцјене ризичности, оцјене достављених података у смислу постојања фактора ризичности за прање новца и финансирање терористичких активности, оцјене потребе за додатним подацима и њихове анализе, уколико се оцијени да је њихово достављање неопходно. Поступак се спроводи попуњавањем одговарајућег обрасца који садржи прописане податке, од стране клијента, као и прикупљањем друге документације у оригиналу или овјереној фотокопији и анализом података прикупљених на претходно описани начин од стране овлаштеног лица обвезника. Након провођења поступака клијент се сврстава у неку од категорија ризичности, након чега се доноси одлука о могућности склапања пословног односа. У случају да након прикупљања потребних података, обвезник утврди да постоји висок ризик од прања новца и финансирања терористичких активности, обвезник може одбити да закључи уговор са клијентом.⁸ Приликом одређивања ризичности одређеног клијента, пословног односа, производа, услуге или трансакције, обвезник узима у обзир следеће показатеље: врста, пословни профил и структура клијента, географско поријекло клијента, природа пословног односа, производа, трансакције, претходна искуства обвезника са клијентом. Обвезник поред побројаних показатеља мора поштовати и друге критеријуме као што су: величина, структура и дјелатност обвезника, укључујући и обим, структуру и комплексност послова које обвезник обавља на тржишту, статусна и власничка структура клијента, присуство клијента при склапању пословног односа или

⁷ Смјернице за процјену ризика и провођење Закона о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности, Агенција за осигурање РС, бр. УО 19/15, Бања Лука, стр. 14-17

⁸ Каран, С., *Прање новца са посебним освртом на типологије и моделе финансијско-обавјештајних јединица у свијету*, Безбједност, полиција, грађани, 1/2907, Бања Лука, стр. 985–990.

провођењу трансакције, поријекло средстава која су предмет пословног односа или трансакције у случају клијента која се по критеријуму из Закона сматра политички или јавно експонираним лицем, намјера склапања пословног односа или извршење трансакције, клијентово познавање производа и његово искуство, односно знање из тог подручја, ризичност других лица повезаних са клијентом, неуобичајни ток трансакције, поготово ако се узме у обзир њех основ, износ и начин извршења, случајеви кад постоји сумња да клијент не поступа за свој рачун, односно да поступа по налогу или упутствима трећег лица, непознат или нејасан извор средстава клијента, односно средства чији извор клијент не може доказати, клијент, већински власник односно стварни власник клијента или лица која с клијентом обављају трансакције, су лица према којима су спроведене принудне мјере ради успостављања међународног мира и сигурности у складу с резолуцијама Савјета безбједности Уједињених нација и друге информације које показују да клијент, пословни однос, производ или трансакција могу бити више ризични.

Клијенти који представљају већи ризик за прање новца и финансирање терористичких активности, с обзиром на показатељ, врсту, пословни профил и структуру клијента су: клијенти које се налазе на попису лица против којих су на снази одређене мјере, санкције, ембарга Уједињених нација и клијенти са пребивалиштем или сједиштем у земљама које нису субјекти међународног права, односно у којима се не примјењују међународно прихваћени стандарди спречавања и откривања прања новца и финансирања терористичких активности.⁹ Земље које финансирају или дају подршку терористичким активностима, у којим дјелују терористичке организације или је присутан значајан обим корупције, које нису међународно признате као државе (дају могућност фиктивне регистрације правног лица, омогућавају издавање фиктивних идентификационих докумената и сл.).¹⁰ Клијенти - правна лица која представљају већи ризик за прање новца и финансирање терористичких активности су: клијент, страно правно лице које не обавља или не смије обављати трговачке, производне или друге дјелатности у држави у којој је регистровано (правно лице са сједиштем у држави која је позната као *off-shore* финансијски центар и за коју важе одређена ограничења код непосредног обављања регистроване дјелатности у тој држави), клијент - фидуцијарно или друго слично страно правно лице с непознатим или скривеним власницима или менаџерима (страно правно лице које нуди обављање послова за трећа лица, основана на основу правног уговора између оснивача и управљача који управља

⁹ Катушић-Јерговић. С., *Прање новца (појам, карактеристике, правна регулатива и практични проблем)*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр. 2, Загреб, 2007, стр. 640-641

¹⁰ *Смјернице за процјену ризика и провођење Закона о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности*, Агенција за осигурање РС, бр. УО 19/15, Бања Лука, стр. 14-17

имовином оснивача у корист одређених лица корисника или бенефицијара или за друге одређене намјене), клијент који има компликовану статусну структуру или комплексан ланац власништва (компликована власничка структура или комплексан ланац власништва отежава или не омогућава утврђивање стварног власника или лице која врши контролу правног лица), клијент - финансијска организација која за обављање својих дјелатности није обавезна добити лиценцу одговарајућег надзорног органа, односно у складу са матичним законодавством није субјект мјера на подручју откривања и спречавања прања новца и финансирања терористичких активности.¹¹

Општи показатељи који би код обвезника требали изазвати сумњу у контексту израде процјене ризика из члана 5. Закона и сачињавања листе показатеља из члана 47. Закона¹² могу бити: клијент не жели да му се писмена обавијештења шаљу на кућну адресу; клијент оставља утисак да посједује рачуне код неколико финансијских институција на једном географском подручју, а без очигледног разлога, клијент користи једну адресу, али често мијења правна и физичка лица која бораве на тој адреси, клијент користи поштански број или неку другу врсту адресе за примање поштанских пошиљки, умјесто адресе улице, када то није норма на том географском подручју, клијент почиње обављати честе новчане трансакције великих износа, што није била уобичајена активност тог клијента у прошлости, клијент обавља новчане трансакције конзистентно заокружених и великих износа (нпр. КМ 20.000, КМ 15.000, КМ 9.900, КМ 8.500 итд.), клијент стално обавља новчане трансакције које су мало испод прага износа за које постоји обавеза идентификовања односно пријављивања, клијент обавља трансакцију у износу који је неуобичајен у поређењу са износима предходних трансакција, клијент тражи од обвезника да задржи или изврши трансфер велике суме новца или других средстава, када је ова врста активности неуобичајена за клијента, трансакције чија структура указује на неку противзакониту сврху, чија је пословна намјена нејасна или се чини ирационалном са пословног становишта, трансакције које укључују подизање средстава недуго након што су иста депонована код обвезника (рачуни за прописане резерве нефинансијских институција), под условом да се тренутно подизање таквих средстава не може оправдати пословном активношћу клијента, трансакције код којих је разлог због којег је клијент одабрао одређеног обвезника или пословницу обвезника за обављање своје трансакције нејасан, трансакције које за резултат имају знатну али необјашњиву, активност на рачуну који је претходно био углавном неактиван, трансакције које не одговарају сазнању и

¹¹ Опширније о методама прања новца у финансијском сектору у –Бошковић. Г., Начини прања новца у банкарском пословању, Безбедност, бр. 2/2003, Београд, стр. 277-289.

¹² Чл. 5 и чл. 47. Закона о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности, Службени гласник БиХ, број 01,02-02-1—24-1/14 од дана 06.06.2014. године.

искуству обвезника о клијенту и наведеној сврси пословног односа, клијенти који доставе лажне или варљиве информације обвезницима или одбију, без увјерљивог разлога, да доставе информације и документе који су потребни и који се рутински достављају, а везани су за релевантну пословну активност, клијент захтијева претјерану ликвидност у свом пословном односу, осигуравање (залози, гаранције) од стране трећих лица која су непозната банци, која немају очигледну афилијацију са клијентом и која немају увјерљиве и очигледне разлоге да пружају такве гаранције¹³, трансфери великих сума новца или чести трансфери у или из држава које су познате по производњи недопуштених дрога, клијент је јако нервозан без очигледног разлога, клијент је дошао у друштву, прати га се и/или посматра, клијент доноси новац који прелази износе који, у складу са законом, захтијевају идентификацију и/или пријављивање, а који клијент није пребројао, изузев ако је то (небројање) уобичајено у пословању клијента, неочекивано плаћање ненаплативог кредита без увјерљивог објашњења, клијент настоји да избјегне покушаје обвезника да оствари лични контакт, клијент обвезника је био предмет гоњења за кривично дјело и трансфери великих износа у иностранство са рачуна клијента у случају да салдо на рачуну потиче од многобројних полагања готовине на различите рачуне клијената код једне или више банака¹⁴.

5. Идентификација и плаћење клијента

Обвезник утврђује идентитет клијента и прикупља податке о клијенту и трансакцији у случајевима и на начин прописан чланом 6. и 7, те чланом 15. став 4. и 5. Закона¹⁵, прије успостављања пословног односа, а изузетно и након тога, а најкасније до момента када би осигураник по полиси могао да оствари своја права. Документи на основу којих се утврђују подаци потребни за идентификацију не смију бити старији од три мјесеца. За све оригиналне документе који се не могу оставити код обвезника, обвезник ће извршити увид, те исте копирати или скенирати¹⁶. У случају страних документа који нису написани на једном од језика који се користе у БиХ, обвезник ће од клијента прибавити превод овјерен од стране овлаштеног судског тумача. Обвезници ће

¹³ Марос, И., *Сустав превенције прања новца у Хрватској*, Часопис за право, економику и праксу осигурања и реосигурања, Загреб, 2005, стр. 51-54.

¹⁴ Листа показатеља, чл. 47. Закон о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности, Службени гласник БиХ, бр. 01,02-02-1—24-1/14 од дана 06.06.2014. године,

¹⁵ Чл. 6, 7 и 15. Закона о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности Службени гласник БиХ, број 01,02-02-1—24-1/14 од дана 06.06.2014. године,

¹⁶ Циндрони, С., *Сустав спречавања прања новца*, Финанцијска теорија и пракса 31, Загреб, 2007. стр. 61-67

водити рачуна о ваљаности и релевантности информација, података и документације, који су основ за идентификацију клијента, тако што ће вршити редовне провјере постојећих докумената за вријеме трајања пословног односа. У случају значајних трансакција, значајних измјена у начину обављања трансакција од стране клијента или других значајних промјена због којих се јавља потреба за поновном провјером односа с клијентом, требају се захтијевати и/или прикупити нове или додатне информације за идентификацију.

Идентитет клијента који је физичко лице обвезник утврђује увидом у важећи идентификациони докуменат клијента издат од стране надлежног органа (лична карта, пасош или возачка дозвола), уз његово присуство, којом приликом се прикупљају подаци: име и презиме, очево име, датум и мјесто рођења, држављанство, пребивалиште, односно боравиште клијента, број личног документа и мјесто издавања, назив органа који је издао личну исправу, јединствени матични број физичког клијента, име и презиме, датум и место рођења, пребивалиште, број личног документа и мјесто издавања, као и матични број пуномоћника или законског заступника клијента, уколико се пословни однос склапа на такав начин и број рачуна¹⁷.

Ако обвезник приликом утврђивања и провјере идентитета клијента-правног лица посумња у истинитост добијених података или вјеродостојност исправа и друге пословне документације из које су узети подаци, дужан је да од заступника или овлашћеног лица прије успостављања пословног односа или извршења трансакције прибави и писану изјаву¹⁸.

6. Улога обвезника у процјени ризика везаних за прање новца и финансирање терористичких активности

Обвезник успоставља систем вођења јединствене политике откривања и спречавања прања новца и финансирања терористичких активности како у свом сједишту, тако и у свим филијалама и другим организационим јединицама у Републици Српској, Босни и Херцеговини и иностранству, ако је то дозвољено законима и прописима те државе. У случају када се минимални захтјеви спречавања и откривања прања новца и финансирања терористичких активности прописани Законом и прописима стране државе у којој се налази филијала, подружница и друга организациона јединица обвезника разликују, филијала, подружница и друга организациона јединица обвезника треба примјењивати или Закон или прописе стране државе зависно од тога који прописи осигуравају виши

¹⁷ Одлука НБС о минималној садржини процедуре "Упознај свог клијента"-Сл. гласник РС, број 57/2006, Београд, стр. 4

¹⁸ Марос. И., *Улога и овласти Уреда за спречавање прања новца*, Полиција и сигурност, Загреб, 1999. стр. 241-242.

стандард спречавања и откривања прања новца и финансирања терористичких активности, до мјере до које то допуштају прописи те стране државе¹⁹.

Ако прописима стране државе није допуштено спровођење радњи и мјера за спречавање и откривање прања новца и финансирања терористичких активности у обиму прописаном Законом, обвезник је дужан да о томе одмах обавијести ФОО и да донесе одговарајуће мјере за отклањање ризика од прања новца и финансирања терористичких активности, као што су:

1) успостављање додатних интерних процедура којима се спречава, односно смањује могућност злоупотребе у сврху прања новца и финансирања терористичких активности,

2) провођење додатне интерне контроле над пословањем обвезника на свим кључним подручјима која су највише изложена ризику прања новца и финансирања терористичких активности,

3) успостављање интерних механизма процјене ризичности одређених клијената, пословних односа, производа и трансакција у складу са Законом, Правилником о спровођењу закона о спречавању прања новца и финансирања терористичких активности, смјерницама ФОО и овим смјерницама,

4) провођење стриктне политике класификације клијената према њиховој ризичности и досљедно провођење мјера прихваћених на основу те политике и

5) додатна обука запослених.

Појачане мјере идентификације и праћења обвезници су дужни проводити у филијалама, подружницама и другим организационим јединицама у иностранству у случајевима из члана 9. став 4. Закона²⁰.

7. Закључна разматрања

Узимајући у обзир све горе наведено, сасвим је логично да задатак сваког демократског друштва треба да буде јасна и садржајна стратегија са визијом безкомпромисног супростављања прању новца и финансирању терористичких активности, не само кроз превентивну и репресивну дјелатност надлежних органа, већ и путем доношења одговарајућих економских, правних, политичких и других мјера које ће директно утицати на елиминацију криминогених фактора који погодују овим криминалним појавама, а који ће допријети ефикаснијем откривању кривичних дјела прања новца и финансирања терористичких активности. Развијањем модалитета и прописа које на оперативном и стратешком нивоу треба да спроводе обвезници у процјени ризика везаних за прање новца и финансирање терористичких активности, треба да омогућује

¹⁹ Пезер Блечић. С., *Обвезе рачуновођа, ревизора и порезних савјетника у спријечавању прања новца*, Загреб, 2008, стр.16

²⁰ Чл. 9. Закона о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности, Службени гласник БиХ, број 01,02-02-1—24-1/14 од дана 06.06.2014. године.

идентификовање, прањење, вредновање својине која је намјењена за прање новца и финансирање терористичких активности. Ефикасним системом супростављања прању новца и финансирању терористичких активности од стране обвезника који непосредно уочава и процјењује ризике слабе се капацитети за њихово провођење. Уз квалитетну регулативу, савремене стандарде и технике, обвезници као припадници пословних цјелина чине дио борбе против прања новца и финансирања терористичких активности.

*Mladen Vuković, LL.M, student of Ph.D. studies
Faculty of Law, University of Novi Sad*

ROLE OF TAXPAYERS IN RISK ASSESSMENT RELATED TO MONEY LAUNDERING AND FUNDING TERRORIST ACTIVITIES

Summary

Money laundering and terrorist financing are global problems that have negative feedback effects on economic, political, security and social fields of the country. The consequences of money laundering and terrorist financing are undermining the stability, transparency and efficiency of the financial system of the country, economic disorders, endangering the reform program, reduced investment and loss of reputation of the state. The risk of money laundering and financing of terrorist activities is the risk that the client will abuse the financial system of the Republic of Serbian or business activity payers purpose of committing the crime of money laundering and financing of terrorist activities, or that a business relationship, transaction, service or product to be directly or indirectly used for laundering and financing of terrorist activities. Accordingly, the paper will present the risk assessment, information, data and documents by the taxpayer needed to determine the risk level group of clients or a single client, business relationship or transaction, the method of identification and supervision and implementation of measures to prevent and detect money laundering and terrorist financing activities in subsidiaries, branches and other organizational units of the insurance companies in the Republic of Srpska.

Key words: *money laundering, terrorist financing, risks, relationships, transactions.*

Литература

- Бошковић, М., Организовани криминалитет и корупција, Бања Лука, 2007.
- Бошковић, Г., Прање новца, Београд, 2005.
- Бошковић, Г., Начини прања новца у банкарском пословању, Београд, 2003.
- Масњак, Б., Мјере и радње за спречавање прања новца, Загреб, 1998.
- Марос, И., Сустав превенције прања новца у Хрватској, Загреб, 2005.
- Марос, И., Улога и овласти Уреда за спречавање прања новца, Загреб, 1999.
- Пезер Блечић, С., Обвезе рачуновођа, ревизора и порезних савјетника у спријечавању прања новца, Загреб, 2008.
- Каран, С., Прање новца са посебним освртом на типологије и моделе финансијско-обавјештајних јединица у свијету, Бања Лука, 2007.
- Катушић-Јерговић, С., Прање новца (појам, карактеристике, правна регулатива и практични проблем), Загреб, 2007.
- Циндрони, С., Сустав спречавања прања новца, Загреб, 2007.
- Цицмил, Н., Збирка прописа о банкама и банкарском пословању, Београд.
- Закон о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности, Службени гласник БиХ, број 01,02-02-1—24-1/14 од дана 06.06.2014.
- Смјернице за процјену ризика и провођење Закона о спречавању прања новца и финансирању терористичких активности, Агенција за осигурање РС, бр. УО 19/15, Бања Лука.
- Одлука НБС о минималној садржини процедуре "Упознај свог клијента"-Службени гласник Републике Србије, бр. 57/2006, Београд.

CIP - Каталогизација у публикацији -
Народна библиотека Србије, Београд

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

338.46:34(082)

УСЛУГЕ и услужна правила / уредник Миодраг
Мићовић. - Крагујевац : Правни факултет
Универзитета, Институт за правне и друштвене
науке, 2016 (Крагујевац: Графопромет). - XII, 1011
стр. ; 24 см

- Тираж 100. - Напомене и
библиографске референце уз текст.
- Библиографија уз већину радова.
- Summaries.

ISBN 978-86-7623-065-5

1. Мићовић, Миодраг, 1954 - [уредник]
а) Услужне делатности - Правни аспект -
Зборници б) Услуге - Правна заштита -
Зборници
COBISS.SR-ID 223100684