
ЧЛАНЦИ

*Др Мирко Васиљевић,
Професор Правног факултета, Београд*

UDK: 332.012.32:336.76
(изворни чланак)

Основни правни аспекти својинске трансформације предузећа путем конверзије потраживања у акције

Резиме

У овом чланку аутор разматра неке правне аспекте својинске трансформације предузећа са друштвеним или државним капиталом путем модела конверзије представљања поверилаца у истрајни улог (акције, удео). Након разматрања природе предузећа и интересне позиције поверилаца у предузећу, која може бити обезбеђена у одређеној мери и уговором о преузимању одређених функција управљања у предузећу, аутор констатира да веројатноћа на располагању и могућности конверзије својих поверилачког капитала у власнички капитал.

Аутор разматра седам могућих модела конверзије представљања поверилаца у улог, чији модалитети произилазе из postoјећих закона, уз критичке предлоге за унапређење њихове регулативе, ради веће транспарентности. Посебно се разматрају postoјећа законска ограничења у спровођењу неких од ових модела и дају предлози за њихово редефинисање.

Кључне речи: конверзија, представљање, веројатности, улог, акције, дирекција за процену, комисија за хартије од вредности.

1. Претходна напомена - природа предузећа

Савремена регулатива предузећа као основног профитног привредног субјекта све више следи одређење предузећа као профитне институције (институционална теорија предузећа) која почива на начелу трипартитизма-трипартитног интереса. Иако је, наиме, тачно да у власничким предузећима предузеће пре свега припада власнику, модерне теорије предузећа које све више следи и регулатива идентификују, без изузетка, још два структурирана интереса у предузећу: интерес запослених и *интерес поверилаца*. Уз ова три интереса (интерес власника, интерес запослених, интерес поверилаца) модерне теорије о предузећу, које за сада стидљиво прати и регулатива, све више идентификују још два интереса: интерес управе (и менаџера) и интерес клијентеле.

Нема сумње да предузеће пре свега припада власнику (одлучује о избору правне форме предузећа, управља или бира управу, надзире и/или бира субјекта надзора пословања, присваја добит и сноси ризик, располаже власништвом кроз располагање акцијама или уделима, врши послодавачка овлашћења према запосленима, одлучује о ликвидацији). Ипак, тачка једнакости између предузећа и власника у свом најчистијем виду могућа је само код инокосних (једночланих) предузећа, док је код предузећа са великим бројем власника она у великој регресији, што посебно активира питање позиције мањинских власника, чему се у савременој регулативи и доктрини поклања све већа пажња, управо ради афирмације идеје акционарства и инвестиционог интереса малих инвеститора за улагање у акције. Ипак, предузеће никада не припада само власнику, па и кад је инокосно (иако је тада идентификација највидљивија и најзлоупотребљивија), због једноставне чињенице да се капитал власника предузећа не оплођује сам од себе (позиција запослених), као и из чињенице да ни једно предузеће не може пословати само са својим власником, јер би отпао гатио његовог оснивања (позиција поверилаца).

За сврхе овог рада није од посебног интереса интересна позиција запослених (партиципација-саодлучивање), те се на њој нећемо посебно задржати, као што ће то бити случај са позицијом поверилаца. За разлику од досадашњег законодавства, нови Закон о предузећима (Службени лист СРЈ, 29/96) *интересну позицију повериоца у овом својству* посебно институционализује кроз низ нових правних института: преузимање одређених функција управљања предузећем, покретање поступка одговорности органа предузећа за незаконите одлуке, покретање поступка одговорности органа предузећа за одлуке којима се наноси штета предузећу, покретање поступка испитивања биланса и инвестиционих одлука, покретање поступка тзв. посебне одговорности чланова управе, одређено учешће у поступку статусних промена предузећа, одређено учешће у поступку промене правне форме предузећа, спречавање смањења капитала које није мотивисано губицима, покретање поступка престанка предузећа и слично. Реч је, наравно, о корпусу права поверилаца у следству тзв. статусних уговора, који поред облигационих дејстава са одређеним специфичностима у односу на класичне облигационе уговоре, имају и

институционална (статусна) дејства, будући да воде настанку нове институције са својством правног лица (предузеће), што никад немају за резултат облигациони уговори. Овим се наравно не дира (и овде не улази) у права поверилаца по основу облигационих уговора са дејством интер партес (између странака) или ограничено и крајње условно и према трећим лицима.

У корпусу права поверилаца која вуку своје извориште из статусних уговора чини се да за потребе овог рада краћи посебан осврт заслужују права на преузимање одређених функција управљања у предузећу.

2. Уговор о преузимању одређених функција управљања предузећем

“У случајевима, под условима и на начин предвиђеним уговором о кредиту или другим уговором, одређене функције управљања предузећем могу имати и повериоци предузећа.

Уговори из става 1. овог члана уписују се у регистар.” (Закон о предузећима, чл. 59. ст. 1. и 2.).

Преузимање одређених функција управљања у предузећу над којим није покренут стечај или поступак принудног поравнања (када за позицију поверилаца и ограничење правне и пословне способности предузећа важе посебна правила) мора се дакле заснивати на уговорној основи. У принципу закон изједначава све повериоце (па дакле и повериоце облигационих хартија од вредности, ако су им таква права дата одлуком о емисији хартија од вредности на основу статута, што је мало вероватно и у домену је фикције), не ограничава се само на правни посао кредита (али ратио ове установе налаже да она ипак буде примењива код “важнијих” правних послова - уговор о значајном кредиту, уговор о уступању значајне технологије, уговор о куповини инвестиционе опреме и сл.) и не условљава ово право вредношћу правног посла (мада је такође ратио ове установе оправдан само код послова веће вредности). По својој правној природи овај уговор спада у акцесорне-зависне уговоре од главног уговора (кредит, трансфер технологије, куповина опреме итд.), уговоре са трајним престацијама (испуњењем основног уговора гаси се тек правни однос и из овог уговора), формалне уговоре по самом закону (због уписа у регистар), уговоре које одликује тзв. *affectio societatis* и мешовите уговоре.

Учешће поверилаца у управљању предузећем треба рестриктивно тумачити због правила да предузећем управљају власници, са евентуалном партиципацијом запослених. Наиме, повериоци могу имати у следству овог правног посла “одређене функције управљања предузећем”, а не могу преузети и само управљање, те конституисани органи предузећа од стране власника остају и даље у предузећу. Будући да закон ни примера ради не одређује које су то функције које могу имати повериоци, али прецизира да те функције морају бити “одређене”, логично је да то одређење треба да уследи или у основном правном послу или посебном акцесорном послу. Корпус ових права могао би бити:

- а) именовање одређеног броја својих представника у органе управљања и надзора предузећа (на уговорној основи не би требало искључити да то буде и именовање директора),
- б) ограничење закључења одређених уговора преко одређене вредности без сагласности датог повериоца,
- ц) ограничење закључивања одређених послова јемства, залагања, гаранција,
- д) ограничење могућности новог задуживања,
- е) ограничење исплата зарада и плата,
- ф) ограничење вршења финансијских пласмана,
- г) ограничење исплате готовинских дивиденди,
- х) ограничење откупа сопствених акција,
- и) давање сагласности на одређене одлуке управног одбора,
- ј) прописивање обавезне квоте обртног капитала расположиве у сваком моменту,
- к) ограничење располагања одређеним средствима и др.

Поверилац не може имати право гласа у овом својству у скупштини акционара, али би могао присуствовати седници скупштине и учествовати у расправи и давати своје мишљење. С друге стране, представници поверилаца у управном или надзорном одбору могли би ипак бити именовани само од стране скупштине или пак кооптирани од стране самог управног одбора у складу са законом и статутом. У сваком случају моментом гашења тражбине из основног посла престајао би статус овог члана управног одбора. Представник повериоца у управном одбору могао би учествовати у одлучивању само о оним питањима по којима поверилац може одлучивати у складу са правним послом по основу ког су преузете одређене функције управљања и са правима која из тог посла произилазе (ово право може ићи и до права вета представника повериоца). Приликом одлучивања у управном (или надзорном) одбору о питањима која се односе на потраживање повериоца на представника повериоца се не би могла применити клаузула о искључењу права гласа по основу конфликтности интереса. Све ово захтева одговарајућа усклађивања у статуту предузећа. Најзад, ако се у предузећу не образује (по закону) управни (или надзорни) одбор, поверилац би своја овлашћења могао остваривати на начин предвиђен правним послом који је основ његових права и у складу са статутом.

Правне последице неизвршења обавеза из уговора о преузимању одређених функција управљања предузећем или таквих клаузула у основном уговору су у основи имовинскоправне природе, јер је реч о послу који има облигационоправна дејства: приговор неиспуњења уговора (*exceptio non adimpleti contractus*) да би се извршила сопствена обавеза из главног уговора, евентуално и раскид уговора и накнада штете. Ипак, поверилац не би могао да тражи заштиту на терену компанијског права - захтевање од суда да обавезе дужника да му омогући учешће у управљању предузећа-дужника, на начин предвиђен уговором. У неким правима, за разлику од тзв. индивидуалних поверилаца, тзв. колективни повериоци (титула-

ри облигационих хартија од вредности - првенствено обвезница) имају и посебна права предвиђена компанијским прописима (откуп обвезница пре рока доспећа) у случају да скупштина акционара не прихвати мишљење њихове скупштине у одређеним круцијалним питањима предузећа (промена делатности, статусне промене, промена правне форме, издавање нових обвезница уз повлачење издатих и повољнија права њихових титулара итд.).

Преузимање одређених функција управљања предузећем у следству правног посла уписује се у судски регистар (број седам регистарског улошка, с тим да ако се уз то и ограничавају одређена овлашћења директора, то би требало уписати и у регистарски лист број три). Сврха овог уписа, с обзиром на недејство упису у регистар према савесним (што је претпоставка) трећим лицима (одбацивање тзв. теорије ултра вирес), је у основи обавештавање трећих лица да су органима одређеног предузећа ограничена овлашћења у смислу права поверилаца, тако да би сваки привредни субјект могао да донесе властите одлуке о пословним односима са тим предузећем и о већем опрезу при уговарању средстава обезбеђења својих потраживања.

Закон о предузећима је рекао своје о овом институту и то је од њега права мера. Нови Закон о тржишту хартија од вредности би требало да установи, попут искустава из упоредног права, и нека колективна права ималаца обвезница (и евентуално краткорочних хартија од вредности) у погледу одређених форми учешћа у управљању предузећем емитентом. До тог решења, емитенти би могли на аутономној основи преузети ово уређивање (статут, одлука о емисији), што би деловало *in concreto*. На пословној и судској пракси је да развија овај институт и да му да дефинитивни статус.¹⁾

3. Модалитети и законска инфраструктура за конверзију потраживања у улог

Права поверилаца, како класична уговорна, тако и новија по основу компанијских прописа, првенствено у следству изложеног института преузимања одређених функција управљања предузећем, не мењају својство и статус повериоца и природу правног односа који има са предузећем. С обзиром на низ тешкоћа и непознаница у обликовању института преузимања одређених функција управљања предузећем, нови компанијски прописи додају овим правима и једно сасвим ново право које мења статус повериоца и права везана за тај статус, трансформишући га у титулара акција или удела са правима везаним за тај статус и то својство. Реч је о посебном моделу претварања потраживања (дуга) у трајни улог (акци-

1. О овом институту види више: Васиљевић, Коментар Закона о предузећима, Београд, 1996; Јанковец, Учешће поверилаца у управљању предузећем-дужником на основу правног посла, Правни живот, 11/96; Павић, Уговор о преузимању функција управљања предузећем, Право и привреда, 5-8/98; Rives-Lange, Droit bancaire, Paris, 1986 ; Farrar, Company Law, London, 1988.

је, удео) у предузеће, чиме се губи својство повериоца и права везана за то својство и стиче својство (статус) акционара или имаоца удела.

Посебан модел својинске трансформације по основу претварања облигационог односа у власнички однос има неколико својих модалитета, зависно од извора права који га регулишу:

- Прво, уговорно претварање потраживања (дуга) у трајни улог уз попуст;
- друго, уговорно претварање потраживања (дуга) у трајни улог без попушта;
- треће, уговорно претварање заједничког улагања у трајни улог;
- четврто, уговорно претварање потраживања (дуга) у трајни улог узимањем акција за измирење обавеза или залагањем акција и извршењем над акцијама;
- пето, претварање потраживања (дуга) у улог принудним извршењем над акцијама или уделима;
- шесто, принудно претварање потраживања у трајни улог;
- седмо, конверзија нетржишног кредита у основни капитал.²⁾

4. Специфичности појединих модалитета конверзије потраживања у трајни улог

4.1. *Уговорна конверзија ду̀га у акције (са њо̀устѡм).*- Закон о својинској трансформацији уводи модалитет претварања потраживања у акције уз одређени попуст и уз примену општих претпоставки за својинску трансформацију (програм, процена, верификација процене, одлуке). Закон установљава неколико ограничења и претпоставки:

а) прво, максимални попуст може износити највише до 20% од износа конвертованог потраживања (конкретан износ одређује се на уговорној основи);

2. Модалитети претварања потраживања (дуга) у улог регулисани су Законом о основама промене власништва друштвеног капитала (Службени лист СРЈ, 29/76, чл. 6.) - регулише модалитете претварања заједничког улагања и потраживања (без попушта) у трајни улог; Законом о својинској трансформацији (Службени гласник Републике Србије, 32/97, чл. 22. ст. 9. и чл. 29.) - регулише модалитет претварања потраживања (дуга) у акције са попустом; Закон о хартијама од вредности (Службени лист СРЈ, 26/95, чл. 10.) - регулише модалитет претварања потраживања (дуга) у трајни улог узимањем акција за измирење обавеза или узимањем акција у залогу и извршењем над њима; Закон о извршном поступку (Службени лист СФРЈ, 20/78, 6/82, 74/87, 57/89 и 27/90, чл. 210, ст. 1. тач. 5) - регулише модалитет претварања потраживања (дуга) у улог принудним извршењем над акцијама или уделима (извршење на праву); Закон о предузећима (Службени лист СРЈ, 29/96, чл. 242. и 287. и чл. 245. и 359) - регулише ограничења у модалитетима претварања потраживања поверилаца у улог и конверзију “нетржишног” кредита у основни капитал; Закон о банкама и другим финансијским организацијама (Службени лист СРЈ, 32/93, чл. 26. ст. 1. тач. 5.) - регулише ограничење за банке да стичу акције предузећа по било ком основу; закони о приватизацији привреде у Црној Гори регулишу и модалитет принудног претварања потраживања (дуга) у акције или уделе, под одређеним условима, концепцијом по логици института принудног поравнања.

б) друго, потребно је да се ради о новчаном дугу (ипак на основу општих правила уговорног права на уговорној основи било би могуће заменити предмет обавезе - *datio in solutum*, тако да се и друге обавезе могу претворити у универзалну-новчану и потпасти под овај режим попуста);

ц) треће, потребно је да се ради о новчаном дугу (или другом на уговорној основи конвертованом у новчани) који је доспео (у целини или делимично у сразмери доспећа) до 31. децембра 1996.

За износ попуста умањује се капитал предузећа који се трансформише.

Конверзија дуга у акције (са попустом) може се вршити на нивоу предузећа (пре првог круга, у току и након првог круга и у току другог круга - све док има капитала који се трансформише и на чији терет иде попуст). Конверзија дуга у акције (са попустом) може се вршити и на нивоу Акцијског фонда, са истим правним режимом попуста, ако је након другог круга део капитала остао нетрансформисан и *ex lege* је пренет на овај фонд.

4.2. *Уговорна конверзија дуґа у трајни улог без попустиа.*- Сва потраживања, независно од тога када су доспела, који им је основ и на шта гласе могу се конвертовати на уговорној основи у трајни улог, уз испуњење опште претпоставке процене и верификације процене капитала предузећа који се трансформише. С обзиром да је у овом случају реч о моделу који не произилази из Закона о својинској трансформацији, то он и не улази у режим овог закона, у смислу затворености модела и примене кругова трансформације њим установљених. То практично значи да би предузеће након овог модела могло у смислу постојећих прописа овде и стати и не ићи у даљи процес трансформације, осим ако такву обавезу није преузело на уговорној основи у смислу спровођења овог модела трансформације.

4.3. *Уговорно претварање заједничког улагања у трајни улог без попустиа.*- Уговор о заједничком улагању (са страним или домаћим лицем) може се на уговорној основи такође претворити у трајни улог у предузеће, за шта *mutatis mutandis* важи изложени режим код претварања дуга у трајни улог без попуста.

4.4. *Уговорно претварање дуґа у трајни улог узимањем акција (самог дужника или акција којих има у зависним друштвима) за измирење обавеза или узимањем акција (самог дужника или акција којих има у зависним друштвима) у залог у и извршењем над њима.*- Према Закону о хартијама од вредности "хартија од вредности може се користити за измиревање обавеза према повериоцу, као и за давање у залог ради обезбеђења плаћања, под условима и на начин утврђен уговором". Овако на изглед јасна норма изазива доста дилема у пракси, посебно са становишта утицаја ових процеса на развој финансијског тржишта - има наиме схватања да би ово угрозило развој финансијског тржишта, јер би се коришћењем акција за ове намене ограничавало њихово изношење на тржиште, које тиме не би располагало довољним тзв. тржишним материјалом (отуда се сматра да је боље решење забране оваквих правних послова, бар привремено, док није развијено финансијско тржиште, те упућивања дужника да врши продају својих акција и да тиме сервисира свој дуг).

Отворена је такође и дилема да ли се ове трансакције могу обављати само на бази правних послова између заинтересованих субјеката или евентуално у томе треба да има одређену улогу и Савезна комисија за хартије од вредности. Ако би се евентуално овде у случају акција и инволвирала Савезна комисија за хартије од вредности, остаје изван њеног домена истоветно питање конверзије по основу заложених удела код друштава са ограниченом одговорношћу, који су свакако изван њеног домена. Отуда, нам се чини да и овде нема места, и у случају акција и у случају удела, Савезној комисији за хартије од вредности, већ само ограничено код стицања власништва на овој основи преко прописаног процента (25%, било једнократно стицање, било вишестрано које укључује већ поседовани степен власништва истог лица и с њим повезаних лица), у следству примене Закона о својинској трансформацији, како код акционарског друштва, тако и код друштва са ограниченом одговорношћу, одређеним ингеренцијама Дирекције за процену вредности друштвеног капитала. Разуме се да ако је у поводу ових послова реч о односу матичног и зависног предузећа (матично предузеће измирује свој дуг зависном предузећу својим акцијама или му даје за обезбеђење своје акције), онда се морају поштовати норме из Закона о предузећима о узајамном учешћу (чл. 407-410.), а кад је пак реч о измирењу обавеза акционара према акционарском друштву чије акције поседује или узимању у залог акција акционара од стране самог акционарског друштва за обезбеђење потраживања друштва према акционару, онда се морају поштовати норме Закона о предузећима о стицању сопствених акција директно или преко трећег лица или у следству извршења над акцијама датим у залог по основу невраћеног дуга (чл. 239-243.). И овај модалитет конверзије, с обзиром да није регулисан Законом о својинској трансформацији, не потпада под његов правни режим у смислу затворености модела, рокова, кругова, али би претпостављао такође процену капитала и верификацију процене.

Код овог могућег модела конверзије поставља се и додатно питање могућности стицања капитал учешћа на овој основи директним извршењем над заложеним акцијама.

4.5. *Преиварање дуга у улог принудним извршењем над акцијама.* - Будући да акције представљају хартије од вредности, то би било могуће и измирење дуга према повериоцу принудним извршењем (по основу такве извршне исправе) над његовим акцијама (или акцијама које поседује у зависним друштвима) - извршење на праву. Чини се да би и за ову конверзију била потребна процена вредности предузећа над чијим се акцијама врши ова конверзија, као и верификација те процене, док би примена преосталог општег режима Закона о својинској трансформацији (затворен модел, рокови, кругови) у следству овог модела могла такође изостати.

4.6. *Принудна конверзија дуга у трајни улог.* - Аналогно прописима о стечају и принудном поравнању, прописи о приватизацији у Црној Гори су увели и институт принудне конверзије дуга у трајни улог. Логика овог модела везана је за логику стечаја - будући да ће предузеће сигурно престати да постоји ако се не склопи принудно поравнање, то већински поверилац (по потраживању од дужника - у односу

на његова укупна дуговања) склапањем одговарајућег поравнања са дужником у стечају, ако то прихвати стечајни суд или веће поравнања, то *ex lege* протеже (принуда) и на мањинске повериоце по потраживању од дужника (не по броју). По истој логици конципиран је и модел принудне конверзије - ако већински поверилац (у односу на укупна потраживања од дужника, што је редовно банка) прихвати конверзију потраживања у трајни улог, то је обавеза и за мањинске повериоце (по потраживању од дужника), независно од тога када се ово спроводи - пре стечаја, у току или после склапања принудног поравнања. Чини се да је законитост овог модела на озбиљној проби, будући да поверилац без своје воље од повериоца постаје титулар акција (облигациони однос се претвара у стварноправни), док код принудног поравнања поверилац и после тога остаје поверилац.

4.7. *Конверзија кредитица у основни капитал у стечајном поступку.* - Закон о предузећима познаје и посебан модалитет претварања потраживања у основни капитал у стечајном поступку или у поступку принудног поравнања. Наиме, одредбом чл. 245. овог закона за акционарска друштва (што важи и за друштва са ограниченом одговорношћу - чл. 359.) је прописано да за случај да акционар да кредит акционарском друштву где је акционар, под условима који су неповољнији од уобичајених услова на тржишту, а у међувремену се отвори поступак стечаја или принудног поравнања, тај акционар нема права повериоца према том друштву, већ се његов поверилачки статус принудно конвертује у статус акционара и за тај износ датог кредита (повећава му се број поседованих акција за тај износ). Такође, и кад треће лице да такав кредит, уз обезбеђење неким средством обезбеђења које му пружи акционар акционарског друштва, у стечајном поступку или у поступку принудног поравнања, тај кредит се конвертује у акционарски улог за вредност положеног средства обезбеђења (за евентуални остатак треће лице остаје поверилац).

5. Заједничка правила за конверзију и ограничења

Код свих модалитета конверзије дуга у трајни улог остаје неколико дилема или отворених питања.

5.1. Прво, да ли се ове конверзије могу спроводити без одобрења Савезне комисије за хартије од вредности и финансијско тржиште - на ово питање чини се да је одговор позитиван, с тим што би се она обавештавала ради евидентирања. По нашем уверењу одредбу члана 69. ст. 1. тач. 2. према којој ова Комисија обезбеђује квалитет хартија од вредности које се емитују у серији, између осталог, и “давањем одобрења за куповину акција којом купац стиче 25% и веће учешће у основном капиталу акционарског друштва”, би требало тумачити рестриктивно и не протезати је на случајеве конверзије - ипак, пре јавног изношења на тржиште ових акција оне би морале проћи прописану процедуру регистрације пред овом Комисијом. У овом домену у предузећима са капиталом који је предмет својинске трансформације остају ингеренције Дирекције за процену вредности друштвеног капитала у изложеном смислу.

5.2. Друго, да ли се ове конверзије могу спроводити без одобрења Дирекције за процену вредности друштвеног капитала, с обзиром на одредбу Закона о својинској трансформацији (чл. 22. ст.9.) “уписник *акција у другом кругу* може стећи више од 25% акција једног предузећа уз одобрење Дирекције за процену вредности капитала”. Без обзира на извесну граматичку нејасноћу, чини се да је интенција закона (legal intention) била да сва стицања акција преко 25% капитала предузећа (било једнократна, било виšekратна која укључују и већ постојећи праг власништва истог власника и с њим повезаних лица), па и у следству свих модалитета конверзија, ставе под овај режим, иако је с друге стране тачно да се овим искаче из вокације регулативе овог закона. На овај начин би се обухватила и стицања преко овог процента власништва код друштава са ограниченом одговорношћу, која имају уделе, а не акције, те ни у ком случају не могу бити у видокругу Савезне комисије за хартије од вредности и финансијско тржиште.

5.3. Треће, сви модалитети конверзије потраживања поверилаца у трајни улог подвргнути су ограничењу из Закона о банкама...”да трајна улагања капитала банке у акције предузећа не могу бити већа од 15%...капитала банке” (при чему то ограничење може бити “потрошено” на једно или више предузећа). Чини се да стоје озбиљни разлози за размишљање о укидању овог ограничења, како би се динамизирали процеси својинске трансформације и како би се јачало тржиште хартија од вредности.

5.4. Четврто, сви модалитети конверзије потраживања поверилаца у трајни улог подвргнути су ограничењу из Закона о предузећима да “условно повећање капитала” по овом основу “не може бити веће од половине основног капитала који постоји у време одлучивања о условном повећању капитала”, са очигледном идејом присутном у неким законодавствима да смањивање капитала предузећа по основу пословања са губицима може ићи највише до 50%, а након тога се испуњавају услови за аутоматско отварање стечаја. Отворено је такође питање оправданости и овог ограничења, будући да је код конверзије реч о тзв. условном повећању капитала, а не о његовом смањењу и улажењу у зону стечајних прописа.

5.5. Пето, модалитети конверзије који се врше на добровољној основи склапају се на основу посебног уговора у писменој форми, који има не само облигационо-правна обележја, већ и статусна обележја, те не би био могућ његов раскид или отказ, будући да се на основу овог уговора облигациони однос конвертује у власнички и преузима ризик власништва. Ипак, и на овај уговор би се могла применити општа правила ништавости или рушљивости уговора.

5.7. Шесто, отворено је питање да ли би сви модалитети конверзије потраживања у трајни улог требали да прођу одговарајућу процедуру верификације законитости пред републичком Дирекцијом за процену вредности капитала (кад праг појединачног стицања не прелази 25%), или би то требало само да важи за модел који укључује попуст на терет капитала који се трансформише, што је чини се разумније решење и више на закону засновано, са претпоставком да је извршена и верификована процена вредности капитала предузећа који се трансформише.

5.7. Седмо, сви модели конверзије потраживања у трајни улог, с обзиром да мењају структуру капитала који се трансформише, након верификације законитости у Дирекцији за процену или не, морају бити уписани у судски регистар (упис нове структуре капитала на основу прописаних доказа и прилога).

5.8. Осмо, код свих модела конверзије нема у прописима никаквих ограничења за конверзију кад је у питању друштвени или државни капитал, тако да је могућа конверзија “друштвеног потраживања” за друштвени капитал или “друштвеног потраживања” за државни капитал и обрнуто, што би пре било номинација капитала, а не својинска трансформација (својеврсни инцест).

6. Конверзија потраживања у трајни улог и реструктурирање предузећа-дужника

Реструктурирање и ревитализација предузећа-дужника, или њихов стечај ако то није изводљиво, чини се да је једини начин да се заустави контаминација активе банака. Класична санација банака, чак и уз велику ресурсну интервенцију државе кад би била могућа, била би врло брзо неутралисана новим изнуђеним кредитима у корист предузећа-дужника. Стога је реструктурирање солвентних предузећа и докапитализација са реструктурирањем или стечај (инсолвентних) предузећа-дужника нужан предуслов за успешно реструктурирање банака (двосмерна веза између реструктурирања предузећа и банака). Супротно поступање - механичко претварање потраживања у трајни улог (акције) не би водило никаквом суштинском побољшању у пословању банака, јер би се једна врста ризичне активе (не-наплативи кредити) заменила за другу врсту још ризичније активе - акције лошег предузећа. Због ниског степена утрживости ових акција, банке не би решиле основни проблем - проблем (не)ликвидности. Уколико би банке као главни повериоци предузећа масовно извршиле конверзију потраживања у акције, на дуги рок такве акције не би могле да улазе у секундарни промет и број ликвидних хартија од вредности био би релативно мали. Будући да је акција по дефиницији ризичнији пласман од кредита, то би масовно претварање потраживања банака у акције и њихово задржавање у портфељу банака могло водити погоршању финансијске структуре банака. У сваком случају чини се да је тешка финансијска ситуација банака главних поверилаца основна препрека за масовнију конверзију потраживања у акције, а та конверзија у масовнијем виду би због изнетих разлога такву ситуацију само погоршала, бар на краћи или средњи рок. Стога би требало паралелно развијати секундарно тржиште дуга, које би омогућило банкама да са дисконтом продају своја потраживања и тиме на овај рок извесније поправе своју ликвидност. Уколико би се секундарно тржиште дугова (банкарски пласмани, обвезнице, девизна штедња) регулисало и активирало, то би могло водити повећању количине тзв. тржишног материјала у промету и сразмеран раст коефицијента капитализације националног тржишта, што би извесније водило истовременом поступном реструктурирању и предузећа и банака.

7. Релевантни моменти

При одлучивању “ком се царству приволети”, у ситуацији кад пре свега финансијске тешкоће чине нереализивим идеје за формирање посебне Банке за реструктурирање предузећа или посебне Јавне корпорације за санирање пословних банака (уместо постојеће Агенције), те ће се ревитализација спроводити на релацији конкретно предузеће-конкретна банка, чини се да за Управу банке треба да буде посебно битно:

- а) обим права које банка стиче путем конверзије потраживања у трајни улог,
- б) финансијско стање предузећа које се трансформише,
- ц) степен утрживости и тржишна вредност акција (или удела) које би банка стекла конверзијом потраживања,
- д) квалитет управе предузећа,
- е) тржишна позиција предузећа,
- ф) степен утрживости и тржишна вредност конкретног потраживања,
- г) квалитет средства/средстава обезбеђења конкретног потраживања,
- х) процена могућих ефеката преузимања одређених функција управљања предузећем,
- и) процена квалитета програма својинске трансформације предузећа са становишта његовог реструктурирања и ревитализације,
- ј) процена степена ревитализације и реструктурирања кроз поступак тзв. програмираног стечаја или пак степена наплативости потраживања у класичном стечају;
- к) извесност законске процедуре, са становишта времена, степена формализма и правне сигурности .

Чини се да су свих ових једанаест момената у међусобној спрези и да се само њиховим целовитим вредновањем, вредновањем аргумената и контрааргумената, у прилог напуштања позиције повериоца и свих обезбеђења која евентуално уз ту позицију иду или пак ненапуштању те позиције, у прилог конверзије потраживања у трајни улог и преузимање позиције акционара или пак остајању у ранијем својству, у прилог продаје потраживања на секундарном тржишту или не, у прилог покретања поступка програмираног стечаја или пак класичног стечаја и слично, може дати прави одговор на питање којим путем даље у Гордијевом чвору поверилац-дужник. Извесно је једино да поступак и одлука банке не могу и не треба да буду истоветни у свим случајевима и да се мора деловати *in concreto*. У сваком случају, извесно је такође да банка у низу случајева треба да приступи конверзији потраживања у улог, да би подстакла развој финансијског тржишта акција, како би утицала на његову већу транспарентност, како би динамизирала промене у својој власничкој структури и како би постала актер развоја предузетништва. Постојећа власничка структура банака у којима доминирају њихови дужници, међутим, може да буде реална блокада за доношење одлука у банци за склапање уговора о конверзији потраживања у трајни улог у дато предузеће. С друге стране, и прихваћени

доминантно инсајдерски модел својинске трансформације са приоритетним правима инсајдера може да буде ненаклоњен конверзији потраживања у трајни улог. Посебно је важно да се схвати ургентност потребе ревитализације и реструктурирања великих предузећа губиташа, како она не би била генератор назадовања других, како не би увећавала трошкове државе и како би то омогућило реструктурирање пословних банака (што није могуће без регулисања и динарских и девизних обавеза њихових највећих инсолвентних дужника).

(чланак примљен 23. II 2000.)

Mirko Vasiljević,
Professor at the Faculty of Law in Belgrade

Basic legal aspects in the transformation of ownership over enterprises by means of conversion of claims into shares

Summary

In this paper the author discusses some legal aspects in the transformation of ownership in companies with socially-owned or state-owned capital offering a model of conversion of creditors rights to a lasting stake (stocks, shares). Following the discussion of the nature of enterprise and interests of creditors in the company, which can be satisfied to a certain extent through an agreement of taking over some management functions in the company, the author states that one of the possibilities that the creditors have at their disposal is to convert their creditors status into an ownership status.

The author discusses seven possible models of conversion of creditors rights into a stake, the modalities of which stem from the existing laws, giving his critical suggestions concerning their coverage by legal regulations, for the sake of higher transparency. A special discussion has been dedicated the existing legal constraints in the implementation of some of these models, with proposals as to how they should be redefined.

Keywords: *conversion, claims, creditors, stake, shares, office for valuation, securities commission.*

*Проф. др Зоран Арсић,
Правни факултет, Нови Сад*

UDK 336.76
(изворни чланак)

Акцијска исправа

Резиме

Акцијске исправе су харџије од вредности. Издају се као акције на име и као акције на доносиоца. Акције на име су харџије од вредности по наредби, а акције на доносиоца су праве харџије од вредности на доносиоца.

Кључне речи: акција, амортизација

Историјски посматрано акцијска исправа се развила из потврда о упису у књигу (регистар), које се почињу називати “акција”. Књига је старија од акције и то је омогућило да, према старијем схватању, већу улогу у преносу чланства има књига.¹⁾ Акција на име је, првобитно, била потврда о упису у књигу и њена практична вредност се сводила на легитимацију при захтеву за дивиденду и није имала значај за пренос права. Измена уписа је следила на основу изјаве воље преносиоца, стара исправа се поништавала и издавала нова. У 17. в. се почело, ради олакшавања преноса, са уношењем записа о преносу удела у исправу, а пренос се накнадно уписивао у књигу. Код холандских друштава је био уобичајен и индосамент.²⁾ Прво до-

1. Lehmann Karl, Das Recht der Aktiengesellschaften, књ. II, Berlin 1904, Neudruck Aalen 1964, стр. 87

казиво постојање акција на доносиоца датира у 17. в. Радило се, ипак, о изузетној појави, будући да су провлађивале акције на име.³⁾

1. Акцијска исправа као хартија од вредности

Акцијска исправа је хартија од вредности (чл. 12 Закона о хартијама од вредности). Издавањем акцијске исправе се декларише постојање чланства у друштву,⁴⁾ будући да њено издавање није обавезно, а чланство постоји независно од постојања акцијске исправе, како смо указали код појма акције. Акција није, дакле, конститутивна хартија од вредности. Правни значај акцијске исправе огледа се у томе да она омогућава чланства по правилима за хартије од вредности.

Акцијска исправа се издаје као акција на име и као акција на доносиоца (чл. 220 ст. 1). Ово решење одговара чл. 6 Закона о хартијама од вредности. У погледу чл. 236 Закона о облигационим односима, у којем се предвиђа и могућност издавања хартија по наредби, треба указати да је акција на име хартија од вредности по наредби, о чему ће доцније бити више речи. Друштво, начелно, има слободу избора у погледу врсте акција коју ће издати. Ипак, постоје ситуације када је друштво обавезно да изда исправу на име – делимично уплаћене акције (привремене акције), акције са споредним чинидама (чл. 220 ст. 2), као и акције у погледу којих постоји ограничење преноса (чл. 233). Овоме треба додати и акције оснивачке емисије (чл. 22 Закона о хартијама од вредности)

У погледу правних квалификација појединих врста акција треба имати у виду да су акције на доносиоца хартије од вредности на доносиоца. Преносе се предајом, што је последица начела да се на њих примењују правила за телесне покретне ствари. Ситуација је сложенија када су у питању акције на име. Терминологија може довести до погрешног закључка по коме се ради о хартијама од вредности на име, о чему смо говорили у оквиру појма акција. Акције на име су хартије од вредности по наредби и преносе се индосаментом на основу закона. Оне су, дакле, хартије од вредности по наредби на основу закона (“по рођењу”) и не мора се, зато, уносити клаузула “по наредби”.⁵⁾ Треба имати у виду могућност индосамента на доносиоца (чл. 251 ст. 1 Закона о облигационим односима), на основу којег се акција на име као хартија по наредби приближава хартији на доносиоца. И поред мишљења да хартије по наредби бланко индосаментом постају хартије на доносиоца, оне постају само сличне њима. Ово зато што се после бланко индосамента оне могу пренети традицијом (као хартије на доносиоца), али попуњавањем бланко индосамента поново постају хартије по наредби.⁶⁾

2. Rottenburg von Franz, *Inhaberaktien und Namensaktien in deutschen und amerikanischen Recht*, Stuttgart 1967, стр. 5-7

3. Ibidem

4. Würdinger Hans, *Aktien- und Konzern- Recht*, Karlsruhe 1973 стр. 46

5. Hueck A., *op. cit.*, стр. 121; Lehmann – Dietz, *op. cit.*, стр. 294. У домаћој литератури исто: Вучковић Милош, *Организација и пословање кредитних предузећа*, Београд 1948, стр. 81

Осим примене правила за хартије вредности, издавање акцијске исправе има за последицу да се вршење права из акције везује за поседовање исправе. Ово представља примену начела презентације хартије од вредности на акцијску исправу. Ипак, треба указати да ово важи само у принципу. Када су у питању акције на доносиоца, начело презентације има пуну примену – неопходно је поседовање исправе да би се вршило право из акције на доносиоца. У погледу акција на доносиоца принцип презентације се не примењује директно. Када су у питању акције на име, акционаром се према друштву сматра лице уписано у књигу акција, независно од тога да ли је у поседу акције. Детаљније разматрање овог питања биће обухваћено у излагањима која се односе на књигу акција.

2. Издавање акцијске исправе

Акционари имају захтев према друштву у погледу издавања акција само ако је то предвиђено статутом и то на трошак акционара (чл. 222 ст. 2). Овде је потребно указати да се у Закону о предузећима изједначава издавање и штампање акција. Треба имати у виду да издавање акција представља шири појам од штампања акција и да штампане акције не морају бити и издате. Ово важи у потпуности када су у питању акције на доносиоца, али тражи одређене напомене када су у питању акције на име, о чему ће бити речи доцније.

Акцијске исправе се издају после уписа друштва у регистар, када је у питању оснивачка емисија, а после уписа повећања основног капитала, када су у питању доцније емисије. Издавање акција пре уписа друштва у регистар, односно пре уписа повећања основног капитала, има за последицу ништавост акције (чл. 218 и чл. 286).

У чл. 218 Закона о предузећима је предвиђено да уписник акција не може пре уписа у регистар пренети своја права стечена уписом (ст. 1). У ст. 2 је предвиђено да, пре уписа у регистар, друштво не може издавати акције ни привремене акције. Раније издате акције и привремене акције су ништаве. За насталу штету на основу таквог издавања акција, или привремених акција, солидарно одговарају оснивачи друштва и издаваоци акција. Према томе, акција издата пре уписа друштва у регистар је *ex lege* ништавот. Ова ништавост, као и у другим случајевима ништавости акцијске исправе, нема значаја за положај првог стипендијца. Ово зато што он свој положај заснива на упису акције, а не на издавању пуноважне акцијске исправе. Акцијска исправа није конститутивне природе и њоме се декларише раније настао правни однос (чланство). Он у сваком случају има утуживи захтев према друштву у погледу издавања пуноважне акцијске исправе, у складу са одредбама статута (чл. 222ст. 1). Проблем настаје у случају да је извршен пренос ништаве акцијске исправе. Пренос акцијских права пре уписа друштва у регистар, у смислу да стипендијца преносом ступи на место оснивача и стекне удео који предходник сам не посе-

6. Јовановић Радомир, Хартије на доносиоца, Београд 1933, стр. 15

дује, није допуштен.⁷⁾ То значи да је сваки пренос права удела пре уписа друштва у регистар без дејства и то у два правца – према друштву и између преносиоца и стицаоца.⁸⁾ Изузимајући случај наследника умрлог оснивача, у фази оснивања друштва, нови оснивач се може појавити само кроз измену оснивачког акта. Одсуство правног дејства преноса не значи, међутим, да је и облигациони посао (најчешће купопродаја) без правног дејства. Пренос је предмет тог посла и посао је закључен с обзиром на упис друштва у регистар. Упис друштва у регистар неће довести до аутоматског конвалидирања ништавих акцијских исправа (постоји супротна судска пракса у Немачкој). Ипак, није неопходно повлачење акцијских исправа и издавање нових – довољна је изјава друштва да издате акције важе као да су издате после уписа друштва у регистар. Могућа је и конклюдентна радња којом би одговарајућа воља друштва била изражена – упис у књигу акција. Постоји теоријска дилема да ли стицалац акције стиче акцијско право непосредно у тренутку уписа друштва у регистар, или акцијско право настаје прво у погледу личности преносиоца, а са уписом пренос права на стицаоца постаје пуноважан.⁹⁾ За случај да не дође до уписа друштва у регистар примењују се правила о немогућности испуњења двостранообавезног уговора.¹⁰⁾ Ова разматрања важе и ако акцијска исправа не буде издата, будући да постоји забрана преноса права удела (тј. ”права по основу уписа” о чему је било речи у делу о чланству). Као што се види постоје два правца размишљања. По једном, упис друштва у регистар има за последицу конвалидацију акција издатих пре уписа, а стицалац пренете акције стиче чланство непосредно.¹¹⁾ Према старијој варијанти овог схватања акцијско право настаје прво у личности уписника, а уписом друштва пренос производи правно дејство. Пренос будућег права треба сматрати допуштеним, јер се томе не противи потреба заштите друштва ни стицаоца. Друштво се, за недостајући део улога, може обратити првом акционару, чак и када је извршена измена у књизи акција. Према другом, упис друштва у регистар не значи аутоматску конвалидацију акција, него је потребна изјава воље друштва у том смислу, како смо то указали. У погледу преноса, забрањен је сваки пренос пре уписа друштва у регистар, па и онај који би био извршен под условом да друштво буде уписано у регистар. Указује се да су економски разлози за дозвољеност таквог преноса разумљиви, али да је законска забрана јасна. Последично, само уписник постаје акционар и увек је, по извршеном упису, неопходано ново уступање.¹²⁾ ”Издавање “ се односи само на исправу, што значи да прималац не стиче статус акционара на основу исправе. Прималац исправе је акционар, ако је уписник. Ако није уписник, тада га ни упис друштва у регистар не може учинити акционаром. Коначно, остаје питање солидарне одговорности

7. Godin, Aktiengesetz, књ. 1., Berlin 1967, стр. 204

8. Gadow, Aktiengesetz, књ. 1., Berlin 1965, стр. 211-212

9. Godin, оп. цит., стр. 204

10. Ibidem

11. Тако Godin, оп. цит., стр. 204

12. Тако Gadow, оп. цит., стр. 211

“оснивача и и издавалаца”, односно ко се сматра издаваоцем у смислу овог члана Закона о предузећима. То, пре свега, није друштво, будући да оно не постоји пре уписа у регистар. У питању су “делујуће особе”¹³⁾ То су лица под чијом одговорношћу су издате акције, изузев ако је до издавања дошло противно њиховој вољи.¹⁴⁾ С обзиром да друштво не постоји, то су оснивачи. У погледу других “делујућих особа” указујемо на ситуацију из чл. 286 када долази до издавања акција пре уписа повећања основног капитала. По правилу, то су директор, чланови управног одбора, чланови надзорног одбора. Издаваоцима се сматрају и они који изврше стварно уручивање исправе, под условом да су самостално деловали тако да су произвели утисак да су овлашћена лица. Али, ако немају знања о неважности исправе, тада се не сматрају издаваоцима.¹⁵⁾ Издавоци одговарају солидарно, без обзира да ли су деловали заједно, или независно један од другог.

У погледу одговорности за штету, потребно, је пре свега, указати да, када је први стицалац у питању, штете практично и нема, са изузетком штете због задочнелог преноса (у односу на уговорени)- како смо указали, он не губи право да тражи од друштва издавање прописне акцијске исправе. Штету трпи, пре свега, стицалац, зато што је платио цену, а чланство није стекао. Издавоци и оснивачи одговарају за штету имаоцу акције. Као ималац акције се може јавити и преносилац и стицалац. Ово зависи од избора стицаоца. Будући да је облигациони однос пуноважан, он може тражити примену правила о немогућности испуњења (чл. 137 Закона о облигационим односима), због чега преносилац постаје ималац акције. Уместо тога, он се може обратити оснивачима и издаваоцима, као солидарним дужницима, са захтевом за накнаду штете, будући да је ималац акције.

Горња излагања су аналогно применљива и у ситуацији када су акције издате пре уписа повећања основног капитала и као такве ништаве (чл. 286). Потребно је, ипак, указати да у том погледу постоје одређене потешкоће. Ради се о томе да формулација чл. 286 представља мање успешну варијанту одговарајућег решења из упоредног права. Ово зато што у домаћој верзији недостаје забрана преноса удела, односно према терминологији Закона о предузећима “права по основу уписа”. Несумњиво је то пропуст, будући да обе забране издавања акција – пре уписа друштва и пре уписа повећања основног капитала – имају исти *ratio legis*, а то је спречавање преноса будућих права. Постојећа верзија чл. 286 може дати повода за закључивање према којем су само издате акције (акцијске исправе) ништаве, као и њихов пренос. Насупрот томе, уступање будућег права удела (“права по основу уписа”), би било пуноважно, што би отварало пут за једноставно изигравање забране. Имајући то у виду, сматрамо да приликом тумачења чл. 286 треба имати у виду сврху која се жели постићи забраном садржаном у том члану и, због тога, узети да забрана преноса удела постоји и у овом случају. Осим тога, будући да

13. Godin, оп. цит., стр. 36

14. Gadow, оп. цит., стр. 56

15. Ibidem

друштво постоји, треба нагласити да се оно не сматра издаваоцем акција у смислу овог члана, а под “делујућим особама” не сматрају се оснивачи.

3. Плашт акције, купони и талон

Законом о хартијама од вредности утврђена је садржина акције (чл. 15). Акција се састоји из два дела – плашта и купонског табака. Овде треба указати да није предвиђено постојање трећег дела – талона.

Плашт садржи фирму и седиште емитента, ознаку серије са контролним бројем акције, ознаку да је акција и врсту акције, редослед емисије, укупни обим емисије, номиналну вредност акције и број акција, фирму, односно име купца акције, или ознаку на ког акција гласи, права из акције, место и датум издавања акције и факсимил потписа овлашћеног лица емитента и печат емитента. Купонски табак садржи фирму и седиште емитента, ознаку серије са контролним бројем акције по којој се дивиденда исплаћује, редни број купона за наплату дивиденде, годину за коју се дивиденда исплаћује и факсимил потписа овлашћеног лица емитента. Судаћи по лимитативном карактеру набрајања елемената из чл. 15 Закона о хартијама од вредности у питању су битни елементи плашта и купонског табака.¹⁶⁾ Одатле би се могло закључити да недостатак једног елемента има за последицу ништавост акцијске исправе. У том случају би аналогно требало применити правила која се примењују у другим ситуацијама када су акцијске исправе ништаве. Насупрот томе, у погледу сличне регулативе, износи се став да такве акције нису ништаве.¹⁷⁾ Акционар је, истиче се, овлашћен да одбије пријем такве исправе, а, ако је прими, сноси последице које би могле настати у погледу постојања, или доказивања његових права. У погледу оваквог става треба указати да први стицалац нема штетних последица због мањкавости исправе – он свој статус заснива на упису, а исправа је декларативног карактера. Треба, посебно, указати да су законом утврђени случајеви када је акцијска исправа ништава – чл. 193, чл. 218, чл. 286.

У ранијим излагањима смо указали да је акцијска исправа декларативне природе, а да је њен значај у томе што олакшава пренос чланства, које је и иначе преносиво. Аналогно томе треба посматрати и купоне. Право на дивиденду је чланско право и, као такво, преносиво је као део чланства, са свим другим правима и обавезама. Када скупштина донесе одговарајућу одлуку, чланско право се трансформише у тражбено право акционара према друштву. Оно је преносиво, као и свако друго тражбено право (потраживање), према општим правилима о уступању (цесији) из Закона о облигационим односима. Сврха издавања купона је само да олакша пренос потраживања по основу утврђене дивиденде. То потраживање је преносиво и без издавања купона, али се њима омогућава пренос којим се штити савесни

16. Исто Васиљевић Мирко, Привредна друштва-домаће и упоредно право, Београд 1999, стр. 251

17. Stražnický Milorad, Tumač Trgovačkog Zakona od 28 listopada 1937, Zagreb 1939, стр. 215

стицалац (за разлику од цесије). Зато се, по правилу, уз плашт издају и купони за поједине године у којима је инкопорисан захтев за евентуалну добит.¹⁸⁾

И поред тога што је регулатива купона недовољна, може се закључити да они и у домаћем праву, гласе на име и на доносица. По правилу купони гласе на доносиоца. Они су хартије од вредности будућу да друштво исплаћује дивиденду само уз предају купона. Они, ипак, остају везани за главну исправу зато што са поништајем акције, обеснажују се и недоспели купони, о чему ће доцније бити речи. Исто-времено они су каузалне хартије од вредности и хартије које се издају у маси (*Massenpapiere*).¹⁹⁾

Они се упоређују са каматним купонима, при чему се указује да дивидендни купони не гласе на фиксну суму, него на годишњи део добити за који није сигурно да ће бити утврђен.²⁰⁾

Право на нове купоне према друштву има титулар основног права –акционар. Да би се олакшало постављање тог захтева, у неким правима, предвиђено је постојање талона, Његова функције је легитимациона, који овлашћује на подизање нових купона, Будући да талон није предвиђен у домаћем праву, отпадају проблеми који могу да се јаве у међусобним односима акционара, имаоца талона и друштва у погледу издавања нових купона. Овде само напомињемо да чланско право има статус старијег права и акционар може спречити издавање купона имаоцу талона.²¹⁾С обзиром да није предвиђено постојање талона, у домаћем праву акционар, да би подигао нове купоне, мора презентирати акцијску исправу.

4. Акцијска исправа и номинална вредност

Законом о предузећима је посвећена посебна пажња номиналној вредности акције (чл. 193). Овакав приступ је заснован на функцији номиналног износа акције о којем је било говора у делу о појму акције. Предвиђено је да најнижи номинални износ акције не може бити мањи од пет УСА долара у динарској противвредности по курсу на дан уплате. осим у случају стицања акција под повлашћеним условима (чл. 192). Акције са нижим номиналним износом су ништаве. За штету из такве емисије одговарају издаваоци солидарно. Виши номинални износ акције треба да гласи на динарску вредност дељиву са 10. Акције се не могу издавати ни продавати при издавању испод своје номиналне вредности, осим у случају стицања акција под повлашћеним условима. Ова правила се примењују у случају оснивачке емисије, будући да се чл. 193 налази у делу о оснивању друштва. Сматрамо, међутим, да се ова правила сходно примењују и у случају наредних емисија, мада то није јасно наведено у чл. 283. Према томе, у случају да је на акцију унета номинална вредност нижа од прописаног минимума, акција је ништава. Ово није од значаја за

18. Lehmann-Dietz, оп. цит., стр. 295

19. Јовановић Р., оп. цит., стр. 7-9

20. Hueck Alfred, *Recht der Wertpapiere*, Berlin-Frankfurt 1960, стр. 121

21. Lehmann-Dietz, оп. цит., стр. 295; Hueck А., оп. цит., стр. 121

положај првог стицаоца акције, зато што он свој статус заснива на упису акције, а не на постојању акцијске исправе. Осим тога, он не губи захтев према друштву да му оно изда прописну акцијску исправу, ако је то право предвиђено статутом. Ипак, ништавост акцијске исправе може довести до проблема у случају преноса такве акције. Стицалац акције своје чланство заснива на стицању акцијске исправе. Он је цену платио (ако је основни посао купопродаја), а чланство није стекао зато што је акција ништава, а цесија права удела није извршена. Њему остају на располагању права из купопродајног односа према његовом предходнику. Ово зато што уговор између првог и другог стицаоца није ништав, независно од ништавости акције. Практично посматрано, штете нема за случај да није дошло до преноса такве акције, изузев ако се не ради о штети због задоцнеле могућности преноса. За штету насталу због издавања такве акције одговарају “издаваоци солидарно”. Под издаваоцима се, у случају прве емисије, подразумевају, пре свега, оснивачи. На овом месту нема потреба за указивања на положај друштва, будући да у време прве емисије акција оно и не постоји. Када су у питању доцније емисије, круг “делујућих лица” која се сматрају издаваоцима, утврђује се као у случају ништавости акција због издавања пре уписа повећања основног капитала, због чега упућујемо на одговарајућа излагања. Делујућа лица одговарају за штету имаоцу акције. За случај да акција није пренета, то је први стицалац акцијске исправе. Ако је дошло до преноса акције, ималац акције може бити и преносилац и стицалац. Стицалац акције, вршећи своја права из основног посла са преносицем, може да раскине уговор, због чега долази до обостране реституције, а акција долази поново у посед преносиоца. Тада је преносилац ималац акције и издаваоци су њему одговорни за штету. Уместо тога, стицалац се може одлучити да не врши своја права из основног посла и, тада, он остаје ималац акције, а издаваоци су одговорни њему за насталу штету – он је, како смо указали, цену платио, а чланство није стекао. На крају овог дела излагања указујемо да акција прве емисије може бити ништава по два основа – ако је издата са номиналом испод прописаног минимума и ако је издата пре уписа друштва у регистар. Када је у питању акција наредних емисија она, такође, може бити ништава по два основа - ако је издата са номиналом мањим од прописаног минимума и ако је издата пре уписа повећавања основног капитала.

Потребно је, такође, указати да акције са вишим номиналним износом који није дељив са 10 нису ништаве.²²⁾

5. Врсте акцијских исправа

Као што смо указали Законом о предузећима су предвиђене две врсте акција – акције на доносиоца и акције на име.

22. Аналогно Gadow, оп. цит., стр. 56

а) Акција на доносиоца

То је права хартија од вредности на доносиоца. На њу се примењу општа правила о хартијама од вредности на доносиоца, али у мери у којој не противрече правилима акцијског права.²³⁾

Акција, као што смо раније указали, није конститутивна исправа и члански однос не настаје његовим инкорпорисањем у акцијску исправу. То исто важи и за случај повећавања основног капитала. Према томе, члански однос настаје као неинкорпорисан и подлеже, у погледу преноса, правилима о цесији. Ово значи да се, и када су уписане акције на доносиоца, право удела, до издавања акцијских исправа на доносиоца, преносе цесијом. Веза између исправе и чланства инкорпорисаног у њој, настаје тек предајом исправе од стране друштва акционару.²⁴⁾ Ово зато што до тада није могуће установити ко се има сматрати акционаром., будући да су у питању исправа на доносиоца. Овакав приступ, истовремено, одговара чл. 237 Закона о облигационим односима

С обзиром на декларативни карактер акцијске исправе, приговори ништавости исправе и престанка чланства су неограничено допуштени. Пошто акција инкорпорише члански однос у сваком његовом појавном облику који произлази из статута, мора сваки акционар допустити такво дејство статута без обзира да ли је знао за његову садржину. Као што се види акција је много мање формална исправа него што је то меница – у питању је тзв. индиректна формалност.²⁵⁾ Ово важи и у погледу промене статута, која је извршена, али није регистрована у тренутку преноса исправе. То обухвата и ситуацију када је, због промене статута, садржај исправе постао нетачан (чл. 236). Коначно, не постоји заштита савесног прибавиоца у погледу пуноважности акције –ништавост (на пр. чл. 218 ст. 2) делује према сваком стицаоцу, а купцу акције остају само правила о купродаји за заштиту својих интереса.

Накнадном стицаоцу се не могу истаћи приговори из личног односа са његовим предходником.

б) Акција на име

Акција на име је, како смо напред указали, хартија од вредности по наредби.

Када су у питању акције на име, треба указати да се чланство сматра инкорпорисаним у исправу и пре њене предаје акционару.²⁶⁾ Овде напомињемо да смо раније указали да супротно важи у случају акција на доносиоца. Ово зато што, када су у питању акције на име, и пре емитивања акције је могуће установити ко се има сматрати акционаром. Тешкоће могу настати због чл. 237 Закона о облигационим

23. Würdinger H., оп. цит., стр. 48

24. Ibidem

25. Van Ren Jean, Securities and Securities Holders, International Encyclopedia of Comparative Law 5/1990, стр. 112

26. Würdinger H. оп. цит., стр. 49 уз напомену да је став споран и наводи супротну судску праксу.

односима којим се за настанак обавезе из хартије од вредности тражи и предаја хартије њеном кориснику. У том погледу поново указујемо да се право хартија од вредности примењује на акције у мери у којој не противречи акцијском праву.

Друштво према сваком стицаоцу има приговор из садржине чланског односа, чак и онда када приговор не произлази из акцијске исправе.²⁷⁾Последица тога је да стицалац винкулиране акције, и ако је био савестан у погледу винкулирања, није заштићен. Ознака да је у питању привремена акција (делимично уплаћена акција) тражи посебне напомене. Ако одговарајућа ознака није унета у исправу, исправа није ништава, а савесни стицалац може сматрати да је она у потпуности уплаћена.²⁸⁾Пропис чл. 220 ст. 1 штити стицаоца и његова повреда му даје право на приговор. Њега не терети обавеза улога и против њега се не може водити поступак кадуцирања (чл. 225). У обавези према друштву остаје уписник акције или преносилац (будући да он зна да је акција делимично уплаћена), као и несавесни међустикаоци, који су уписани у књигу акција, Друштво ће, и без кадуцирања, поставити захтев према њима у погледу недостајућег дела улога. За евентуално насталу штету нанету друштву због одсуства ознаке да се ради о привременој акцији, примењују се правила о посебној одговорности чланова управе (чл. 272 ст. 1 тч. 4). Према томе, у случају да на делимично уплаћену акцију није унета ознака да је у питању привремена акција, заштита је обезбеђена само савесном стицаоцу.

Споредне обавезе траже посебну анализу. Према Закону о предузећима (чл. 228 ст. 1) споредне обавезе са морају назначити на акцијама и привременим акцијама. Недостатак одговарајућег навода у погледу постојања и обима споредних обавеза у тексту акцијске исправе нема за последицу ништавост акције. Осим тога, за правни положај првог стицаоца акције тај недостатак је без правног значаја. Он је у обавези да изврши додатну чинидбу.²⁹⁾Ово зато што зна под којим условима је уписао акцију и споредна обавеза је део чланства које је засновао. Његова обавеза се не мења и ако не дође до издавања акција, будући да он свој положај не заснива на стицању акцијске исправе, него на упису акција. Ипак, одсуство одговарајућег навода о постојању и обиму споредних обавеза има правни значај у случају преноса акција. Основно правило је да се, у случају да унос о споредним чинидбама није извршен или није извршен правилно, извршење споредних чинидби не може тражити од стицаоца, ако је он био савестан.³⁰⁾Пропис чл. 228 ст. 1 је заштитног карактера и стицалац има право на приговор. Стицалац се не може позвати на своју савесност ако је то било видљиво из акције – на пр. ако је постојао унос општег карактера о постојању посебних обавеза, када је стицаоц могао да се обавести о врсти и обиму споредних обавеза. То, ипак, не значи да је преносом створена акција без споредне чинидбе и да су настале акције нове класе. Напротив, и у рукама савесног стицаоца остаје као акција са споредним чинидбама, али он има приго-

27. Ibidem

28. Аналогно Gadow, оп. цит. стр. 64

29. Gadow, оп. цит., стр. 293

30. Gadow, оп. цит., стр. 298

вор у погледу испуњења споредне чинидбе. Треба нагласити да у случају преноса такве акције ни преносилац није одговоран за извршење споредне чинидбе.³¹⁾ Ово зато што је споредна чинидба део чланског односа, односно извршење споредне чинидбе је везано за акцију, која више није у његовом власништву. Друго је, међутим, питање накнаде штете, будући да је знао за постојање споредних чинидби. Може, такође, доћи у обзир и накнада штете од стране чланова управе.

6. Амортизација акцијске исправе

У чл. 235 Закона о предузећима је предвиђена амортизација акција на име и купона за дивиденду на име. Ако се акција на име, или привремена акција, уништи или нестане, може се огласити неважећом и издати нова акција, у складу са савезним законом којим се уређују хартије од вредности. Ако купони за дивиденде гласе на име, оглашавањем акције или привремене акције неважећом, престаје и захтев из купона за дивиденде које још нису утврђене.

Као што се види, Законом о предузећима усвојена је владајућа концепција у домаћем праву, према којој није дозвољене амортизација хартија на доносиоца. Сходно томе није дозвољена амортизација акција на доносиоца. Амортизовати се могу акције на име и привремене акције. Ово се односи и на ситуацију када су пренете бланко индосаментом.

Законом о предузећима упућује се у погледу амортизације акција на савезни закон којим се уређују хартије од вредности. Проблем постоји зато што је у чл. 11 ст. 2 Закона о хартијама од вредности, за случај да је хартија на име уништена или нестала, предвиђено јавно оглашавање неважећом и обавештење надлежном савезном органу. Осим што не предвиђа постојање хартија по наредби, овим законом се не предвиђа судски поступак. Зато је упућивање на овај закон прилично неуспело решење, којим се доводи у питање институт амортизације акција на име, као хартија по наредби. Нешто боља је ситуација у погледу Закона о облигационим односима. Њиме се у чл. 260 предвиђа постојање хартија по наредби и могућност њихове амортизације, при чему се, ни у овом случају, не спомиње судски поступак. Ипак, полазећи од теоријских ставова и нормативних одређења закона којима се регулишу поједине хартије од вредности (на пр. меница), под амортизацијом треба подразумевати судско поништење исправе, којим се одузима важност, односно ставља ван снаге одређена исправа.³²⁾ Ово питање се на општи начин у погледу свих исправа регулише Законом о ванпарничном поступку где је у чл. 195 ст. 1 предвиђена могућност да се, под одређеним условима, у судском поступку прогласи да је исправа која садржи неко имовинско право изгубила важност.

Сврха амортизације акција на име се мора посматрати с обзиром на то да ли је у питању уписани или неуписани акционар. Када се ради о уписаном акционару

31. Ibidem

32. Чуља Срећко, Грађанско процесно право, књ. 2, Београд 1938, стр. 778

амортизација акције на име нема за сврху да му омогући вршење права према друштву, будући да је упис у књигу конститутивног карактера у погледу вршења права према друштву. Уписаном акционару није потребна акцијска исправа, будући да се на њу не примењује начело презентације. Сврха амортизације у том случају је да се обезбеди могућност даљег преноса чланства по правилима хартија од вредности. Насупрот томе, када је у питању неуписани акционар, тада амортизација представља неопходни услов за упис у књигу акционара и вршење права према друштву.

Поништај акције се врши у ванпарничном поступку (чл. 195 и даље Закона о ванпарничном поступку), при чему је месно надлежан суд према месту издавања акције.

Према чл. 197 Закона о ванпарничном поступку предлагач може бити свако лице које је на основу те исправе овлашћено да остварује неко право, или има правни интерес да се нестала исправа поништи. Када су у питању акције на име, лице овлашћено за поступак амортизације је сваки стицалац акције - није неопходно да буде и уписан у књигу акционара. За разлику од замене оштећених акција, када се овлашћеником сматра само лице које је уписано у књигу, будући да је акција подобна за упис, у случају амортизације приступ је шири - овлашћено је и лице које је стекло акцију, али није уписано у књигу. Ово је потребно зато што, због губитка акције, упис није могао бити извршен. Ако је акција на име или привремена акција пренета индосаментом на доносиоца, тада се као овлашћено лице јавља последњи ималац пре губитка акције.³³⁾ Ако је у питању акција на име или привремена акција, која није пренета бланко индосаментом, тада је овлашћено лице за покретања поступка оно лице које докаже да је овлашћеник на исправи, или онај ко је право стекао цесијом.³⁴⁾ Као што смо указали, упис у књигу акционара није одлучујући, будући да се не ради искључиво о односу акционара и друштва. Друштво је, са своје стране, у обавези да помогне у доказивању статуса овлашћеног лица.³⁵⁾

Према чл. 197 Закона о ванпарничном поступку предлог за поништај исправе нарочито садржи битне састојке исправе, чињенице из којих произлази да је предлагач овлашћен да поднесе предлог и да постоји вероватноћа да је исправа нестала или уништена.

Суд огласом објављује покретање поступка за поништење исправе. Тај оглас се доставља свим учесницима (што укључује повероца и издаваоца), истиче на огласној табли суда и објављује на начин предвиђен у чл. 201 Закона о ванпарничном поступку. Регулатива чл. 203 Закона о ванпарничном поступку није од значаја будући да друштво не извршава обавезе по основу исправе, него по основу уписа у књигу акционара. Ако акција, ипак, буде поднета друштву (на пр. ради уписа у књигу), друштво је овлашћено да задржи исправу и обавезно да је преда суду са

33. Gadow, оп. цит., стр. 421

34. Ibidem

35. Ibidem

назначењем лица које му је исправу предало (чл. 205 Закона о ванпарничном поступку). Тада долази до обуставе поступка амортизације зато што је јасно да исправа постоји - спор може да постоји у погледу тога ко је овлашћен да држи исправу, односно ко је овлашћен према друштву да тражи измену уписа.

По поништеној исправу се не могу вршити права према друштву. Амортизована акцијска исправа губи својство хартија од вредности, али се тиме не обеснажује право удела као такво.³⁶⁾ Ово зато што је оно и настало независно од исправе, која је декларативног карактера. С обзиром да се ради о акцијама на име, потребно је нагласити да се амортизацијом акцијске исправе не утиче на последице уписа у књигу акционара. Она се не може преносити, чак и у случају да је стицалац савестан. У недостатку исправе подобне за пренос, до доношења правоснажног решења о поништају, чланство је непреносиво. Од доношења правоснажног решења о поништају, право удела је преносиво и то цесијом, до издавања нове исправе. Као што смо већ указали, право удела као такво није обеснажено. После издавања нове исправе чланство се преноси по правилима за хартије од вредности.³⁷⁾

Правоснажно решење којим се исправа поништава замењује поништenu исправу, док се не изда нова. Нова исправа се издаје на захтев предлагача и о његовом трошку, уз предају решења о поништењу (чл. 210 Закона о ванпарничном поступку). Решење о поништењу ступа на место поништене исправе и на основу њега се могу вршити права према друштву, укључивши и право да тражи од друштва да изврши одговарајући упис у књигу акционара. Треба нагласити да судска одлука не замењује акцију као хартију од вредности. Она није *in subsidio* хартија од вредности, него сурогат који служи за вршење права према друштву. Будући да правоснажно решење о поништају замењује поништenu исправу, друштво се ослобађа обавезе извршењем лицу које је издејствовало правоснажну амортизацију у истој мери, као и да је обавезу извршило имаоцу поништене исправе.³⁸⁾ Овде је потребно указати на ситуацију када је неовлашћено лице покренуло поступак и издејствовало правоснажно решење о поништају акцијске исправе. У таквим околностима треба поћи од тога да поседник амортизационе одлуке не може бити у повољнијем положају, ни према друштву ни према овлашћенику на исправу, него што би то био да поседује исправу коју ова одлука замењује.³⁹⁾ Ако лице које добије амортизациону одлуку није, или је престало да буде, овлашћеник, тада он неће постати акционар - напротив, нова исправа ће бити власништво последњег овлашћеног имаоца поништене исправе.⁴⁰⁾ Овлашћеник на исправу, поништеној у амортизационом поступку, може тражити од неовлашћеног лица предају нове исправе, као што би то право имао у погледу амортизоване исправе.

36. Ibidem

37. Слично Godin, оп. цит., стр. 367

38. Culja, оп. цит., стр. 792

39. Ibidem

40. Godin, оп. цит., стр. 367

Начелно, обеснажење акције повлачи за собом ништавост купона зато што на њима нема уписаног износа и што постоји снажна веза за основно право.⁴¹⁾ Као што се види, ништавост купона је последица обеснажења акције – није предвиђен посебан поступак амортизације купона.⁴²⁾ Овај основни став се коригује разликом која постоји између купона који садрже доспело право и оних који нису доспели, као и разликом између купона на име и купона на доносиоца.

Када су у питању недоспели купони на доносиоца, оно постају ништави обеснажењем акције. У том погледу важи изнети начелни став. Ово се протеже и на талон, када се он издаје. Онај ко исходи нову исправу стиче нове купоне и талон.⁴³⁾ Другачије ствар стоји када су у питању купони на доносиоца који садрже доспело право. Они остају на снази.

У погледу купона на име, Законом о предузећима није усвојен став, присутан у неком правима, да се они не могу обеснажити, независно од тога да ли садрже доспело право, или не.⁴⁴⁾ Ово зато што се не могу сматрати хартијама од вредности (ректа хартијама), него представљају (квалификоване) легитимационе хартије.⁴⁵⁾ Практична последица оваквог одређења огледа се у чињеници да друштво може извршити обавезу имаоцу и то са ослобађајућим дејством, али овај није овлашћен да то захтева од друштва. Овакво одређење није, како смо указали, усвојено у домаћем праву. У ст. 2 чл. 235 усвојен је исти режим који важи за купоне који гласе на доносиоца - обеснажењем акције обеснажују се недоспели купони на име.

Раније изнет став о немогућности амортизације купона је прихватљив и за домаће право. Купони на доносиоца и када су одвојени не могу се амортизовати због немогућности амортизације хартија на доносиоца. Када су у питању купони на име, они се не могу поништити, али се могу наплатити под одређеним условима. Према чл. 204 Закона о ванпарничном поступку, ако је нестао или уништен купон који је одвојен од главне исправе, лице на које купон гласи може, по истеку рока од три године од дана доспелости купона, да захтева од дужника његову исплату, ако пре истека тога рока пријави суду нестанак или уништење купона и ако у том року неко лице не поднесе суду нестали купон и не буде поднесен захтев за његову исплату. Пре истека тог рока дужник није обавезан да исплати потраживање по том купону. Ако друштво исплати дивиденду по овим правилима Закона о ванпарничном поступку, оно се тада ослобађа обавезе и према овлашћеном имаоцу дотичног купона.⁴⁶⁾

Конечно, потребно је указати на однос који постоји између поништаја акција (амортизације) из чл. 235 о чему је до сада било говора и поништаја акција из чл. 236 и чл. 307.

41. Hueck A., оп. цит., стр. 121

42. Gadow, оп. цит., стр. 423

43. Ibidem

44. Godin, оп. цит., стр. 369

45. Gadow, оп. цит., стр. 423

46. Аналогно Чуља, оп. цит., стр. 788

Треба, пре свега, нагласити да поступак поништаја акцијске исправе од стране друштва (у случају из чл. 236 и чл. 307) није препрека за спровођење поступка поништаја акцијске исправе од стране суда. Ово зато што акционар који је остао без акције (уништена је) није у могућности да ту акцију преда друштву ради исправке (чл. 236), или замене, односно консолидације (чл. 307). Он, такође, не може да тражи од друштва издавање нове исправе, будући да се не може легитимисати према друштву. Он, како смо већ указали, тек на основу амортизационе исправе, добијене у поступку судског поништаја исправе, може поставити такав захтев према друштву. То је разлог због којег судски поништај акцијске исправе (амортизација) мора постојати уз могућност поништаја акцијске исправе од стране друштва.⁴⁷⁾

(чланак примљен 24 I 2000.)

Prof. Dr. Zoran Arsić,
Faculty of Law, Novi Sad

Share Certificate

Summary

Share certificates are securities. They are issued as registered shares and as bearer shares. Registered shares are securities on order, whereas bearer shares are real bearer securities.

Key words: *share, amortization*

47. Тако Godin, оп. цит., стр. 369

*Др Гордана Илић-Појов,
Правни факултет Универзитета у Београду*

UDK 336.2:656:502/504
(изворни чланак)

Еколошка улога пореских инструмената у области саобраћаја

Резиме

Већина еколошких проблема у градским подручјима може се приписати друмском саобраћају. У раду се разматра могућа улога пореза у смањивању екстерних трошкова, који настају у вези са саобраћајем (еколошки трошкови, трошкови изазвани саобраћајним удесима, трошкови изазвани "загушењем" у саобраћају, трошкови коришћења саобраћајне инфраструктуре). У разматрању могућег доприноса које би опорезивање могло да има у регулисању загађивања ваздуха, кључно је ишитање везе која постоји између расположивих пореских инструмената, с једне стране, и нивоа емисија које долазе из различитих извора, с друге стране. У раду се даје обухватан преглед постојеће структуре пореза који оштрећују саобраћај (пре свега, друмски саобраћај) како у земљама-чланицама ОЕЦД, тако и у земљама Централне и Источне Европе. Многе земље су увеле ниже стопе пореза на безоловни бензин; већина земаља је увела посебне акцизе на моторна горива; неке државе су реструктурирале годишње порезе на моторна возила, у намери да повећају употребу мање еколошки штетних аутомобила. Порези треба да искажу комбиноване ефекте, који су најчешће у међусобном садејству, а који су изазвани различитим екстерналијама у саобраћају. С друге стране, они треба да подстиакну одговарајући избор појединаца, који ће бити усмерен у еколошки жељеном правцу.

Кључне речи: *животна средина, заштита, саобраћај, порези, накнаде*

1. Уводне напомене

Загађивање животне средине представља један од главних проблема са којим се суочава модерна цивилизација. Потреба за здравим и квалитетним природним окружењем се сматра општом потребом, која превазилази уске интересе појединачних интересних група. Неопходност интервенције државе у ограничавању загађивања животне средине је резултат појаве еколошких екстерналија, тј. настанка додатних трошкова које емитенти штетних материја својим радњама и активно-стима производе другим члановима друштвене заједнице.

2. Екстерни трошкови у саобраћају

Област саобраћаја је једна од привредних грана у којој су потребе за појачаном заштитом животне средине нарочито изражене. Велики број еколошких проблема у градским подручјима може да се припише друмском саобраћају. Иако се последњих година чине велики напори да се смање штетне емисије изазване употребом моторних возила, растући број аутомобила чини да моторна возила представљају један од главних извора локалног загађивања животне средине (нпр. емисије угљен-моноксида, сумпор-диоксида, олова и других тешких метала и др.). Штетне емисије до којих долази у саобраћају зависе од интензитета коришћења моторних возила, врсте, старости и техничке исправности моторних возила која преовлађују на путевима, односно од места на којем је непосредно дошло до загађења.¹⁾ Саобраћајне гужве, нарочито изражене у време када људи одлазе на посао или се са њега враћају својим кућама, појачавају ове проблеме, а корисницима путева повећавају издатке, исказане не само у губитку потенцијалног новца, већ и доколице, због времена које проводе у успореном кретању возила у граду за време саобраћајних гужви. Сем тога, коришћење моторних возила је непосредно одговорно за велики број смртних случајева, односно за озбиљне телесне повреде, како возача, тако и пешака. Најзад, прекомерна употреба моторних возила доводи до повећане емисије угљен-диоксида и других гасова који доводе до прегрејавања у атмосфери и, на тај начин, посредно доприноси настанку климатских промена.

Негативни екстерни ефекти означавају трошкове које правно или физичко лице узрокује, тј. намеће другим члановима друштва, а који нису укључени у цену.²⁾ У области друмског саобраћаја могу се разликовати четири основне групе екстерних трошкова, и то:³⁾

1. Вид., нпр.: **Possible Increase in Environmental Taxes - Environmental Effects and Revenue Potential**, ODIN, Ministry of Finance and Customs.
2. Вид.: Барбара Јелчић, **Јавне финансије**, Информатор, Загреб 1997, стр. 303.
3. Вид. о томе: Ian Crawford - Stephen Smith, **Tax Policy and the Environmental Costs of Road Transport** (у: *More Key Issues in Tax Reform*, ed. by Cedric Sandford, Fiscal Publications, 1995, стр. 122-123).

(а) *Еколошки трошкови*. Ова врста трошкова изазвана је загађивањем ваздуха услед емисије штетних гасова од коришћења аутомобила и других моторних возила (нпр. угљен-моноксид, азотни оксиди, тешки метали, чађ и др.), као и потребом да се обезбеде одговарајући уређаји и опрема за пречишћавање ваздуха.

(б) *Трошкови изазвани саобраћајним удесима*. Ови трошкови подразумевају трошкове лечења учесника у саобраћају (возача, односно пешака), који су задобили телесне повреде у саобраћајном удесу, као и исплате премија осигурања лицима која су жртве у саобраћају, односно за случај оштећења имовине (аутомобила и др.).

(в) *Трошкови изазвани "загушењем" у саобраћају*. Под овим трошковима означен је утрошак времена који возачи и њихови сапутници проведу у возилима због преоптерећења путева, тј. због појаве "саобраћајног колапса". Часове које су провели у аутомобилима могли су да искористе на сасвим другачији начин, који би за њих био или продуктиван (нпр. обављање неког посла, остварење зараде и др.), или релаксирајући (нпр. рекреација, одмор, дружење са пријатељима и др.). Висина ових трошкова разликује се од дела саобраћајне мреже на којем је дошло до преоптерећења, као и од доба у току дана (нпр. највећа "загушења" у саобраћају су у јутарњим и поподневним часовима, када запослени одлазе на посао, односно враћају се својим кућама).

(г) *Трошкови коришћења саобраћајне инфраструктуре*. Ови трошкови подразумевају маргиналне трошкове оштећења путева, тј. издатке који су изазвани "трошењем и хабањем", до којег је дошло због учестале употребе путева. Висина наведених трошкова често је условљена категоријом корисника саобраћајних путева (нпр. теретни камиони, цистерне, путнички аутомобили и др.).⁴⁾

Тржишна привреда се, макар до сада, није у довољној мери развијала у правцу "одрживог (усклађеног) развоја", који намеће потребу за повезивањем еколошког и привредног развоја. Одрживи развој одређује се као "пут који обезбеђује коришћење природних ресурса (вода, ваздух и земљиште) и створених добара на начин који омогућава задовољење потреба садашњих генерација, али без угрожавања могућности будућих генерација да, исто тако, остваре сопствене потребе." Већина тржишних цена производа, односно услуга не одражава њихове "стварне" цене, јер се екстерни трошкови најчешће не узимају у обзир приликом обрачуна трошкова производње (нпр. код обрачуна трошкова превоза не узимају се у обзир евентуални расходи у вези са саобраћајним удесима, нити трошкови лечења обољења респираторних органа, која су изазвана загађењем ваздуха и др.). Загађивачи, отуда, немају посебан економски разлог да било шта промене у својој активности.⁵⁾

4. Тешка теретна моторна возила имају изузетно високо учешће у оштећењу површине саобраћајних путева.

5. Упоред., нпр.: Peter Hesseldahl, *Environmental Tax Reform* (у: *Ecological Tax Reform*, Contributions and Debate from the Conference, 22 June 1995, Danish Board of Technology, Copenhagen 1996, стр. 4).

3. Еколошки порески инструменти у саобраћају

У трагању за средствима којима би на најефикаснији начин могле да се остваре жељене и потребне промене у обезбеђивању здраве и квалитетне животне средине, временом се схватио прави значај економских, пре свега, фискалних инструмената. Очигледно је, наиме, да екстерни трошкови морају да се интернализују, тј. морају да се укључе у цену производа или активности, који ремете еколошку равнотежу у привреди, како би се избегло њихово преношење на целокупну друштвену заједницу, као и на будуће генерације.⁶⁾ Због тога, држава треба да интервенише и, у том смислу, могла би да уведе посебне фискалне дажбине, које би загађивач имао обавезу да плати.⁷⁾ Проблем екстерналија би, на тај начин, могао релативно успешно да буде решен увођењем пореза, који би исказао стварне еколошке трошкове, односно који би одговарао износу маргиналног трошка екстерналије. Потребно је успоставити равнотежу између, с једне стране, ризика од наступања еколошке штете и, с друге стране, економских трошкова који настају у вези са предузимањем мера за њено спречавање. Жељени квалитет животне средине може да буде постигнут тек када маргинална друштвена цена (трошак) смањивања загађивања постане једнака маргиналној користи по јединици смањивања загађивања.⁸⁾

У великом броју земаља-чланица ОЕЦД друмски саобраћај је изложен бројним порезима, преваходно из фискалних разлога. У том смислу, у овим земљама су у примени порези на моторна горива, порези на промет моторних возила, регистрациона такса и др. Али, последњих година опорезивање моторних горива и моторних возила не врши се више само из финансијских, већ и из еколошких разлога, у намери да се овим инструментима пореског система, као и одређеним мерама пореске политике обезбеди смањивање загађивања ваздуха.

3.1. Посредни порези у саобраћају

3.1.1. Опорезивање моторних горива

а. Акцизе на нафтне деривате

Моторна горива су, у начелу, подвргнута бројним порезима (порез на додатну вредност, односно други општи порез на промет, акцизе, посебни прирези, посебни еколошки порези⁹⁾ и др.). Због тога је укупно пореско оптерећење моторних горива обично много веће него код других добара.¹⁰⁾ Еколошки проблеми који

6. Вид.: Harald Agerley, *Environmental Problems in a Long-Term Global Perspective* (y: *Ecological Tax Reform*, Contributions and Debate from the Conference, 22 June 1995, Danish Board of Technology, Copenhagen 1996, стр. 11-12).

7. Вид., нпр.: David W. Williams, *Trends in International Taxation*, International Fiscal Association, 1991, стр. 50.

8. Упоред., нпр.: *Taxation and the Environment (Complementary Policies)*, OECD, Paris 1994, стр. 59-62.

стоје у непосредној вези са коришћењем бензина, односно других моторних горива требало би да покушају да се ублаже увођењем фискалних инструмената и мера, који би подстакли ограничену потрошњу бензина. У том смислу, повећање пореза на моторна горива може да има тројак ефекте на даљу употребу горива:¹¹⁾

(1) *Смањивање коришћења аутомобила.* Трошак сваког путовања моторним возилом се, због пораста цене бензина, у коју је уграђен износ пореза, повећава. Због тога, путовања која нису неопходна почињу све више да се избегавају, односно врши се избор алтернативних, јевтинијих начина превоза до жељене дестинације (нпр. железнички саобраћај).

(2) *Смањивање броја власништва над аутомобилима.* За одређен број постојећих власника путничких аутомобила, већа цена бензина може да доведе до тога да одлуче да продају свој аутомобил, јер даље поседовање, односно коришћење и одржавање аутомобила постаје за њих све скупље.

(3) *Већа ефикасност моторног горива.* Више цене бензина утичу на произвођаче да пројектују таква моторна возила, која имају економичнију потрошњу горива. С друге стране, то подстиче оне који, ипак, желе да купе нови аутомобил да се определе управо за такве моделе аутомобила који су у еколошком смислу прихватљивији.

Један од економских инструмената који се у области саобраћаја, готово већ традиционално, примењује у различитим земљама-чланицама ОЕЦД је акциза на нафтне деривате (бензин, дизел-гориво и др.). Њен циљ је био првенствено фискални, али од недавно се акциза на нафтне деривате сматра, такође, и значајним инструментом еколошке политике. На тај начин се одређује стварна цена штетних емисија, до којих долази у области саобраћаја. Али, постоје неке врсте трошкова које није, ипак, могуће кориговати применом овог пореза (нпр. емисије азотних оксида, ситних честица и сл., стварање појачане буке и др.).

У Републици Србији је, поред пореза на промет деривата нафте (моторни бензин, дизел-гориво и лож-уље), који плаћа произвођач, односно увозник, уведена и акциза на нафтне деривате, која се плаћа по стопама, које се крећу у распону

9. На пример, порез за финансирање јавних радова на изградњи пратеће саобраћајне инфраструктуре (Француска, Јапан, Нови Зеланд, САД и др.), порез за финансирање система обавезног социјалног осигурања (Белгија), накнада за франшизинг (Аустралија), итд. Вид.: **Environmental Taxes in OECD Countries**, OECD, Paris 1995, стр. 16-22.
10. Изузетак у том погледу представљају Сједињене Америчке Државе, где се висина пореза на бензин креће око USD 0,30/галон (укључујући акцизе на савезном нивоу и на нивоу држава), што имплицира да укупна стопа пореза на бензин чини око 25% његове продајне цене, у поређењу са 45% (у Јапану), преко 60% (у Великој Британији и Немачкој), 70% (у Француској и Италији), итд. Вид.: **Taxation and the Environment (Complementary Policies)**, стр. 94.
11. Упоред. о томе: Stephen Smith, **Taxation and Transport** (у: *Environmental Taxes and Charges, IFA Seminar Papers*, Vol. 18d, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1995, стр. 57-59).

од 60% (моторни бензин) до 15% (млазно гориво и течни нафтни гас).¹²⁾ У случају увоза, прописане су основице, па је акциза *de facto* специфична.¹³⁾

У сваком случају, нема сумње да пораст цене бензина, изазван повећањем пореза на моторна горива, има утицај на потрошњу бензина. Промене у понашању потрошача условљене су бројним факторима, укључујући, пре свега, општу пореску структуру (нпр. укупно фискално оптерећење моторног горива које се опорезује), али и постојање адекватних супституата (тј. да ли је могућ избор између више алтернативних производа са различитим еколошким обележјима /нпр. оловни бензин, безоловни бензин, дизел-гориво/).

Могло би да се постави питање да ли повећање пореза на моторна горива има неповољне социјалне ефекте за одређене категорије становништва, тј. да ли производи регресиван učinak. Илустрације ради, лица са мањим дохотком која живе у приградским подручјима, у којима није на адекватан начин уређен систем јавног саобраћаја, често су принуђена да, због одласка на посао у град, имају сопствени аутомобил. Сва лица би требало да се суоче са укупним трошковима њихове одлуке о томе где ће да живе, односно раде. Са еколошког становишта, може, на пример, да не буде пожељно да се људи превозе на дугим растојањима до својих радних места. У том смислу, високи порези на бензин били би један од врло значајних фактора који би обесхрабривали таква свакодневна путовања на посао и са посла. С друге стране, постоји потреба да веће пореско оптерећење бензина буде праћено неким другим економским мерама (нпр. субвенцијама које држава даје за организовање и развој јавног саобраћаја у приградским областима и др.), како би се ублажио порески терет сиромашнијих домаћинстава која живе у предграђу, код којих је учешће таквог повећаног пореза на бензин у њиховом расположивом дохотку значајно веће.¹⁴⁾

б. Пореска диференцијација

Код опорезивања моторних горива једна од пореских мера која се, са становишта заштите и очувања квалитета животне средине, оцењује нарочито пожељном је диференцирано опорезивање различитих врста моторних горива, у зависности од састава хемијских компоненти у датом гориву. У том смислу, предвиђено је ниже пореско оптерећење за све оне производе који се оцењују еколошки подобним, док се за опорезивање еколошки штетних производа одређују више пореске стопе. Основни циљ ове пореске мере је да се фаворизује употреба безоловног бензина, у односу на оловни бензин, али и производња економичнијих и еколошки "чистијих" аутомобила (нпр. аутомобила са уграђеним катализаторима). Пореска

12. Вид.: члан 9. **Закона о акцизама и порезу на промет** (у даљем тексту: *ЗАПП*), *Службени гласник РС*, бр. 43/94, 53/95, 24/96, 52/96, 55/96, 1/97, 60/97, 42/98, 18/99, 21/99, 27/99, 33/99, 48/99, 54/99.

13. Вид.: **Уредба о начину утврђивања основице за обрачун акцизе за увезене деривате нафте**, *Службени гласник РС*, бр. 38/99.

14. Вид. о томе опширније: J. M. Poterba, **Is the Gasoline Tax Regressive?**, National Bureau of Economic Research, *Working Paper*, No. 3578/1991.

диференцијација се среће у скоро свим земљама-чланицама ОЕЦД (нпр. у Аустралији, Аустрији, Белгији, Данској, Финској, Шведској, Холандији, Немачкој, Италији, Швајцарској и др.).

Диференцирано опорезивање које подстиче већу употребу безоловног бензина, присутно је и у великом броју земаља Средње и Источне Европе (нпр. Босна и Херцеговина, Бугарска, Хрватска, Чешка, Мађарска, Летонија (од краја 1997. године), Македонија, Пољска, Румунија и Словачка). Основ за пореску диференцијацију у већини земаља овог дела Европе чини акциза на моторна горива (нпр. у Бугарској, Хрватској, Чешкој, Мађарској, Летонији, Македонији и Пољској). Разлике у пореском третману оловног и безоловног бензина се за сада још увек не праве у Естонији, Литванији и СР Југославији. Разлика у цени између ове две врсте горива, процентуално изражена кроз учешће у малопродајној цени оловног бензина, креће се између 1,0% (СР Југославија)¹⁵ и 7,7% (Летонија), с тим што је разлика у малопродајној цени у просеку од 4% до 5% (нпр. у Босни и Херцеговини - 4,2%, Бугарској - 4,7%, Мађарској - 4%, итд.). Удео безоловног бензина на тржишту у земљама Средње и Источне Европе у 1996. години износио је, чак, 100% (у Словачкој)¹⁶, 98% (у Литванији), затим 81% (Естонија), 64% (Мађарска), 55% (Чешка), 54% (Словенија), 30% (Хрватска), али и само 6% (Бугарска), 5% (Румунија), итд.

Сем тога, у неким земљама-чланицама ОЕЦД праве се разлике у опорезивању бензина (нпр. Финска, Шведска), односно дизел-горива (нпр. Данска, Финска, Мађарска, Мексико, Норвешка, Пољска и Шведска), у зависности од њихових квалитативних обележја.

3.1.2. Опорезивање моторних возила

а. Општи порези на промет

Постоји мишљење да опорезивање моторних горива није у стању да, у довољној мери, искаже разлике које постоје између различитих типова и модела аутомобила, пре свега у погледу њихових еколошких својстава (ниво буке коју стварају, безбедност у саобраћају и др.). Због тога су у великом броју земаља-чланица ОЕЦД ови порези праћени увођењем још неких других пореских инструмената, као што је, на пример, порез на промет нових моторних возила.

15. Важећа **Уредба о ценама деривата нафте** (Службени гласник РС, бр. 38/99) прописује у Србији исту цену за оловни и безоловни бензин од 95 октана. Међутим, прописана основна цена за обрачун акцизе нешто је нижа код безоловног бензина (1,70 дин./л), него код оловног (1,73 дин./л). Вид.: **Уредба о начину утврђивања основице за обрачун акцизе за увезене деривате нафте**.

16. У Словачкој се, почев од 1995. године, на тржишту више не налази оловни бензин. Вид.: **Sofia Initiative: Economic Instruments**. Report on the Use of Economic Instruments for Environmental Policy in Central and Eastern Europe, Fourth Ministerial Conference "Environment for Europe", The Czech Republic and Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, Šrhus, Denmark, 23-25 June 1998, стр. 32.

Моторна возила се, по правилу, опорезују у зависности од физичких карактеристика возила, односно потрошње моторног горива. Висина пореске стопе, најчешће, варира према категорији моторног возила (нпр. у Аустралији стопа општег пореза на потрошњу износи 16% за путничке аутомобиле, односно 21% за камионе; у Турској стопа пореза на додату вредност је 23% на аутомобиле и 15% на остала моторна возила, итд.).¹⁷⁾ Прави се, према томе, разлика између путничких аутомобила, камиона, комби возила, мини аутобуса и др. Камиони и друга слична теретна возила имају, у начелу, већу радну запремину мотора, па су због тога емисије који они проузрокују обично веће, и зато су за њих предвиђене више пореске стопе. Илустрације ради, у Швајцарској, на савезном нивоу, постоји посебан порез на тешка теретна возила, чија тежина прелази 3,5 тоне. Стопа овог пореза је прогресивна, и креће се између CHF 500 и 3.000 (за камионе и цистерне, у зависности од њихове тежине), CHF 500 и 1.500 (за приколице), односно CHF 500 (за аутобусе). За моторна возила тежине испод 3,5 тоне порез је прописан у паушалном годишњем износу од CHF 30.¹⁸⁾

Диференцијација стопа пореза на додату вредност, односно другог општег пореза на промет, указује да је много скупље поседовати аутомобил који се сматра еколошки неподобним. Уз то, врло се често уводе и различити прирези на порез на промет нових моторних возила (нпр. у Аустрији од 1995. године постоји посебан порез по стопи од 20% за аутомобиле без катализатора).¹⁹⁾

И у земљама Средње и Источне Европе се врши опорезивање моторних возила.²⁰⁾ Тако се, на пример, у Мађарској порез на додату вредност плаћа по стандардној (општој) стопи од 25% на набавке нових аутомобила, као и на испоруке резервних делова за аутомобиле. Нижа пореска стопа од 12% се примењује на поједину врсту опреме, која има одговарајући еколошки значај (нпр. катализатори, филтери за пречишћавање издувних гасова, термички уређаји за поновно сагоревање горива и др.). Сем тога, еколошке карактеристике моторних возила имају одређен значај приликом одређивања висине увозних дажбина. Тако су ове дажбине најниже код увоза возова, док је у случају путничких аутомобила стопа увозних дажбина повољнија ако се увозе нови путнички аутомобили, односно аутомобили који нису старији од четири године, као и у ситуацији када се увозе аутомобили који већ имају уграђене каталитичке конверторе. Годишњи порез на моторна возила плаћа се како на домаћа возила (када пореску основицу чини тежина возила, тј. порез се креће у износу од USD 2-4 на сваких 100 кг тежине), тако и на инострана возила (када пореску основицу чини број дана проведен на територији Мађарске, с тим што је за првих 60 дана боравка предвиђено пореско ослобође-

17. Вид.: *Environmental Taxes in OECD Countries*, стр. 57-66.

18. Вид.: *Energy and Environment Taxation in Selected Countries (y: Environmental Taxes and Charges, IFA Seminar Papers*, Vol. 18d, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1995, стр. 183-189).

19. Вид.: *Environmental Taxes in OECD Countries*, стр. 23-24.

20. Вид. о томе, нпр.: *Sofia Initiative. Economic Instruments*, стр. 22-23.

ње). У Македонији и Румунији су прописане посебне пореске, односно царинске олакшице за увоз, односно испоруке аутомобила снабдевене катализатором (нпр. у Македонији је допуштено ослобођење у износу од 2% приликом увоза таквих путничких аутомобила, док су у Румунији од 1998. године, исто тако, смањене увозне дажбине за аутомобиле који имају уграђене каталитичке конверторе, а за еколошки "чистије" аутомобиле је допуштено и пореско ослобођење које се креће између 30% и 40%).

Имајући у виду чињеницу да број аутомобила повећава потенцијалну опасност од загађивања ваздуха, законодавац у Републици Србији је предвидео да је обвезник пореза на промет производа, између осталих, и лице које купи ново или увезе употребљавано моторно возило, које подлеже обавези годишње регистрације.²¹⁾ Али, предвиђена је посебна пореска олакшица у виду снижене пореске стопе од 9% за промет путничких аутомобила, чија је радна запремина мотора до 1,2 литра.

б. Годишњи порез на аутомобиле

У највећем броју земаља-чланица ОЕЦД (нпр. Аустрија, Белгија, Канада, Данска, Финска, Грчка, Мађарска, Исланд, Ирска, Италија, Јапан, Мексико, Холандија, Норвешка, Португалија, Шведска, Швајцарска, Турска, САД) уводе се годишњи порези на аутомобиле, који најчешће имају облик регистрационе таксе,²²⁾ која се плаћа у годишњем паушалном износу, у зависности од категорије аутомобила (према радној запремини мотора, опремљености каталитичким конвертором и др.).²³⁾ На пример, регистрациона такса се у Немачкој креће између DEM 35 и 50, док је у Великој Британији она предвиђена у годишњем износу од GBP 135. Немачка, иначе, спада у групу земаља које посвећују значајну пажњу примени различитих пореских мера, у циљу модернизације аутомобилске индустрије. У том смислу, средином 1997. године у Немачкој су извршене значајне промене код опорезивања моторних возила, како би се са немачких путева уклонио што већи број аутомобила који озбиљно угрожавају животну средину. Тако се аутомобили који имају уграђену модерну технологију за испуштање издувних гасова (тзв. модел EURO-1) опорезују по стопи од DEM 13,20/100 cc за бензинске моторе, односно по стопи од DEM 37,10/100 cc за дизел моторе. Пореске стопе за аутомобиле модела EURO-2²⁴⁾, исто тако, зависе од типа мотора, и крећу се од DEM 1,20 до DEM 12 за бензинске моторе, односно од DEM 8,10 до DEM 29 за дизел моторе.

21. Вид.: члан 27. став 1. тачка 4) **ЗАПП**. Упоред.: члан 15. став 1. **Закона о порезу на промет**, *Службени лист РЦГ*, бр. 4/94, 13/94, 42/94, 13/96, 45/98.

22. Иако не спада у посредне порезе, определили смо се да о регистрационој такси говоримо на овом месту, како би се добио што целовитији увид у различите фискалне дажбине које погађају власнике моторних возила.

23. Одређене категорије возила су, међутим, најчешће изузете од обавезе плаћања ове таксе (нпр. амбулантна кола, ватрогасна кола, аутобуси за превоз путника у јавном саобраћају и др.).

24. У Немачкој је 1997. године било око 7,7 милиона таквих возила. Вид.: **Ecological Reform of Car Taxation: A Half Measure**, *Wuppertal Bulletin on Ecological Tax Reform*, Vol. 3, бр. 2/1997.

Уз то, у неким земљама-чланицама ОЕЦД постоји и посебна такса која се плаћа за годишњу инспекцијску контролу моторног возила које је старије од две године (нпр. у Ирској ова такса износи 2.480 ирских фунти за возила чија тежина не прелази 5.000 кг, односно 4.950 ирских фунти за возила преко 5.000 кг, с тим што се плаћа додатних 330 ирских фунти за обавезни тест емисије).²⁵⁾

Законодавац у Србији допушта могућност увођења посебних републичких такси. У том смислу, требало би поменути посебну таксу за регистрацију моторних возила.²⁶⁾ Обвезник ове таксе је правно и физичко лице на чије се име возило региструје, продужава регистрација, односно замењује регистарска таблица. Висина наведене таксе је диференцирана према радној запремини мотора и типу возила. Тако се висина таксе за путничке аутомобиле и комби возила креће у распону од 300 динара (радна запремина мотора до 1.150 цм³) до 10.000 динара (ако радна запремина мотора прелази 3.000 цм³), а за моторцикле износ таксе варира од 300 динара (до 125 цм³) до 5.000 динара (преко 1.100 цм³). Такса се умањује за 5% за сваку навршену годину старости возила, с тим што укупно умањење по том основу не може да пређе 30% од прописане висине посебне таксе. За путничке аутомобиле којима се обавља такси превоз и аутомобиле у својини центара за обуку возача, такса се умањује за 50% од прописаног износа. Власници путничких аутомобила и моторцикала, који су војни инвалиди, цивилни инвалиди рата и инвалиди рада са 80 или више процената телесног оштећења, односно код којих постоји телесно оштећење које има за последицу неспособност доњих екстремитета од најмање 60 процената су ослобођени од обавезе плаћања посебне таксе за регистрацију моторних возила. Исто ослобођење је прописано и за здравствене установе - за санитарска возила, за возила која служе за превоз болесника на дијализи и возила у служби трансфузије крви.

У Републици Србији, Закон о путевима је прописао годишњу накнаду за друмска моторна возила, тракторе и прикључна возила.²⁷⁾ Имаоци друмских моторних возила и трактора који се годишње региструју плаћају накнаду пре подношења захтева за регистрацију, односно захтева за продужење важења регистрације возила, у једнократном износу, и то унапред за 12 месеци. Уколико власник друског моторног возила привремено региструје своје возило за временски период краћи од 12 месеци, он треба да плати сразмерни део накнаде, која важи на дан регистрације возила. Висину годишње накнаде за друмска моторна возила, тракторе и прикључна возила утврђује Влада Републике Србије, у зависности од врсте возила (нпр. за друмска теретна возила накнада се утврђује према носивости; за аутобусе -

25. Вид.: *Environmental Taxes in OECD Countries*, стр. 61.

26. Вид.: чл. 8-12. **Закона о обезбеђивању средстава за спровођење социјалног програма Републике Србије у 1999. години**, *Службени гласник РС*, бр. 44/98.

27. Вид.: члан 52. тачка 3) **Закона о путевима**, *Службени гласник РС*, бр. 46/91, 52/91, 53/93, 67/93, 48/94, 42/98; чл. 4-5. **Уредбе о висини годишње накнаде за друмска моторна возила, тракторе и прикључна возила**, *Службени гласник РС*, бр. 40/93, 56/93, 84/93, 112/93, 8/94, 21/94, 7/96, 9/96.

по регистрованом седишту; за вучна возила - према снази мотора; за путничке аутомобиле и моторцикле - према радној запремини мотора). Средства остварена од ове накнаде уплаћују се на посебне рачуне Дирекције за путеве.

Сем тога, такси возила преуређена за погон на гас²⁸⁾, поред годишње накнаде за друмска моторна возила, треба да плате и допунску накнаду, утврђену у фиксном износу од 1.330 динара.²⁹⁾

Све наведене фискалне дажбине значајно оптерећују продајну цену аутомобила, коју треба да плати купац. То би могло да утиче на избор да се стари, релативно "истрашени" и, често, еколошки неподобни аутомобили дуже времена задрже у власништву и користе на саобраћајним путевима. На тај начин, животна средина је изложена још већем загађивању. Због тога, поједине земље (нпр. Финска, Норвешка, Грчка и др.) одобравају посебне пореске олакшице за набавку "чистијих" аутомобила, који испуњавају одређене стандарде емисије, тј. који имају уграђене каталитичке конверторе, али само под условом да је купац новог аутомобила "избацио" из употребе свој стари аутомобил. У Грчкој су, на пример, власти оцениле да је увођење посебне пореске погодности за купце аутомобила са уграђеним катализаторима дало врло задовољавајуће ефекте, јер је око 300.000 старих аутомобила искључено из даље употребе, што је допринело значајном смањивању загађивања ваздуха.³⁰⁾

3.1.3. Порез на аутомобилске гуме

Порез на аутомобилске гуме са клиновима спада, такође, у ред пореза на производе, који се из еколошких разлога уводи у области друског саобраћаја. Овај порез је у примени у Канади, Данској, Финској, Мађарској и САД. Наиме, употреба ове врсте гума проузрокује повећано "хабање и трошење" саобраћајних путева, као и веће ширење прашине и других ситних честица. Али, порез на аутомобилске гуме са клиновима не може непосредно да се уведе на употребу таквих гума, већ би ефекат таквог пореског инструмента био утолико већи, уколико би се опорезовала њихова производња, односно увоз.

3.2. Порески третман додатних примања у вези са саобраћајем

Иако велики број постојећих пореза, о којима је напред било више речи, има позитивне еколошке ефекте (нпр. порези на моторна возила, акцизе на моторна горива и др.), у области саобраћаја постоје, ипак, и неке пореске мере које имају дисторзивне утицаје на постизање еколошких циљева. Тако, на пример, одобравање посебних пореских погодности за коришћење компанијских аутомобила, као и одбитак трошкова превоза на посао, односно са посла и др., могу да повећају ко-

28. Преуређење путничког возила за погон на гас установљава се приликом његовог техничког прегледа и уноси у саобраћајну дозволу.

29. Вид.: члан 52. тачка 2) **Закона о путевима**; члан 1, ред. бр. 8. **Уредбе о висини годишње накнаде за друмска моторна возила, тракторе и прикључна возила.**

30. Вид.: **Environmental Taxes in OECD Countries**, стр. 23-24.

ришћење путничких аутомобила, услед чега долази до већих саобраћајних гужви у граду и на путевима уопште, као и до повећаног загађивања ваздуха, појачања буке и др.

а. Коришћење службеног аутомобила

Упоредна анализа показује да поједине земље-чланице ОЕЦД (нпр. Немачка) одобравају привилегован порески третман за додатно примање (енг. *fringe benefit*), у облику коришћења службеног (компанијског) аутомобила за приватне потребе запосленог. На тај начин снижава се пореско оптерећење плата, односно обезбеђује се смањење трошкова рада.³¹⁾

Али, у финансијској литератури ипак преовлађују мишљења да би давање таквих пореских погодности могло да буде један од разлога који, између осталих, објашњава прекомерну употребу аутомобила на путевима, што доводи до појачаног загађивања ваздуха. Због тога се у највећем броју земаља-чланица ОЕЦД (нпр. Белгија³²⁾, Канада, Данска, Финска, Шпанија, Шведска, Велика Британија и др.) употреба аутомобила који је послодавац дао свом запосленом на коришћење, а он га користи за своје личне потребе, опорезује, и то као саставни део његове редовне плате, односно зараде.³³⁾ Вредност овог додатног примања се, при томе, одређује у зависности од тржишне вредности аутомобила, као и од обима приватне употребе од стране запосленог (тј. пређене километраже). То, другим речима, значи да примања која запослено лице евентуално добија у натуралном облику (тј. као додатна примања) уживају исти порески третман као и редовна новчана примања (плата, односно зарада). То је, уједно, у складу са захтевом фискалне неутралности. Једино су Аустралија и Нови Зеланд увели посебан порез на додатна примања (енг. *fringe benefits tax*), којим се опорезује коришћење службеног аутомобила у приватне сврхе.³⁴⁾

б. Трошкови превоза на посао и са посла

У највећем броју земаља-чланица ОЕЦД трошкови превоза на посао, односно са посла (енг. *commuting expenses*) се сматрају нестандартним одбитком, тј. одбијају се од дохотка за опорезивање.³⁵⁾ Висина овог одбитка је, најчешће, ограничена.³⁶⁾ Тако је, на пример, у Белгији износ одбитка ограничен на ВФ 6/км, у ситуацији када порески обвезник користи приватни аутомобил за превоз до свог радног

31. Вид.: **The Taxation of Fringe Benefits**, OECD, Paris 1988, стр. 12-13.

32. У Белгији се полази од претпоставке да је запослени користио службени аутомобил за своје приватне потребе најмање 5.000 км у току једне године. Вид.: **Environmental Taxes in OECD Countries**, стр. 67.

33. Вид.: *ibid.*, стр. 67-70.

34. Вид.: **The Taxation of Fringe Benefits**, стр. 23-27.

35. Вид. о томе: **The Personal Income Tax Base (A Comparative Survey)**, OECD, Paris 1990, стр. 19; **Personal Income Taxes in OECD Countries, Economies in Transition: The Role of Tax Reform in Central and Eastern European Economies**, OECD, Paris 1991, стр. 36.

36. Вид.: **Environmental Taxes in OECD Countries**, стр. 67-70.

места. У Данској се допушта одбитак трошкова превоза, тек уколико је место запослења удаљено више од 24 км од места становања. У Финској, максимални годишњи одбитак трошкова превоза до радног места, и то под условом да је порески обвезник користио најјевтиније превозно средство, износи FM 16.000. У Немачкој се одобрава одбитак пуног износа стварних трошкова превоза, у случају коришћења средстава јавног транспорта, односно DEM 0,70/км, ако се за те сврхе користи сопствени аутомобил; итд.

У већини земаља, у ситуацији када је пребивалиште једног лица неколико десетина километара удаљено од места посла (нпр. приградска подручја и др.), па му на располагању стоји неколико могућности да дође до посла (сопствени аутомобил, аутобус, воз и др.), на име одбитка се, по правилу, признаје само трошак најјевтинијег превозног средства. У неким земљама-чланицама (нпр. Шведска) чини се, међутим, извесни уступак, па се трошкови превоза властитим путничким аутомобилом, који је несумњиво најудобније превозно средство, признају као одбитак у свим оним случајевима када би се путовањем сопственим аутомобилом постигла значајнија уштеда у времену. Сем тога, приликом одлучивања о признавању наведеног одбитка требало би, исто тако, узети у обзир и мотиве који су утицали на неко лице да се определи за одређени домицил. Илустрације ради, могуће је да је лице одлучило да живи релативно удаљено од града у којем ради само зато што ужива у природи, односно жели да живи изван градске буке и загађења. Али, у пракси су много чешће ситуације када лице нема објективних могућности да купи или узме у закуп стан у релативној близини места где ради, па је принуђено да свој приватни живот организује у предграђу, где важе ниже тржишне цене, односно ниже закупнине стана. У таквим случајевима, требало би различитим мерама, па и онима из домена пореске политике (тј. признавањем одбитка по основу трошкова превоза на посао, односно са посла), да се олакша положај лица која свакодневно путују до посла по неколико десетина километара, и тиме, макар делимично, ублаже неповољне последице које из тога могу да проиђу (нпр. велики физички замор, мања продуктивност на послу, лош утицај на брачни и породични живот, мањак слободног времена и др.).

С друге стране, признавање олакшице по наведеном основу носи собом потенцијалну опасност да већи број лица искаже спремност да прелази већа растојања између места становања и места запослења, што доводи до веће употребе сопствених путничких аутомобила за превоз на посао, уместо да се користе други видови јавног саобраћаја, који су еколошки прихватљивији (нпр. подземна железница, трамвајски, тролејбуски саобраћај и др.). Због тога је одређен број земаља-чланица ОЕЦД одлучио да опорезује трошкове превоза на посао, односно са посла (нпр. Аустралија, Белгија, Данска (ако је удаљеност између места становања и радног места мања од 25 км), Шпанија и др.).³⁷⁾

37. У Сједињеним Америчким Државама су трошкови превоза на посао, односно са посла изузети од опорезивања једино у случају када се, уместо приватног аутомобила, користе средства јавног превоза.

У Србији је неопорезовани износ личног примања, који подразумева накнаду трошкова превоза сопственим путничким аутомобилом квантитативно ограничен. Наиме, пореском обвезнику се одобрава накнада у износу од 30% цене једног литра супер бензина по пређеном километру, с тим што она не може месечно да пређе износ од 1.000 динара.³⁸⁾ Поред интенције законодавца да спречи различите злоупотребе које су се, у вези са признавањем ове врсте трошкова у пуном износу, јављале у пракси, њихово ограничавање требало би да допринесе да се путнички аутомобили убудуће рационалније користе. У том смислу, накнада трошкова превоза у јавном саобраћају се изузима од опорезивања, до висине цене превозне карте за месец.³⁹⁾ Очекује се да би због тога количина издувних гасова била мања, што би побољшало квалитет ваздуха који удишемо.

3.3. Накнаде у саобраћају

а. Накнада за коришћење путева

У области друмског саобраћаја посебан значај у еколошком смислу имају и накнаде за коришћење путева. Ова врста накнада је у примени у великом броју земаља-чланица ОЕЦД (нпр. у Аустрији, Белгији, Канади, Чешкој, Данској, Немачкој, Грчкој, Мађарској, Италији и др.). Такође, у неким земљама Средње и Источне Европе уведене су накнаде за коришћење путева (Хрватска, Чешка, Мађарска, Летонија, Македонија, Словачка, Словенија и СР Југославија). Ове накнаде, које се у свакодневном говору називају путарине (друмарине), представљају, заправо, одређену цену за коришћење ауто-пута. Оне се плаћају непосредно пре почетка коришћења ауто-пута, или, пак, по завршетку његове употребе. Висина накнаде је најчешће условљена категоријом моторног возила, која првенствено зависи од радне запремине мотора (нпр. моторцикл, аутомобил, аутомобил са приколицом, камион, камион са приколицом, аутобус и др.), али и од врсте, односно дужине ауто-пута који се користи. Илустрације ради, у Хрватској се износ накнаде за коришћење путева креће између USD 1 (за дво-осовинска возила, односно за краће деонице пута) и USD 50 (за четворо-осовинска возила, односно за прелазак дужих растојања); у Македонији се износ друмарине за путничке аутомобиле креће од USD 0,35 до USD 1,10 по појединачном путовању на саобраћајним путевима првог сте-

38. Вид.: члан 25. став 1. тачка 5) српског **Закона о порезу на доходак грађана** (у даљем тексту: *ЗПДГ*), *Службени гласник РС*, бр. 43/94, 74/94, 53/95, 1/96, 12/96, 24/96, 39/96, 54/96, 16/97, 60/97, 20/98, 42/98, 18/99, 21/99, 25/99, 27/99, 33/99, 48/99, 54/99. У Црној Гори је од опорезивања изузета накнада трошкова превоза сопственим путничким моторним возилом у службене сврхе до износа од 25% цене једног литра супер бензина, а највише месечно до износа две минималне цене рада за тај месец. Вид.: члан 25б. став 1. тачка 3) црногорског **Закона о порезу на доходак грађана**, *Службени лист РЦГ*, бр. 30/93, 3/94, 13/94, 42/94, 1/95, 1/96, 13/96, 45/98.

39. Вид.: члан 25. став 1. тачка 4) српског **ЗПДГ**. У Црној Гори се накнада трошкова превоза у јавном саобраћају изузима од опорезивања, до износа 70% цене превозне карте за месец. Вид.: члан 25б. став 1. тачка 2) црногорског **ЗПДГ**.

пена, тј. са растојањем од 23 до 31 км, за камионе такве стопе су између USD 1,80 и USD 4,35 и др., док се за возила са страном регистарском табличом путарина плаћа у двоструком износу (ослобођење важи само за аутомобиле са дипломатском табличом, возила Владе и војна возила); итд.⁴⁰⁾ Износи прикупљени од наплате ове накнаде би, у начелу, требало да се користе за одржавање и поправку постојећих, као и за изградњу нових ауто-путева.

б. Посебна накнада за саобраћајну гужву

У неким земљама се предлаже увођење посебне накнаде за саобраћајну гужву, коју би, у сразмери са коришћењем возила на преоптерећеним путевима, плаћали возачи. Али, претходно је потребно применити систем варијације трошкова саобраћајног загушења, у зависности од доба дана и локације на саобраћајној мрежи. То би, међутим, изискивало перманентно и врло пажљиво праћење кретања аутомобила на путевима (нпр. увођење тзв. “електронских таблица”), што је скопчано са знатним административним трошковима.

в. Накнада за стварање појачане буке

У области ваздушног саобраћаја посебан значај има накнада која се плаћа за стварање појачане буке, изазване узлетањем и, пре свега, слетањем авиона. Ова фискална дажбина је у примени у Аустралији, Белгији, Француској, Немачкој, Мађарској, Јапану, Холандији, Норвешкој, Пољској, Шведској и Швајцарској.⁴¹⁾ Висина накнаде, најчешће, зависи од типа авиона (у погледу нивоа буке коју ствара), као и од доба дана, односно ноћи када се врши слетање, односно узлетање авиона. Тако се, на пример, у Швајцарској, у погледу одређивања висине накнаде за стварање појачане буке, која је уведена још 1980. године, прави разлика између две групе авиона, и то: (а) “тешки авиони”, који су подељени у пет категорија, према буци коју емитују приликом слетања (нпр. износ накнаде се креће од CHF 400 за I категорију, која се сматра “најбучнијом”, до CHF 135 за IV категорију, с тим што су нови модели авиона, означени V категоријом, који стварају незнатну буку приликом слетања, ослобођени од плаћања ове накнаде), и (б) “лаки авиони”, који се разликују на основу односа који имају према прописаном степену буке током слетања (нпр. CHF 7 по тони /за категорију А, тј. испод прописаног нивоа буке/, CHF 4 по тони /за категорију Б, тј. од 0-1,9 dB/, итд.).⁴²⁾ Увођење овог фискалног инструмента могло би да пружи допунски подстицај авио-компанијама да користе мање “бучне” авионе, али и произвођачима да пројектују новије моделе авиона који ће, у погледу нивоа буке коју емитују, бити прихватљивији.

И у неким земљама Средње и Источне Европе уведене су последњих година посебне накнаде за стварање појачане буке (нпр. у Бугарској, Хрватској, Мађарској, Чешкој и Словачкој).⁴³⁾ У Бугарској и Хрватској ове накнаде нису, међутим,

40. Вид.: *Sofia Initiative: Economic Instruments*, стр. 23.

41. Вид.: *Environmental Taxes and Green Tax Reform*, OECD, Paris 1997, стр. 52-54.

42. Вид.: *Energy and Environment Taxation in Selected Countries*, стр. 188-189.

још почеле да се примењују у пракси. У Мађарској је обрачун такве накнаде заснован на примени релативно сложене формуле, која узима у обзир неколико различитих фактора (нпр. ниво прекорачења допуштених стандарда емисије; број просторија у једној згради које трпе утицаје од појачане буке; регионални фактор и др.). У Чешкој се накнада везује искључиво за појачану буку изазвану слетањем и узлетањем авиона. У Словачкој су одређене мере заштите од појачане буке почеле да се уводе од 1994. године, када је Законом о здравственој заштити дато овлашћење Министарству за здравство да забрани увоз опреме, чијим коришћењем би били прекорачени допуштени нивои буке (85 dB). Уз то, надлежно министарство може да уведе неку врсту компензационе накнаде за лица запослена у авијацији, или у постројењима тешке индустрије, као и за друга лица која су, по природи посла, стално изложена вишим нивоима буке од прописаних.

4. Закључне напомене

Саобраћај је већ изложен сразмерно високом пореском оптерећењу, пре свега из финансијских разлога. Али, постоје значајне могућности за одговарајуће промене у пореским структурама савремених држава, које би одразиле различите екстерне трошкове, који настају у овој привредној грани. Пакет различитих фискалних инструмената и мера, укључујући више накнаде за коришћење паркиралишта, као и субвенције за јавни саобраћај и др., био би много ефикаснији код редукције штетних емисија, него када би се држава определила за изоловано опорезивање само моторних горива, односно само моторних возила. Носиоци економске (фискалне) политике у модерним државама приступају реструктурирању постојећих пореза у области саобраћаја (нпр. повећавање акциза на моторна горива, снижавање стопа код опорезивања промета одређених типова моторних возила и др.), у намери да подстакну коришћење еколошки подобнијих возила и, на тај начин, сачувају животну средину. Али, пре него што се уведе било који нови еколошки порез потребно је да се неке важеће пореске мере, које имају потенцијално штетни утицај на животну средину уклоне или, макар, модификују (нпр. пореске погодности за коришћење компанијског аутомобила и др.).

(чланак примљен 11. III 2000.)

Gordana Ilić-Popov, Ph.D.
Faculty of Law, Belgrade

Environmental role of tax instruments in transport

Summary

Many of the environmental problems of urban areas can be attributed to road transport. This article considers the possible role of taxes in reducing transport-related social costs (environmental costs, accident costs, congestions costs, costs of consumption of the road infrastructure). In considering the possible contribution that can be made by taxation to the regulation of air pollution, a key issue is that of the linkage between the available tax instruments and the level of emissions from different sources. The article provides a comprehensive summary of the existing structure of taxes on transport (primarily road transport) in OECD states, as well as in the Central and Eastern European countries. Many countries have introduced lower rates of tax on unleaded petrol; the majority of countries levy specific excise duties upon motor fuels; some have restructured annual vehicle taxes to favour less-polluting vehicles; etc. Taxes should reflect the combined and interacting effects of different externalities in transport. On the other hand, they should induce environmentally appropriate choice by individuals.

Key words: *environment, protection, transport, taxes, charges*

*Др Небојша Јовановић,
доцент Правног факултета
Универзитета у Београду*

UDK 347.7:341.2

(изворни чланак)

Одговорност пловидбеног превозиоца робе за радње својих помоћника у међународном и домаћем праву

Резиме

Превозилац морем или реком данас је углавном компанија која, као правно лице, своју делатност превоза робе и путника обавља преко других лица. То су пре свега чланови посаде на броду, али и друга лица (нпр. славачи, агенти, складишари). Они са превозиоцем могу да буду у радноправном односу, ако су код њега запослени, или у уговорном односу, када му, по основу уговора, чине одређену услугу у вези са превозом (нпр. укрцај, искрцај и славање робе, њено складиштење, шлоџажа и слично). Уколико ипаква лица причине штету кориснику превоза, јавља се питање да ли превозилац одговорној лицу (крцајелу или примаоцу) одговара по истим правилима као када штету причини својим радњама. Због тога се у чланку разматрају правила одговорности превозиоца за сопствене радње и за радње његових помоћника. Посебно се разматра ко се све сматра превозиочевим помоћником, оправдање и правни основ те одговорности, радње помоћника за које превозилац одговара, превозиочево ослобођење од одговорности и одговорности самих помоћника за штету. Закључује се да наши речни возари строже одговарају за радње помоћника, него морски и рајнски возар. Због њихове боље правне заштитености у односу на конкурентске рајнске бродаре, њихова одговорност би законом пребрало да се ублажи у међународном речном превозу.

Кључне речи: *превозилац; одговорносци; способносци брода за пловидбу; помоћници; баритерија, научничка брига; пожар.*

УВОД – Превозилац на мору или унутрашњим воденим путевима најчешће не обавља сам све радње потребне за извршење речног превоза.¹⁾ Те радње, почев од укрцаја, преко слагања терета у брод, превоза и његовог чувања, до искрцаја и предаје примаоцу (или евенугалног складиштења), превозилац најчешће обавља уз помоћ других лица, својих помоћника (наместеника, особља). Нарочито се то односи на превозничке компаније, које запошљавају већи број лица у својој администрацији, на бродовима и испоставама у лукама или пристаништима. Услуге других лица користи и превозилац који је физичко лице, када плови на свом броду, као капетан или други члан посаде, јер најчешће није у стању да сам обави све радње потребне за превоз терета. Отуда, обавезе из уговора о превозу могу да повредe лично превозилац или његови помоћници, услед чега корисник превоза може да претрпи штету. Због тога се разликује превозиочева одговорност за сопствене радње и за радње помоћника.²⁾

ОДГОВОРНОСТ ПРЕВОЗИОЦА ЗА СОПСТВЕНЕ РАДЊЕ – Превозилац је првенствено одговоран за сопствене штетне радње.³⁾ Најтипичнији случај одговорности превозиоца за сопствене радње постоји када лично обавља превоз терета. Тада се он појављује као заповедник брода, те лично врши мноштво радњи у превозу терета. Ако нанесе штету кориснику, он одговара по двоструком основу: као бродар и као заповедник. Он не може да се ослободи од одговорности за штету по правилима која важе за заповедника. Тако, он нема право да докаже да је, као заповедник, предузео све разумне мере како би спречио посаду да причини штету и тиме да докаже да за њу није крив. Својство заповедника је овде обухваћено својством бродара. У супротном би превозилац, који је заповедник, блаже одговарао од оног који то није. То је правно нелогично и тиме недопустиво.⁴⁾

1. Превозилац је лице које обавља превоз на основу уговора закљученог са наручиоцем. У поморској и речној пловидби превозилац је *бродар*, који обавља превозни подухват. То значи да је превозилац само *вршила бродара*, јер бродар, поред превозног подухвата може да обавља и низ других пловидбених подухвата (нпр. истраживање, тегљене, спасавање и друго). У нашем праву бродар је правни субјект (физичко или правно лице) који је, као држалац брода, носилац пловидбеног подухвата (чл. 5, ст. 1, тач. 45). Претпоставља се да је бродар регистровани власник брода, док се супротно не докаже (бродар, може да буде и нпр. закупац).
2. У чланку се под људском радњом подразумева како чињење, тако и нечињење.
3. Спасић Иванка, Одговорност бродара код уговора о превозу робе морем, Београд, 1977, с. 43 - 44.

Превозилац, међутим, најчешће поверава извршење превоза својим помоћницима, тако да су му сужене могућности да лично причини штету. Оне ипак постоје. То бива кад се не придржава налога крцатеља у поступању с теретом, када не да потребна упутства о руковању теретом, не отпочне благовремено превоз, неовлашћено замени брод, а нарочито када га не оспособи за пловидбу. То су углавном личне бродареве обавезе, тако да се он сматра кривим за настанак штете, ако их не изврши или неуредно изврши.

Једна од најважнијих личних обавеза превозиоца је оспособљавање брода за половидбу и превоз робе.⁵⁾ Пловидбено-превозна способност речног брода (енг. *seaworthiness*, фр. *navigabilité*, нем. *Seetuchtigkeit*, рус. *годности к њлавнио*) је технички услов за успешно извршење превоза. Услед неспособности брода за пловидбу могу да настану велике штете не само на броду, него и на терету. Ова бродарева обавеза се битно разликује у поморском и речном праву.

У поморском превозу бродар је дужан да пажљиво оспособи брод до почетка путовања. Ова обавеза га, значи, терети само пре и на почетку путовања. Ако ју је извршио с пажњом која се од њега захтева – тзв. “дужна пажња”, или “пажња уредног бродара” (енг. *due diligence*, фр. *diligence raisonable*), сматра се да није крив за неспособност брода за пловидбу насталу током путовања – тзв. накнадна пловидбено-превозна неспособност. Ако услед ње настане штета на терету, превозилац (бродар) није одговоран, јер није крив.⁶⁾ Ово правило је данас општеприхваћено у поморском праву. Оно потиче из енглеског права.⁷⁾ Касније је уведено у Конвенцију о изједначењу неких правила у материји теретнице из 1924. године закључену у Бриселу (тзв. Хашка правила, чл. 3, ст. 1. и чл. 4. ст. 2),⁸⁾ а преко ње у сва значајнија поморска законодавства, па и наше.⁹⁾

4. Јакаша др Бранко, Систем пловидбеног права Југославије, књига 3: “Уговори о искоршћавању бродова”, свеска 2: “Одговорност бродара”, Загреб, 1983, стр. 45.
5. Ивошевић др Борислав, Одговорност поморског бродара, Београд, 1974, стр. 32 – 32, Трајковић др Миодраг, Саобраћајно право (ред. Царић Славко), Нови Сад, 1998, стр. 110.
6. Антонијевић др Зоран, Одговорност транспортних предузећа по уговору о превозу робе, Београд, 1958, стр. 81; Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 41.
7. Raoul P. Colinvaux, *Carver's Carriage of Goods by Sea*, London, 1957, str. 76-96.
8. Сл. лист ФНРЈ, додатак Међународни уговори, бр. 7/59.
9. Закон о поморској и унутрашњој пловидби из 1998. године (Сл. лист СРЈ, бр. 12/98; даље у фус нотама: ЗОПУП) изричито одређује: “Бродар *поморског* брода је дужан да на време, до почетка путовања, пажњом уредног бродара оспособи брод за пловидбу, да га примерено опреми, попуни посадом, снабде потребним залихама и припреми тако да терет може да се укрца, сложи, чува, превезе и искрца у стању како га је примио на превоз. Пажњу уредног бродара из ст. 1. овог члана бродар *унутрашње пловидбе* дужан је да покаже и за време читавог путовања. Бродар је дужан да докаже да је употребио дужну пажњу у смислу ст. 1. и 2. овог члана. Одредбе уговора противне одредбама ст. 1. до 3. овог члана немају правно дејство” (чл. 497). ЗОПУП, такође, предвиђа (чл. 595): “Бродар поморског брода не одговара за штету на терету за коју докаже да је настала због: 1) скривене мане брода или његове неспособности за пловидбу, али само ако су испуњени услови из чл. 497. овог закона; ...”,

У речном превозу, наспрот томе, бродар је обавезан да “с пажњом уредног бродара” одржава пловидбену способност брода за време читавог путовања, а не само до његовог почетка.¹⁰⁾ Сматра се да је бродар у речној пловидби, за разлику од поморске, у могућности да се стално стара о одржавању пловидбене способности брода, тако што може да га поправља у успутним пристаништима, која су му стално “на дохват руке” током путовања.¹¹⁾ То схватање је дошло до изражаја и у изради међународних поморских и речних конвенција, те отуда и различито регулисање ове бродареве обавезе у нашем праву. Закон о поморској и унутрашњој пловидби (даље: Закон о пловидби) је само прихватио њихово решење.¹²⁾

Бродар сноси терет доказивања улагања дужне пажње при оспособљавању брода и тиме непостојања своје кривице у циљу ослобађања од одговорности. Тако се у овом питању уводи законска претпоставка бродареве кривице за неспособност брода. Ова правила су императивна.¹³⁾

Дужност оспособљавања брода за пловидбу не би требало да се посебно истиче у правним изворима. Она је обухваћена превозиочевом дужношћу уредног извршења превоза робе. Уколико због неспособности брода настане штета, обавеза превоза није уредно извршена. То је довољан основ да се захтева одштета и нема потребе да се истиче одговорност за неспособност брода као посебан услов. Посебно у речном превозу нема потребе да се наглашава да обавеза одржавања брода способним за пловидбу траје за време целог путовања, јер се то подразумева на основу општих правила облигационог и саобраћајног права.¹⁴⁾ У поморском превозу, где дужност ваљаног оспособљавања брода за пловидбу траје само до почетка путовања, постоји одступање од облигационоправних правила о одговорности за штету. Због тога је та обавеза морала да се изричито предвиди и уреди законом односно конвенцијом. Међутим, такво правило је врло неправично према корисницима и може да се оправдава само економском снагом поморских бродара, а никако правним разлозима.¹⁵⁾ Зато је оно изостављено у Конвенцији УН о превозу робе морем закљученој у Хамбургу 1978. године (даље: Хамбуршка конвенција). То, међутим, има мало правног значаја за кориснике поморског превоза, јер Хамбуршка конвенција још није ступила на снагу.

10. ЗОПУП, чл. 497. ст. 2; Нацрт конвенције о уговору о превозу робе у унутрашњој пловидби израђен у Женеви 1959. године (даље у фус нотама: НЖК), чл. 10. и 13.

11. Јеремић мр Душанка, Уговор о превозу ствари у унутрашњој пловидби (магистарски рад), Нови Сад, 1980, стр. 95.

12. Јакаша Б., Систем пловидбеног права, књ. 3, св. 1: “Уговори о пријевозу ствари”, Загреб, 1980, стр. 134.

13. ЗОПУП, чл. 497, ст. 3, 4; НЖК, чл. 13.

14. Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 133.

15. Спасић И., *op. cit.*, стр. 31 – 32. У осталим гранама саобраћаја (ваздушном, друмском и железничком) превозиоцима се не признаје ова повластица, иако и тамо постоје исте, па и веће опасности, по способност превозних средстава током путовања. У ваздушном саобраћају, посебно, још су мање могућности превозиоца да “успут” отклони накнадно насталу немогућност вазухоплова за “пловидбу”, па се превозиоцу не даје право да се због тога ослободи од одговорности за штету, као што се то даје поморском бродару.

ОДГОВОРНОСТ ПРЕВОЗИОЦА ЗА РАДЊЕ ПОМОЋНИКА – Како превозилац користи услуге других лица у извршењу својих обавеза из уговора о превозу, јављају се питања која лица се сматрају помоћницима, да ли он одговара за њихове радње, да ли треба да одговара за све њихове радње, како одговара (ако одговара), да ли може да избегне одговорност и да ли његови помоћници могу да буду одговорни за штету корисницима превоза.

Појам и врсте помоћника – Помоћници (намештеници) су лица која превозилац користи у извршењу својих уговорних обавеза, стојећи са њима у радноправном или другом уговорном односу. Теорија дели помоћнике на бродске и копнене, с обзиром на њихов однос према бродару и на место на коме претежно обављају своје послове. Бродски помоћници (бродско особље) су они који главнину својих послова обављају на броду. То су посада и пилот.¹⁶⁾ Копнени помоћници (копнено особље) су они који послове обављају на копну. То су агенти, слагачи терета, шпедитери и складиштарии. Ова подела има већи правни значај у поморској, него у речној пловидби, због различитих правила о превозиочевом одговорности.¹⁷⁾

Начело – Радећи за превозиоца, помоћници могу да трећим лицима (корисницима превоза) причине штету. Данас је општеприхваћено да за ту штету одговара превозилац.¹⁸⁾ Изузетно, он може да се ослободи од одговорности у правом предвиђеним случајевима, као и што оштећеном кориснику може непосредно да одговара возаров помоћник. Дакле, начело је пловидбеног права да превозилац одговара за радње својих помоћника као и за сопствене радње, ако су извршене у оквиру њихових дужности.¹⁹⁾

Оправданости – Са становишта грађанског права ово је врста одговорности за другог. Речни превозилац, као и сваки послодавац, одговара за штету коју његови радници проузрокују трећим лицима на раду или у вези са радом.²⁰⁾

Оправдање овакве превозиочеве одговорности налази се у томе што он у превозној делатности извлачи економске користи из рада својих помоћника, па се сматра да треба да сноси и ризик за штете које из тога произађу. Штета која настане трећим лицима радом помоћника може да буде тако велика да је овај не може да надокнади, јер нема довољно имовине. Превозилац је обично економски јак субјект, пе је правично да он штету накнади због заштите интереса оштећеног и због обезбеђења правне сигурности.²¹⁾ Уосталом, превозилац је често правно лице, које искључиво врши радње преко физичких лица, која су његови органи или радници. Због тога је оправдана фикција да су радње помоћника уједно његове радње.

Правни основ – У упоредном праву превозилац често одговара за радње својих помоћника по основу кривице. Постоје четири схватања о томе у чему се она састоји.²²⁾

16. И заповедник брода се сматра чланом посаде, поред других официра, морнара, инжењера, машиниста и других чланова палубне и машинске службе брода. ЗОПУП, чл. 133, 150.

17. Јакаша Бранко, Уџбеник пловидбеног права, Загреб, 1983, стр. 121; Ивошевић Б., *op. cit.*, стр. 44.

Прво схватање истиче да је провизилац крив за штету причињену кориснику превоза, јер је непажљиво поступао при избору помоћника. Да је поступао с пажњом коју је по праву био дужан да уложи, изабрао би ваљаног помоћника, који не би причинио штету. Због тога наступа његова одговорност за несавестан избор помоћника (*culpa in eligendo*).

18. Маколико ово начело данас изледа логично, правично и оправдано, до њега се дошло врло тешко, због велике самосталности коју посада, а нарочито капетан, у односу на бродара ужива током пловидбе. Упркос томе што савремени системи веза данас омогућавају тренутан контакт бродара са сваком његовим бродом и посадом, ипак је његова физичка одсутност са брода велика сметња за доношење исправних одлука, тако да капетан и даље ужива велику дискрецију. Уџбенички пример велике самосталности капетана огледа се у спору *Petrinovic v. French Mission* (1941), који се водио пред енглеским судовима. Господа Петриновић и компанија су, као заступници власника, упустили брод "Милена" по основу бродарског уговора у Лондону, априла 1940. године. Са наручиоцем, француским дипломатским изасланством у Лондону, договорено је да Милена отплови у једну или две сигурне луке у САД, како би укрцала одређену робу. Њу је требало да превезе до Француске, која је у то време већ била у рату са Немачком, и то у неку од лука између Бреста и Бордоа, укључујући и њих саме. Наручилац је свој избор лука требало да саопшти бродару након потписивања теретнице. Брод је отпловио у Њујорк, где је укрцао товар смоле и друге мешовите робе, а потом га је превезао у Бордо, који је наручилац означио као луку искрцаја. Пре него што је брод стигао до Бордоа, смола, која је у броду била сложена у гомилама, почела је да се топи, тако да се претворила у хомогену масу, што је морало да изазове велике тешкоће при њеном искрцају. Брод је стигао у Бордо 27. маја 1940, а мешовиту робу је искрцао већ 1. јуна. Неки дан касније почео је и искрцај смоле, али је текао врло споро, због тога што је она у получврстом стању била врло лепљива. До 20. јуна била је искрцана само четвртина смоле (1.200 тона). Тога дана ујутру капетан Милене је постао врло забринут због војне ситуације у Француској, чији је фронт био пробијен. Ускоро је од француских власти сазнао да је њихова војска тога дана престала да пружа организован отпор и да се немачка војска брзо приближава Бордоу (који је био окупиран 22. јуна). Плашећи се да Милена буде заплена, капетан је одмах тражио од наручиоцевих представника у Бордоу да омогуће броду испловљавање. Наручилац је испословао дозволу за испловљавање од француског министарства за трговачку морнарицу, те су заступници, Петриновићи, капетану, поподне у четири сата, истог дана уручили дозволу француске царине да исплови за Глазгов. Брод је одмах испловио, без намере да се врати. По пристајању у Глазгов, капетан је покушао да пронађе купца за 4.000 тона смоле, која му је остала у броду. Он није могао да разговара са власницима смоле, јер није ни знао ко су. Наручилац је порекао одговорност за терет, те је капетан продао смолу градским властима Глазгова. У парници коју су покренули власници терета против капетана, Петриновића, као заступника, и бродовласника, није био поднет никакав писмени доказ о постигнутој цени. Власници смоле су тражили да им се исплате накнаде за прекостојнице у Бордоу, возарина од Бордоа до Глазгова, накнада за прекостојнице у Глазгову и трошкови располагања и искрцаја смоле у Глазгову. Високи суд Британије је сматрао да капетан није повредио бродарски уговор када је испловио из Бордоа, него да га је раскинуо због промењених околности. Нашао је да је капетан у доношењу те одлуке савесно, оправдано и разумно поступио, тако да је одбио све захтеве осим захтев за исплату накнада за прекостојнице у Бордоу. Како наручилац није ову накнаду хтео да регресира бродовласнику, његов заступник, господа Петриновић, су их тужили и спор добили у новој парници. Вид. Holman H., Handy Book for Shipowners and Masters, London, 1964, стр. 7.

Друго схватање је да превозилац сноси кривицу због тога што није ваљано надзирао своје особље (*culpa in viligendo*). Да је помоћнике надзирао како је требало, на време би увидео њихово штетно поступање, те би штету спречио.

По трећем, превозилац је крив, јер није дао пуномоћницима потребна упутства (налоге) за руковање теретом и пловилом (*culpa in diligendo fispiciendo*). Да је био довољно пажљив упутства би дао, те би помоћници знали како да поступају с теретом, па га не би оштетили.

Четврто схватање истиче да је превозилац крив што је помоћницима дао погрешна упутства о поступању с теретом (*culpa in instruendo*). За разлику од претходног схватања, овде је превозилац дао упутства, али су она била лоша. Поштујући их, помоћници су причинили штету. Да је бродар поступао с пажњом с којом би у датим околностима поступао један уопштено замишљен уредан бродар, дао би ваљана упутства, па штета не би ни настала.

Све ове теорије имају ману, јер омогућавају превозиоцу да избегне одговорност чврстим доказима да је поступао како је требало (да је изабрао добре помоћнике, да их је уредно надзирао, да им је дао сва потребна упутства), остављајући оштећенику право да се обезбеди од имовински нејаких помоћника. Због тога теорија о субјективној одговорности превозиоца за радње помоћника није прихваћена у нашем праву, као ни у међународном пловидбеном праву.²³⁾ Превозилац не може да се ослободи од одговорности доказивања да није крив за штету, јер је с

19. Ово начело ЗОПУП изражава правилом да “за радње и пропуштања заповедника брода, других чланова посаде брода и осталих лица која раде за бродара у оквиру вршења њихових дужности, бродар одговара као за своје радње и пропуштања” (чл. 593). Исто начело садржи Закон о облигационим односима из 1978 (Сл. лист СФРЈ, 29/78, 39/85, 57/89, 31/93; даље у фус нотама: ЗОО), предвиђајући: “Превозилац одговара за лица која су по његовом налогу радила на извршењу превоза” (чл. 676). За међународну речну пловидбу га предвиђају НЖК (чл. 2) и Братиславски споразум о општим условима превоза робе на Дунаву из 1955. године (чл. 4, ст. 3. и чл. 30). Општи превозни услови рајнских бродарстава искључују одговорност бродарства за кривицу помоћника путем тзв. клаузуле немарности (пар. 17, ст. 5). У међународној поморској пловидби Хамбуршка конвенција изричито забрањује клаузуле немарности (Трајковић Миодраг, Поморско право, Београд, 1995, стр. 15), док Конвенција о теретници о њима ћути. Она само забрањује све уговорне клаузуле у корист бродара које су противне њеним правилима, тако то цени суд у сваком поједином случају. Ипак, из правила о ослобођењу бродара од одговорности за губитак и оштећење терета (чл. 4. ст. 2. тач. љ), закључује се да бродар (“возар”) одговара и за радње својих помоћника (“лица у његовој служби”). Он сноси терет доказивања да ни њихова “кривња” или “дело нису допирнели” губитку или оштећењу, ако жели да се ослободи од одговорности. То се, међутим, не односи на наутичку делатност возарових помоћника, за коју он не одговара по Конвенцији (чл. 4. ст. 2. тач. а).
20. ЗОО, чл. 170 – 172.
21. Ђорђевић др Живомир, Станковић др Владан, Облигационо право, Београд, 1987, стр. 413 – 416.
22. Јакаша Б., Систем пловидбеног права, књ. 3, св. 2, стр. 44.
23. Изузетак постоји само за наутичку грешку и пожар у међународном поморском превозу по Конвенцији о теретници, у међународном превозу Рајном и код нас за радње чувара терета после искрцаја.

дужном пажњом изабрао помоћнике, надзирао их и давао им потребна и ваљана упутства, тако да су за штету криви сами помоћници. Ова теорија, ипак, важи у међународном превозу робе Рајном, јер Општи услови превоза рајнских бродарстава искључују одговорност бродарства за штету коју су његови помоћници скривљено причинили корисницима (пар. 17, ст. 5). Тумачењем на основу *argumentum a contratio*, закључује се да рајнско бродарство одговара само ако је лично криво за штету коју је помоћник изазвао трећем. Код нас је ова теорија примењена у вези с возаровом одговорношћу за штету коју кориснику причини чувар терета (јавно складиште или друго лице), коме га је возар поверио на чување после искрцаја, због тога што прималац није на време примио терет (ЗОПУП, чл. 585).

У нашем праву битно је за одговорност превозиоца за радње његових помоћника да стоји са њим у одређеном правном односу. Тај однос може да буде радно-правни, као што је, рецимо, са члановима посаде, или уговорни, као што је, рецимо, са слагачима терета. Суштина тог односа је заступање превозиоца, јер га помоћници заступају вршећи његове послове.²⁴⁾ То је основни разлог (основ) његове одговорности за радње помоћника. Превозилац, као сваки заступани, одговара за радње својих помоћника, заступника. Све послове у вези с превозом возар би морао сам да обавља, да нема помоћника. Зато је оправдано да одговара за штету која из њих настане кориснику.

Овај став се заснива на Закону о пловидби, који на више места истиче да су помоћници бродареви заступници.²⁵⁾ Осим тога, изричито је истакнуто да бродар за радње помоћника одговара “као за своје радње”. То значи да његова лична кривица није битан услов за наступање одговорности. Отуда, он одговара за радње помоћника само на основу чињенице да стоји са њима у радноправном или уговорном односу, без обзира на своју кривицу.²⁶⁾

За која лица превозилац одговара? – Превозилац одговара за радње свих лица која користи у извршењу превоза. То су капетан и остали чланови посаде брода, пилот, слагачи, шпедитери, агенти и други. Правно није значајно да ли су они физичка или правна лица.²⁷⁾

Често се прави разлика између одговорности превозиоца за радње бродских и копнених помоћника. Она данас има правни значај у пловидби на мору, а само изузетно и у међународној речној пловидби.

За *бродске* помоћнике речни бродар одговара као и за своје радње. У поморском превозу, међутим, бродар за њихове радње одговара блаже него за сопствене, јер може да се ослободи одговорности ако докаже да је посада нанела штету наутичком грешком или изазивањем пожара. У речном превозу бродар такву “повластицу” нема, осим у превозу на Рајни.

24. Ивошевић Б, *op. cit.*, стр. 44 и 48.

25. Нпр. чл. 159. о правима и дужностима заповедника, чл. 719. о агенцијском послу и др.

26. Јакаша Б., Уџбеник ..., стр. 260. НЖК усваја исти став као ЗОПУП, уз један изузетак, који се тиче наутичке грешке.

27. Исто, стр. 43.

Штета корисницима у речном превозу може да настане кривицом *пилотиџа*. Он није члан посаде брода. Ипак, по нашем праву, бродар одговара за његове радње као и за радње чланова посаде. Сматра се да је пилот само капетанов стручни саветник, те да је овај и даље дужан и одговоран за управљање бродом.²⁸⁾

На речним бродовима са члановима посаде често живе (стално бораве) чланови њихових породица.²⁹⁾ Ако штету кориснику превоза учине чланови породице посаде брода, питање је да ли је бродар одговоран. По једном схватању, бродар не одговара за такву штету, јер чланови породице посаде нису његови помоћници. Они су трећа лица, за чије радње он не одговара. По другом схватању, речни бродар одговара и за радње чланова породица своје посаде који живе на броду.³⁰⁾ Кад им је већ допустио да стално бораве на пловилима мора да сноси ризик за штету коју нанесу корисницима. По општим правилима грађанског права, он је крив за ту штету, јер је трећим неовлашћеним лицима таквим допуштењем омогућио да је причине. Чини се да је ово друго схватање ближе стварности, поготово што чланови породице често помажу у пловидби и руковању теретом, тако да тада постају “квази” посада брода.

За *коџинене* помоћнике бродар одговара као и за бродске, јер они обављају послове, које би иначе морао лично да обавља.³¹⁾ Ова врста помоћника се у енглеском праву зову “независни уговарачи” (*independent contractors*). Они нису хијерархијски потчињени возару, те сами управљају својим радом, тако да могу да предвиде различите клаузуле у уговорима којима их он запошљава (нпр. о слагању терета, о агенцијском послу и др.).³²⁾ У Закону о пловидби и Нацрту женевске конвенције, копнени помоћници спадају у “остала лица” која раде за бродара у испуњењу обавеза из уговора о превозу. У пракси су то најчешће слагачи (стивадори), агенти и шпедитери. За складиштаре и друга лица којима је поверен терет на чување после искрцаја, превозилац одговара само за њихов савестан избор (*culpa in eligendo*).³³⁾

Речни превоз робе се најчешће врши у *конвоју*, путем тегљења или потискивања (гурања).³⁴⁾ Тегљач (реморкер) може да уговори превоз терета својим или туђим тегленицама (шлеповима). У том случају се он појављује као превозилац, те одговара по општим правилима речног пловидбеног права, како за своје радње, тако и за радње својих помоћника. Могуће је, међутим, да речни возар располаже шлеповима, којим треба да превезе робу на основу уговора о превозу са на-

28. ЗОПУП, чл. 46, 50; Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 60.

29. Јакаша Б, Систем ..., књ. 3, св. 2, стр. 64; Rodiere Rene, *Etudes de droit fluvial*, Paris, 1957, стр. 85.

30. Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 64.

31. Ивошевић Б., *op. cit.*, стр. 47 – 48.

32. Грабовац Иво, Правни учинак “Нималаја” клаузуле у пријевозу ствари морем, “Поморски зборник”, Ријека, 1982, бр. 20, стр. 355.

33. ЗОПУП, чл. 578, 584, 585.

34. У чланку се под тегљењем подразумева и потискивање, а под тегљачем и потискивач, јер између њих правних разлика нема, већ само техничких.

ручиоцем, али да нема тегљач. У таквом случају мора да запосли, путем уговора о тегљењу, бродара који га има. Тада се тегљач појављује као возаров помоћник. Речни превозилац корисницима одговара за његове радње као и за радње сваког помоћника, а то значи као за своје. Тегљач се у овом случају може сврстати у “остала лица” која раде за бродара у извршењу обавеза из уговора о превозу предвиђених у Закону о пловидби (чл. 593, ст. 1) и Нацрту женевске конвенције (чл. 2).

За које помоћникове радње превозилац одговара? – Да би превозилац одговарао за штетне радње својих помоћника неопходно је да се испуне два посебна услова, поред општих услова за наступање његове одговорности. Први услов је да су те радње скривљене, а други да су предузете у оквиру дужности помоћника. У супротном, превозилац не одговара кориснику за штету.

Превозилац одговара само за *скривљене* радње својих помоћника. Ако је сам крив за штету, уговорно је корисницима превоза одговоран и кад помоћници нису криви. Правила о основу превозиочеве одговорности захтевају кривицу, било личну, било његових помоћника. Степен кривице није значајан за наступање превозиочеве одговорности. Степен кривице (обична непажња, крајња непажња, намера) правно је значајан само за губитак превозиочевог права на ограничење одговорности.³⁵⁾ Ту, међутим, постоји битна разлика између одговорности морског и речног превозиоца. Морски превозилац неограничено одговара за штету само када је лично намерно или крајње непажљиво штету причинио корисницима превоза. То значи да он ограничено одговара за губитак, оштећење или задоцњење терета у превозу и кад су настали намером или крајњом непажњом његових помоћника, што је противно начелима грађанског права о одговорности за штету.³⁶⁾ Речни возар и у том случају неограничено одговара за штету кориснику превоза. Оваква разлика у правном режиму неограничене одговорности морског и речног превозиоца може да се објасни само знатно већом економском снагом морских бродара у односу на кориснике услуга, него што је имају речни бродари. Такође, реке су водени путеви у унутрашњости копна, због чега речни превоз трпи знатно јачу конкуренцију других (пре свега копнених) грана саобраћаја, него што је трпи морски.

Бродар одговара за радње помоћника само ако су предузете “у оквиру вршења њихових дужности” (ЗОПУП, чл. 593, ст. 1). За радње које су извршили изван њих бродар не одговара. Сматра се да тада посада и друга лица која раде за бродара не поступају као његови помоћници, већ као трећа лица, за чије радње он не одговара.

Дужности и овлашћења помоћника одређују се уговором о превозу и законом. Круг њихових законских дужности је императиван, осим ако је законом изричито друкчије одређен. Њихово уговорно сужавање је без правног дејства на трећа лица. Превозилац и даље остаје одговоран за радње из законског круга дужности помоћника (првенствено посаде), без обзира што су оне изван уговореног

35. ЗОПУП, чл. 592, 609; Јакаша Б, *op. cit.*, стр. 43.

36. ЗОО, чл. 265, ст. 4.

круга. Обрнуто, уговорно проширење дужности помоћника обавезује возара.³⁷⁾ Ова правила проистичу из начела релативне императивности норми пловидбеног права, по којем се законска правила о одговорности превозиоца не смеју уговором да мењају на штету корисника превоза, већ само у његову корист.³⁸⁾

Од правила да превозилац одговара за радње помоћника извршених само у оквиру њихових дужности постоји изузетак који се тиче посаде на броду. Она стално борави на броду током пловидбе. У таквом случају њен члан може да нанесе штету радњама *изван* својих дужности, ван радног времена, док се одмара на броду у току пловидбе. Превозилац за такву штету не би требало да одговара, јер је причињена радњама изван оквира дужности помоћника. Међутим, пошто је превозилац дужан да преко заповедника одржава ред на броду, сматра се да он одговара за сва дела посаде док су на броду, без обзира да ли су предузета у или ван њихових дужности и да ли су предузета на раду и у вези са радом или не.³⁹⁾ У овом случају се, дакле, ради о *проширењу* одговорности превозиоца за штетне радње помоћника. Изузетно само, ако избије побуна на броду, бродар не одговара за штету, коју посада нанесе корисницима. Тада капетан делује као орган државне управе (власти), који је овлашћен да предузме мере силе, да би побуну сузбио. За такву штету корисницима може да одговара само национална држава брода, ако њено право то предвиђа.⁴⁰⁾ Побуна је знатно ређа на речним, него на морским бродовима.

Поред описаног случаја проширења одговорности превозиоца за радње помоћника, у пловидбеном праву се у неколико случајева води расправа о *сужењу* те одговорности. То значи да је, у појединим случајевима кад посада нанесе штету поступајући у границама својих дужности, могуће да се постави питање да ли је оправдано да бродар корисницима одговара за њу. То су случајеви баратерије, наутичке грешке и пожара.

Баратерија – Дешава се возарови помоћници изазову штету намерно – баратеријом. То је радња чланова посаде којом недозвољено дирају или узимају терет (крађа) или намерно наносе штету броду или терету.⁴¹⁾ Постоји мишљење да бродар не одговара за штету коју помоћници учине корисницима нарочито тешком кривицом (нпр. у случају разбојништва, разбојничке крађе, тешке крађе). Сматра се да су то криминални догађаји с особинама више силе, која искључује бродареву кривицу, а тиме и одговорност. Насупрот томе, постоји мишљење по коме превозилац одговара и за такве радње помоћника. Превозилац је дужан у току превоза

37. Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 43.

38. ЗОПУП, чл. 615, 616.

39. Јакаша Б., *Удбеник ...*, стр. 141.

40. Исто. Наше право предвиђа одговорност државе за штету коју су физичка лица претрпела услед "аката насиља или терора", ако су њени органи, по важећим прописима, били дужни да спрече такву штету (ЗОО, чл. 180). Чини се да би то правило могло да се примени и на оштећенике у бродској побуни.

41. Аржек др Звонимир, Бадовинац др Гавро, Транспорт и осигурање, Загреб, 1988, стр. 141; Јанковец Ивица, Поморске хаварије, Београд, 1965, стр. 138 – 139.

да очува робу у оном стању у којем је примио. Ако у томе не успе, повредио је дужност чувања робе, без обзира што су помоћници штету намерно учинили. Зато треба да наступи његова уговорна одговорност.⁴²⁾

Очигледно је да је друго мишљење код нас исправније, јер Закон о пловидби (чл. 592, 593, ст. 1) не везује наступање одговорности превозиоца за степен кривице његових помоћника.⁴³⁾ Ово схватање је у складу са правилом да возар одговара за сва дела своје посаде учињена на броду, пошто се баратерија може да изврши само на њему. Речни превоз се најчешће врши тегљењем у конвоју, тако да ово правило важи и кад је баратерију извршила посада једног брода (нпр. шлепа) на другом, ако раде за истог превозиоца.

Наутичка грешка – У морском превозу се прави разлика између две врсте радњи (делатности) посаде брода, због различитих правила о одговорности бродара. Једне су наутичке, а друге су трговачке радње.

Наутичка (навигациона) делатност је укупност радњи које, под заповедништвом капетана, обавља посада, ради управљања бродом и његовом пловидбом.⁴⁴⁾ Трговачка (комерцијална) делатност је укупност радњи бродаревих помоћника управљених на руковање и чување терета током превоза.⁴⁵⁾ У пракси је врло тешко да се разграниче ове две врсте делатности.⁴⁶⁾

У обављању ових делатности може да се грешком (кривицом) оштети терет или да се закасни у његовом превозу. Грешку може да учини бродар или његови помоћници. Ако је штета на терету или услед његовог закашњења у превозу изазвана радњама *посаде* у пловидби и руковању бродом (што значи у наутичкој делатности), *морски* бродар за њу не одговара.⁴⁷⁾ Ова грешка се традиционално зове “наутичка грешка”, “пловидбена грешка”, “навигациона грешка” или “наутичка кривица”.⁴⁸⁾ Ако је за њу крив сам бродар, одговоран је корисницима за штету коју су претрпели. То је најчешће случај када бродар није са дужном пажњом оспособио брод за пловидбу, јер га није снабдео одговарајућим наутичким картама, па се овај насукao. Проистиче да поморски бродар одговара само за трговачку делатност својих помоћника, а не и за њихову наутичку делатност.⁴⁹⁾

42. Јакаша Бранко, Копнено и зрачно саобраћајно право, Загреб, 1969, стр. 373.

43. Исто важи и за НЖК (чл. 2), у међународној речној пловидби, и Конвенцију о теретници (чл. 2, 4, ст. 2, тач. љ) у међународној поморској пловидби.

44. Слично Јакаша Б., Систем ..., књ. 3, св. 2, стр. 45.

45. Исто, стр. 63.

46. Исто, стр. 47 – 51; Дворски Емануел, Уговори о искоришћавању поморских бродаова, Ријека, 1961, св. II, стр. 13.

47. ЗОПУП, чл. 593, ст 2: “Бродар поморског брода не одговара за губитак, мањак или оштећење терета, као и за задоцњење у предаји терета, који су проузроковани радњама или пропуштањима лица из ст. 2. овог члана у пловидби и руковању бродом”. Исто правило је садржано у чл. 4. ст. 2, тач. а) Конвенције о теретници.

48. О томе више Raoul P. Colinvaux, op. cit., стр. 107 – 113.

49. Исто правило о тзв. навигационој грешци постојало је у међународном ваздушном превозу робе по Варшавској конвенцији од 1929. године (чл. 20, ст. 2), али је укинута Хашким протоколом из 1955. Вид. Антонијевић З., Одговорност ..., стр. 127.

Речни превозилац, за разлику од тога, одговара за све штетне радње својих помоћника извршених у оквиру њихових дужности, пи и за наутичку грешку.⁵⁰⁾ Изузетак постоји само у међународном рачном превозу. У њему је могуће, због непостојања императивне међународне конвенције, да се уговори искључење превозиочеве одговорности за наутичку грешку помоћника. То може да се учини и уношењем клаузуле о примени Нацрта женевске конвенције на међународни речни превоз, јер она предвиђа наутичку грешку као разлог искључења возарове одговорности.⁵¹⁾ У међународном превозу робе Рајном наутичка грешка је ослобађајући разлог за бродарство. Предвиђена је Општим условима превоза рајнских бродарстава (пар. 18), који се примењују, ако их наручилац прихвати у уговору о превозу. Међутим, овде је бродарство ослобођено од одговорности не само за пловидбену грешку посаде брода, већ и за сопствену пловидбену грешку, ако је изазвана лаком непажњом.⁵²⁾ Братиславски споразум о условима превоза робе на Дунаву нема сличну одредбу. Но, и у међународном дунавском превозу робе могуће је да се уговори наутичка грешка као ослобађајући разлог, јер нема императивне конвенције која би то забрањивала. У речном праву појединих држава, углавном западноевропских (земље Бенелукса, Швајцарска, Италија и др.), наутичка грешка посаде је предвиђена као разлог искључења превозиочеве одговорности.

Несумњиво је да је предвиђање наутичке грешке у изворима пловидбеног права као разлога за бродареву неодговорност неоправдано, без обзира на сва могућа оправдања која бродари истичу.⁵³⁾ Свакако да помоћници у наутичкој делатности обављају радње, које би иначе превозилац лично морао да обавља током превоза. Значи, они делују у његовој правној сфери, јер, уместо њега, испуњавају обавезе из уговора о превозу. Зато је потребно да превозилац и за такве радње помоћника одговара као и за сопствене.⁵⁴⁾ Са друге стране, чини се да је неоправдано и различито правно дејство наутичке грешке на одговорност морског и речног превозиоца у нашем праву. У регулисању овог питања наша земља треба да буде практична. То значи да треба да се у међународним односима води својим економским интересима. Тако поступају све државе са развијеним тржишним привредама, што и ми желимо да будемо. Пошто имамо једну од већих трговач-

50. Вид. пресуду Врховног суда Србије од 29. фебруара 1988. године, Упоредно поморско право и поморска купопродаја, Загреб, бр. 3-4/88.

51. Баш због спора између држава учесница женевске конференције око наутичке грешке овај нацрт није био изгласан као конвенција. Док су земље Бенелукса захтевале да наутичка грешка уђе у Нацрт, остале земље, нарочито скандинавске и источноевропске, нису на то пристајале. У циљу помирења, Нацрт је предвидео клаузулу о наутичкој грешци, допустивши потписницима да на њу ставе резерву за своје национално право. У сукобу ових двеју група држава, огледа се сукоб њихових економских интереса. Земље Бенелукса су бродарске земље, јер имају огромну речну флоту, нарочито у рајнском сливу, а скандинавске земље су земље корисника речног превоза, нарочито на Рајни. Више Аржек З., Економско-финансијски аспекти развоја и положаја речног бродарства у СФРЈ, Београд, 1976, стр. 186.

52. Очигледно је да су ове одредбе Рајнских услова последица снажног монополског положаја рајнских бродарстава.

ких флота на Дунаву, значи да смо земља речних бродара, а не корисника њихових услуга. Штитећи њихове економске интересе, уједно штитимо своју привреду. Један од елемената те заштите је ослобођење речног превозиоца робе за штету коју наугичком грешком посаде учини корисницима. Да се тиме домаћи корисници не би стављали у тежак положај, те тако одвраћали од речног превоза, можда би било добро да ово правило важи само у међународном превозу. У њему су наша речна бродарства већином била запослена, до увођења међународних санкција, а каботажу (унутрашњи превоз) код нас немају право да врше страни превозици. Овакав став је економски оправдан и због тога што је пре неку годину отворен канал Рајна-Мајна-Дунав. Тиме су рајнски и дунавски слив постали јединствено пловидбено поручје. На њему постоје два правна ражима – рајнски и дунавски. Национална права рајнских обалних држава и општи услови превоза рајнских бродара успостављају повлашћен положај речних бродара, између осталог, и путем наугичке грешке. У дунавској пловидби тога нема. Због тога, као и због међународних санкција према нашој земљи, може да се очекује налет конкуренције економски изузетно јаким, а правно заштићених и повлашћених рајнских бродара у дунавској пловидби. То може да доведе до економског уништења наших бродара, ако се на задовољавајући начин правно не заштите, барем у међународном робном превозу. У том смилу, докле год постоји наугичка грешка у поморском праву и страним речним правима, требало би да се уведе и задржи у нашем речном праву, ради заштите од конкуренције страних бродара.

Пожар – Трећи случај сужавања одговорности превозиоца за рад помоћника тиче се пожара. Ту се, као и код наугичке грешке, разликује поморскоправни и речноправни режим одговорности возара за рад помоћника. Морски бродар одговара за штету на терету узроковану пожаром, само ако га је скривио личном радњом.⁵³⁾ Ако су пожар изазвали његови помоћници, ослобађа се одговорности. Те-

53. Антонијевић З., *op. cit.*, стр. 77; Јакаша Б, *op. cit.*, стр. 47; Трајковић М., *op. cit.*, 132 – 133. Маколико изгледала неправична ова повластица морских возара, мора да се укаже да њима није баш лако да се ослободе од одговорности по основу наугичке грешке. Она је ретко стварни узрок штете на терету, тако да је бродару тешко да докаже њену узрочну везу са штетом. У спору *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine* (1927) на брод “Канадски горштак” укрцао је товар лимених тањира ради превоза од Свонсија до Ванкувера. Током путовања брод је застао у Ливерпулу, како би поправио оштећење настало у судару. При искрцају у Ванкуверу утврђено је да су тањире оштећени услед свеже воде. У насталој парници суд је утврдио да се ради о кишници која је продрла у унутрашњост брода кроз откривено бродско гротло. У Ливерпулу је посада скинула са гротла непромочиви платнени прекривач, да би искрцала део терета, како би мајсторима омогућила оправку брода. Касније је непажњом заборавила да га врати. Суд је бродара обавезао на накнаду штете, иако се он позивао на наугичку грешку своје посаде, тврдећи да се ради о пропусту у управљању бродом. Судија *Wright* је сматрао да штета на тањирим није била узрокована грешком посаде у управљању бродом нити у његовој пловидби, тако да је било неосновано бродарево позивање на наугичку грешку. Вид. *Holman N.*, *op. cit.*, стр. 367.

54. Исто Јакаша Б, *op. cit.*, стр. 47.

рет доказивања бродареве личне радње у изазивању пожара сноси оштећени корисник, чиме се морским возарима још више повлађује.

У речном правозу таквог правила нема, што значи да возар одговара за штету корисницима коју су им његови помоћници нанели пожаром.⁵⁶⁾ Изузетак постоји једино у рајнској пловидби, јер тамо општи услови бродара предвиђају искључење одговорности возара за штету насталу због “природних и елементарних догађаја, ..., као и воде и *вајре*” (нпр. 16, ст. 1, тач. б). Међутим, ова правила у овом случају искључују одговорност бродарства не само за радње помоћника, него и за сопствене радње. Тиме су рајнски бродари још повлашћенији, него што су морски по Конвенцији о теретници.

Ослобођење од одговорности – Закон о пловидби не допушта да се превозилац ослободи од одговорности за радње помоћника. Ослобађајући себе од одговорности возар ослобађа и своје помоћнике. Зато, начелно, не може да наступи ситуација да оштећеном кориснику буде одговорно само бродарево особље, а да бродарева одговорност буде искључена. Ипак, од овог правила постоје четири изузетака, кад се бродар *по закону* може да ослободи од одговорности за радње помоћника.

Први изузетак постоји кад су помоћници нанели кориснику штету радећи нешто *ван оквира* својих дужности (ЗОПУП, чл. 493, ст. 1). Ако возар то докаже, оштећеном кориснику једино преостаје могућност да се обезштети од помоћника који му је нанео штету, по општим правилима о грађанскоправној одговорности. Тада се сматра да штетник није бродарев помоћник, већ треће лице за чије радње он не одговара.

Други изузетак се тиче извршавања *налога* код бродарског уговора на време за цео брод. У таквим уговорима возар је обавезан да извршава посебне налоге, које му наручилац буде давао после закључења уговора, како би путовање и руковање теретом на броду што више прилагодио својим потребама у основном уговору (нпр. уговору о продаји), чијем извршењу бродарски уговор и пловидба служи. Налог је, међутим, наручилац дужан да даје бродару, а овај да их “прослеђује” својим помоћницима, ради извршења. Наручилац може такве налоге да даје и непосредно заповеднику брода, али је овај дужан да их извршава само ако су у границама уговора и у складу са наменом брода. У супротном, возар не одговара за обавезе заповедника, које је овај преузео у извршењу наручиочевих посебних налога.⁵⁷⁾ Заповедник, који у овој врсти уговора делује у оквиру њега и у складу са наменом брода, заступник је бродара и кад извршава наручиочеве налоге (нпр. о превозном путу, о успутним лукама, о искрцају делова терета појединим примаоцима и слично). Чим прекорачи описане границе у извршавању посебних налога,

55. ЗОПУП, чл. 594; Конвенција о теретници, чл. 4, ст. 2. тач. б); Хамбуршка конвенција предвиђа одговорност морског возара у овом случају (чл. 5, ст. 3, тач. а).

56. Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 60.

57. ЗОПУП, чл. 484; Надворник др Борислав, *Основе саобраћајног права*, Осјек, 1978, стр. 184.

сматра се да постаје наручиочев пуномоћник. Логично је да тада за његове радње бродар не одговара наручиоцу.

За возарски уговор ово правило (тј. изузетак) није изричито законом предвиђено, јер за тим нема потребе. По основу возарског уговора заповедник није дужан да извршава наручиочеве налоге, осим оних који се односе на очување терета и руковање њиме. Ако капетан, ипак, поступи по наручиочевим накнадним налозима, делује ван оквира својих дужности, а за такве радње возар и иначе не одговара.

Трећи и четврти изузетак постоје само у морској пловидби. То су већ описани случајеви наугичке грешке и пожара на броду.

Поред законских могућности превозиочевог ослобођења од одговорности за радње помоћника, постоји и могућност његовог *уговорног* ослобођења. То се постиже уношењем тзв. *клаузула немарности* (енг. *negligence clauses*, фр. *clausule de negligence*) у уговор о превозу. Тим клаузулама превозилац искључује своју одговорност за штету коју корисницима превоза својим радњама нанесу његови помоћници. Како превозилац данас своје пословање на извршењу уговорних обавеза током превоза махом обавља преко помоћника, ове клаузуле га скоро потпуно ослобађају од одговорности за губитак, оштећење или закашњење у предаји терета.

Могућност возаревог уговорног ослобођења од одговорности за радње помоћника различита је у домаћем и међународном превозу. У домаћем превозу она је ограничена, због релативне императивности Закона о пловидби (чл. 615). То значи да се његова правила о одговорности бродара, не смеју уговором да мењају на штету корисника превоза. Како су клаузуле немарности свакако на штету корисника, значи да су забрањене. Ипак, допуштене су у четири случаја, које је Закон предвидео као изузетке од начела релативне императивности својих правила. То су случајеви одговорности за штету: 1) услед губитка или оштећења терета које се десило пре његовог укрцаја или после искрцаја, 2) услед задоцњења; 3) у превозу животиња, и 4) у превозу терета на палуби брода на основу писмене сагласности крцатеља. Последња два изузетка допуштена су само у морском превозу.⁵⁸⁾

У међународном поморском превозу клаузуле немарности би требало да су забрањене Конвенцијом о теретници у оним уговорима на које се Конвенција примењује (где је издата теретница или слична исправа; чл. 1, 5. и 6). То није сигурно тумачење, јер их Конвенција изричито не забрањује, тако да њихова пуноважност зависи од судске оцене разноликих чињеница у сваком поједином случају. Ипак, сигурно је да су клаузуле немарности допуштене и у уговорима на које се Конвенција примењује у случају: 1) када је штета настала пре укрцаја или после искрцаја, 2) у превозу терета на палуби брода и 3) у превозу животиња (чл. 1. и 7). Није сигурно да ли Конвенција уређује одговорност за штету услед закашњења.⁵⁹⁾ У уговорима на које се Конвенција о теретници не примењује, као и у онима чији су уговорници лица из држава које нису ратификовале Конвенцију, клаузуле немарно-

сти су пуноважне, ако их не забрањује меродавно национално право, на које упућују колизиона правила међународног приватног права.

У међународном речном превозу клаузуле немарности су пуноважне, ако нису забрањене меродавним националним правом, на које упућују колизионе норме, јер не постоји важећа конвенција која би их забрањивала или, бар, уређивала. Оне су, чак, уобичајене, нарочито у рајнској пловидби.⁶⁰⁾

ОДГОВОРНОСТ ПОМОЋНИКА – Помоћници могу да одговарају за штету како превозиоцу, за кога раде, тако и кориснику. Услови за њихову одговорност нису регулисани пловидбеним, већ грађанским правом.

Помоћник може да буде одговоран возару у два случаја. Први случај је кад му је непосредно оштетио имовину, вршећи дужност у току превоза (нпр. изгубио сидро). Ово је типичан случај одговорности радника за штету коју нанесе послодав-

58. Упоредно пловидбено право различито уређује допуштеност уговорног ослобођења возара од одговорности за радње помоћника, зависно да ли у одрђеној земљи претежу интереси бродара или корисника њихових услуга. Примера ради, право Уједињеног Краљевства, као типичне бродарске земље, у начелу је благонаклоно према клаузулама немарности. Ипак, оно предвиђа да клаузула немарности не ослобађа возара од одговорности за штету изазвану радњом неког бродског официра, ако је официр био неспособан за свој положај на броду, а возар његову способност није ваљано проверио пре него што га је поставио на тај положај. Исто тако, клаузула немарности не искључује возарову одговорност, ако је капетану наложио да се у луку уплови без пилота, а пилот је заиста требало да се упосли. Међутим, клаузула немарности је пуноважна, када је возаров агент по извршеном превозу издао терет погрешном примаоцу.

У спору *Smackman v. G.S.N. Co.* (1908) крцатељ је предао компанији G.S.N. 312 корпи шљива, ради превоза од Хамбурга до Лондона. У теретници је било означено да је бродарева одговорност искључена за “сваки губитак ... услед било које радње, непажње или пропуста ... посаде, слагача, радника или агената бродара у ... искрцају или пловидби брода ... или другачије”. Када је брод стигао у пристаниште у Лондону, само 90 корпи је било предато друмском превозиоцу који је дошао по шљиве. У насталој парници суд је утврдио да је свих 312 корпи било искрцано са брода у лондонском пристаништу, али да је 213 корпи, грешком превозиоцевог агента у пристаништу, издато погрешним примаоцима. Суд је сматрао да је клаузула немарности из теретнице пуноважна, те је превозиоца ослободио одговорности за агентову грешку (Holman H., op. cit., стр. 364).

Британско право је благонаклоно и према калузулама немарности за радње бродаревих слагача терета. Бродар може да уговором искључи своју одговорност за лоше слагање терета, ако се на уговор не примењује енглески Закон о превозу морем, Конвенција о теретници и ако лоше слагање не угрожава способност брода за пловидбу. У парници *Elder Dempster & Co v. Paterson Zachonis & Co.* (1924) уговорен је превоз терета буради са палминим уљем и цакова кокоса бродом “*Grelwen*” од западне Африке до Хала. Брод је био иствудског типа, са дубоким складиштима, без могућности да се она хоризонтално преграде на више спратова. Због тога су бурад са уљем сложена на дно, док су преко њих сложени цакови кокоса. Бурад су се током пловидбе распрсла под тежином цакова, тако да је већина уља пропала. Крцатељ је тужио возара, тражећи одштету. Овај се бранио позивом на непажњу слагача, за коју он не одговара по клаузули немарности у теретници. Суд је усвојио бродареву одбрану и одбио тужбени захтев. нашао је да лоше слагање није учинило брод неспособним за пловидбу, те је признао правну ваљаност клаузуле немарности (Holman H., op. cit., стр. 212).

цу на раду или у вези са радом, тако да није значајан за пловидбено, већ за грађанско право. Други случај је кад је намештеник у току превоза изазвао штету кориснику, па превозилац буде обавезан да му је надокнади. Тада превозилац има право, а намештеник обавезу, регреса. У тој обавези се испољава одговорност према превозиоцу.⁶¹⁾ По основу ње, он је дужан да возару накнади износ који је овај на име одштете исплатио кориснику. Међутим, по нашем праву такву обавезу има само ако је штету проузроковао намерно или грубом непажњом.⁶²⁾ Правило нашег грађанског права о обавези регреса у случају намере или грубе непажње односи се само на помоћнике, који су у радном односу са возаром. Ако је штету кориснику скривљено причинио независни уговорник (нпр. слагач терета), превозилац увек има право регреса, без обзира на степен кривице.

Помоћник може да буде непосредно одговоран и према оштећеном кориснику. Пошто између њих у тренутку проузроковања штете нема уговорног или другог облигационог односа, та одговорност је деликтне природе.⁶³⁾ По нашем грађанском праву одговорност радника према трећем оштећеном лицу за штету на раду или у вези са радом, постоји само ако је учињена намерно.⁶⁴⁾ Тада оштећени корисник има право да бира да ли да захтева накнаду штете од превозиоца, по правилима о уговорној одговорности за другог (тј. за помоћника), или од помоћника, по правилима о деликтној одговорности. У пракси оштећеник редовно бира прву могућност због веће сигурности у наплати потраживања. По нашем грађанском праву оштећени корисник има право на непосредан одштетни захтев од независног уговорника по правилима деликтне одговорности без обзира на степен кривице. Помоћник, који је независни уговорник, није превозиочев радник, као што је то, на пример, члан посаде брода.

За штету причињену закашњењем помоћници не могу да деликтно одговарају кориснику. За закашњење може да се одговара само по основу уговора, јер се само њим возар може да се обавезе да обави превоз у одређеном року. Како такав уговор помоћници нису закључили, не могу ни деликтно да одговарају за закашњење.⁶⁵⁾

Пошто независни уговорници не могу да се користе правилима конвенција и националних права о искључењу или ограничењу одговорности бродара, као што то може посада, у поморском превозу се уобичајила тзв. "Хималаја клаузула". Она се ставља у уговор о превозу бродара са наручиоцем. Њом се бродарево пра-

59. Трајковић М., Саобраћајно право (ред. Царић С.), стр. 166. За разлику од Конвенције о теретници, Хамбуршка конвенција из 1978. године изричито забрањује клаузуле немарности. Међутим, то је малог правног значаја, јер она још није ступила на снагу, због недовољног броја ратификација.

60. Општи услови превоза рајских бродарстава, пар. 18, ст. 5.

61. Слично Ивошевић Б., *op. cit.*, стр. 47.

62. ЗОО, чл. 171, ст. 1, 172, ст. 2; Ђорђевић Ж. – Станковић В., *op. cit.*, 414.

63. Исто Јакаша Б., Систем ..., књ. 3, св. 2, стр. 147.

64. ЗОО, чл. 170, ст. 2.

65. Јакша Б., *op. cit.*, стр. 147.

во на искључење и ограничење одговорности проширује на независне уговорнике (нпр. лучке слагаче), који врше одређене радње у вези са превозом. Како се овде ради о уговарању права у корист трећег, у поморској и судској пракси се углавном признаје ваљаност ове клаузуле.⁶⁶⁾ Аналогно томе, иста клаузула би требало да буде пуноважна у речном превозу.

ЗАКЉУЧАК – Данас је у пловидбеном праву општеприхваћено да превозилац одговара за радње својих помоћника као за сопствене радње. Од тог правила, међутим, у поморској пловидби и међународној пловидби Рајном постоје изузеци, у којима возар не одговара за радње својих помоћника. Ти изузеци су наутичка грешка и пожар. Осим тога, у морском превозу робе и међународном превозу Рајном, возар има шире правне могућности за уговорно искључење своје одговорности за радње помоћника, него што их има речни превозилац. Блажа одговорност морског и рајнског превозиоца узрокована је њиховом већом економском снагом и организованошћу у односу на кориснике њихових услуга.

Пре пар година наша земља је донела нов Закон о поморској и унутрашњој пловидби, који је углавном преузео решења у области возарове одговорности из истоименог закона социјалистичке Југославије. Чини се да је тада пропуштена прилика да се одговорност наших речних возара уреди на начин који би више одговарао економским интересима наше земље. Одговорност морских бродара је ваљано уређена, јер су они заштићени законом колико и страни, по међународним поморскоправним изворима.⁶⁷⁾ Отуда им је, правно гледано, омогућено да се упусте у међународну конкуренцију на тржишту бродарских услуга. То не може да се каже за речне возаре, који по нашем праву строже одговарају како за своје радње (нпр. за пловидбену способност брода), тако и за радње својих помоћника (наутичка грешка, пожар и уговорно ослобођење), у односу на морске и рајнске возаре. Њихов положај је још више отежан након отварања канала Рајна-Мајна-Дунав, чиме су Дунав и Рајна постали једно пловидбено подручје. Тиме су наши речни бродари добили у дунавском превозу, поред постојеће, и конкуренцију изузетно снажних рајнских (западноевропских) бродарстава. Због тога би требало да се правни режим одговорности речних возара у нашем закону изједначи са режимом поморских возара, јер је то исти режим по којем одговарају и конкурентска рајнска бродарства. Да се тиме не би нашкодило домаћим корисницима речног превоза у домаћој пловидби (каботажи), овај режим треба да се предвиди само за међународни речни превоз, и то за све возаре (домаће и стране). Тиме се страни бродари не би дискриминисали, те се не би ни вређало начело најповлашћеније наци-

66. Грабовац И., *op. cit.*, стр. 353 – 360.

67. Повлашћен положај морских бродара нашој земљи одговара само ако смо још земља која више зарађује од пружања бродарских услуга, него што троши на њихово коришћење. Због оштрих међународних санкција које нас већ скоро деценију погађају, те осипања наше поморске и речне флоте, требало би да се спроведе економско истраживање питања да ли смо и даље бродарска земља или смо постали корисничка земља. Од тога би требало да пођемо у евентуалним изменама нашег пловидбеног законодавства.

је, јер страни бродари код нас немају право на каботажу. Најзад, тиме се не би битније умањила ни конкурентност речних превозилаца у односу на превозиоце у другим гранама саобраћаја (друмском и железничком), који за своје помоћнике одговарају по строжијем режиму.

(чланак примљен 18. I 2000.)

**Nebojša Jovanović, PhD Docent,
Faculty of Law, Belgrade**

Liability of Carrier for Acts of Assistants in International and National Law

Summary

Nowadays, a maritime or river carrier mostly is a company, which, as a legal person, carry on its business of transporting of cargo and passengers by other persons. Primarily, those persons are the members of the crew of a ship, but they also can be other persons (for example, stevedores, agents, warehousemen). They can be the employees of a carrier or independent contractors, when they do to him some service (for instance, ship-ping, loading, stowage, discharging, pilotage, warehousing or alike service). In the case of the loss or damage of a cargo by them, there is a question if the carrier is liable for it and if he is liable under the same rules applicable to a case when he makes a damage by his own actions. That is why this article deals with the carrier liability for his own damageable actions and for the actions of his "associates". It is especially explained who is considered as a carrier's "associate", justification, legal ground for that liability, the actions of the associates for which a carrier is liable, exceptions from that liability and liability of associates.

Key words: carrier, liability, seaworthiness, servants, barratry, error in navigation, fire

*Др. Драгољуб Драшковић,
савјетник генералног директора
"Електоропривреде Црне Горе" АД, Никшић*

UDK: 349.22

(прегледни чланак)

Колективни уговор као инструмент уређивања радног односа

Резиме

Разматра се улога и значај колективног уговора у југословенском радно-правном систему, као већ више од једног вијека присутног инструмента уређивања радног односа у земљама пржшине привреде.

Констатира се да је колективни уговор у Југославији дуго био занемарен правни инструменти који је своју примјену налазио само у уређивању радних односа у приватним, задружним мјешовитим предузећима. Значајнију улогу колективни уговор добија са Законом о основним правима из радног односа из 1989. године, а затим важећим Законом о основама радних односа, који га утврђује као равноправан инструмент уређивања радног односа без обзира на својински облик средстава на којима се рад одвија. Колективни уговор, међутим, још није добио карактер примарног инструмента уређивања радног односа, какву би улогу требао да има у пржшиној привреди. За уједначавање услова привређивања у свим облицима својине, а тиме и услова рада у њима, посебно је значајна примјена колективног уговора и у предузећима у друштвеној својини. Међутим, код колективног уговора на нивоу послодавца који послује средствима у друштвеној својини још увек има нејасноћа, нарочито у погледу легитимности субјеката који га закључују у име радника и носилаца капитала.

Кључне ријечи: радни однос, инструментни уређивања радног односа, колективни уговор, закон, општи акти, субјектни закључивања колективног уговора, радник, синдикали.

I

Напуштањем својинског монизма у Југославији отпочело је успостављање равноправности свих облика својине као услова развијања својинског плурализма. Из чињенице да се под радним односом више нијесу подразумевали "међусобни односи радника које радници у остваривању права рада друштвеним средствима успостављају у заједничком раду друштвеним средствима" као што је радни однос дефинисан у условима доминације друштвене својине, већ је то "међусобни однос између радника и организације, односно послодавца ради обављања одређених послова", како је било утврђено у члану 1. став 2. Закона о основним правима из радног односа,¹⁾ произилазио је у основи другачији систем односа који се успостављају између субјеката поводом заснивања радног односа, што је и био разлог да се и у предузећу у друштвеној својини примјене колективни уговори у уређивању права, обавеза и одговорности из радног односа. Непримјењивањем колективних уговора у друштвеним предузећима управо би била нарушена равноправност у условима привређивања предузећа у свим облицима својине, а тиме и уједначеност услова рада радника у њима. Формално-правне разлике у степену примјене колективних уговора произилале су из облика својине на средствима рада послодавца са којим радник заснива радни однос. Радни однос радника у друштвеном предузећу и другој организацији у којој се рад одвија средствима у друштвеној својини уређује се законом, колективним уговором и општим актом, (статут, правилник и други општи акти, најчешће правилници о радним односима). Са друге стране, радни однос радника код радних људи који самостално обављају дјелатност личним радом и средствима у својини грађана, односно код грађанско-правног или физичког лица уређивао се законом и колективним уговором, али не и општим актом.

Из изложеног произилази да стварање тржишних услова привређивања доводи и до промјене у структури и значају инструмената којима се уређује радни однос. У систему тих аката посебно мјесто добијају колективни уговори. Тако се на почетку привредне реформе посегнуло за колективним уговорима као стабилним инструментима за уређивање радних односа у земљама тржишне привреде. Предпоставка, је иначе, да се радни однос у тржишној привреди уређује у првом реду колективним преговарањем, било на добровољној основи или као обавезно. То би значило да, последице доста ограничене и прецизно одређене законске регулативе, колективни уговори имају карактер примарног инструмента уређивања рад-

1. Закон о основним правима из радног односа, "Сл. лист СФРЈ", бр. 60/89, 42/90.

ног односа. Препуштање уређивања све већег броја питања из радног односа колективним уговорима требало би да доведе и до јаснијег утврђивања међусобног односа закона и колективног уговора, као предуслова доследне примјене тих аката у тржишним условима привређивања.²⁾ И однос између колективних уговора и општих аката постаје одређенији и за регулисање општим актима остају питања која се тичу унутрашње организације рада и вођења пословне политике предузећа.

Уређивање радних односа колективним уговорима омогућава уважавање заједничких карактеристика радних односа али и разлика у њима у зависности од организационог облика предузећа и посебно облика својине над средствима којима предузеће послује. Наиме, поред одређеног дијела садржине радног односа који је идентичан за све радне односе тако да је за његово нормативно изражавање без утицаја облик својине на средствима на којима се заснива, различити облици својине узрокују и различити обим и квалитет појединих права, а тиме и карактер радног односа који затим захтијева различито уређивање. То диференцирано уређивање радних односа, уколико је реалан одраз објективно изражена разлика и интереса, није, међутим, противно настојању за изједначавањем услова рада у свим својинским облицима. Специфичности су изражене у радном односу у друштвеним предузећима у прелазном периоду, чији инструменти и механизми уређивања не могу бити у потпуности идентични начину уређивања радног односа у мјешовитим и приватним предузећима, већ захтијевају друге облике свог истраживања. И на друштвена предузећа, као што је речено, примењује се колективни уговор као инструмент уређивања радног односа, што значи да би у структури аката којима се уређује радни однос и у овим предузећима следећи акт био уговор о раду као примарни инструмент заснивања и уређивања индивидуалног радног односа радника. Међутим, закључивање и садржина уговора о раду у друштвеним предузећима, због њихове специфичности захтијева прецизно и потпуно уређење колективним уговором и законом. Евентуално предвиђање повољнијих услова рада и већег обима права радника у овим предузећима мора остати у границама у којима неће нарушавати јединство укупног система радних односа, али ће истовремено и гарантовати безбиједно и регуларно ишчезавање овог облика својине.³⁾

II

Колективни уговори су се, иначе, појавили крајем XIX вијека као резултат борбе радника за боље услове рада и као инструмент уређивања режима рада и плата између радника и послодавца. Тако су они већ један вијек најбројнији и међу најзначајнијим изворима радног права недржавног карактера у савременим држа-

2. Др Влајко Брајић, Тржиште рада и радно законодавство, ' 'Право и привреда ' ', бр. 1-4/94, стр. 229-231.

3. Др Влајко Брајић, Уговор о раду и уговорни односи у области рада, ' 'Правни живот ' ', бр. 11-12/93, стр.1901.

вама, нарочито у земљама грађанске демократије и тржишног начина привређивања. Настанак колективних уговора као дијела и израза права на синдикално организовање⁴⁾ и њихов даљи развојни пут говори да су они производ тржишне привреде и најамног карактера рада и такав карактер имају у свим земљама у којима функционише тржиште рада и капитала. Закључивање колективних уговора је представљало "начин на који су радници успјели да поврате равнотежу која је била нарушена индивидуалним односом са послодавцем и да удруженим снагама постигну оно што појединачним снагама нијесу могли постићи".⁵⁾ Умјесто индивидуалне, водила се колективна борба за постизање повољнијег положаја радника у којој су синдикати радника са удружењима послодаваца закључивали колективне уговоре са циљем да на општи начин, без уплитања државе, уреде услове под којима ће се закључивати индивидуални уговори о раду између радника и послодаваца.

Колективни уговори су до данас унијети у национална законодавства земаља,⁶⁾ тако да је уређивање колективних уговора углавном предмет закона, док је то ређе материја која се регулише одлукама судова из области рада или правилима уговорног права.⁷⁾ При томе се у већем броју земаља колективни уговори уређују у оквиру општих закона о раду, док је релативно мали број земаља у којима су донијети посебни закони о колективним уговорима.⁸⁾ Колективни уговори су постали и предмет међународног законодавства.⁹⁾

У теорији радног права колективни уговор се углавном дефинише као писмени споразум између синдикалне организације и послодавца којим се уређују услови рада и права и дужности из радног односа, као и услови под којима ће се закључивати индивидуални уговори о раду. У радном законодавству бивше СФРЈ колективни уговор дефинисан је као писмени споразум између синдикалне организације са једне и привредне коморе са друге стране, који садржи опште одредбе о условима рада, правима и обавезама из радног односа између радника и приватног послодавца, као и одредбе које се тичу права и обавеза самих уговорних страна. Према Препоруци МОР-а бр. 91 од 1951., која дефинише колективни уговор и

4. Послије фебруарске револуције у Француској 1848. године, признаје се право радницима на слободу удруживања и тако први пут у историји настају раднички синдикати.
5. Радомир Живковић, Проблем правне природе уговора о раду, Београд, 1940. стр. 117.
6. До првог свјетског рата једино је Швајцарска увела колективне уговоре у своје законодавство. Већина европских земаља то чини између два свјетска рата. У Југославији се колективни уговори први пут помињу у Закону о заштити радника из 1992. год., док се први пут регулишу Законом о радњама из 1927. год.
7. Видјети: Др Будимир Кошутић, Колективни преговори, право на штрајк и lock-out у савременим капиталистичким земљама. Београд, 1987. стр. 50.
8. Холандија је 1927. донијела Закон о колективним уговорима, Луксембург, 1955. СР Њемачка 1969. итд.
9. Међународна организација рада је 1949. донијела Конвенцију бр. 98 о правима радника на организовање и на колективне преговоре, 1951. Препоруку бр. 91 о колективним уговорима и 1981. Конвенцију бр. 154 о колективном преговарању и Препоруку бр. 163. о колективном преговарању.

одређује правила о поступку закључивања колективног уговора, о примјени, проширењу, тумачењу, контроли примјењивања, регистрацији колективног уговора итд., под колективним уговором подразумијева се "сваки писмени споразум који се односи на услове рада и запослења закључен између, са једне стране, послодавца, и, са друге стране, једне или више репрезентативних организација радника, или, у одсуству таквих организација, представника заинтересованих радника правоваљано изабраних и опуномоћених од стране ових последњих саобразно националним прописима" (члан 2. став 1.). У њемачкој теорији колективни уговор се дефинише као уговор између једног или више радника којим се регулишу права и обавезе уговорних страна и стварају правне норме којима се уређује садржина, закључивање и окончање радног односа, као и питања везана за устројство и рад предузећа.¹⁰⁾ Слична дефиниција је прихваћена и у швајцарском, аустријском, француском и италијанском праву.¹¹⁾ Она се може прихватити и за наше право, са одговарајућим специфичностима у погледу субјеката који закључују колективни уговор у име послодавца (држава, привредна комора, организација и послодавци). Тако се колективни уговор дефинише као "врста споразума који се закључује између двије стране, са једне стране послодавца, односно удружења послодаваца и са друге стране синдиката као удружења радника, односно групе радника, којим се уређују услови и режим рада радника и висина плата за одређене територије земље (националне или регионалне), односно за одређену фабрику или компанију и услови закључивања појединачних уговора о раду.¹²⁾

Колективни уговор је посебан и карактеристичан институт и по уговорним странкама и по предмету уговарања. Предмет колективног уговора увијек су одређена питања из радног односа или у вези са радним односом. У зависности од тога да ли се одређена права и обавезе утврђене колективним уговором односе само на правне субјекте који су га закључили или на све субјекте у радном односу у предузећу, односно у групацији, грани или дјелатности на које се колективни уговор примјењује, обично се узима да колективни уговор садржи двије врсте норме и то облигационо-правне и нормативне. Облигациони дио колективног уговора уређује облигационе односе између уговорних странака па се на тумачење и примењу тих одредби примјењују класична правила облигационог права. Облигационо-правне норме утврђују обавезу уредног извршавања уговора, тј. уређују права, обавезе и одговорности уговорних странака и зато дјелују *inter partes*, тј. само на уговорне стране. Код нас овакве одредбе колективног уговора нијесу доволно заступљене и њима се уређује углавном вријеме трајања колективног уго-

10. Видјети: Hilmer Gotz, Grundzuge des Arbeitsrechts, Bond II - Kollektives Arbeitsrecht. Munchen, 1989. str. 1; Ruprecht Grossmann - Fridrich Schneider, Arbeitsrecht, Z. Auflage, Bonn, 1986. стр. 256.

11. Видјети: Frank Vischer, Kommentar Zum SchWei-Zerischen Zivilgesizbuch - Das Obligationenrecht, Telebend (Gesamtarbeitsvertrag und Norm Larbe i isvertrag) 5. Lieferung Zurich, 1983. str. 48. Theodor Tomande, Arbeitsrecht, Bach, I, Wien, 1984. стр. 118.

12. Др Боровоје Шундерић, Радни однос, Београд, година издања није наведена, стр. 147.

вора, начин продужења важења, поступак измјена и допуна овог акта, решавања спорова између уговорних странака путем арбитраже итд. У упоредном праву, међутим, такав карактер имају и одредбе о вршењу утицаја на чланове асоцијација радника и послодаваца у циљу поштовања и извршавања одредби уговора, одредбе о обезбјеђењу радног мира и о накнади штете за повреду уговорних обавеза. За разлику од тога, нормативни дио колективног уговора садржи првенствено одредбе којима се уређује садржина радног односа, тј. услови рада, права, обавезе и одговорности радника и послодавца, као и одредбе којима се утврђују услови за закључивање индивидуалних уговора о раду. Зато те норме дјелују на субјекте радног односа - радника и послодавца и то *erga omnes*, на све раднике и послодавце, како оне који су то били у моменту закључивања уговора, тако и оне који ће то касније постати. Зато према странкама радног односа колективни уговор дјелује као општи акт који садржи неколико врста норми: о заснивању радног односа, о садржини појединачног радног односа, о регулисању тзв. "социјалног плана", о солидарности између субјеката и о реду и дисциплини у предузећу. Норме о садржини појединачног радног односа чине централни дио сваког колективног уговора и њима се може, према слободном одређењу уговорних странака, регулисати свако питање из круга питања која је законодавац предвидио за регулисање колективним уговором, а које може ући у садржину појединачног радног односа.¹³⁾

Нормативни дио колективног уговора јавља се тако као акт уређивања и индивидуалних радних односа, који се у системима тржишне привреде уређују индивидуалним радним правом, а његов облигациони дио је извор права за колективне радне односе. индивидуални радни односи су правни односи између радника као појединца и његовог послодавца чијом се садржином најчешће сматрају питања заснивања радног односа, радног времена, плате, дисциплинске одговорности, престанка радног односа, забране конкуренције и сл.¹⁴⁾ За разлику од индивидуалних радних односа, колективни радни односи су правни односи кроз које се изражавају заједнички (колективни) интереси радника који се организовано, најчешће преко активности организације синдиката, супротстављају интересима послодавца којима правни поредак такође омогућава да заједнички и организовано наступају у уређивању односа са радницима. У земљама тржишне привреде најчешће се колективним радним правом уређују следећи колективни радни односи: слобода синдикалног организовања, правни статус организације радника и послодавца, поступак колективног преговарања, учешће радника у управљању предузећем, учешће радника у диоби добити предузећа, учешће радника у власништву предузећа путем акција, начини мирног решавања спорова итд.¹⁵⁾ На садашњем степену развоја југословенског радног права карактеристична је релативна разви-

13. Видјети: Edwin Schweingruber - Fridrich W. Bisler, *Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Alegeinverbindlicherklärung*, Bern, 1972, str. 72. ; Frank Vischer, *Kommentar zum Schwei - Zerichen Zivilgesizbuch - Das Obligationenrecht*, op. cit. стр 65.

14. Despax, Michael, Jacques, Rojot, *Labour law and Industrial Relations in France*, Deventer, Antwerp, London, Frankfurt, Boston, New York: Kluwer law and Taxation Publishers, 1987. стр. 6.

јеност индивидуалних радних односа, али и још увијек недовољна развијеност колективних радних односа. Разлог за то је, између осталог, и у неразвијености колективних уговора који су у земљама тржишне привреде један од главних извора колективног радног права.

Из наведене садржина колективног уговора произилази да је у питању сложени правни акт чији је облик уговорни, а садржина већим дијелом има нормативни карактер. Зато и по питању правне природе колективних уговора има доста несласања. Спорно је, наиме, да ли је то акт уговорног карактера, односно само једна од врста уговора грађанског (приватног) права, или је то акт нормативног, статусног карактера и као такав припада јавном праву.¹⁶⁾ Између тих схватања стоји мјешовита теорија по којој колективни уговори имају и уговорне и нормативне елементе. Та теорија изгледа и најпотпуније објашњава правну природу ових аката. Колективни уговор је јединствен правни посао са двоструком правном природом. Уговорни и нормативни елементи повезани су у цјелину овог акта као специфичног правног института који је по начину свог настанка и по својој форми облигационо-правни уговор, али са радно-правном садржином, којим се успостављају субјективна права и обавезе, а по свом значају, домену примене и унутрашњој садржини нормативни акт. У мјери у којој садржи одредбе нормативног карактера он има карактер општег акта, а у дијелу у којем садржи облигационо-правне одредбе, које дјелују између уговорних страна, он се појављује као уговор. Зато колективни уговор не представља ни типичан општи акт, ни типичан уговор. Он се не доноси као остали општи акти, већ се закључује у форми уговора, да би се затим примјењивао и дјеловао као општи акт. Као нормативни акт он је за трећа лица "двострани, корпоративни, правно обавезујући уговор о нормама"¹⁷⁾ којим се стварају објективне правне норме. Његове одредбе као уговора важе и за оне који нијесу учествовали у његовом закључивању. То је творевина аутономног права, аутономни акт аутономних субјеката, професионалних организација радника и послодаваца, који настаје као резултат споразума њихових воља и садржи опште норме. Уговорни односи у колективном уговору, ако се он посматра само као уговор, могу се објаснити уговором о пуномоћству у коме се асоцијације радника и послодаваца јављају у улози пуномоћника, а њихово чланство у улози властодавца; уговором о дјеловодству без налога од стране асоцијација радника и послодаваца које тек после закључења уговора добија потврду од својих чланова; угово-

15. Мр Жељко Поточњак, Колективни уговори у југословенском радном праву након доношења Закона о основним правима из радног односа из 1989. год., *Пивреда и право*, бр. 7-8/90. стр. 549-550; др Боривоје Шундерић, Колективно радно право *Правни живот*, бр. 1-2/92, стр. 233-248.

16. Тако се у СР Немачкој, Швајцарској, Аустрији и Италији колективни уговори сматрају актима уговорног карактера, односно грађанског, приватног права, док су у Белгији, Француској, Канади, САД, Великој Британији и Југославији то акти статусног карактера, односно радног права.

17. Видјети: Gunter Schaub, *Arbeitsrechts - Nondbuch*, 6 Auflage, München, 1987. br. 1305; Ruprecht Grossmann - Friedrich Schneider, *Arbeitsrecht*, Z. Auflage, op. cit. стр. 297.

ром у корист трећег којим асоцијације радника и послодаваца утврђују услове рада у корист својих чланова; уговором о приступу коме приступају сви радници и послодавци који то постану последице закључења колективног уговора, али и својеврсним неименованим уговором.¹⁸⁾

III

У Југославији су, као што је речено, колективни уговори дуго имали периферан значај. Одредбе о колективним уговорима садржане су у Уставним амандманима од 1971. год. (Амандман XXIV) који су их предвиђали као врсту правних аката којима се уређује радни однос запослених код радних људи који самостално обављају дјелатност личним радом средствима у својини грађана. Према Уставу од 1974. год. (члан 68. који је замијењен Амандманом XXI), као првом уставу који је садржао одредбе о колективним уговорима, колективни уговори се закључују између синдикалне организације и привредне коморе, односно другог удружења у коме су представљени радни људи који самостално обављају дјелатност личним радом средствима у својини грађана. Међутим, колективни уговори су све до усвајања Уставних амандмана од 1988. год. (Амандмани XV и XXI) били занемарена и неразвијена институција радног права. Тим уставним амандманима проширена је функција и значај колективног уговора јер он више није значајан само за права радника у приватном сектору, већ уставотворац жели да га установи као посебан извор радног права за радне односе у којима се у улози послодавца појављују домаћа или страна физичка лица. Тако, амандманима је прокламовано начело по коме се права и обавезе радника у предузећу, заједничкој банци или другој заједничкој финансијској организацији и уговорној организацији удруженог рада уређују колективним уговором (Амандман XV, тачка 3.) На основама колективних уговора могу се запошљавати радници и у задругама и другим облицима удруживања рада и средстава, радни људи који самостално обављају дјелатност личним радом, грађани и грађанска правна лица.

Разрада тих уговорних решења извршена је већ у првом тзв. реформском закону - Закону о предузећима¹⁹⁾. Овај Закон је на неколико мјеста поменуо принцип уређивања односа у раду путем колективних уговора, али без дубљег разјашњавања примјене тих аката. Афирмација принципа уређивања радних односа путем колективних уговора извршена је углавном тако што су створени основи да се путем колективних уговора регулишу односи у приватним и мјешовитим предузећима и то првенствено учешће радника у управљању предузећем. То значи да амандмани на Устав СФРЈ и Закон о предузећима предмет уређивања односа путем колективних уговора ипак ограничавају на односе који се успостављају поводом рада у приватним, задружним и мјешовитим предузећима. За односе који се

18. Др Слободан Перовић, Облигационо право I, Београд, 1973. стр. 144.

19. Закон о предузећима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 77/88.

успостављају поводом рада средствима у друштвеној својини ови акти су и даље предвиђали раније инструменте уређивања радног односа, тј. самоуправне опште акте у складу са законом. Међутим, према одредби члана 3а Закона о предузећима²⁰⁾ радници остварују своја права у предузећу у складу са одредбама закона, статута предузећа и колективног уговора. Том промјеном Закона о предузећима створене су нормативне претпоставке за примјену колективних уговора и у предузећима у друштвеној својини.

Закон о основним правима из радног односа из 1989. год. уноси даљи напредак у материју колективног преговарања и проширује мјесто и улогу ових аката као универзалног извора радног права. Тај Закон, као што је речено, потпуније уређује колективни уговор, па у посебној глави VI која је посвећена колективним уговорима (члан 85-88) садржи одређени број општих одредби о колективним уговорима којима прецизира мјесто и улогу ових аката и истиче њихов значај.

У члану 85. став 1. дата је општа назнака колективних уговора и то тако што је предвиђено да се колективним уговором уређују, у складу са законом и другим прописима, права и обавезе тих организација и послодаваца. Закон тако предвиђа колективни уговор као акт уређивања свих радних односа без обзира на облик својине у предузећу у коме се заснивају. Без обзира на све неусклађености и недоречености законских одредби које говоре о актима уређивања радног односа, сигурно је да су колективни уговори тим Законом добили на значају као равноправан инструмент уређивања радног односа и као такви нашли своју примјену у предузећима у свим облицима својине, па и у друштвеној својини, и то не само као могућност, већ и као обавеза. То је представљало крај схватања по коме се колективни уговори не могу примјењивати у предузећима у друштвеној својини и организацијама друштвених дјелатности које је једно вријеме свој основ имало, као што је речено, и у тада важећем Уставу СФРЈ и Закону о предузећима. То схватање је своју аргументацију тражило у несвојинском карактеру друштвене својине која нема свог јасно одређеног титулара, али и у недовољно израженом субјективитету органа који би закључивали колективни уговор, тј. организација синдиката и привредне коморе, који није адекватан статусу субјеката колективног уговарања у земљама тржишне привреде. То значи да је за несметану примјену колективних уговора у предузећима у друштвеној својини, сем утврђивања и дефинисања носилаца друштвене својине, потребно било и потпуно учвршћење нове концепције радних односа, положаја и улоге синдиката и удружења послодаваца, уређење поступка преговарања, мирења, посредовања и арбитраже у случају колективних спорова, уређивање права на штрајк и сл.

Закон о основама радних односа²¹⁾, слично измијењеним одредбама Закона о основним правима из радног односа о колективним уговорима, утврђује врсте колективних уговора, односно нивое њиховог закључивања. Као и претходни, и овај Закон утврђује два типа колективних уговора обзиром на ниво њиховог закључи-

20. Закон о измјенама и допунама Закона о предузећима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 46/90.

21. Закон о основама радних односа, "Сл. лист СРЈ", бр. 29/96.

вања. Закон разликује, наиме, колективне уговоре који се закључују на нивоу одређене територије, савезне и републичке, од колективних уговора који се закључују код послодавца. Према територијалном принципу колективни уговор се може закључити као општи и као грански (члан 73. Закона). Општи колективни уговор се закључује на нивоу републике, али, за разлику од решења ранијег савезног Закона, и на нивоу СР Југославије, а њиме се уређују права, обавезе и одговорности свих радника, али и свих послодаваца, као и међусобни однос субјеката колективних уговора. На тај начин се обезбеђује у начелу исти положај радника у републици, али и на територији СР Југославије без обзира гдје су засновали радни однос. Грански колективни уговор се закључује на нивоу федерације, односно на нивоу републике, и одређен је граном привредне или друштвене дјелатности, а не административним границама, иако се закључује за одређену територију. То су посебни колективни уговори који се закључују на нивоу групе или подгрупе и најзначајнија врста колективних уговора и главни ниво колективног преговарања у многим европским земљама. Ти колективни уговори треба да обезбиједи уједначеност услова рада за сва предузећа у грани. Зато израда система гранских колективних уговора у привреди треба да буде један од кључних праваца активности на подручју колективног уговарања.

Закон о основама радних односа, за разлику од претходног савезног Закона, не утврђује партнере, односно учеснике који закључују колективни уговор на нивоу одређене територије. То питање Закон оставља да се уреди законом, а то је закон о радним односима републике чланице. Тако, према Закону о измјенама и допунама Закона о радним односима²²⁾ у Црној Гори опште и гранске колективне уговоре за организације и послодавце из области привредних дјелатности закључују надлежни орган синдиката, надлежни орган привредне коморе, а за организације из области друштвених дјелатности, јавна предузећа и државне органе надлежни орган синдиката и Влада Црне Горе као надлежни орган друштвено-политичке заједнице (чл. 14. Закона). Синдикат је и у једном и у другом случају асоцијација која репрезентује раднике. Општи колективни уговор закључује заједнички орган савеза синдиката, односно свих синдиката на чије се раднике односи, док грански колективни уговор закључује надлежни орган синдиката радника у одређеној привредној грани. Те органе одређују статут и правила савеза синдиката. Но, у сваком случају репрезент радника као странке колективног уговора може бити једна синдикална организација, више синдикалних организација, синдикални савези, друге радничке организације, па чак и групе синдикално неорганизованих радника, којима је у правном систему призната правна способност да закључују колективне уговоре. Што се, пак, привредне коморе као субјекта закључивања општег и гранског колективног уговора на страни послодавца у области привредних дјелатности тиче, ту је ситуација мање јасна. Проблем је, наиме, у статусу тог облика повезивања и удруживања организација, јер све док њима посред-

22. Закон о измјенама и допунама Закона о радним односима, ``Сл. лист РЦГ``, бр. 28/91.

но управљају радници удружених предузећа управљајући радом и пословањем свог предузећа оне ће тешко представљати адекватног партнера синдикату у закључивању колективног уговора.

Слична је ситуација и са државом као репрезентом интереса послодавца у области јавних предузећа, установа и јавних служби у закључивању општих и гранских колективних уговора. Она није њихова асоцијација, али у недостатку удружења или друге организације ових послодавца којој би била дата правна и пословна способност да закључује колективне уговоре, компетентан партнер синдикату у закључивању колективног уговора може бити само надлежни орган државе одређен законом, у чијем интересу те асоцијације раде.

Закон о основама радних односа, слиједећи решења претходног савезног Закона, предвиђа да се колективни уговор закључује као општи за назначену територију, без његовог разликовања за привредне дјелатности, односно друштвене дјелатности, јавна предузећа и државне органе. Наиме, чланом 85. став 6. измењеног Закона о основним правима из радног односа било је предвиђено да се колективни уговор може закључити и као заједнички за организације и послодавце из области привредне дјелатности, организације друштвених дјелатности, јавна предузећа и државне органе. Тако је у Црној Гори закључен један заједнички општи колективни уговор²³), док је раније постојао као засебан за област привредних дјелатности и за област друштвених дјелатности, јавних предузећа и државних органа. У закључивању тог заједничког општег колективног уговора за обје области рада учествују органи који би учествовали и у закључивању посебних општих колективних уговора за сваку од тих области, а то су надлежни орган синдиката као представник радника, надлежни орган привредне коморе као представник организација и послодавца у области привредних дјелатности и надлежни орган друштвено-политичке заједнице као представник организација и послодавца у области друштвених дјелатности, јавних предузећа и државних органа.

Закон о основама радних односа, као што је речено, на истовјетан начин као и претходни савезни Закон, предвиђа да се колективни уговор може закључити и код послодавца (члан 75.). То је колективни уговор који се закључује на нивоу предузећа, установе или другог послодавца. Колективни уговор код послодавца закључује послодавац, односно директор ако је у питању предузеће, или друго правно лице и организација синдиката. Међутим, код предузећа у друштвено-својинским односима остају још увијек неке дилеме по питању колективног уговарања на овом нивоу. Може се, наиме, поставити питање легитимности тих органа као представника радника, односно капитала у улози преговарача. Што се тиче синдиката у закључивању колективног уговора у организацији учествује орган синдиката одређен правилима синдикалне организације који и иначе штити интересе радника. Али у закључивању овог колективног уговора партнер синдикату није асоцијација организација, односно послодавца, него сама организација, одно-

23. Општи колективни уговор, "Сл. лист РЦГ", бр. 35/95.

сно послодавац. У име предузећа овај колективни уговор закључује директор који, међутим, није власник, нити представник власника капитала, што његов субјективитет као учесника колективног преговарања чини недефинисаним.

(чланак примљен 24. II 2000.)

Dr. Dragoljub Drasković,
Faculty of Law, University of Belgrade

Collective Bargaining Agreement as an Instrument in the Regulation of Labour Relations

Summary

The paper discusses the role and the importance of the collective bargaining agreement in Yugoslavia's labour relations, as an instrument already present for over a century in the regulation of labour relations in the countries with market economy.

It has been established that collective bargaining agreement in Yugoslavia has been a legal institution that has been neglected for a long time, having been implemented only in the regulation of labour relations in private, cooperative joint venture companies. The collective bargaining agreement began to play a more important role with the Law on Basic Rights in Labour Relations of 1989, and then with the current Law on the Bases of Labour Relations, affirming it as an equivalent instrument in the regulations of labour relations regardless of the form of ownership over the means of production. However, the collective bargaining agreement has not yet obtained the character of the primary instrument in the regulation of labour relations, the role that it should play in a market economy. To provide uniform conditions of business activities in all types of ownership, and thereby working conditions therein, of special importance is implementation of the collective bargaining agreement also in the socially owned companies. However, in the collective bargaining agreements involving the employers conducting business with the socially owned means of production there are still ambiguities, especially in terms of legitimacy of the parties concluding it on behalf of workers and on behalf of capital bearers.

Key words: *labour relations, instruments for regulating labour relations, collective bargaining agreement, law, general enactment, parties to the collectives bargaining agreements, worker, trade union.*

*Др Дејан Попов,
Савезно министарство за пољопривреду*

UDK. 341.224
(прегледни чланак)

Правни режим коришћења међународних водотока

Резиме

Аутор је изложио тенденцију да се у савременом међународном водном праву коришћење међународних водотока заснива на принципима интегралног и рационалног коришћења вода, и то не само водотока који чини границу или је просечен границом две или више државе, него целог сливног подручја. На тим основама превазилази се доктрина апсолутног територијалног суверенитета прибрежних држава и развија се нова доктрина ограниченог територијалног интегралног коришћења на основу реципроцитетета и добросуседских односа у циљу остваривања оптималних користи од водопривредног потенцијала за све прибрежне државе и шире. У том циљу у међународном водном праву афирмисан је принцип правичног коришћења међународних водотока на основу егземпларно датих критеријума за расподелу заједничких користи чију квантификацију одређују прибрежне државе путем међународног споразумевања.

Кључне речи: *међународни водоток; апсолутни територијни суверенитет; ограничени територијални интегралитет; принцип правичног коришћења вода; критеријуми за расподелу заједничких користи; међународно споразумевање.*

І. Увод

У водном праву по дефиницији воде могу бити површинске и подземне. Површинске воде јесу текуће и стајаће воде. Подземне воде су воде које пониру кроз земљиште и воде које стоје или теку подземним каналима. Водоток је корито са водом која њиме протиче, а језеро је удубљење на земљи са водом која га испуњава. У овом раду наша разматрања превасходно се односе на водотоке који чине или пресецају државну границу (међународни водоток).

Упоредо са развојем привреде и друштва у целини, савремене потребе за водом условљавају свеобухватно и рационално коришћење међународних вода на целокупном сливном подручју. У таквим условима намеће се потреба за редефиницијом класичних доптринарних основа коришћења водопривредног потенцијала међународних водотока у заједничком интересу прибрежних држава.

У циљу унапређивања сарадње прибрежних држава поводом коришћења подељених вода, у међународном водном праву друге половине овог века веома интензивно су развијани критеријуми за расподелу користи од водопривредног потенцијала међународних водотока, као и институционална решења, механизми и процедура за остваривање сарадње и решавање спорних питања.

ІІ. Дефиниција међународних водотока

Сматра се да су у међународном водном праву увођењем појма "међународне реке и језера" у финалном актом Бечког конгреса од 1815. године, први пут интернационализоване подељене воде између две или више држава.¹⁾ У савременим условима, следећи потребе за рационалним коришћењем (међународних) водних ресурса, усвојена су бројна документа у којима се развијају принципи коришћења међународних водотока у заједничким интересима свих прибрежних држава.²⁾

Дефиниција међународних водотока садржи две групе елемената; прва група се односи на хидрографске особине водотока, а друга група обухвата садржаје који се тичу намене, односно облика коришћења вода водотока.

Хидрографске особине међународних водотока јесу следеће:

1) да водоток чини, протиче или се налази на границама између две или више држава;³⁾

1. На Бечком конгресу од 1815. године основана је Комисија за Рајну, а нешто касније и друге реке (Одра, Њемен, Елба и Везев) проглашене су међународним рекама за пловидбу. Париским споразумом од 1856. године интернационализоване су реке Рајна и Дунав, а Берлинским актом од 1885. године интернационализација је проширена на афричке реке Конго, Нигер, Замбези и друге.
2. В. нпр. Statement of Principles, International Law Association, Resolution of Dubrovnik, 1956; Hellsinki rules on the uses of the waters of international rivers, ILA, 1996; Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes, Хелсинки, 1992; UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of international Watercourses, New York, 1997.

2) да се водоток односи само на реке и/или језера, или се односи на међународно сливно подручје одређено као вододелницом ограничени систем вода, укључујући површинске и подземне воде које теку у заједнички терминус.⁴⁾

Намера, односно облици коришћења међународних водотока у ранијем међународном водном праву превасходно се односила на својство пловног пута које је представљало битан, конститутивни елемент појма међународне реке.⁵⁾ Касније, упоредо са развојем привреде и друштва у целини, међународни водотоци користе се не само за пловидбу, него и за производњу хидроенергије, за снабдевање водом привреде и становништва, за наводњавање и за друге намене, што је све условљавало успостављање сарадње између прибрежних земаља и одговарајуће међународноправно регулисање односа тих земаља поводом коришћења међународних водотока.⁶⁾ У таквим условима, а посебно због наглог развоја хемијске и прехрамбене индустрије, нагласак се све више ставља на заштиту вода од загађивања, тако да државе преузимају обавезе на заштити вода од загађивања.⁷⁾ Исто тако, у међународном водном праву одговарајућа пажња даје се и регулисању односа прибрежних држава поводом контроле поплава и регулисања токова вода у међународним водотоцима.⁸⁾

3. Дубровачка Резолуција, 1956, одељак I; Хелсиншка правила о коришћењу вода међународних река, 1966, члан 2; Declaration of Buenos Aires, Inter-American Bar Association, 1957, sec. I; Resolution on the Use of International Non – Maritime Waters, Salzburg, 1961, Art 2; Конвенција о заштити и коришћењу прекограничних водотока и међународних језера, 1992, члан 1. тачка 1; Конвенција Уједињених нација о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, Њујорк, 1997, члан 2, тачка б); кореспондентне одредбе познаје и наше водно законодавство: в. члан 1. Закона о основама режима вода од интереса за две или више република, односно аутономних покрајина и о међудржавним водама ("Сл. лист СФРЈ", бр. 2/74 и 24/76); члан 3. Закона о режиму вода ("Сл. лист СРЈ", бр. 59/98).
4. Резолуција о коришћењу неморских вода, Институт међународног права, Салзбург, 1961, преамбула, став 1; Хелсиншка правила о коришћењу вода међународних река од 1966. године чл. 1-3; Хелсиншка конвенција о заштити и коришћењу прекограничних водотока и међународних језера од 1992. године, члан 1. тачка 1; Конвенција УН о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, 1997, члан 2. тачке а) и б); за наше законодавство в. чл. 1, 3. и 4. Закона о режиму вода од 1998. године.
5. Завршни акт Бечког конгреса од 1815. године; Берлински акт од 1885. године; в. такође: др Милан Бартош, Међународно јавно право, књига II, Београд, 1956, стр. 64. и следеће.
6. Данте Цапонера у радовима: Тхе Лањ оф Интернационал Ватер Ресоурсес, УН, ФАО, Роме, 1980, п.4; Прекогранични водни ресурси и међународно право, "Правни живот", бр. 12/98, стр. 678.
7. В.нпр. Хелсиншка правила о коришћењу вода међународних река, 1966, одељак III-V, Конвенција о заштити и коришћењу прекограничних водотока и међународних језера, 1992, чл. 2, 3. и следећи.
8. The Helsinki rules, Articles on Flood Control, ILA, Report of the Fifty-Fifth Conference, New York, 1972; Regulation on the Flow of Water of International Watercourses, ILA, Belgrade Conference, 1980, Comitee on International Water Resources Law, p.p. 5-15.

III. Правни режим коришћења међународних водотока

У погледу правног основа за коришћење међународних водотока постоје бројна становишта.

Теорија суверености има заступнике са веома изнијансираним схватањима. Поједини, углавном старији теоретичари, заступали су доктрину апсолутног суверенитета прибрежних држава у коришћењу међудржавних водотока, без обавезе да се уздржавају од остваривања једностраних интереса. За разлику од ове, екстремне концепције, знатан број – особито савремених писаца, сматра да је ова сувереност ограничена, тако да је свака прибрежна држава дужна да при коришћењу дела водотока на својој територији води рачуна да не нанесе штету осталим прибрежним државама, позивају се на начело доброг суседства.⁹⁾

Према концепцији о коимперијуму, свака прибрежна држава има право да врши (заједничку) власт над делом мултинационалног воденог тока који протиче кроз територију суседне прибрежне државе.¹⁰⁾

Теорија заједничког добра (*res communes omnium*) полази од становишта да правни основ за коришћење мултинационалних водотока треба тражити у томе што они представљају заједничко добро свих држава. Ова концепција је, иначе, критикована и од Економске комисије Уједињених нација аргументацијом да је ово становиште преузето из римског права, чиме би се грађанско право држава неоправдано преносило механички у међународноправни поредак.¹¹⁾

Према теорији службености прибрежних држава, сматра се да постоји обавеза и право прибрежних држава на уздржавање или коришћење вода (негативне и позитивне службености). Тако се код нас наводи обавеза Југославије да снабдева водом неке италијанске општине по Уговору о миру из 1947. године.¹²⁾

У доктрини међународног права се нарочито истиче обичајно правно правило које забрањује свакој држави да на својој територији предузима све што јој конвенира на једној реци за коју је заинтересована и друга држава, под претњом одговорности за накнаду штете.¹³⁾

9. В. Тодор Цунов: Правни основ коришћења међународних вода, "Југословенска ревија за међународно право", бр. 1-3/66, стр. 174. и следеће; Moor: Digest of International Law, Washington, 1906, p. 654; J.L. Brierly: The Law of Nations, Oxford, 1963.

10. В. Sauser-Hall: L'utilisation industrielle des Meuves internationales, Recueil des Cours, Vol. 83, 1953, T. II, стр. 539-540.

11. В. Беерман – Quadir, ИА, Извештај на 47. Конференцији, Дубровник, 1956.год., стр. 222-223. и 546-551.

12. В. Милан Бартош: Међународно јавно право, књ. II, Београд, 1956. год., стр. 64 и следеће; Ј. Андраши: Међународно право, Загреб, 1961. год., стр. 134-137; Смиља Аврамов: Међународно јавно право, књ. I, Београд, 1968. год. стр. 154-162.

13. В. The Use of Waters of International Rivers, ИА, Report of the 46. Conference, New York, 1958., pp. 43-44, 83-84, 99-102; такође видети чл. 3, Споразума о Драви између Југославије и Аустрије од 1954. године, у коме се утврђује право обе државе да траже накнаду штете од друге стране која је проузроковала штету својим поступцима.

У савременом међународном водном праву видљива је тенденција напуштања принципа апсолутног територијалног суверенитета над подељеним водама и усвајања принципа који се заснивају на подели заједничке користи путем међусобне сарадње.

Принцип апсолутног територијалног суверенитета познат као Хармонова доктрина, подразумева неограничено право коришћења међународних вода у територијалним границама једне земље, без одговорности за последице на територији друге прибрежне државе.¹⁴⁾

Принцип суверенитета држава на њиховим територијалним водним ресурсима реafirмише се и даље у документима међународних организација, али су заинтересоване државе упућене на сарадњу око подељених водних ресурса путем елаборације политичких циљева, програма развоја, коришћења и заштите подељених вода.¹⁵⁾

У правној доктрини се истиче да држава има суверену контролу на међународним водама у оквиру њених граница, али да држава може вршити ову контролу са обавезом да има у виду ефекте на друге прибрежне државе; она треба да цени користи и штете од коришћења међународних вода, јер уз право на користи од међународних вода иде и обавеза на накнаду штете другој страни, будући да је право коришћења једне државе ограничено правом коришћења друге стране. На заједничким међународним водама постоји оптимални интерес за максимизирањем користи од тих водних ресурса, што упућује прибрежне државе на добросуседске односе и међусобно споразумевање без наношења (знатне) штете.¹⁶⁾ Светска банка према својој одговарајућој директиви, не може да финансира пројекте којима би могла бити нанета "знатна штета" другој прибрежној земљи, тако да прибрежне државе не могу користити средства ове банке пре него што заинтересоване државе о томе постигну споразум.¹⁷⁾ Стога се у доктринарној основи уместо теорија апсолутног територијалног суверенитета развијају теорије о ограниченом територијалном суверенитету над односним делом међународних вода, тако да свакој

14. Ова доктрина названа је по М. Хармону, министру правде САД и њеном генералном заступнику у решавању спорних питања коришћења међународних вода Рио Гранде и Колорадо са Мексиком 1895. године, који се залагао за фундаментални принцип међународног права а то је апсолутни суверенитет сваке државе на својој територији, тако да она нема одговорност или обавезу према другој држави поводом коришћења вода у границама њеног националног суверенитета. Па ипак, овај спор решен је на принципу правичног коришћења ових вода, о чему је закључен међудржавним споразум 1944. године.

15. В. ECE Decision D (XXXVII) on international cooperation on shared water resources, UN, ECE, 1982, p. 1; Cooperation Agreement for the protection of the coasts and waters of the north – east Atlantic against pollution, Official Journal of the European communities, No. L. 267/24, 28.10.1993., Art 11.

16. Дубровачка Резолуција, 1956, одељак III-V; Резолуција о коришћењу међународних неморских вода, Салцбург 1961, преамбула и члан 2.

17. Видети: Georg William Sherk, Patricia Wouters, Samantha Rochford, Ратови за воду у скорој будућности, "Правни живот", бр. 12798, стр. 691.

прибрежној држави припада одговарајући део заједничке користи на тим водама према споразуму заинтересованих држава.¹⁸⁾

На овим доктринарним основама у међународном водном праву утврђена је обавеза за државе чије територије чине део међународног водног подручја да сарађују на основама суверене једнакости, територијалног интегритета, вишестраних користи и добре вере ради добијања оптималне користи и адекватне заштите међународног водотока путем сарадње.¹⁹⁾

Од посебног значаја је овде истаћи да је у прилог теорији ограниченог територијалног интегритета ишла и међународна судска пракса, заузимајући став да државе на истом међународном водотоку имају у тој заједници интереса реципрочна права и обавезе.²⁰⁾

У погледу круга држава које имају легитимацију да користе међународне воде, већ смо на почетку показали да су то оне државе на чијем се делу територије налазе међународне воде, при чему овде наглашавамо да то нису само међународни водотоци него и међународна сливна подручја, и то не само површинске, него и подземне воде, што се у савременом развоју водопривреде све више показује рационалним са становишта јединства режима вода и интегралног управљања водама.²¹⁾ Међутим, у међународном праву се оправдано истиче да међународна сарадња у расподели заједничких користи на међународним водама не треба да се односи само на прибрежне државе водотока/сливног подручја, него и на државе које су чланице међународне економске организације којој припада и прибрежна држава, па и на државе које имају права или интереса за коришћење међународних вода.²²⁾

У погледу приступа расподели користи од међународног водотока, следећи принципе о добросуседским односима и савесном поступању, у релевантним изворима међународног права истиче се да ће прибрежне државе користити међународне воде на разуман, правичан, рационалан, оптималан и еколошки одрживи на-

18. Видети: International Association for Water Law, Recommendations of the Caracas Conference on Water Law and Administration, 1976, 52-c-I; Данте Капонера, Право међународних вода, УН, ФАО, Рим, 1980, стр. 16; Прекогранични водни ресурси и међународно право, "Правни живот", бр. 12/98, стр. 680.

19. UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, New York, 1997, Art. 8.

20. Такав став заузео је и Међународни суд правде у одлуци о територијалној компетенцији Комисије за реку Одер, према Dante Caponera: The Law of international water resources, UN, FAO, Rome, 1980, p.8.

21. В.нпр.: Дубровачка Резолуција, ПЛА, 1956, VIII; Резолуција о коришћењу међународних неморских вода, ПЛА, Салзбург, 1961, преамбула, став 1.; Хелсиншка правила о коришћењу вода међународних река, ПЛА, 1966, члан 2; Resolution on International Water Resources Administration, ПЛА, Madrid, 1976, Art. 1., Данте Капомера, Прекогранични водни ресурси и међународно право, "Правни живот", бр. 12/98, стр. 681.

22. Резолуција о управљању међународним водама, ПЛА, Мадрид, 1976, члан 3; УН, Европска економска комисија, Одлука о међународној сарадњи на подељеним водама, 1982, преамбула, став 4.; УН, Конвенција о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, Њујорк, 1997, члан 2, тачка ц).

чин, без приоритета у било којем облику коришћења вода – али са посебном пажњом према основним људским потребама.²³⁾ При коришћењу међународних вода, прибрежне државе ће предузимати све одговарајуће мере да спрече значајну штету другој прибрежној држави, а посебно човековој околини путем загађивања вода, на принципу "загађивач плаћа".²⁴⁾

У склопу општих настојања за рационално коришћење међународних вода, веома је важно истаћи принцип интегралног управљања водама који подразумева доношења одлука о оптималном (рационалном) коришћењу вода за све намене, као и заштиту вода од загађивања и уређење и заштиту од штетног дејства вода у исто време на датом сливном подручју.²⁵⁾

IV Расподела заједничких користи

У савременом међународном водном праву, како смо претходно показали, расподела заједничких користи од водопривредног потенцијала подељених међународних водотока заснива се на општим принципима добросуседских односа, без злоупотребе права и наносења значајније и трајне штете, тако да се међународне воде користе на правичан и разуман начин на основама међусобног споразумевања о подели заједничке користи и без изазивања спорова. У тим оквирима посебно се истиче потреба за добијање оптималног коришћења и адекватне заштите међународних водотока, превенција, редукција и контрола вода од загађивања, као и регулисање протицаја вода међународних водотока. У том циљу државе треба да сарађују на бази суверене једнакости, територијалног интегритета, вишестраних користи и добре воље.²⁶⁾ Како се види, решавање оптималног, правичног и разумног коришћења и заштите вода налази се у компромисном усклађивању принципа апсолутног територијалног суверенитета, према коме би друге прибрежне државе имале право на неизмењени режим тих вода у количини и квалитету. Као резултат ових усклађивања развијају се принципи ограниченог тери-

23. Декларација из Буенос Аиреса, 1957, одељ. I, тач. 1. и 2.; Резолуција о коришћењу међународних неморских вода, Салзбург, 1961, члан 3.; Хелсиншка правила, 1966, чл. 4, 7 и 8.; Хелсиншка конвенција, 1992, члан 2. тачке б) и ц); Конвенција о сарадњи на заштити и одрживом коришћењу реке Дунав, Софија, 1994, Увод, тачка 1.; Конвенција УН о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, Њујорк, 1997, чл. 5. и 10.

24. Дубровачка Резолуција, 1956., одељак IV; Њујоршка Резолуција 1958., члан 1.; Хелсиншка правила, 1966., чл. IX-X; Хелсиншка конвенција 1992., чл. 2. и 3.; Конвенција о сарадњи на заштити и одрживом коришћењу реке Дунав, Софија, 1994., увод – тачка 4., члан 6.; Конвенција УН о праву непловидбеног коришћења међународних водотока Њујорк, 1997., чл. 7. и 21.

25. Упоредити: Препоруке Конференције из Каракаса о управљању водама, Међународно удружење за водно право, 1976., члан 2., тачка б); Резолуција о управљању међународним водама, ИЛА, Мадрид 1976., чл. 1. и 3.; др Данте Капонера, Прекогранични водни ресурси и међународно право, "Правни живот", бр. 12/98, стр. 682.

26. Конвенција Ун о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, чл. 8/1, 21. и 25/1.

торијалног суверенитета и правичног и разумног коришћења међународних водотока.

У декларацијама и резулцијама асоцијација за међународно право, за реализацију принципа правичног коришћења међународних водотока, предлажу се одређени фактори које треба узимати у обзир приликом расподеле заједничке користи од водопривредног потенцијала међународног водотока. У појединим од тих докумената ови фактори дати су веома широко и непрецизно, али је било и покушаја да се они дефинишу што свеобухватније. Тако се, за случај да се не постигне сагласност разних земаља о њиховом праву коришћења предлаже да се решење заснива на принципу правичности, узимајући у обзир одговарајуће потребе држава, као и било које друге околности релевантне за неки појединачни случај²⁷⁾, док се у другом документу као основа узима право сваке државе да одржава статус постојећег коришћења подељених вода и да ужива та права у складу са релативним потребама односне државе у будућем развоју.²⁸⁾ У једној резолуцији Удружења за међународно право истиче се да би требало, поред осталих, размотрити следеће факторе:

1. право сваке државе на разумно коришћење вода;
2. широка зависност сваке државе од вода река;
3. компаративне социјалне и економске користи које припадају појединим и свим прибрежним државама;
4. ранији постојећи споразуми између заинтересованих држава;
5. претходно коришћење вода од стране поједине државе.²⁹⁾

Међутим, ово удружење је касније у другој резолуцији у погледу тога шта је разумна и правична подела користи од међународног сливног подручја, прецизније одредила специфичне водопривредне факторе које би требало размотрити, али не ограничавајући се само на њих, и то:

1. географија подручја, укључујући посебно ширину сливних подручја на територији сваке прибрежне државе;
2. хидрологију подручја, укључујући посебно доток вода са сваког државног подручја;
3. климатски утицај подручја;
4. раније коришћење вода сваке прибрежне државе;
5. економске и социјалне потребе сваке прибрежне државе;
6. зависност становништва од вода сваке прибрежне државе;
7. компаративне цене алтернативних начина задовољавања економских и друштвених потреба сваке прибрежне државе,
8. расположивост других извора;
9. избегавање непотребних расипања користи од вода сливног подручја;

27. Резолуција о коришћењу међународних неморских вода, Салзбург 1961, члан 3.

28. Декларација из Буенос Аиреса, 1957, члан 1. став 2.

29. Дубровачка Резолуција, 1956., члан 5.

10. практиковање накнаде једној или више прибрежних држава као начин решавања конфликта између разних облика коришћења;
11. степен до кога потребе прибрежне државе могу бити задовољене без проузроковања битне повреде другој прибрежној држави.

Квантификација вредности сваког од ових фактора одређивала би се према његовом значају у поређењу са другим релевантним факторима, при чему би се у одређивању шта је разумна и правична подела – сви релевантни фактори разматрали заједно и на бази целине.³⁰⁾ Ове ставове правне доктрине прихватиле су и развиле Уједињене нације својом конвенцијом, тако да је у међународном водном праву утврђен јасан путоказ за споразумевање прибрежних држава о подели користи од водопривредног потенцијала међународних водотока.³¹⁾

У погледу штете због коришћења међународних водотока, асоцијације за међународно право су заузеле становиште да је свака прибрежна држава дужна да се уздржи од стварања промена постојећег режима вода на делу сливног подручја друге прибрежне државе којима се умањују могућности коришћења тих вода, те да су прибрежне државе одговорне за накнаду штете ако она из тога наступи.³²⁾ Међутим, Удружење за међународно право је ово питање ставило у контекст свих релевантних фактора за расподелу заједничких користи од водног потенцијала, тако да се прибрежне државе споразумевају и о степену до којег потребе прибрежне државе могу бити задовољене – без проузроковања битне штете другој прибрежној држави.³³⁾ Овакво становиште прихваћено је и у конвенцији Уједињених нација у којој се прибрежне државе обавезују на предузимање свих одговарајућих мера да спрече проузроковање значајне штете другим прибрежним државама, а ако значајна штета ипак буде учињена – држава која је штету проузроковала биће дужна да предузме све одговарајуће мере да елиминише или смањи такву штету, односно да размотри питање накнаде штете.³⁴⁾ Како се види, у међународном праву одговорност за накнаду штете као да је еволуирала у оквиру принципа разумног и правичног коришћења, тако да би се оштећени на њу позивао само ако и када је штета "значајна". Просуђивање да ли је штета значајна јесте ствар конкретне случаја, али се овде отвара питање да ли економски јаче прибрежне државе форсирањем једностране изградње водопривредних објеката на међународном водотоку могу ипак обезбедити значајне предности у коришћењу вода, будући да пратећа штета до нивоа "значајне штете" иде на терет друге прибрежне државе и да економски јача страна има по свом положају предности у одређивању обима

30. Хелсиншка правила о коришћењу вода међународних река, 1966, члан 5.

31. Конвенција УН о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, Њујорк, 1997, члан 6.

32. Дубровачка Резолуција, 1956, члан 4; Декларација из Буенос Аиреса, 1957, члан 1. став 3; Резолуција из Салцбурга, 1961, члан 4.

33. Хелшинска правила, 1966, члан 5, став 2.

34. Конвенција о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, 1997, члан 7.

"значајне штете", као и због могућности да доминантним коришћењем заједничког водотока релативно лако компензира штету која из тога произилази.

V. Међународно споразумевање

У међународном водном праву постоји изграђени целокупни систем међународног споразумевања прибрежних држава о коришћењу вода у међународном сливном подручју.

Полазећи од значаја мирног решавања разлика између прибрежних држава, на основу реципроцитета, добре вере и доброг суседства, заинтересоване државе ће на захтев било које стране приступити међусобној сарадњи и у том циљу оствариваће потребне консултације.³⁵⁾ Прибрежне државе ће размењивати информације, међусобно ће се обавештавати о намераваном грађењу и могућем утицају планираних мера на режим међународних вода, како би се створили услови за преговарање о предметним питањима.³⁶⁾ У том циљу они могу основати заједничка тела ради прикупљања релевантних података, утврђивања заједничких мониторинг програма, међусобних консултација и заједничке координације, регулаторних и извршних функција, као и правосудних и других функција, са одређеним бројем чланова овог тела, начином њиховог избора и процедуром за доношење одлука.³⁷⁾ У том смислу потребно је истаћи да и Међународна банка за обнову и развој финансирање пројеката на међународним водама условљава претходним споразумом заинтересованих прибрежних држава и у том циљу може именовати и своје експерте ради постизања одговарајућег аранжмана којим би се спречила "знатна штета" другој прибрежној држави.³⁸⁾

Уколико прибрежне државе не постигну споразум путем преговарања, оне за решавање спорних питања могу образovati заједничку комисију којом ће обезбедити све потребне информације за доношење одлуке по процедури коју она сама утврди, с тим да трошкове спора сноси заинтересоване стране. Одлука комисије о спорном питању за прибрежне државе није обавезна.³⁹⁾

35. Recommendations on the Procedures concerning Non – Navigational Uses, Hamburg, 1960, art. 1; Хелшинска конвенција, 1992, члан 10., Конвенција УН о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, 1997., члан 10.
36. Резолуција из Салцбурга, 1961., чл. 6. и 7.; Хелшинска правила, 1966, члан 29.; Мадридска Резолуција, 1976, члан 2.; Конвенција Ун о непловидбеном коришћењу међународних водотока, 1997., чл. 11 – 19., 33/1.
37. Мадридска Резолуција, 1976, Анекс – Водич за установљење управе за међународне водне ресурсе; Хелшинска Конвенција, 1992, члан 9.; Конвенција УН о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, 1997., члан 8. став 2. Marcella Nanni: Правно – институционална питања слива Аралског мора, "Правни живот", бр. 12/98, стр. 727.
38. др Славко Богдановић: Светска банка и међународни водни ресурси, "Правни живот" бр. 12/98, стр. 709 –711, G.W.Sherk и други: Ратови за воду у скорој будућности?, "Правни живот", бр. 12/98, стр. 691.

Ако прибрежне државе не прихвате одлуку заједничке комисије о спорном питању или на други начин не постигну споразум о коришћењу вода на међународном водотоку, оне ће спорно питање изнети на решавање арбитражи и Међународном суду правде, с тим да ако су стране у спору прихватиле оба начина решавања спора – спор се може изнети само Међународном суду правде, осим ако се стране другачије не договоре.⁴⁰⁾

Арбитража у спорним питањима око коришћења међународних водотока регулисана је у међународном водном праву на веома уједначен начин. Прибрежне државе ће извршити нотификацију предмета спора, са знаком који члан међународне конвенције је у питању. *Ad hoc* арбитражни трибунал састоји се од три члана, од којих свака страна именује по једног члана, а ови бирају заједнички путем споразума трећег члана за председника, с тим да ако то не учине – њих ће одредити инокосни орган (Извршни секретар Економске комисије за Европу, односно председник Међународног суда правде). Арбитражни трибунал одлуке доноси у складу са одредбама међународног права и по процедури коју ће сам утврдити. Трошкове спора носе стране у спору на равне делове. Арбитражни трибунал коначну одлуку доноси у року од пет месеци од дана његовог конституисања и ова одлука је коначна, уколико се странке у спору унапред не договоре о жалбеном поступку.⁴¹⁾

Међународни суд правде уопште, па и у материји међународних вода, у доношењу одлука примењује право међународних конвенција које се односе на заинтересоване државе; међународне обичаје као евидентну општу праксу прихваћену као право; опште принципе права признате од цивилизованих народа; судске одлуке и учења најугледнијих публициста разних нација, као допунски извор права.⁴²⁾

Сматрамо да би правила о правичној подели користи од водопривредног потенцијала међународног водотока путем споразумевања прибрежних држава требало сходно примењивати и у односима између држава чланица у оквиру савезне државе, односно кантона и провинција.⁴³⁾

39. Препоруке о процедури за непловидбено коришћење, 1960, чл. 2. и 3.; Хелсиншка правила, 1966, чл. 33. и 34.; Конвенција УН о непловидбеном коришћењу међународних водотока, 1997., чл. 33.

40. Декларација из Буенос Аиреса, 1957, члан 1.; Препоруке о процедури непловидбеног коришћења, Хамбург, 1960, члан 4.; Резолуција о коришћењу међународних неморских вода, Салцбург, 1961, члан 8.; Хелсиншка правила, 1966, члан 34; Хелсиншка Конвенција, 1992, члан 22.; Конвенција УН о праву непловидбеног коришћења међународног водотока, 1997., члан 33. став 10.

41. Препоруке о процедури непловидбеног коришћења, Хамбург, 1960, члан 3. (д.), 5-7; Хелсиншка правила, 1966, члан 34-36; Хелсиншка конвенција, 1992., члан 22 и Анекс IV . Арбитража; Конвенција УН о праву непловидбеног коришћења међународних водотока, 1997., члан 33. став 10. (б) и Анекс-Арбитража.

42. В. члан 38. Статута Међународног суда правде.

VI. Закључак

Савремени развој водопривреде заснива се на принципима интегралног управљања водама и рационалног коришћења вода, тако да је коришћење међународних вода неопходно остваривати не само на одређеном ограниченом водотоку, него на целокупном сливном подручју међународног водотока. На тим основама превазиђена је класична теорија апсолутног територијалног суверенитета прибрежних држава на односном делу сливног подручја међународног водотока, тако да се развија нова доктринарна основа ограниченог територијалног суверенитета, полазећи од принципа мирног решавања спорних питања на основу реципроцитета и добросуседских односа у циљу постизања оптималних користи од вода на целокупном сливном подручју међународног водотока.

На доктриналној основи ограниченог територијалног суверенитета изграђен је принцип правичног коришћења вода као својеврсни израз оптималног/рационалног привређивања на одређеном сливном подручју међународног водотока, без наносења знатне материјалне штете прибрежним државама. Следећи позитивна искуства у развоју водопривредних односа прибрежних држава, у међународном водном праву – нарочито у резолутивним ставовима асоцијација за међународно право и у конвенцијама ширег, универзалног значаја – учињен је велики допринос да се принцип правичног коришћења вода остварује упућивањем прибрежних држава на примену егземпларно и оквирно датих критеријума за расподелу заједничке користи од међународног водотока, при чему би се заинтересоване државе међусобно споразумевале о квантификацији тих критеријума, већ према значају појединих критеријума у поређењу са другим релевантним факторима и разматрајући те критеријуме појединачно и на бази целине.

У међународном споразумевању прибрежних држава оне ће остваривати међусобне консултације, размену потребних информација о намеравању грађењу и могућим последицама на режим вода тих држава, а могу у том циљу основати и заједничку комисију. Уколико прибрежне државе не постигну споразум путем преговарања, оне за ту сврху могу образовати заједничку комисију. Ако оне не прихвате одлуку ове комисије или не постигну споразум на други начин, спорно питање изнеће се на решавање пред *ad hoc* арбитражу или Међународни суд правде, у складу са међународним водним правом и по прописаној процедури.

(чланак примљен 25. XI 1999.)

43. В. шире: др Дејан Попов, Актуелни проблеми коришћења међурејубличких и међународних вода, "Право и привреда" бр. 3-4/98; Уставноправни режим вода у Савезној Републици Југославији и упоредно право, "Правни живот", бр. 12/98; Видети у том смислу и одлуке националних судова о примени принципа правичности у коришћењу граничних вода између кантона, односно држава – према: Dante Caponera, *Some General Conventions, Declarations and Resolutions...*, FAO, UN, Rome, 1980., p. 20.

Dejan Popov, Ph.D.
Federal Department of Agriculture

Legal regime of utilization of international water sources

Summary

The author has presented the tendency in the contemporary international water law whereby utilization of international water sources is based on the principles of an integral and rational utilization of waters, and that not only water sources making a boundary or cut off by a boundary of two or more countries, but of the whole river basin. On these bases the doctrine of absolute territorial sovereignty of the river bank countries is transcended and a new doctrine of limited territorial integrity is developed on the basis of reciprocity and friendly relations among neighboring countries for the purpose of achieving optimal benefits from water resources for all countries within the river basin and wider. To this end the international water rights affirm the principle of just utilization of international water sources on the basis of exemplary criteria for distribution of joint benefits whose quantification is determined by the countries within the river basin by means of international agreements.

Key words: *international water sources, absolute territorial sovereignty, the principle of just utilization of waters, criteria for distribution of joint benefits, international agreements.*

Bojana Žižić, LL.M.

UDK 347.78:681.3
(прегледни чланак)

Choice of laws regarding copyright infringement occurring over the Internet in the light of international jurisprudence and practice

The false can never grow into truth by growing in power

Rabindranath Tagore

Резиме

Овај рад се бави изучавањем повореде ауторског права које настајућа активношћу преко Интернет. Проблематика која се у дејалне разматра су тешкоће при одређивању које би се право требало применити (право које државе) приликом ипакве повореде.

*Рад даље демонстрира да је због саме природе Интернет врло тешко, а понекад и немогуће лоцирати где је повореда ауторског права настала. Због тога је традиционални, на физичкој локацији базиран и широм света прихваћени прилаз проблему - *lex loci delicti* неприменљив и неадекватан.*

Кључне речи: повореда ауторског права, Интернет, иерихоријалности, сукоб закона, надлежности, право земље (месна) где је повореда настала, право земље (месна) где суд заседа

Until very recently, choice of law issues in copyright disputes arising over the Internet have been rarely dealt with by the courts, legislatures and copyright scholars all over the world.

This paper examines choice of laws and related conflict of jurisdiction issues for copyright infringement occurring over the Internet in the light of scarce international jurisprudence and practice under the Berne Convention.

A) The Nature and Origin of the Internet

The Internet (Cyberspace) is a globally and easily accessible new medium defined as a combination of the network, the users, the information and the programs intended for the dissemination of information.¹⁾

Cyberspace, the electronic super-highway or the Internet, as it is commonly referred to in short, even in non-English speaking parts of the world, is a globally networked, computer-sustained, computer-accessed and computer-generated multidimensional virtual reality, the use of which increases tremendously on a day by day basis.²⁾

There are many networks that make up Cyberspace. Each of them is administered and financed separately by governments, universities and different commercial Internet Service Providers.³⁾ In order to access the Internet, the user has to get connected to the network through an Internet Service Provider. The Internet Service Provider enables users to access regional networks and high capacity networks (backbones.) The Internet is, in general, self-governing since there is no global government management of it.⁴⁾

The Internet originated from a military attempt to secure links among computers in order to preserve information and communications in case of a catastrophe. The United States Department of Defence created a computer network in order to make military information easily exchangeable. Soon after that, universities in the US were connected to the network. Lastly, commercial online services started to provide the general population with access to Cyberspace.⁵⁾ Today, millions of people use the Internet all over the world.

At the beginning, the Internet was intended to support research and education. As a result, in its early stage nobody seriously thought about the legal aspects of Cyberspace and its hidden challenges. However, the importance of the Internet grew considerably. This growth is attributable to the Internet becoming more profit and commercially oriented than

1. P. Hoffman., *Internet, Instant Reference* (Alameda: Sybex, 1994) at xi.
2. Katharina Boele-Woelki, "Introduction" in K. Boele-Woelki & Catherine Kessedjian, eds., *Internet, Which Court Decides?, Which Law Applies?* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) v.
3. M. Burnstein, "A Global Network in a Compartmentalized Legal Environment" in Katharina Boele-Woelki, "Introduction" in K. Boele-Woelki & Catherine Kessedjian, eds., *Internet, Which Court Decides?, Which Law Applies?* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) 23.
4. Ibid.
5. A. Knoll, "Any Which Way but Loose: Nations Regulate the Internet" (1996) 4 Tul. J. Int'l & Comp. L. 275 at 2.

education and research focused.⁶⁾ Advertising, the purchase and sale of goods and services with electronic payment over the Web are examples of booming Internet commercialisation.⁷⁾ The importance of the Internet's legal implications increased exponentially as well.⁸⁾

B) Legal Wrongs Over the Internet: Problems with the Internet and Territoriality

People use the Internet, for among other purposes, to find information, to upload materials, to communicate, to buy, and to sell. Thus, many torts and other wrongs that occur elsewhere now take place over the Internet as well. Legal problems such as defamation, hate speech and pornography occur on the Internet. However, these problems are beyond the scope of this paper which deals only with copyright infringement.

Private international legal problems on the Internet arise largely because of the multinational and simultaneous access which the Internet permits to material on it. Users cannot be expected to know the relevant laws of every country which their Internet use touches and, thus users cannot anticipate which state's law they may violate by using the Internet.

For example, posting something on the Internet in the US might be legal, while the same content in Germany might constitute hate speech.⁹⁾ Posting something on the Internet generally means making the posted content accessible to everyone in the world that has a access to the Internet. It can be difficult, costly and sometimes impossible to restrict distribution of materials on the web to selected people or countries.¹⁰⁾

In addition, persons interacting through the Internet are sometimes completely unaware of each other's physical location. Even if an E-mail address suggests a particular physical location, users of the Internet can arrange for e-mail addresses on servers located in countries other than the country in which they are located. As well, the owner of a domain name can request that the domain name be associated with a different machine in another place from that with which the domain name had previously been associated. The domain location on the Internet remains ostensibly unchanged, but the physical location of the computer files associated with that same domain name may be thousands of miles away from where the files were originally located. In this way the domain name owner may, deliberately or inadvertently conceal the physical location of his domain. Again, this

6. See general H. H. Perritt, "Cyberspace and State Sovereignty" (1997) 3 J. Int'l Legal Stud.

7. C. P. Gaumer, "Conflicts, the Constitution and the Internet" (1998) 86 Ill. B. J. Illinois Bar Journal at 2.

8. M. Burnstein, "A Global Network in a Compartmentalized Legal Environment" in Katharina Boele-Woelki, "Introduction" in K. Boele-Woelki & Catherine Kessedjian, eds., *Internet, Which Court Decides?, Which Law Applies?* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) 23.

9. H. H. Perritt, "The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance" (1998) 5 Ind. J. Global Legal Stud. 423 at 3.

10. M. Burnstein, "A Global Network in a Compartmentalized Legal Environment" in Katharina Boele-Woelki, "Introduction" in K. Boele-Woelki & Catherine Kessedjian, eds., *Internet, Which Court Decides?, Which Law Applies?* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) 23.

explains how it is impossible to be sure of the physical location of the Internet users and sites.

This can lead to unexpected jurisdictional conflicts. For example, a Canadian based company might sell digital books over the World Wide Web, which can be accessed in every country with Internet access. The Canadian company gives access only to books in which copyright in Canada has lapsed. A buyer in Germany might order a book, the distribution of copies of which in Germany infringes German copyright. The Canadian company, aware only of the E-mail address of the buyer, might not realize that the buyer is located in Germany. In good faith, the Canadian seller sells the book to the German buyer.¹¹⁾ Under the copyright law of most jurisdictions a person can be subject to copyright infringement liability despite the fact that he committed a copyright violation without knowing of the protection of the work under copyright.

C) The Courts' Approaches to Choice of Law, Copyright and the Internet

1) Traditional Non-Internet Approach Applied: the Internet and Territoriality

The courts world-wide apply established choice of law (*lex loci delicti*) rules to torts committed via the Internet.¹²⁾ The concept of the national copyright law applying on a territorial basis has been fundamental to the traditional resolution of conflicts of laws problems in copyright infringement cases, as well. The territorial approach is reflected in the traditional place of infringement test of choice of law, and in the controversies about the contexts, if any, in which domestic copyright law can have some extraterritorial application.

As an illustration of traditional jurisdictional approach, Ryan Yagura finds that the Internet has physical locations, i.e., a territory, which permits the application of conflicts and copyright territoriality theory:

Cyberspace does not lack physical location any more than does telephone system. For example, information on the Internet still travels through communication lines and hardware, each with fixed locations around the world. The web sites and information are not stored in "cyberspace," but on tangible computer storage media. Further, users have physical locations from which they connect to the Internet and interact with others. The Internet is basically a technologically advanced communications network and the courts should treat it similarly to other communications systems in their personal jurisdiction analyses.¹³⁾

11. J. L. Goldsmith, "Against Cyberanarchy" (1998) 65 U. Chi. L. Rev. 1199 at 3.

12. C.P. Beall, "The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet," (1997) 15. J. Marshall J. Computer & Info. L. 361 at 1.

13. R. Yagura, "Does Cyberspace Expand the Boundaries of Personal Jurisdiction?" (1998) 38 IDEA: J.L. & Tech. 301 at 1.

However, this paper will show that many commentators dispute this view of the Internet and its implications for choice of law doctrine in Internet copyright infringement cases.¹⁴⁾

2) Conflict of Laws and Copyright Infringement Occurring Through the Internet

In this section the rules applied in determining choice of law issues and related jurisdiction questions in cases of copyright infringement over Cyberspace will be considered.

A hypothetical case will be examined in which a person in the US copies and uploads copyrighted material to a commercial internet service provider whose headquarters and Internet server computers are located in Hungary. From that server in Hungary the copied material becomes accessible world-wide to other Internet users. Persons in Germany and in China download the work.

The copyright owner who is a Russian national wants to bring a suit for copyright infringement. The potential defendants include the US uploader of the work, and Hungarian online service to which the US infringer uploaded the copied work, and which service made the copied work accessible to users and downloaders in places such as Germany and China. Other defendants might be those who accessed and downloaded the work in Germany and in China.¹⁵⁾

Bringing infringement actions against the individual users in Germany, China and other countries may well seem impractical and uneconomic. While the US uploader may be a more viable defendant, it may be difficult to locate the person responsible for the uploading.¹⁶⁾ In addition, there might be concerns about the financial resources of such person, and the plaintiff's ability to collect on a judgement.

Thus, it may often appear that the Internet service provider, in our hypothetical case Hungarian company, is the most obvious defendant to choose. In a single legal action, the plaintiff may be able to hold such a provider financially accountable for the use of the copied work by all Internet users who have accessed and downloaded the work from that server. As a business, the Internet service provider might have a stream of business income and/or assets that could be made subject to judgement enforcement processes. The plaintiff would have to physically locate the Internet service provider, but as a service business the provider may have revealed its physical location as a necessary aspect of doing business.

a) Jurisdictional Problems

A preliminary question briefly noted here is that of jurisdiction; namely, in which forum can the plaintiff bring the suit.

In the hypothetical case, the plaintiff can certainly sue the online service in Hungary, the place of the defendant's corporate domicile. However, since the plaintiff is Russian, he

14. See below.

15. J. C. Ginsburg, "Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure" (1995) 42. J. Copyright Soc'y U.S.A. 318 at 2.

16. See above in this Chapter for reference to the difficulties of identifying the location in which Internet uses are located.

would probably prefer to sue in Russia in order not to be exposed to additional costs by bringing a suit in forum distant from his domicile. Whether he should try this depends in part on whether the Hungarian online service has any property in Russia. If it does, the plaintiff may be able to enforce a Russian court decision against that property.

However, if the online service has no assets in Russia, the plaintiff might have a problem with enforcement of any Russian court judgement. He should look into Hungarian legal rules concerning the enforcement of foreign judgements to see if Hungarian courts would execute a Russian judgement. If Hungarian courts are not prepared to do so, there would be nothing that the Russian court could do to enforce its judgement. Therefore, it would be impractical to sue in Russia under these circumstances.

Suing in Russian court might be not only impractical, but also impossible. This could happen if, according to the Russian law, a foreign entity outside Russia is not amenable to a suit in Russia.¹⁷⁾ In this case, the plaintiff would have to sue either in Hungary, or find some other forum for his action. That could be difficult for a copyright owner who does not have enough resources to pursue a claim in a foreign country. Subsequently, his copyright might remain unprotected due to the lack of an available forum or due to the lack of adequate foreign judgement enforcement provisions.

The Preamble of the Berne Convention states that the countries of the Union have agreed to "protect in as effective and uniform a manner as possible" the rights of copyright owners.¹⁸⁾ In cases such as the above hypothetical, protection may not be "effective". What can be done to secure higher levels of actual copyright protection in such cases of infringement over the Internet?

In order to fight international online piracy in the most effective way, should reception theory (see below) for choice of law be applied to choice of jurisdiction as well? Could copyright infringers be amenable to law suits wherever the infringing emission was or was capable of being received?¹⁹⁾ Since material uploaded on the Internet is very frequently capable of being received in every country with access to the Internet, such a rule would often result in the plaintiff being able to bring an action in his own country.

This would lead to cost and inconvenience for a foreign defendant who would be required to travel to the plaintiff's country to defend the action. However, if the plaintiff is limited to suing in the country of the defendant's domicile, the plaintiff will face added financial hardships which may limit his ability to pursue the claim.

While the issue is beyond the scope of this paper, I would be sympathetic to broad international jurisdictional competencies in copyright related claims regarding the Internet. The plaintiff should not be precluded from pursuing legitimate claims due to insufficient resources to litigate in a foreign country. Rules on costs could discourage plaintiffs' abuses

17. This hypothetical case is not based on the existing legal rules in the mentioned countries. The rules are invented in this particular context in order to bring more flexibility and clarity to the introduced example.

18. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Text 1971).

19. J. C. Ginsburg, "Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure" (1995) 42. J. Copyright Soc'y U.S.A. 318 at 3.

of liberalised jurisdictional rules and protect defendants if the plaintiff's claims prove unsustainable.

A final note is that expanding rules of jurisdictional competence such that the plaintiff's national court is more often competent to hear an extraterritorial copyright case does not solve all of the plaintiff's problems in securing justice with respect to his copyright infringement claim. If the plaintiff does secure a judgement from his national courts he will still face the problem of having that judgement executed against the defendant. If the defendant does not have assets in that jurisdiction, the plaintiff will have to seek enforcement of the judgement in some foreign jurisdiction in which the defendant does have assets. The enforcement of foreign copyright judgement is beyond the scope of this paper. However, it is important to stress that perfecting the choice of law rules alone would not resolve all of the legal and practical problems facing would-be litigants in international copyright infringement cases.

b) Choice of Laws and Copyright Infringement Problems

As Jane Ginsburg has noted, "there is no such a thing as 'international copyright'; instead, there are a multiplicity of national copyright regimes."²⁰ In examining the choice of law problems emerging from copyright infringements occurring through the Internet, note Article 5(2) of the Berne Convention:

Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by **the laws of the country where protection is claimed.**²¹ [Emphasis added]

Article 5(2) vaguely suggests a choice of law rule. The meaning of the wording "the laws of the country where protection is claimed" is subject to various interpretations, and there is no agreement as to what that country is.

i) Forum Law

A logical interpretation of Article 5 might be that the choice of law is that of the country of *forum* since the copyright owner claims protection there. Parant believes that the easiest solution to identify which country's law will apply to the entirety of multinational copyright claims would be to apply the forum law. Some believe that this approach would probably be the most accurate interpretation of the "laws of the country where protection is claimed" in Article 5 of Berne.²² In addition, it would be most convenient for the forum court to apply its domestic law, with which the judges are most familiar to the entire claim. This solution would simplify choice of law problems, though that law could apply even if no copyright violation had taken place in the forum country.

20. Ibid.

21. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Text 1971).

22. V. L. Parant, "Thwarting Internet Pirates in 'Intellectual Property Havens'" (1997) 15-Fall Ent. & Sports Law. 20 at 2.

A choice of law rule which directs the application of the forum law, itself begs the question of what is an acceptable forum in an Internet copyright infringement matter. In the section above on jurisdiction it was noted that the traditional criterion of jurisdiction is that the defendant must be subject to the personal jurisdiction of the court. Under this approach, as Ginsburg has stressed, the choice of forum will be independent of a choice of law considerations.²³⁾

A choice of law rule which applies the law of the forum, may encourage forum shopping among plaintiffs who would seek to bring actions in jurisdictions with the most favourable law for their cases.²⁴⁾ Similarly, there is a possibility of manipulation of the rule by the defendant who might try to preempt the choice of forum and thus of law, by, for example, seeking a declaratory judgement in an “intellectual property haven.”²⁵⁾

ii) The Law of the Country Where the Infringement Took Place - *Lex Loci Delicti*

However, most commentators disagree that Article 5(2) of the Berne Convention points to the *forum* country.²⁶⁾ They claim that “the country where protection is claimed” is “the country for which protection is demanded against infringing acts that are transpiring there.” This refers to the place of injury or *lex loci delicti*.²⁷⁾

However, *lex loci delicti* choice of law rule is imperfect, especially in the context of infringement through the Internet, since the rule points to more than one possible country. According to Virginie Parant, the “country where protection is claimed” might be understood alternatively, either as the country of emission,²⁸⁾ or country of upload of the infringing works, or the country of reception, or country of download of the infringing works.²⁹⁾

Defining the *lex loci delicti* as the country of emission or as the country of reception could yield different results in the same circumstances. For example, assume that an Internet user copies copyright protected material and posts it on the Internet in a country A. From country A this copy becomes accessible world-wide. Users in country B accesses this site in country A and receives copies of the work in country B. Assume also, that copyright in the work in the country A has expired. Assume on the other hand, that copyright in the work still subsists in country B.³⁰⁾

23. J. C. Ginsburg, “Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure” (1995) 42. J. Copyright Soc’y U.S.A. 318 at 11.

24. Ibid.

25. Ibid.

26. J. C. Ginsburg, M. L. Janklow, “Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks” (Geneva, 1998).

27. Ibid.

28. The country of emission approach is incorporated in Satellite Directive by the European Union and European Commission’s Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society.

29. V. L. Parant, “Thwarting Internet Pirates in ‘Intellectual Property Havens’” (1997) 15-Fall Ent. & Sports Law. 20 at 2.

30. W. Grosheide, “Experiences in the Field of Intellectual Property” in Katharina Boele-Woelki, “Introduction” in K. Boele-Woelki & Catherine Kessedjian, eds., *Internet, Which Court Decides?, Which Law Applies?* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) 35 at 43.

In the hypothetical case, if the law of the country of emission is to be applied, that is country A, the defendant would not be liable for copyright infringement since copyright in the work has lapsed there. However, if the law of the country of reception is applied, that is the law of country B, the defendant would be liable for infringement as copyright still subsists in the work in that country. This example is simplified, of course, in order to illustrate how a different choice of law rule can lead to completely different legal outcomes.

No international convention stipulates precisely what *lex loci delicti* means, and how to identify it. The two approaches to defining *lex loci delicti* in the Internet context, the place of emission or the place of reception, are examined more closely below.

a) The Country of Emission or the Country From Which the Alleged Infringement Originated

Defining the *lex loci delicti* as the country of emission (country of upload or the country of origin) has an apparent advantage of simplicity and relative clarity. The rule suggests that the court will apply only one law in a multinational copyright infringement case, the law of the one country of emission. This approach has an apparent advantage over the defining the *lex loci delicti* as the countries of reception, as under the latter approach a multiplicity of possible choices of law might result from the same act of emitting or uploading the material.³¹⁾

However, the country of emission approach to defining the *lex loci delicti* may have only apparent relative clarity as it is not always easy to identify the country of emission in Internet infringement cases.

Place of Emission as Website of Upload: The Problem of Multiple Upload Sites

An Internet communication can be, and often is provided from many different sites and places. If each such website is a point of origin, the question arises of whether there is the potential for as many choices of law as there are places of such websites.³²⁾ Attempting to limit the number of such choices by, for example, defining the country of emission as the country where the first publication or dissemination of the particular copy of the work occurred, may be of limited success. The copyrighted material may often be uploaded onto multiple websites simultaneously. Do all such sites qualify as the first site of upload and emission?³³⁾ If this is the case, this method has the same disadvantage as the country of reception approach - how to select one out of many potentially applicable laws.

-
31. P. E. Geller, "Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World" (1996) 20 Colum. B VLA J. L. & Arts. 571 at 11.
 32. The incidental nature of choosing law on the basis of the place of the particular website used to access the copy of the work is emphasized by the fact that it may be largely coincidence which site a particular user has chosen from which to download the infringing copy. The connection particular place to particular infringing events is coincidental.
 33. P. E. Geller, "Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World" (1996) 20 Colum. B VLA J. L. & Arts. 571 at 12.

Place of Emission as Place of Initiation Upload

One of the suggested solutions would be to apply the law of the place where the initiation of the upload of the infringing copy took place.³⁴⁾ For example, in the US, in multinational copyright infringement cases apart from the Internet, there is a so-called "root copy theory." Some courts in the US (as in *Update Art. v. Modiin Publishers*)³⁵⁾ apply US law to the entire international copyright claim, provided that the basic (root) act of infringement took place within the US. The reason for the application of the US law in this case is the belief that extraterritorial infringement is a direct consequence of the originating, or "root", copyright violation which occurred³⁶⁾ in the US. That concept can correspond to the country of the initiation of the upload approach.

The idea behind these theories is to trace the multinational communication of a work to a single originating point. Then, the choice of law is to apply the law of the country of point of departure.³⁷⁾

However, this theory has been attacked by many scholars, including Graeme Austin. Where the US is the place of initiation of the upload of the infringing copy, he has stated that: "US law should be confined to US borders; copies or transmissions received outside the US should be judged by the laws of the countries of receipt."³⁸⁾ Furthermore, some have seen the American courts as ready to manipulate the application of the root copy theory to maximize the application of US law to multinational disputes. The courts, it is said, tend to apply the root copy theory when the root copy originates in the US, which leads to application of the US law by the American court. However, when a root copy appears to have originated in some other country, to enable copies to be made in the US, the American courts appear less ready to apply a root copy theory to justify the application of the foreign law of the place of origin of the root copy. As noted by Professor Janklow:

US courts seem considerably more territorially inclined when applying the law of the country of the initiating act would lead to the application by a US court of a foreign law that would exculpate an act which US law would hold infringing.³⁹⁾

Place of Emission as Nationality of the Author of the Infringed Work

Some writers have suggested tracing the ultimate initiation of course of infringing events to the authoring of the infringed work. Thus, country of emission becomes the coun-

34. J. C. Ginsburg, M. L. Janklow, "Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks" (Geneva, 1998).

35. *Update Art. v. Modiin Publishers*, 843 F. 2d 67 (2d Cir.1998).

36. J. C. Ginsburg, "Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure" (1995) 42. J. Copyright Soc'y U.S.A. 318 at 10.

37. Ibid.

38. J. C. Ginsburg, M. L. Janklow, "Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks" (Geneva, 1998).

39. Ibid.

try of origin of the work. An author might produce a work over time while located in several different countries. Thus, some suggest simplifying this approach by referring to the country of nationality of the author of the copyrighted work. However, this choice of law rule may be subject to the objection that the connection between the nationality of the author of the work, and the events of infringing copying and dissemination may be quite remote. As well, a rule of nationality of the author can also point to multiple jurisdictions, if several authors from different countries may author a work of joint authorship over the Internet. Thus, authorship would point to more than one country. The rule of nationality of the author(s) would be further complicated in application as the various national laws of the countries of possible joint authors could define the form of collaboration which yields joint authorship and resulting ownership of copyright differently.⁴⁰⁾ In such a case we would first have to choose a law in order to use a law to determine who is an author of the work. If the choice of law rule is that we use the law of the nationality of the authors, we have a circular logic problem - we can't identify that law until we identify who is an author and we can't choose a law by which to determine authorship until we have identified the author(s).

Country of Emission and Intellectual Property Havens

Copyright infringers may seek to avoid liability by performing their infringing activities in "intellectual property havens."⁴¹⁾ Such avoidance can be practised with respect to infringing activity on the Internet.

If the *lex loci delecti* is clarified by defining it as the country of emission, and if the country of emission is further clarified by defining it as the country of the initiation of the upload, a copyright avoidance strategy is suggested. Would-be infringers who seek to avoid infringement liability might choose to locate in an intellectual property havens, that is, a jurisdiction in which the substantive copyright law, and copyright enforcement processes were most favourable to the uploader.

Virginia Parant has suggested a possible clarification and possible amelioration of the evasion potential in treating the country of emission as the country of initiation of the upload. She suggests defining the country of emission as the country where the service provider, through which access to the infringing copy is provided, is located. Amelioration would occur if intellectual property havens tended to lack sufficient Internet communications infrastructure to be places in which service providers would be likely to locate.

As a last resort, to bypass a choice of law that would grant no copyright protection to the author in the particular case, Parant recommends a public policy approach to choice of law.⁴²⁾ That is, the country of choice of law would be that to which public policy pointed in the circumstances of the case. I think that there could be nothing worse than such a public

40. P. E. Geller, "Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World" (1996) 20 Colum. B VLA J. L. & Arts. 571 at 12.

41. For more about this see pg. 86-87.

42. V. L. Parant, "Thwarting Internet Pirates in Intellectual Property Haven" (1997) 15-Fall Ent. & Sports Law. 20 at 2.

policy approach. The meaning of public policy is vague and unpredictable. Such an approach would leave too much room for manipulation of cases in the courts, and would not lead to predictability of outcomes as public policy can be differently construed and can change quickly.

b) The Country of Reception

The law of the country of reception is an alternative interpretation of the Article 5(2) of the Berne Convention as the place in which copyright protection is claimed. The law of each country in which the Internet emission is received would be applied to that reception. Consequently, each and every country would be in a position to apply its laws since the Internet is accessible everywhere.⁴³⁾

Applying the law of each country of receipt would be consistent with a widely-held concept of international copyright law: that there is no international copyright law as such, but rather a collection of national copyright laws, bound by the Berne Convention into a multilateral non discrimination (national treatment) accord.⁴⁴⁾

An argument in favour of the country of receipt approach to choice of law is that the location of the servers of emission might be completely fortuitous in the process of transmissions through the Internet. Thus, the country of origin approach makes no particular sense in terms of connections to the actual infringing uses of the protected work. In contrast, the countries of reception are those in which the effects of unauthorised reception are felt and, thus, this approach is more appropriate to apply.⁴⁵⁾

However, applying the laws of the countries of reception might be seen as creating anomalies. The copyright laws of the various countries of reception might differ considerably. If the law of countries of reception is applied in a single action against defendants located in several different countries, the case becomes more complex, and there may be the disquieting phenomenon of similarly factually situated defendants, except for place of receipt, being subjected to quite different outcomes on the issue of infringement, reflecting the different law applied in the same case. The need to apply the different laws of places of reception might lead to multiple actions in which the differing laws were applied to defendants who were similarly situated but for place of reception.

iii) Author's Residence

There is another possible approach to defining the *lex loci delicti* as denoting the place where the harm was felt. The harm is to, first, the author's personality (violation of moral rights) and second, to his financial situation (infringement upon the economic rights). Both

43. Ibid.

44. J. C. Ginsburg, M. L. Janklow, "Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Global Digital Networks" (Geneva, 1998).

45. Ibid.

of these harms the author feels in the place of his residence. In the case in which the copyright owner is a juridical person, the harm is felt at its principal business establishment.⁴⁶⁾

Most commentators agree that this method is simple, but inappropriate for two reasons. First, it may deprive the parties of being able to predict their liabilities, as the place of residence of the author may be unknown, changing or fortuitous. Second, some find this method somewhat paradoxical as there may be no real connection between the author's place of residence and the place of dissemination, the place of receipt or the place of the forum:

it may be in tension with the law of a forum that has exercised jurisdiction on the basis of a territorial connection between the forum and the claim. On the one hand, the author is asking the forum to exercise jurisdiction over the defendant because the defendant sent the work from or made the work available in the forum. The author will also asking the court to forbid dissemination of the work from or into the forum, and to award damages for any copies already disseminated. But on the other hand, the author would not be asking the court to determine whether defendant's act was wrongful under the forum's law if the forum is not that of the author's residence.⁴⁷⁾

D) Further Comment on Choice of Law Rules and the Internet

Legal writers such as David Johnson and David Post⁴⁸⁾ fear that existing choice of law rules cannot provide appropriate guidance for legal issues concerning Cyberspace.⁴⁹⁾ One of the reasons for their apprehension is the fact that all choice-of-law doctrines rely on physical location and the principle of territoriality.⁵⁰⁾ Subsequently, multinational legal disputes must be regulated by choice of law rules that select a governing law in a particular case (e.g. by *lex loci delicti* or by the law of the country where the parties to the dispute are located.)⁵¹⁾ According to this viewpoint, it is illegitimate for the law of one nation to regulate activities that occur, in whole or substantial part, in another jurisdiction.

This position further finds that it is impossible to detect physical location in the virtual world since the Internet knows no borders.⁵²⁾ Communication through the Internet is not dependent upon transportation and, thus, states cannot stop such communications at the border.⁵³⁾ For example, Internet transmissions are often disseminated simultaneously in

46. Ibid.

47. Ibid.

48. For more see D. R. Johnson and D. Post, "Law and Borders the Rise of Law in Cyberspace" (1996) 48 *Stan L Rev.* 1367.

49. J. L. Goldsmith, "Against Cyberanarchy" (1998) 65 *U. Chi. L. Rev.* 1199 at 1.

50. C.P. Beall, "The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet," (1997) 15. *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 361 at 1.

51. J. L. Goldsmith, "Against Cyberanarchy" (1998) 65 *U. Chi. L. Rev.* 1199 at 1.

52. C.P. Beall, "The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet," (1997) 15. *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 361 at 1.

many different places all over the world.⁵⁴⁾ Jane Ginsburg wonders: “Without physical territoriality, can legal territoriality persist?”⁵⁵⁾

Ginsburg’s line of reasoning, therefore, concludes that the lack of a physical location for Internet related legal disputes make traditional conflict of law rules inoperative. Application of traditional choice of law principles would inevitably lead to extraterritorial application of national laws. This would be unacceptable according to the same traditional approach.

Specifically, in a digital environment, while we can make hard copies of works, for example, on disks, tape, or paper, we can also address them as soft data packets to terminals across the world almost instantaneously by giving our computers simple commands. Here courts can no longer play the game of localising infringement under the shell of one national law or another, since the same act can put the same work, not just in one country at a time, but in many countries at once. To choose between such laws when they conflict in cyberspace, courts might consider a more flexible analysis.⁵⁶⁾

As a result of these difficulties, David Johnson and David Post are convinced that governments should not seek to regulate the Internet at all. They argue that Cyberspace should simply be self-regulated by its participants.

A contrasting argument, to the same ultimate effect, is offered by Professor Herbert Kronke who claims that instead of “there is no there, on the Internet,”⁵⁷⁾ the reality is “everywhere is there on the Internet.”⁵⁸⁾ If this is true, as I believe it is, this acknowledgement does not simplify, but complicates conflict of laws problems in the context of the Internet.

A further observation made is that regulation of the local effects of Internet activities would extend to other jurisdictions since the uploaded material often appears simultaneously and is equally accessible all over the world.⁵⁹⁾ There is a widely shared opinion among scholars that spillover effects in the other jurisdictions would be negative.⁶⁰⁾

To illustrate this concern, I will refer again to the example of a work being posted on the Internet from Canada, which work is not copyright protected under Canadian law. That

53. K. Aoki, “Considering Multiple and Overlapping Sovereignties: Liberalism, Libertarianism, National Sovereignty, ‘Global’ Intellectual Property, and the Internet” (1998) 5 *Ind. J. Global Legal Stud.* 443 at 1.

54. V. L. Parant, “Thwarting Internet Pirates in ‘Intellectual Property Havens’” A (1997) 15-Fall *Ent. & Sports Law.* 20 at 1.

55. J. C. Ginsburg, “Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure” (1995) 42. *J. Copyright Soc’y U.S.A.* 318 at 2.

56. P. E. Geller, “Conflicts of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World” (1996) 20 *Colum. B VLA J. L. & Arts.* 571.

57. M. Burnstein, “Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace”, (1996) 29 *Vanderbilt J. Transn’l L.* at 75.

58. H. Kronke, “Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace” in Katharina Boele-Woelki, “Introduction” in K. Boele-Woelki & Catherine Kessedjian, eds., *Internet, Which Court Decides?, Which Law Applies?* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) at 65.

59. J. L. Goldsmith, “Against Cyberanarchy” (1998) 65 *U. Chi. L. Rev.* 1199 at 3.

60. *Ibid.* at 1.

work is received and downloaded by an Internet user in Germany where the work is protected by copyright. In this case, the judge has two options: to apply Canadian law that offers no protection to the work, or to apply German law and protect the work. In this hypothetical case there is a legitimate concern that, if German law applies (e.g. if reception theory is adopted), it would extraterritorially regulate the behaviour of the Canadian book company. The Canadian company would at least have to modify its Canadian web site so as to detect and prevent access by Internet users in Germany. Given the difficulties in doing this the Canadian book company might decide that it would be easier and safer to delete the contentious work entirely from its Canadian web site. The German law would then, in effect have restricted the defendant's activities in Canada, since the book company would have stopped selling the work everywhere, even in Canada, due to the chilling effect of the German copyright infringement threat.⁶¹⁾

Finally, some commentators point to a fairness requirement in applying copyright law which requires the parties to have some reasonable opportunity to understand the legal effects their activities have under copyright law, as a condition of liability. When that liability may be incurred in any of the many countries with Internet users, this fairness requirement that potential copyright liability be reasonably predictable or at least reasonably determinable is impossible to satisfy. In the example, the Canadian book company did not know to whom it had sold digital books, and had no opportunity to advert to the possibilities for German copyright liability. Is it not unfair to hold that company liable for a German copyright violation under these circumstances?

Problems with the existing choice of law rules suggest to some commentators that the Internet cannot be effectively regulated by national laws at all. Thus, Cyberspace should remain self-regulated according to some legal thinkers.⁶²⁾ For example, James Boyle argues that no governmental regulation is appropriate to solve Internet related legal disputes.⁶³⁾ However, I believe that this view effectively advocates ignoring disputes which arise over the Internet, rather than proposing an efficient way of alleviating the problems. The effect would not be to accommodate Internet users, but to leave them without adequate means to protect their interests. Instead of controlling infringers, this approach would make them uncontrollable. Why do these commentators urge the abandoning the effort to find a viable legal approach for disputes in Internet's multiterritorial or omniterritorial environment? Does this reflect a belief that no solution can be found or that a satisfactory solution requires a very demanding analysis?

There are other thinkers who, while acknowledging the inappropriateness of the existing choice of law regulations regarding the Internet, disagree with the idea that the Internet should remain self-regulated. They believe that the problems can be solved with new and different rules for the Internet.⁶⁴⁾ Some of these commentators think that the solution

61. J. L. Goldsmith, "Against Cyberanarchy" (1998) 65 U. Chi. L. Rev. 1199 at 3.

62. See general J. L. Goldsmith, "Against Cyberanarchy" (1998) 65 U. Chi. L. Rev. 1199.

63. J. Boyle, "Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired Censors" (1996) 66 U. Cin L Rev 177.

should be sought either in the unification of choice of law rules or in “*lex cyberalty* (a unified, substantive law of the Internet).”

To conclude, it is becoming increasingly obvious that traditional, *lex loci delicti* approach as a choice of law rule in copyright infringement disputes arising over the Internet should be abandoned as inoperative and ineffective solution. It is up to legal doctrine and practice to establish a new rule that would be more appropriate for accommodating the problems of international copyright infringement in the context of the Internet.

(чланак примљен 05. II 2000.)

Bojana Žižić, LL.M.

Choice of laws regarding copyright infringement occurring over the Internet in the light of international jurisprudence and practice

Summary

This paper deals with copyright infringement occurring over the Internet. The problems that are examined in-depth are difficulties that arise in determining which law (the law of which country) should rule such an infringement case.

*The paper further demonstrates that due to the nature of the Internet, it is difficult and sometimes impossible to locate the place where copyright infringement occurred. Therefore, traditional, on the physical location based and world-wide accepted *lex loci delicti* approach is inappropriate and inadequate.*

Key words: *copyright infringement, the Internet, territoriality, choice of laws, jurisdiction, *lex loci delicti*, *lex fori**

64. For example Matthew Burnstein advocates 3 potential solutions to the problem. For more see M. Burnstein, “A Global Network in a Compartmentalized Legal Environment” in Katharina Boele-Woelki, “Introduction” in K. Boele-Woelki & Catherine Kessedjian, eds., *Internet, Which Court Decides?, Which Law Applies?* (The Hague: Kluwer Law International, 1998) 27.

МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

Међународна регулатива

Нова верзија *INCOTERMS*-а

Од почетка године 2000. ступиле су на снагу нове трговачке транспортне клаузуле Међународне трговинске коморе - *Incoterms 2000*.

Међународна трговинска комора је још 1936. објавила прво издање збирке правила за тумачење трговачких термина. Ова правила позната су под називом "*Incoterms*", а уз назив је бројком означавања година објављивања сваке касније редакције (1953, 1980, 1990). У пракси се, често, уз број године додаје и број брошуре МТК у којој је верзија правила објављена. *INCOTERMS* се објављују на више језика, али се енглеска верзија сматра оригиналном.

У пословним трансакцијама *Incoterms* су широко прихваћени и представљају најраспорстрањенија правила која се користе у међународној трговини. Значај термина проистиче и отуда што се заснивају на уговорној пракси. МТК, наиме, истражује и сабира пословну праксу, али је на одређени начин и редигује те формулише у целовит систем, прилагођен савременим потребама. Утемељеност правила на пракси и доводи до потребе да се термини чешће мењају, јер на новине у међународној трговини (па и у оном техничком, оперативном смислу, у методу одвијања трансакција) утичу многи фактори.

Од објављивања претходне верзије (*Incoterms 1990*) прошло је 10 година. У њу су, у односу на до тада примењивану верзију, биле уграђене новине које простичу из електронског начина пословања и нових облика транспорта. Све клаузуле (њих 13) биле су груписане у четири групе, означене словима *E*, *F*, *C* и *D*, и поређане према растућим обавезама продавца.

У најновија правила (донета после десетогодишње примене претходних) такође су уграђени захтеви и достигнућа међународне трговачке праксе. Сви термини су, према скраћеним ознакама, остали, иначе исти као и у претходној верзији:

EXW Ex Works франко фабрика

<i>F</i>	<i>FCA</i>	<i>Free Carrier</i>	франко превозник
	<i>FAS</i>	<i>Free Alongside Ship</i>	франко уз бок брода
	<i>FOB</i>	<i>Free on Board</i>	франко брод
<i>C</i>	<i>CFR</i>	<i>Cost and Freight</i>	цена с возарином
	<i>CIF</i>	<i>Cost Insurance Freight</i>	цена с осигурањем и возарином
	<i>CPT</i>	<i>Carriage Paid To</i>	возарина плаћена до...
	<i>CIP</i>	<i>Carriage Insurance Paid</i>	возарина и осигурање плаћени до...
<i>D</i>	<i>DAF</i>	<i>Delivered at Frontier</i>	испоручено на граници
	<i>DES</i>	<i>Delivered Ex Ship</i>	испоручено франко брод
	<i>DEQ</i>	<i>Delivered Ex Quay</i>	испоручено франко обала, царина плаћена
	<i>DDU</i>	<i>Delivered Duty Unpaid</i>	испоручено неоцарињено
	<i>DDP</i>	<i>Delivered Duty Paid</i>	испоручено, царина плаћена

(У наредним бројевима часописа биће детаљно приказани *Incoterms 2000* и новине које они садрже).

Решавање међународних спорова

Елементи арбитражне клаузуле/споразума

Арбитража све више постаје метод решавања спорова из међународних привредних односа. Осавременјавају се прописи о арбитражи или о грађанском поступку у делу који се односи на арбитражу у многим земљама, пракси се прилагођавају правилници сталних арбитражних институција, сачињена су правила за поступак пред *ad hoc* арбитражама, на основу међународних конвенција које се тичу арбитраже развила се значајна пракса, а оне су предмет тумачења и правне науке.

Но, и поред оваког замаха и све чешћег прибегавања арбитражи, у уговорној пракси још има несналажења у погледу формулисања арбитражних клаузула или арбитражних споразума. Арбитражне клаузуле или споразуми имају такве недостатке који, понекад, могу довести до тога да се првобитна намера страна да своје спорове подвргну арбитражи може осујетити, тј. до тога да се арбитража не може засновати (непризнавање надлежности арбитраже која није прецизно означена, одбијање да се именује арбитар, тешкоће да именовани арбитри одреде трећег члана већа, одуговлачење са одговором на тужбу, претерано дуг период решавања спора, непрецизно одређивање задатка арбитраже односно граница овлашћења итд.).

Следећи списак питања може да послужи као подсетник о материји коју треба размотрити и регулисати уговорним одредбама о арбитражи (нека од питања односе се само на *ad hoc* арбитражу, јер су, код сталних арбитража, уређена самим арбитражним правилником изабране арбитражне институције):

Обим овлашћења арбитраже (енгл: scope of the clause): Ова одредба је важна, јер се њом одређују границе питања о којима је арбитража овлашћења да одлучује - прекорачење ових граница може довести до поништаја арбитражне одлуке (која се сматра домаћом), односно до одбијања признања (стране) арбитражне одлуке..

Избор врсте арбитраже (избор арбитражне институције/правилника): Избор између сталне и повремене (*ad hoc*) арбитраже врши се изричитим избором арбитражне институције чија се надлежност уговара односно позивањем на њен пра-

вилник, или израдом сета правила која, у случају опредељења за *ad hoc* арбитражу, треба да надоместе оно што уобичајено стоји у арбитражним правилницима сталних арбитража (постоји и UNCITRAL-ов правилник за коришћење на повременим арбитражама који се у уговорну клаузулу уноси једноставним цитирањем).

Избор права (енгл. *choice of rules/laws*): У погледу избора материјалног права упутно је да стране изричито изврше избор права чију примену желе или имају у виду при закључењу уговора. Но, ако не изврше изричит избор права, њихову вољу “надоместиће” (утврдити) арбитра, по правилима Међународног приватног права (изналажењем права које је “најтешње повезано” са односом у питању, путем “карактеристичне престације” итд.) односно на основу упутстава из арбитражног правилника који примењују (према члану 46 Правилника о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије: право на које упућују колизионе норме чију примену арбитража сматра најприкладнијом у том случају). Карактеристика арбитраже је да странке могу овластити арбитражу да спор решава по начелу правичности (*ex aequo et bono, comme amiables compositeurs*).

Број арбитра, начин именовања, орган именовања (енгл. *number of arbitrators, appointment/nomination of arbitrators, appointing authority*): Стране треба да одреде број арбитра који ће да решава спор. Правило је да је тај број непаран. Уобичајено је да се стране опредељују за три арбитра (по једног именује свака страна, а трећег бирају тако именовани арбитра), али се наилази и на случајеве опредељења за једног арбитра. Уколико се стране одреде за сталну арбитражу, у одредбама правилника редовно се налази решење за одређивање броја арбитра ако то стране нису саме учиниле (стална тела арбитражне институције одређују број арбитра – арбитра појединца за спорове испод одређене вредности).

Када уговарају примену правилника сталне арбитражне институције, стране су ослобођене бригае око састављања одредби о начину одређивања арбитра, јер су та питања уређена свим правилницима. Уколико се опредељују за *ad hoc* арбитражу, овим питањима морају посветити посебну пажњу. Поред одредби о томе како именују своје арбитра, стране морају уговорити и ко ће именовати арбитра ако то тужена страна не учини сама односно ко ће одредити трећег арбитра ако арбитра које именују стране не успеју да се око тога питања договоре – морају одредити тзв. орган именовања.

Место одржавања арбитраже (енгл. *choice of venue, place of arbitration*): Овом одредбом стране не одређују само место где ће арбитража заседати, већ се за ту чињеницу најчешће везује и примена процесног права. У новијим арбитражним правилницима се не тражи да арбитра стварно и заседају приликом доношења одлуке у одређеном месту, већ се сматра да су одлуку донели у месту које су стране одредиле, без обзира где је стварно одлука донета (могуће је да се арбитра и не налазе у истом месту, већ да међусобно комуницирају путем поште или неким од савремених средстава саобраћања).

Важно је за седиште арбитраже изабрати место у држави која је прихватила Њујоршку конвенцију о признању и извршењу страних арбитражних одлука, јер

се на тај начин олакшава евентуално признање и извршење одлуке ван земље у којој је донета.

Језик арбитраже (енгл.: *language of arbitration/proceedings*): Већина арбитражних правилника даје могућност арбитрама да одреде језик на коме ће се поступак водити. Но, саветује се да овај избор стране изврше саме да би језик поступка одговарао језику којим се служе стране, на коме је састављен уговор, на коме су комуницирале за време неговог извршења и сл.

Искључење двостепености (енгл.: *finality, exclusion of right of appeal*): Арбитражни прописи у већини држава искључују могућност улагања правних лекова против арбитражних одлука, али има и оних који дозвољавају овакву могућност (постоје и ретке арбитражне институције које имају механизам за двостепено одлучивање). Отуда се у арбитражним клаузулама редово налази одредба у којој се изричито наводи намера страна да искључе двостепеност (јер је један од разлога за прибегавање арбитражи и скраћивање периода у коме се спор решава). UNCITRAL-ова арбитражна правила за *ad hoc* арбитраже не искључују, на пример, двостепеност, па је потребно да странке то изричито учине. Члан 26.9 Правилника Лондонског суда за међународну арбитражу и члан 28(6) Арбитражног правилника Међународне трговинске коморе искључују било који облик обраћања странке незадовољне арбитражном одлуком суду. Исту одредбу садржи и Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у члану 54 ("Арбитражна одлука је коначна и против ње нема места жалби").

Рок за доношење одлуке (енгл.: *time limit for making award*): Корисна одредба у арбитражним клаузулама може бити она којом стране одређују рок у коме се поступак мора завршити. Поставља се питање да ли ће се сматрати да су арбитражи поступили мимо граница задатка ако овај рок прекораче (у скоријој судској пракси у неким земљама је заузет је потврдан одговор на ово питање). У арбитражном правилнику југословенске Спољнотрговинске арбитраже одређен је рок од 12 месеци од дана конституисања арбитражног већа за доношење арбитражне одлуке (члан 43.1).

Остале одредбе: Стране могу одлучити да, према околностима конкретног случаја, у одредбе о арбитражи унесу и неке друге углавке – на пример, о квалификацијама арбитра (да морају да су правници или стручњаци одређеног профила), о обавези претходног спровођења поступка мирења и др. Поједине посебне уговорне ситуације често налазе одраза и у одредбама о арбитражи - на пример, код вишестраних уговора, или у ситуацијама када се на једној страни у спору налази више лица, или када одлука из једне арбитраже има утицаја на односе између других лица везаних за сложени уговорни однос (одлука у спору између инвеститора и главног извођача и однос главног извођача са подизвођачима итд.).

Прикази

Слобода пружања услуга у Европској унији

Слобода вршења услуга једна је од четири основне слободе на којима се темељи Европска унија; успостављање и функционисање унутрашњег тржишта, поред слободног промета робе, кретања лица и трансфера капитала, подразумева и слободу пружања услуга.

Слобода пружања услуга обухвата право правних и физичких лица која су настањена (имају седиште, држављанство или пребивалиште на територији неке од држава-чланица Уније) да уђу на територију друге државе-чланице и да тамо стално или привремено пружају услуге, односно да услуге пружају из своје државе лицима на територији других држава-чланица, или да примају услуге, без било каквих забрана и ограничења која би произилазила од унутрашњег законодавства или административне праксе, под истим условима као и домаћа лица, ако се тиме не крше одредбе о праву настањивања. Начелом слободе пружања услуга обухваћене су и услуге које пружају тзв. samozапослена лица, за чије вршење није потребно стално настањивање, већ само привремени боравак (услуге лекара, архитеката, адвоката). Слободу вршења услуга уживају како држављани држава-чланица, тако и предузећа која су основана у складу са прописима неке од држава чланица и која имају своје регистровано седиште, главну управу или главно место пословања унутар Уније. Погодностима које пружа слобода вршења услуга могу се користити и предузећа основана на територији неке државе-чланице од стране предузећа трећих држава, уз услов да активност таквих компанија показује реалну и сталну везу са привредом државе-чланице. Што се тиче права држављана (физичких лица) из трећих држава нечланица, уговором о оснивању Заједнице односно Уније предвиђено је да ће и они моћи уживати ову слободу, ако су настањени унутар Уније, али тек када се донесу посебни прописи Уније (дакле, ово право им није аутоматски гарантовано, а посебни прописи, који би проширили либерализацију и на држављане трећих држава још нису донети).

Појмом слободе вршења услуга обухваћен је и случај да прималац услуге долази из своје државе у државу даваоца услуге у којој прима конкретну услугу. Овде се ради о праву или слободи лица да примају услуге од давалаца који се налазе у другој (својој) држави, или о “пасивној” или “негативној” слободи вршења услуга. Иако одредбе Уговора о оснивању не садрже изричито овај аспект слободе, право корисника из једне државе-чланице да отпутује у државу даваоца услуга и да тамо прими или искористи услугу под истим условима као и домаћи држављанин признато је у судској пракси правосудних органа Уније.

За вршење услуга није потребно стално настањивање, већ само привремени боравак. У томе је разлика између права настањивања и обављања самосталних делатности личним радом и права слободног вршења услуга на територији друге државе-чланице. Оба права се односе на привредну или професионалну активност која се обавља уз накнаду; код права настањивања (право отварања радње, право оснивања компаније) у другој држави-чланици ствара се стална веза физичког или правног лица са државом настањивања за сврхе обављања привредне активности и стицања добити, док код права слободног вршења услуга давалац услуга задржава везу тј. остаје настањен у својој држави (односно остаје са седиштем, управом у држави оснивања ако је правно лице) чак и када трајно пружа услуге у некој другој држави-чланици на основу склопљеног уговора, а не само привремено.

Под услугама се у смислу уговора о оснивању подразумевају оне услуге које нису обухваћене одредбама о слободном кретању лица и слободном промету робе и капитала (одредбе о слободи вршења услуга се не примењују на услуге које су регулисане одредбама о слободи промета робе, капитала и лица). Уговор наводи да услуге обухватају услуге индустријског, трговинског и занатског карактера, као и услуге које се пружају обављањем слободних професија (одредба уговора користи израз “нарочито”, из чега се закључује да је ово набрајање извршено примера ради). При том, уговор поставља услов да се те услуге обављају (“по правилу”) уз накнаду. Одредбе о слободи пружања услуга се не примењују на делатности које су у некој држави, макар и повремено, повезане са вршењем јавних овлашћења. Слободно вршење услуга је подвргнуто изузецима на основу заштите јавног поретка, јавне безбедности и здравља. У прописима те другим документима Уније помињу се различите услуге у контексту отварања прекограничног промета без дискриминације. Усвојена су бројна упутства која се односе на конкретне услуге које су разврстане према Стандардној класификацији свих економских активности. Услугне гране, према најчешћој подели и груписању услуга, обухватају: финансијске и пословне услуге, саобраћај, телекомуникационе и информационе услуге.

У сектор финансијских услуга, од почетка разговора на тему њихове либерализације, сврставају се: банкарство, осигурање и промет хартија од вредности. Одскора се део ових услуга развија као посебна целина – тзв. инвестиционе

услуге, у које се сврстава и промет тзв. дериватима, као посебним финансијским инструментима.

Пословне услуге обухватају: услуге инжењера и сродна подручја (услуге архитеката, урбаниста, грађевинских, машинских и електроинжењера, quantity surveyor-а, и др.), услуге руковођења (management-а), економску пропаганду, везе са јавношћу (public relations), обраду података, истраживање и развој (R and D), рачуноводствене услуге (вођење књига, ревизија рачуна). Пословне услуге укључују и услуге попут угоститељства, комуналног чишћења, служби сигурности итд. Ове услуге називају се још и практичним, локалним или оперативним те традиционалним услугама. Неке од пословних услуга се сврставају у посебну групу - у тзв. професионалне услуге (у које улазе, на пример, пружање правне помоћи, услуге лекара, ветеринара, фармацеута и сл.), дакле, које врше припадници слободних професија, у смислу да су организовани у професионална удружења, да постоје правила струке и норме професионалног понашања.

У саобраћајне услуге убрајају се: друмски саобраћај, ваздушни превоз, поморски транспорт и саобраћај на унутрашњим воденим путевима.

Телекомуникационе и информационе услуге обухватају услуге везане за нову телекомуникациону и информациону опрему и технологију.

Услуге у још неким привредним областима, од посебног значаја за Унију, сигурно се могу сврстати у подручје услуга за сврхе разматрања могућности размене преко граница држава и једнак третман давалаца услуга, без обзира на држављанство односно националну припадност. Ту спада пре свега туризам, који обухвата читав низ делатности, послова и активности које се шире у оквирима Уније без препрека на границама.

Јављају се и потпуно нове врсте услуге, које треба убрзано регулисати како би се тржиште услуга отворило у целини (аудиовизуелне услуге, комерцијализација информација).

Препреке које отежавају слободан промет услуга налазиле су се односно налазе се у врло различитим областима и сегментима законодавства, политике и праксе земаља-чланица. Неке од тих препрека су директне, а друге су посредне, неке су очигледне, остале су прикривене. Општа карактеристика многих услуга била је да су државе (или професионална удружења, својом "саморегулативом"), у оквиру своје регулативне улоге, најчешће то именујући као мере сигурности и економичности, заправо ограничавали приступ на тржиште. Те рестрикције су, пак, озбиљно умањивале конкуренцију, подизале цене, смањивале ефикасност и даваоце услуга остављале без правог тржишног изазова. Циљ европске интеграције у тим гранама је, с тога, јасно изоловање мера које се тичу стандарда економичности и сигурности од питања доступности тржишта.

На дневном реду у свету

Реформа немачког трговачког права

Недавно су донети прописи који уносе значајне новине у трговачко право Немачке. Одређена правила, која потичу још са краја 19. столећа усклађена су са савременом пословном праксом. Друга основна карактеристика је да су упрошћени одређени поступци (регистрација предузећа и трговаца-појединаца).

Унета су одређена прецизирања појма трговца (за својство трговца у немачком праву везују се значајне последице – на пример, у погледу одредби грађанског поступка које се на њих примењују, у погледу форме одређених уговора које закључују, у погледу примене општих услова уговора и типских уговора на њих, итд.). Досадашњи концепт, који је познавао различите врсте трговаца и делатности и критеријуме за одређивање својства трговца, је напуштен и уведен је јединствен концепт, без набрајања делатности – по садашњим правилима, свако ко се бави послом, без обзира на његову врсту, је трговац. Тај посао мора да буде довољно обиман у том смислу да захтева организовану пословну операцију. Регистрација својства трговца у трговачком регистру има деклараторни карактер – да ли је неко трговац не зависи од регистрације, већ од материјалних предуслова за стицање таквог својства.

Измене су унете и у одредбе прописа о фирми предузећа. По ранијем правилу, фирма предузећа морала је да буде заснована на његовој делатности односно на имену власника. Од рефероме, сваки назив предузећа је правно прихватљив; једини услов за одређивање назива у фирми је да се он разликује од других назива. Не само да ће нова предузећа моћи да се користе овом новином, већ ће и постојећа предузећа моћи да промене називе у својим фирмама и да уведу нове, "мапштовитије" називе. Право трговачког регистра да испитује фирму са становишта избегавања пометње је задржано, с тим што регистар може одбити упис фирме само ако је сличност са другом фирмом односно могућност мешања очигледна.

Правило да друштва капитала (*AG* и *GmbH*) морају на пословним папирима да назначе фирму, правни облик, седиште, регистарски суд и број регистрације код регистарског суда, проширено је и на друштва лица, те на трговце.

Извршене су одређене измене и у правилима о ортачким и командитним друштвима. Најзначајнија изгледа она по којој је ограничена одговорност чланова командитног друштва на уписани улог у капитал, тако да су она, у том погледу, приближена друштвима са ограниченом одговорношћу.

Уз одређена упрошћавања поступка уписа у трговачки регистар (смањен број података који се подносе, не захтева се мишљење трговачке или занатске коморе приликом уписа новог друштва или трговца у регистар, ограничено право испитивања статута од стране регистра, итд.), дотерана су и правила која имају за циљ заштиту поверилаца. Тако је појачана обавеза да се свака промена седишта одмах пријави регистру.

Регистру се одмах морају пријавити (то да сада није био случај) и измене чланова друштва са ограниченом одговорношћу. Јавни бележник који оверава уговор о преносу односно о стицању удела дужан је да о томе обавести регистарски суд.

У прописе је унета и одредба која се тиче права трговачког заступника да се бави делатношћу заступаног лица после престанка уговорног односа услед повреде уговора. Интересантно је да је до ове промене дошло на основу одлуке Уставног суда Немачке који је 1990. одлучивао о тој материји.

Из домаћег права пословања са иностранством

Право странаца на концесије

Концесија је право коришћења природног богатства и добра у општој употреби које страном лицу уступа, даје државни орган (концедент) под прописаним условима, уз накнаду. Појам концесије обухвата и давање странцу права да обавља и делатност од општег интереса. Посебан облик концесије је тзв. БОТ систем – по коме се странцу уступа изградња објекта, постројења или погона, коришћење у одређеном периоду, уз обавезу предаје у својину државе по његовом истеку (ради се о комбинацији директног инвестирања и кредита, па се систем у пракси назива и »пројектним финансирањем«).

Када се концесија даје странцу, у питању је облик страног улагања у смислу Закона о страним улагањима (Сл. лист СРЈ 79/94, 29/96 – чланови 20а, б, в, г, д, ђ, е и ж). Савезна влада донела је Одлуку о начину спровођења јавне лицитације за давање концесије страним лицима (Сл. лист СРЈ 57/96). У овој материји и републике су донеле своје прописе – Закон о концесијама Републике Србије (Сл. гласник РС 20/97), те Закон о концесијама Републике Црне Горе (Сл. лист СРЦГ 13/91). О неким одредбама савезног и републичких прописа односно о њиховој усклађености са уставом односно законом изјашњавао се и Савезни уставни суд (одлука 86/94 и 12/95).

Према републичком законодавству (и то не само оном које се директно односи на концесије), природна богатства су земљиште, шуме, рудно благо, воде, водотоци и др. Добра у општој употреби су јавни путеви, паркови, тргови, улице, водопривредни објекти, ловишта, рибарска подручја, морска добра, шумска добра, комунални објекти и постројења, као и средства у области инфраструктуре (електропривреда, железница, ПТТ саобраћај, систем веза, ваздушни саобраћај и др.). Привредне делатности од јавног интереса су делатности у области инфраструктуре (електропривреда, железница, ПТТ и ваздушни саобраћај, РТВ и др.), као и коришћење и управљање добрима од општег интереса (водопривреда, путна привреда, шумарство), те комуналне и друге делатности.

Концесија се не може дати страном лицу за оне делатности за које по прописима о страним улагањима страно лице не може бити оснивач предузећа, односно на подручју које је савезним законом одређено као забрањена зона.

Поступак и начин давања концесије у Србији: - предлог за давање концесије подноси се Републичкој влади преко Агенције за улагања у делатности од интереса за Републику (подносиоци министарства односно надлежни орган јединице самоуправе, као и заинтересовано лице); - Влада заузима став, а на основу става формуира се предлог за доношење концесионог акта (разлози, оцена ефеката, рок, број радних места и др.); - концесиони акт доноси Влада (садржи следеће елементе: предмет концесије, рок, услове које мора да испуни концесионар, критеријуме за избор најповољније понуде, елементе огласа/позива за подношење понуда, начин одређивања накнаде, итд.); - на основу јавне лицитације (изузетно надметање прикупљањем понуда од одређеног броја лица). Влада доноси одлуку о одређивању концесионара; - са изабраним лицем Влада, као концедент, закључује уговор о концесији, у писаном облику (садржина: уговорне стране, предмет – концесиона делатност, рок, услови обављања концесионе делатности, концесиона накнада - висина, рокови, услови и начин плаћања, питања заштите природне околине, одредбе о праву на пренос концесије – на концесионо предузеће, остала питања из концесионог акта, лицитационе документације и прихваћене понуде концесионара).

Концесија се може дати за период од највише 30 година. Овај рок може се продужити ако дође до промене услова под којима је концесија дата. У рок се не рачуна време потребно за обављање припремних радњи за почетак обављања концесионе делатности.

За обављање концесионе делатности концесионар мора основати предузеће (концесионо предузеће) у року од 60 дана од дана закључивања уговора о концесији, сем ако концесионар већ има регистровано предузеће за обављање исте делатности (када концесиону делатност може обављати и то његово већ постојеће предузеће). Концесионо предузеће се оснива и послује у складу са прописима који уређују правни положај предузећа и услове и начин пословања предузећа. За концесију у Србији, седиште концесионог предузећа мора бити у Републици. Промена седишта и статусне промене концесионог предузећа врше се уз сагласност концедента. Концесионо предузеће престаје истеком рока на који је основано, ако уговором о концесији није друкчије предвиђено, као и у другим случајевима предвиђеним законом и уговором о концесији. У случају престанка концесионог предузећа, врши се његова ликвидација под истим условима под којима се врши и ликвидација било ког другог предузећа. У случају престанка концесионог предузећа објекти, уређаји, постројења и друга средства из оквира предмета концесије предају се концеденту и не улазе у ликвидациону масу; они постају својина Републике.

За документацију

Уговор о продаји на пробу

У пракси се најчешће налази и на случајеве да домаћи купац са страним продавцем закључи уговор о продаји на пробу. Специфичности таквог уговорног односа могу се уочити из примера уговора који се даје у прилогу:

Уговор о продаји на пробу

закључен у Београду __. _____ 2000. између Предузеца за _____ " _____ " д.о.о. _____, Југославија («Купац») и _____ Co. Ltd., _____, _____ ("Продавац")

I. Предмет уговора и правна природа уговора

1. Продавац се обавезује да испоручи Продавцу два система за _____ у свему према спецификацији која чини саставни део овог уговора (у даљем тексту: «Системи»), а Купац се обавезује да Системе купи на пробу под условима из овог уговора.

Проба у смислу овог уговора подразумева инсталирање Система на постројењима Купца у _____ и провера да ли Системи функционално и технички одговарају својствима која су одређена студијом _____ која чини саставни део овог уговора.

Стране изричито утврђују да је уговорено да Купац за себе задржава право да Системе најпре испроба у смислу овог уговора и да се након тога изјасни, на начин предвиђен чланом 8, да ли остаје код уговора.

II. Обавезе уговорних страна

2. Продавац се обавезује да:

- привремено увезе Системе (административне формалности око привременог увоза обавља Купац),
- обезбеди сву потребну пратећу документацију неопходну за инсталацију Система,
- обезбеди сву пројектну и извођачку документацију за монтажу Система,
- инсталира Системе на постројењима Купца из члана 1.

3. Купац се обавезује да омогући инсталирање Система и да обезбеди одговарајуће техничке информације потребне за инсталацију Система.

Купац се обавезује да са Системима поступа као добар привредник и да са њима рукује према упутствима Продавца, која му овај мора доставити на српском језику пре испоруке.

III. Рок испоруке, период монтаже

4. Продавац ће Системе испоручити Купцу према члану 10 у року од _____ од дана закључења овог уговора.

5. Продавац ће извршити инсталирање Система у року од ____ од дана испоруке.

IV. Период пробе, начин вршења пробе и утврђивање својстава Система

6. Период пробе Система износи ____ дана од дана завршетка монтаже.

7. Опстанак овог уговора односно купопродаја Система не зависи од нахођења Купца, већ од тога да ли Системи имају одређена својства предвиђена уговором.

8. Проба Система врши се у току редовног рада на начин _____.

Купац и Продавац ће одмах по закључењу овог уговора формирати стручни тим који ће пратити рад Система у периоду из члана 6.

По истеку пробног рада из члана 6 стручни тим из претходног става сачиниће извештај у коме ће се констатовати да ли Системи испуњавају уговорене услове.

Уколико је извештајем из става 3 утврђено да Системи испуњавају уговорене услове, сматраће се да су Системи купљени од стране Купца.

Уколико је извештај из става 3 негативан, Купац је дужан да одмах врати Системе са свом примљеном техничком документацијом Продавцу, а Продавац је дужан да прими Системе.

Уколико Купац не одреди своје чланове стручног тима, или они одбију да учествују у изради извештаја из става 3, сматраће се да је Купац остао при уговору.

9. Ако у случају из члана 8 став 5 Купац одмах не врати Системе, сматраће се да је остао при уговору.

Купац је дужан да изврши о свом трошку демонтажу, паковање, транспорт, осигурање, отпрему те друге послове потребне да се Системи врате Продавцу у _____.

V. Место испоруке, ризик за пропаст Система

10. С обзиром на одредбе члана 2, подразумева се да се Системи испоручују Купцу на постројењима у _____, с тим да се трошкови које сноси Продавац утврђују чланом 13.

11. Ризик за случајну пропаст или оштећење Система од момента испоруке према члану 10 сноси Купац.

12. У случају да Купац не остане при уговору, ризик за случајну пропаст или оштећење Система прелази на Продавца са моментом преузимања Система од стране Продавца у _____ како је предвиђено чланом 9 став 2.

VI. Цена, трошкови, начин плаћања

13. Цена за Системе износи ДЕМ _____. Цена обухвата трошкове транспорта, осигурања, отпеме и монтаже Система на постројењима Купца у _____.

Износ царине и других царинских дажбина, те износ пореза на промет није урачунат у у цену из става 1.

14. Цена из члана 13 став 1 биће плаћена дознаком одмах по настанку околности које према члану 8 значе да је Купац остао при уговору.

VII. Обезбеђење извршења уговора

15. Продавац ће платити Купцу за сваки дан закашњења у испоруци Система ДЕМ __, а за сваки дан закашњења у монтажи Система ДЕМ __.

16. Купац ће Продавцу одмах по потписивању уговора доставити неопозиву и на први позив плативу банкарску гаранцију југословенске банке којом ће банка јемчити Продавцу да ће му Купац платити Системе по истеку периода пробе односно да ће му Системе вратити неоштећене.

VIII. Избор права, начин решавања спорова

17. На овај уговор примењиваће ће се југословенско материјално право.

18. Сваки спор који произађе из овог уговора биће коначно решен пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Југославије. Арбитража ће заседати и одлуку донети у Београду. Арбитража ће применити право које се, према члану 17, примењује на уговор. Језик арбитраже биће српски.

За Купца

за Продавца

Занимљивости

Пораст вредности пословања преко *Инијернеи*

“Глобална *Инијернеи* економија” (комбинација електронског пословања и обезбеђења инфраструктуре за *Инијернеи*) достићи ће, према неким аналитичарима, вредност од скоро 3.000 милијарди долара у 2003 (ово је цифра која представља око 7 посто укупног светског бруто домаћег производа, и већа је од бруто производа Енглеске, Немачке и Француске заједно). На вредност електронског пословања у 2003. отпаће отприлике половина предвиђеног обима *Инијернеи* економије (повећање од 86 посто у односу на данашње стање), док ће издаци за побољшање глобалног *Инијернеи* морати да достигну половину поменуте цифре (1.500 милијарди долара) годишње до 2003. да би се осигурала подршка очекиваном расту комуникација. Сматра се да *Инијернеи* данас није ни довољно брз ни довољно поуздан за безбене трговачке операције.

Европа ће бити регион са најбржим порастом електронског пословања (пораст од 118 посто годишње). Многе фирме на континенту се преоријентишу са традиционалног комерцијалног пословања на размену путем електронске мреже. Та оријентација довешће до загушења у преносним капацитетима уколико се, кроз нове инвестиције, они не повећају.

Електронско пословање уопште, а и ситуације до којих доводи његово повећање, отварају многа интересантна и, понекад сложена, правна питања.

СУДСКА ПРАКСА

*Вера Марковић,
судија Врховног суда Србије*

Сентенце из пресуда Врховног суда Србије

Диспозитивност норме о уговорној камати може се протезати само дотле док не дође у сукоб са основним начелом грађанског права једнаке вредности узајамних давања

Члан 15. ЗОО.

Из образложења:

Из списка произилази да је тужилац са туженима закључио уговор о оквирном кредиту који ће бити обезбеђен хипотеком. Сва потраживања кредитора према кориснику кредита обезбеђује се стварним правом залоге на непокретности дужника која је уписана у земљишнокњижном улошку број 7179 КО Футог парцела број 3010 а која се састоји од куће и дворишта површине 26 ари и 74 м² а чији је власник друготужени Д... Б... те се тим оквирним уговором кредитор овлашћује да за случај невраћања дуга о року доспелости своја потраживања наплати реализацијом хипотеке из овог уговора.

Иза тог оквирног уговора закључена су три уговора и то: уговор о краткорочном кредиту број 660/95 на рок од 30 дана а на износ од 87.000 динара. Чланом 2 овог уговора уговорена је каматна стопа од 15% месечно увећана за порез на промет с тим што је у члану 2. уговорено да уколико се кредит не врати банци са каматом о року доспећа затезна камата на сва доспела потраживања износи 25%

месечно. Уз овај кредит закључен је и анекс број 1. по коме је кредитор овлашћен да обрачуна и трошкове у висини од 3,5% уз камату. Затим следе следећих девет анекса којима је продужаван кредит с тим што је камата одређена 15% месечно плус 3,5% трошкова. Иза тога између странка је закључен други уговор о краткорочном кредиту број 716/95 од 25.12.1995. године на износ од 55.200 динара, такође на рок од 30 дана са каматном стопом од 15% на годишњем нивоу, те каматом од 25% месечно уколико се кредит не врати о року доспећа и уз овај уговор иде анекс којим су утврђени трошкови од 3,5%. И уз овај уговор иду десет анекса о продужењу односно обнављању рока за отплату кредита са каматном стопом од 15% месечно плус 3,5% трошкова. Иза тога је закључен и трећи уговор о краткорочном кредиту број 121/96 од 13.3.1996. године на износ од 40.000 динара и роком отплате до 30 дана са каматном стопом од 15% месечно затезном од 25% месечно са трошковима од 3,5%. И уз овај уговор закључена је још седам анекса о продужењу рока отплате кредита са каматном стопом од 15% месечно плус 3,5% месечно трошкови кредита.

Укупно потраживање тужиоца на дан 30.4.1997. године по основу кредита, камата и трошкова износи 1.545.483,99 динара. Такође се из налаза вештака види да је првотужени други кредит подигао да би вратио обавезе по првом кредиту па средства по том кредиту није ни подизао већ их је усмерио на враћање обавеза по предходном кредиту. У томе није успео. Исто је било и са трећим кредитом који је првотужени узео да би вратио обавезе по ранијим кредитима и цео износ усмерио на враћање кредита али му такође није успело да измири обавезе.

Дакле, два кредита су узета ради измирења обавеза по првом кредиту. Тужени је после налаза вештака уложио противтужбу којом је тражио да се пониште анекси у делу којим је између странака уговорена стопа од 3,5% на име трошкова кредита налазећи да се банке финансирају од камате те да су ти трошкови незаконито обрачунати.

Првостепени суд је усвојио тужбени захтев и наложио првотуженом да износ од 1.545.483,99 врати тужиоцу са законском затезном каматом од 30.4.1997. године а истовремено је усвојио тужбени захтев према туженом другог реда да се овај износ наплати у поступку принудног извршења продајом туженикове куће и дворишта. Противтужбени захтев за поништај одредбе о трошковима је одбио.

Тужени је у току поступка приговарао висини уговорених камата које су износиле са трошковима 18,5% месечно образлажући да су камате у том износу недозвољене и незаконите а да је тужени иначе био приморан да потписује такве уговоре да би одложио реализацију хипотеке.

Врховни суд налази да су нижестепени судови спорни однос расправили погрешном применом материјалног права.

Одредбом члана 399. став 2. Закона о облигационим односима прописано је да се у погледу највише уговорене камате између правних лица примењују одредбе посебног закона. Међутим, без обзира што посебан закон у смислу наведене законске одредбе није донет, диспозитивност норме о уговореној камати може се

протезати само док не дође у сукоб са основним начелом грађанског права једнаке вредности узајамних давања из одредбе члана 15. Закона о облигационим односима. Првостепени суд је поводом приговора туженог на висину уговорене камате био дужан да испита и провери која је то била уобичајена уговорна камата за такву врсту посла прибављањем извештаја из удружења банака или народне банке а тек после тако добијених извештаја да одлучи о основаности тужбеног и против-тужбеног захтева.

Суд ће пружити судску заштиту само оној уговорној камати која је у складу са основним начелима грађанског права једнаке вредности узајамног давања из одредбе члана 15. Закона о облигационим односима и савесности и поштења и из члана 12. истог закона.

(Из решења Врховног суда Србије, Прев. 295/99 од 19.1.2000. године).

Уговорна камата ужива судску заштиту само докле док постоји сразмера између престација а за уговорену несразмерну имовинску корист суд је овлашћен да примени утврђено начело ограничености стопе уговорне камате

Члан 399. 300

Из образложења:

Из списка произилази да је предмет спора наплата доспелог кредита у износу од 20.000 динара и обрачунате камате по уговореној стопи од 20% месечно која за период од 23.4.1996. године до 31.7.1997. године износи укупно 303.492,10 динара тако да је укупно утужено потраживање 323.492,10 динара.

Првостепени суд је усвојио овај захтев и обавезао туженог да на овај износ плати и процесну камату у висини уговорене камате почев од 1.8.1997. године као дана вештачења.

Тужени је током спора истицао да се ради о изузетно високој уговореној камати, да је иста противна императивним прописима, да је противна одредби члана 399. 300 и као таква незаконита. Првостепени суд о том приговору туженог није дао никакве разлоге.

Другостепени суд је поводом истицања истих приговора да се ради о високој уговореној камати да је иста противна закону, навео да су ови наводи туженог без утицаја.

Тужени у ревизији истиче да је побијаним пресудама повређено основно начело грађанског права - начело једнаких вредности давања - да је уговорена каматна стопа превисока и неуобичајена у пословној пракси и као таква спекулативна те тужени истиче њену ништавост. На ову ништавост и поступајући суд је требало да пази по службеној дужности. Осим тога сматра да је погрешно примењено материјално право када нижестепени судови нису разјаснили чињенице у вези са уго-

ворном каматом у вези тога да ли је она уговорена на месечном или годишњем нивоу а уколико је уговорена на месечном нивоу онда се ради о изузетно високој камати коју је суд требало да умањи.

Ревизију туженог је подржало и Републичко јавно тужилаштво својим изјашњавањем наводећи да су побијаним пресудама повређена начела из члана 12.13.и 15. Закона о облигационим односима те да се ради о камати којом је уговорена несразмерна имовинска корист и то гледано кроз курс марке према времену закључења уговора о кредиту тужени је дуговао 6.600 ДЕМ а према постављеном тужбеном захтеву дуг туженог износи 53.915 ДЕМ а у време доношења другостепене пресуде са процесном каматом по уговореној месечној стопи од 20% тај дуг износи 333.830 ДЕМ. Дакле, краткорочни кредит који је одобрен у априлу 1996. и који одговара износу од 6.600 ДЕМ дужник би на дан 1.6.1998. године морао да плати износ у динарској противвредности од 333.830. ДЕМ. Тужилаштво закључује у свом изјашњењу да такав правни посао не може да ужива судску заштиту те би се права повериоца морала ограничити одговарајућим разумним инструментима помоћу којих би се успоставила нарушена равнотежа а уговору о кредиту вратио његов основни смисао што се између осталог може постићи и лимитирањем уговорне каматне стопе и то највише до висине тржишне каматне стопе.

Врховни суд налази да се основано ревизијом и изјашњењем Републичког јавног тужилаштва истиче да су побијаним пресудама повређена основна начела грађанског права и то једнаке вредности давања и савесности и поштења.

Уговорна камата ужива судску заштиту само дотле док постоји сразмера између престација а за уговорену несразмерну имовинску корист суд је овлашћен да примени утврђено начело ограничености стопе уговорне камате установљене чланом 399.300. Како је тужени током поступка приговарао висини стопе уговорне камате суд је овлашћен да поводом приговора туженог пружи судску заштиту камати која одговара просечној реалној каматној стопи за такву врсту посла. Реална камата подразумева камату изнад стопе раста цена на мало односно изнад стопе затезне камате али у примереном износу. Који је то износ суд ће утврдити прибављањем извештаја од удружења банака, или реномираних пословних банака а затим утврдити колико износи реална стопа уговорне камате, изнад стопе затезне камате. Само просечно реалној уговореној камати суд ће пружити судску заштиту. Не може уживати судску заштиту она камата која тужиоцу доноси несразмерну имовинску корист како се то основано у ревизији и изјашњењу Јавног тужилаштва истиче. При том ће се суд руководити начелима савесности и поштења те начелима једнаке вредности давања из члана 12. и 15. 300.

(Из решења Врховног суда Србије Прев. 675/98 од 16.12.1998. године)

Код припајања преузимањем сва права и обавезе преузетог предузећа прелазе на преузимаоца

Члан 430. Закона о предузећима

Из образложења:

Из списка произилази да је тужилац поднео тужбу против предузећа Ј... АД из Београда са којим је био у пословном односу и са којим је закључио протокол о међусобним потраживањима и обавезама по коме је на дан 14. марта 1996. године признао да дугује тужиоцу износ од 306.371,40 УСА долара. У члану 2. Протокола Ј... овај износ у том року није исплатио па је тужилац поднео тужбу 4.9.1996. године.

У току спора предузеће С... из Смедерева и тужено предузеће "Ј...АД" Београд закључили су уговор о припајању предузећа "Ј...АД" са седиштем у Београду предузећу "С..." са седиштем у Смедерву. Тај уговор о припајању је извршен па је решењем Привредног суда у Пожаревцу 1. априла 1997. године извршен упис припајања преузимањем у регистар Привредног суда у Пожаревцу.

Тужени је оспоравао обавезу наводећи да није правни следбеник првобитно туженог Ј...АД из Београда.

Уговором о припајању у члану 4. уговорачи су предвидели да "С..." даном припајања "Ј...АД" преузима сва права и обавезе предузећа "Ј...АД" Београд. За обавезе предузећа "Ј...АД" одговара "С...1913". Но чак и да нема ове одредбе у уговору произилази да се на спорни однос примењује одредба члана 430. Закона о предузећима. Овом одредбом у тачки 4. прописано је да уписом спајања преузимањем у регистар седишта предузећа преузимаоца имовина преузетих предузећа укључујући и обавезе прелазе на предузеће преузимаоца. Имајући напред утврђено чињенично стање о припајању предузећа "Ј..." и напред цитирану одредбу произилази да је означени тужени "С...-Ј...АД" Смедерево правни следбеник бившег предузећа "Ј...АД" Београд. Наиме код припајања преузимањем сва права и обавезе преузетог предузећа прелазе на преузимаоца.

Са тих разлога се ревизија туженог појављује као неоснована будући да је спорни однос расправљен уз правилну примену материјалног права.

(Из пресуде Врховног суда Србије Прев. 243/99 од 29.12.1999. године).

**Када је уговор о посредовању закључен под одложним условом,
посредник стиче право на накнаду тек када се услов оствари**

Члан 823. ЗОО.

Из образложења:

Из списка произилази да су парничне странке закључиле уговор о посредовању по коме је наручилац посла био тужени а тужилац је био посредник с тим што је обавеза тужиоца према уговору о посредовању била у следећем: да обезбеђује промет робе у оба правца јер ће се памук обезбеђивати од грчког партнера а плаћање вршити компензацијом са производима туженог ТК "Љ... М...". Даље се из уговора о посредовању види да је промет робе у оба правца договорен тако што је тужилац пронашао партнера из Грчке и то који ће продати памук туженом а да ће се плаћање вршити класично и компензацијом. Даље је одредбом члана 3. уговора предвиђено да ће тужени платити тужиоцу провизију од 1% од укупне вредности робе која се купи или компензира са грчким партнером и то одмах по преузимању робе од стране туженог ТК "Љ... М..." а на основу фактуре коју ће посредник - овде тужилац испостављати за сваки конкретан увоз памука (набавку памука из Грчке фирме) у овом и свим наредним пословима набавке а до ког је дошло посредовањем тужиоца.

Тужилац је поставио захтев тако што је тражио да му се исплати провизија чији ће износ одредити према налазу вештака. Уз тужбу није приложио фактуре нити другу документацију о томе да је извршено отпремање робе Грчке фирме до туженог.

Ни током спора тужилац није пружио ни један писмени доказ из кога би се видело да је тужени ТК "Љ...М..." примио робу од грчког партнера.

Првостепени суд је покушао да прибави неку документацију а то је чинио и вештак тражећи од царинарница да се доставе царинске декларације. У свом исказу на рочишту вештак није могао да каже ни један конкретан посао нити да пружи документацију по томе да је по некој царинској декларацији или другом документу туженом предата роба која је испоручена од добављача из Грчке.

Првостепени суд је нашао да је захтев за провизију основан.

Врховни суд налази да је закључак нижестепених судова о основаности захтева преурањен.

У ситуацији када тужилац није пружио ни један писмени доказ да је туженом испоручен памук од грчке фирме "А" из Едесе нити је вештак могао да потврди за било коју декларацију да је по њој увезен памук испоручен од грчке фирме "А" произилази да је закључак првостепеног суда и другостепеног о основаности захтева непоуздан.

Ово посебно када се има у виду обавеза тужиоца по уговору о посредовању. Наиме, према одредби члана 823. ЗОО посредник стиче право на накнаду у часу закључења уговора ако што друго није уговорено. Када је уговор о посредовању

закључен под одложним условом посредник стиче право на накнаду тек када се услов оствари.

Из уговора између странака види се да је уговор закључен под одложним условом а то је да је провизија везана за предају односно за преузимање робе од стране ТК и то одмах по преузимању робе а на основу фактуре коју ће посредник испостављати за сваки конкретни увоз односно набавку памука од грчке фирме. Дакле, у конкретном случају провизија је везана за одложни услов а то је у суштини извршење уговора између Грчке фирме и туженог односно предају памука у државину туженом ТК. Дакле да би тужилац стекао право на провизију он мора доказати да је туженом предат памук који је упућен од стране грчке фирме. За сада за извршење уговора у том правцу нема доказа. Стога је преурањен закључак првостепеног суда да је захтев за провизију основан. Тужилац мора да пружи доказе да је туженом предат памук од грчке фирме да би стекао право на исплату провизије. Према члану 3. уговора терет доказивања лежи на тужиоцу. Ово са разлога што из члана 3. произилази да је тужилац као посредник био дужан да врши промет робе у оба правца, да тај промет прати, да на основу таквог промета испоставља фактуре туженом за сваки конкретан увоз односно предају памука. Како су нижестепени судови у овој ствари погрешно применили материјално право то су обе пресуде укинуте и предмет враћен првостепеном суду на поновни поступак.

(Из решења Врховног суда Србије, Прев. 182/99 од 22.12.1999. године).

Када је власник фирме уз захтев за ликвидацију дао изјаву да фирма нема никаквих неизмирених обавеза, што није одговарало стварном стању онда његов поверилац има право да тужбу усмери према власнику, јер је очигледна намера да се оштете повериоци, чиме је дошло до пробијања правне личности

Члан 54. Закона о предузећима

Из образложења:

Првостепеном пресудом делимично је усвојен преиначени тужбени захтев па је обавезан тужени да тужиоцу исплати динарску противвредност износа од 15.434 ДЕМ по курсу по коме пословне банке плаћају немачку марку на дан исплате.

Другостепеном пресудом одбијена је жалба туженог и потврђена првостепена пресуда у ставу првом изреке.

Против другостепене пресуде уложио је ревизију тужени због битне повреде одредаба ЗПП и погрешне примене материјалног права.

Уз ревизију је тужени приложио фотокопију решења Привредног суда у Панчеву Л. број 158/95 од 10. октобра 1995. године којим је отворен и закључен поступак ликвидације над туженим.

Поводом ревизије туженог Врховни суд Србије је нашао да су првостепене пресуде захваћене битном повредом на коју суд пази по службеној дужности из члана 354. став 2. тачка 10. ЗПП јер је тужени уз ревизију приложио решење којим је брисан из регистра дана 10.10.1995. године што значи пре доношења првостепене пресуде. Како је поступак вођен према лицу које не постоји то су пресуде морале бити укинуге.

Тужилац ће у наставку поступка усмерити тужбу према власнику бивше фирме као физичком лицу пошто је очигледно да постоји пробијање правне личности. Ово се види из чињенице да је власник фирме у поступку ликвидације изјавио да нема неизмирених обавеза иако је знао да има обавезе према тужиоцу јер је ова парница отпочела почетком 1994. године. Када је власник фирме уз захтев за ликвидацију дао изјаву да фирма нема никаквих неизмирених обавеза што није одговарало стварном чињеничном стању, онда његов поверилац има право да тужбу усмери према власнику јер је постојала очигледна намера да се оштете повериоци чиме је дошло до пробијања правне личности у смислу члана 54. Закона о предузећима.

После правилног означавања туженог односно сада власника предузећа које је ликвидирало и не постоји суд ће поново одлучити о основаности тужбеног захтева.

(Из решења Врховног суда Србије, Прев. 229/99 од 15.12.1999. године).

Банка нема право на накнаду трошкова у процентуалном износу од износа кредита који наплаћује месечно уз камату

Члан 1065. ЗОО

Из образложења:

Тужени је после налаза вештака уложио противтужбу којом је тражио да се пониште анекси у делу којим је између странака уговорена стопа од 3,5% на име трошкова кредита налазећи да се банке финансирају од камата те да су ти трошкови незаконито обрачунати, у месечном износу уз камату.

Првостепени суд је одбио противтужбени захтев.

Врховни суд налази да је основан захтев за поништај одредбе о трошковима уговореним у процентуалном износу који се наплаћује уз камату.

Основано се у ревизији истиче да није законито да се уговарају трошкови у проценту у односу на кредит који се обрачунавају уз камату. Клаузула у анексима: "каматна стопа износи 15% месечно плус 3,5% месечни трошкови " подразумева да се проценат од 3,5% на висину кредита додаје камати и уз камату обрачунава, што није дозвољено.

Према одредби члана 1065. ЗОО из уговора о кредиту банка има право на уговорену камату и повраћај датог износа. Према томе банка нема право на нак-

наду трошкова у процентуалном износу од износа кредита (3,5%), који проценат наплаћује месечно уз камату.

Према напред цитираној одредби из уговора о кредиту банка има право само на стварне трошкове који су настали из тог кредитног односа и то у оном износу колико су они стварно настали.

Отуда погрешно нижестепени судови закључују да таква воља странака може да ужива судску заштиту.

(Из решења Врховног суда Србије, Прев. 295/99 од 19.1.2000. године).

Недостаци на крову као што је прокишњавање представљају недостатке који се тичу солидности грађевине за које је предвиђен гарантни рок од 10 година

Члан 644. ЗОО.

Из образложења:

По окончању доказног поступка првостепени суд је усвојио тужбени захтев а одбио противтужбени захтев. При том је образложио да је арбитражна комисија формирана од овлашћених представника странака управо према уговору утврдила да су радови изведени према обрачунској ситуацији да је комисија утврдила вредност радова за плаћање не оспоравајући ни уговор ни обавезу плаћања према уговору и не стављајући никакве примедбе на изведене радове. Суд је притом оценио да је приложен уговор правно ваљан и да је истим тужени преузео обавезу плаћања. Из тих разлога усвојио је тужбени захтев за исплату изведених радова. Одбио је противтужбени захтев за накнаду штете као недоказан констатујући да тужени није поднео тужбу за отклањање недостатака а није доказао ни да је сам или преко других лица отклонио недостатке у обавезеним радовима тужиоца.

Другостепени суд је прихватио становиште првостепеног суда додајући да је тужилац тражио наплату само изведених радова на које ни арбитражна комисија није имала примедби.

Врховни суд налази да су нижестепени судови спорни однос расправили правилном применом материјалног права.

Наиме, када тужени није благовремено поставио захтев за отклањање недостатака а својим поднеском од 29.9.1997. године није чак ни определио који су то недостаци правилно је првостепени суд усвојио тужбени а одбио противтужбени захтев. Тужени у ревизији наводи да је у току спора истицао да су радови изведени некавалитетно и прилагао записник од 11.6.1997. године који је сачињен на лицу места, али је правилно првостепени суд оценио ове приговоре као неблаговремене јер су истакнути после пет година од подношења тужбе односно од обављених радова. Наиме, тужени је поред обавештења о недостацима био дужан да нај-

касније у року од две године тражи отклањање недостатка што је тужени пропустио у смислу члана 615. став 2. ЗОО.

Но, уколико би се радило о некавалитетно изведеним радовима на крову на чему тужени такође у ревизији инсистира тужени ни данас није изгубио право да тражи посебном тужбом отклањање тих недостатака за које није истекао гарантни рок од 10 година у смислу члана 644. ЗОО. Ово са разлога што недостаци на крову као што је прокишњавање или слични представљају недостатке који се тичу солидности грађевине. Међутим, такав захтев тужени није поставио у овом спору па се о њему није могло ни одлучивати.

У овом спору тужени није доказао да му тужилац нешто дугује. Није доказао које су то обавезе тужиоца по основу некавалитетно изведених радова нити је тужбени захтев усмерио у том правцу. У таквој ситуацији правилно су нижестепени судови одлучили у овој ствари. Како ревизија ни захтев нису основани то су одбијени као у изреци на основу члана 393. ЗП:

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 490/99 и Пзз. 26/99 од 12.1.2000. године).

Корисник гаранције пре истека рока мора предати банци гаранту захтев за исплату гаранције јер њена обавеза престаје онога дана који је означен као дан до када важи гаранција

Члан 77. ЗОО

Из образложења:

Тужилац је поднео тужбу за исплату износа од 5.000 динара за који је тужена банка издала гаранцију.

Тужени је истакао да је потраживање тужиочево засновано на гаранцији престало пошто тужилац није у року важности гаранције доставио гаранцију на реализацију.

Тужилац је навео да је гаранцију доставио на реализацију дана 28.12.1994. године препорученом пошљицом. Из списка се види да је тужени издао гаранцију на износ од 5.000 динара с тим да ова гаранција важи до 31.12.1994. године.

Неспорно је да обавеза за коју је тужени издао гаранцију није намирена а према наводима тужиоца рок за исплату рачуна за робу био је према уговору о купопродаји 15. децембар 1994. године. Иначе тужиочев купац је робу примио на дан 31. октобра 1994. године по рачунима број 151056/94 и 151057/94 с тим што Компанија "РДА" рачуне није исплатила у року доспећа, односно до 15. децембра 1994. године.

Међу странкама је спорно да ли је тужилац доставио туженику захтев за исплату гаранције до 31.12. 1994. године до када гаранција важи.

Како је првостепени суд утврдио да је тужилац препорученом пошљицом коју је предао пошти дана 28.12.1994. године а која је стигла и уручена туженику

4.1.1995. године утврдио да је тужилац благовремено поднео захтев за исплату из гаранције пошто је препоручену пошиљку предао у време када гаранција није истекла те применом одредбе члана 113. ЗПП има се сматрати да је достављање извршено оног дана када је предато на пошту препорученом пошиљком. Како је то било у року у којем гаранција важи првостепени суд је усвојио тужбени захтев.

Другостепени суд је преиначио првостепену пресуду тако што је одбио тужбени захтев налазећи да је одредба члана 113. процесно правног карактера а да се у конкретном случају има применити одредба члана 77. Закона о облигационим односима односно одредба материјалног права о рачунању времена.

Врховни суд налази да је другостепени суд правилно одлучио када је преиначио првостепену пресуду и одбио тужбени захтев.

По становишту Врховног суда Србије обавеза банке која је издала гаранцију доспева за плаћање када је поверилац позове да изврши исплату под условом да су испуњени услови наведени у гаранцији (одредба члана 1083. ЗОО). Када је у гаранцији наведен услов у погледу рока важности гаранције какав је овде случај (31.12.1994. године) онда захтев за исплату мора бити предат банци пре истека рока важности гаранције.

То подразумева да без обзира на начин предаје, захтев за исплату гарантоване суме мора бити предат банци пре истека рока важности, да би услов из гаранције био испуњен. Истеком гаранцијског рока издавалац гаранције ослобађа се обавезе по даатој гаранцији. Банка гарант мора пре истека рока да прими захтев за исплату из гаранције јер њена обавеза престаје оног дана који је означен као дан до када важи гаранција према одредби члана 77. Закона о облигационим односима.

Отуда је правилно становиште другостепеног суда да се рачунање рокова - за протек рока по гаранцији има вршити по одредбама члана 77. ЗОО, а не по одредбама процесног права.

Одредба члана 113. ЗПП је процесног карактера и она је релевантна за оцену рачунања рокова везаних за поднеске судова који су везани за рокове. Када се ради о рачунању рокова из уговорних односа, односно из обавезе банке по гаранцији онда се рачунање рокова за подношење захтева за исплату из гаранције има вршити по одредбама члана 77. односно 78. и 74. Закона о облигационим односима а не по одредби члана 113. ЗПП која је процесног карактера.

(Пресуда Врховног суда Србије у Београду, Прев. 24/99 од 24.2.1999. године).

Пресуда на основу одрицања не може се донети на основу вансудског поравнања**Члан 331 а. ЗПП***Из образложења:*

Да би првостепени суд могао донети пресуду на основу одрицања било би нужно да се тужилац на рочишту или у писменом поднеску изјасни да се одриче од тужбеног захтева. Из списка произилази да тужилац то није учинио.

Погрешно је првостепени суд закључио да пресуду на основу одрицања може донети на основу вансудског поравнања. Вансудско поравнање има значај уговора. Чињеница да је тужилац у вансудском поравнању преко овлашћеног лица навео да се одриче тужбеног захтева не значи у процесном смислу да је предложио да се донесе пресуда на основу одрицања нити се пред судом одрекао тужбеног захтева. Отуда суд није могао донети пресуду на основу одрицања. Тужилац или његов пуномоћник то може учинити у поступку пред судом, било својом изјавом о одрицању од тужбеног захтева на рочишту или писменим поднеском упућеним суду у овом предмету. Како тужилац то није учинио то произилази да је пресуда на основу одрицања донета супротно члану 331а. ЗПП. Тим пре што је пуномоћник тужиоца на рочишту изјавио да је вансудско поравнање нејасно те је предложио саслушање директора странака на околности о којим су се деловима парничне странке изјасниле да закључују поравнање. Како тужилац може и без пристанка туженог да опозове одрицање, то произилази да је у процесном, смислу тужилац преко пуномоћника оспорио изјаву о одрицању дату у вансудском поравнању, па није било услова за доношење пресуде на основу одрицања.

(Из решења Врховног суда Србије, Прев. 11/99 од 17.3.1999. године).

Када се тужилац бави трговином онда не може изгубљену добит тражити применом банкарских таблица за обрт капитала јер то није његова делатност, већ се његова изгубљена добит може састојати у изгубљеној трговачкој маржи или другој добити из промета робе

Члан 187. ЗОО*Из образложења:*

Из списка произилази: да је предмет тужбеног захтева накнада материјалне и нематеријалне штете коју је тужилац претрпео незаконитим поступањем органа тужене. Тужилац је у тужби навео да му је решењем Републичке управе јавних прихода наложено да изврши исплату пореза на промет у укупном износу од 8.737,30 динара и ово решење је извршено принудним путем дана 28.11.1994. годи-

не скидањем новчаних средстава са жиро рачуна тужиоца и преносом тих средстава на рачун тужене.

Против тог решења тужилац је поднео жалбу па је другостепени орган укинуо то решење, па су тужиоцу враћена средства дана 24.8.1996. године и то у износу од 7.863,57 динара. Тужилац сматра да је незаконитим поступањем органа тужене, тужилац претрпео штету и то, да је претрпео материјалну штету тако што се није могао користити тим средствима те процењује да је стварна штета на дан подношења тужбе 50.562,63 динара.

После обављеног вештачења тужилац је прецизирао свој тужбени захтев тако што је тражио на име накнаде материјалне штете износ од 122.482,96 динара са затезном каматом.

Првостепени суд је усвојио тужбени захтев за материјалну штету у износу од 122.482,96 динара са затезном каматом од 7.10.1997. године.

Другостепени суд је прихватио становиште првостепеног суда.

Врховни суд налази да је спорни однос расправљен уз погрешну примену материјалног права због чега нису утврђене одлучне чињенице од значаја за овај спор.

Пре свега из образложења се види да је суд тужиоцу на име накнаде штете и то обичне штете као и измакле користи признао дуг са ревалоризацијом за период од дана скидања средстава са рачуна па до дана вештачења односно за 34,7 месеци. Врховни суд налази да је овакво становиште првостепеног суда на бази вештачења у супротности са стањем у списима јер је тужиоцу призната ревалоризација за 34,7 месеци иако је тужиоцу највећи део средстава враћен већ после 20 месеци и то тачно 23.8.1996. године. По становишту суда тужилац има право само на штету за период до дана када су му средства враћена а само за неввраћени износ до дана вештачења.

Осим тога, тужиоцу је призната изгубљена добит у укупном износу од 98.539,72 динара а да првостепени суд ни један разлог за изгубљену добит није дао што представља битну повреду из члана 354. став 2. тачка 13. ЗПП. Наиме, вештак је изгубљену добит обрачунао на тај начин што је новчани принос на реалну вредност новчане имовине утврђен применом дисконтних фактора по петој финансијској табlici за период од 12 месеци по стопи од 5,82% месечно. У економском смислу пета финансијска таблица значи месечни износ новчаног приноса на укупну суму - вредност новчане имовине за одређени временски период код финансијских организација. Новчани принос применом пете финансијске табlice утврђен је као нето новчани принос и то за период чак до дана вештачења 7.10.1997. године значи за 34,7 месеци што даје износ од 98.539,72 динара.

Врховни суд налази да је и изгубљена добит расправљена супротно одредби члана 189. ЗОО.

Према одредби члана 189. ЗОО при оцени висине измакле користи узима се у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току ствари или

према посебним околностима а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем.

Редован ток ствари с обзиром на делатност тужиоца подразумева да је то она штета коју тужилац трпи тиме што робу није могао продати другом купцу и из тог посла могао извући корист коју редовно у својој делатности остварује прометом робе. То је на пример код уговора о купопродаји трговачка маржа и евентуални други приходи из промета робе а по одбитку цене и трошкова. Отуда изгубљену добит тужилац може да тражи из свог редовног пословања. Његово редовно пословање према стању у списима није банкарско, нити је он из свог редовног пословања могао трпети штету применом неких банкарских таблица како је то нашао вештак.

Када се тужилац бави трговином онда не може изгубљену добит тражити применом банкарских таблица за обрт капитала јер то није његова делатност, већ се његова изгубљена добит може састојати у трговачкој маржи или другој добити из промета робе.

Стога су нижестепени судови погрешили када су закључили да тужилац има право да због закашњења у повраћају износа који је скинут са рачуна тужиоца има право на изгубљену добит према таблицама за финансијске организације.

(Из решења Врховног суда Србије, Прев. 198/99 од 8.9.1999. године).

ПРАВНА ПРАКСА

*Милица Дражић и Снежана Вујиновић,
Министарство за рад Републике Србије*

Мишљења Министарства за рад, борачка и социјална питања

Запослени који је у календарској години извесно време провео на боловању, има право на пун годишњи одмор за ту календарску годину. Право на годишњи одмор запослени може да оствари, након закључења боловања по доласку на рад.

Сагласно члану 53. Закона о радним односима (Службени гласник РС, бр. 55/96), запослени има право на годишњи одмор у трајању од најмање 18, а највише 25 радних дана за годину дана рада, ако овим законом није другачије одређено.

Запослени који у календарској години нема годину дана рада, а у радном односу је најмање месец дана има право на годишњи одмор сразмерно времену проведеном на раду.

Под временом проведеним на раду у календарској години подразумева се и време које је запослени провео због привремене спречености за рад (боловање).

У случају када се запослени због привремене спречености за рад, налазио на боловању, а поднесе захтев за коришћење годишњег одмора за 1999. годину, има право на пун годишњи одмор за ту календарску годину. То значи, да право на годишњи одмор, запослени може да оствари након закључења боловања по доласку на рад. По доласку на рад директор одређује запосленом време коришћења годишњег одмора зависно од потребе процеса рада у предузећу. Наиме, директор

није дужан да запосленом, одмах по закључењу боловања и доласка на рад, омогући коришћење годишњег одмора.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања, РС, Број 11-00-98/99-02 од 2.09.1999. године).

Запосленом који је засновао радни однос на одређено време, ради замене привремено одсутне запослене која се налазила на породилском одсуству, радни однос престаје истеком рока за који је заснован, иако се запослени у то време налази на боловању.

Према члану 13. став 1. тачка 4. Закона о радним односима (‘‘Службени гласник

РС ‘‘, број 55/96), радни однос може да се заснује на неодређено време кад треба заменити запосленог који је привремено одсутан (боловање; рад у иностранству; обављање државне и друге јавне функције; одслужење војног рока).

Чланом 108. став 1. тачка 2. Закона, уређено је да, запосленом престаје радни однос истеком рока за који је заснован на одређено време, у смислу члана 13. став 1. тачка 3. наведеног закона, о чему се запосленом доставља отказ уговора о раду или решење о престанку радног односа (члан 111. Закона).

Према томе, запосленом који је засновао радни однос на одређено време, ради замене привремено одсутне запослене која се налазила на породилском одсуству, радни однос престаје истеком рока за који је заснован и у случају, ако се запослени у то време налази на боловању, или по другом основу одсуствује са рада.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања РС; број:11-00-85/99 од 26. 08. 1999.)

Запослени мора да користи први део годишњег одмора у трајању од најмање 12 радних дана, како би стекао услов за коришћење другог дела до 30. јуна наредне године (члан 55. Закона о радним односима).

Запослени може да користи годишњи одмор, у целости у календарској години за коју се остварује право на годишњи одмор, према распореду коришћења годишњег одмора утврђеном код послодавца или у два дела.

Ако се годишњи одмор користи у два дела, према члану 55. Закона о радним односима (‘‘Службени гласник РС ‘‘, број 55/96), запослени мора да користи први део у трајању од најмање 12 радних дана, како би стекао услов за коришћење другог дела до 30. јуна наредне године.

Уколико запослени није користио годишњи одмор у трајању од 12 радних дана у текућој календарској години, нема законског основа, нити могућности да користи годишњи одмор из претходне године.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања РС, број: 11-00-40/99-02 од 8. 04. 1999. године).

Запосленом за чијим је радом престала потреба (``технолошки вишак ``), престаје радни однос отказом уговора о раду, уколико је одбио да заснује радни однос код другог послодавца, на основу споразума о преузимању (члан 108. став 1. тачка 7. Закона о радним односима).

Одредбама члана 26. Закона о радним односима (``Службени гласник РС ``, број 55/96) прописано је да је послодавац дужан да запосленом за чијим је радом утврђен престанак потребе обезбеди једно од следећих права: распоређивање на друго радно место код истог послодавца са пуним или непуним радним временом; заснивање радног односа на неодређено време са пуним или непуним радним временом код другог послодавца на основу споразума о преузимању; стручно оспособљавање, преквалификација или доквалификација за рад код истог послодавца са пуним или непуним радним временом; и право на једнократну новчану накнаду.

Запосленом престаје радни однос независно од његове воље отказом уговора о раду, од стране послодавца, кад му се обезбеди да ради пуно радно време код другог послодавца, на основу споразума о преузимању који закључују надлежни органи (члан 108. став 1. тачка 7. Закона).

Према томе, запосленима за чијим је радом престала потреба у смислу наведене законске одредбе, престаје радни однос отказом уговора о раду, уколико су одбили да заснују радни однос код другог послодавца.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања РС, број 11-00-396/99-02 од 26.03.1999. године).

Запослена-жена, која се налазила на неплаћеном одсуству, има право на коришћење породилског одсуства из члана 79. Закона о радним односима (``Службени гласник РС ``, број 55/96).

Право на породилско одсуство је право запослене жене да у складу са Законом користи то одсуство.

С обзиром да сте се налазили на неплаћеном одсуству потребно је да обавестите послодавца о коришћењу права на породилско одсуство уз доставу доказа (лекарске дознаке).

Послодавац је дужан да донесе решење о коришћењу права на породилско одсуство и пријави Вас надлежном фонду за пензијско и инвалидско осигурање, с обзиром да сте се налазили на неплаћеном одсуству.

(Из Министарства за рад, борацка и социјална питања РС, број: 132-04-3/99-02 од 26.06.1999. године).

Запосленом престаје радни однос, независно од његове воље отказом уговора о раду од стране послодавца (члан 108. став 1. тачка б.) Закона о радним односима, уколико се на основу извештаја комисије утврди да запослени нема потребна знања и не остварује одговарајуће резултате рада, а нема радног места на коме може да се распореди према својим способностима.

Сагласно члану 23. Закона о радним односима (``Службени гласник РС ``, број 55/96) прописано је да ако запослени у времену од најмање три, а најдуже шест месеци, не покаже потребна знања и способности за обављање послова радног места на коме је распоређен, или не остварује одговарајуће резултате рада, запослени са посебним овлашћењима и одговорностима, покреће поступак за утврђивање знања и способности, односно резултата рада тог запосленог.

Захтев за покретање поступка у смислу става 1. овог члана, доставља се директору који је дужан да по добијању захтева образује комисију која утврђује знања и способности, односно резултате рада запосленог.

Комисија из става 2. овог члана мора да буде састављена од лица која имају најмање исти степен стручне спреме одређене врсте занимања као запослени чије се способности утврђују.

Ако комисија, на начин утврђен колективним уговором, утврди да запослени нема потребна знања и способности за обављање послова радног места на које је распоређен или да не остварује одговарајуће резултате рада, запослени се распоређује на друго радно место које одговара његовом знању и способности. Ако таквог радног места нема, запосленом престаје радни однос.

Према томе, сагласно наведеном члану, ако је извештај комисије такав да запослени нема одговарајуће способности за рад на радном месту на коме је распоређен, запослени се распоређује према својим способностима на друго радно место. Ако таквог радног места нема, престаје му радни однос, независно од његове воље отказом уговора о раду од стране послодавца (члан 108. став 1. тачка б. Закона).

(Из Министарства за рад, борацка и социјална питања РС, број:11-00-312/99-02 од 26.07.1999. године).

Да ли ће запослени који је био на одслужењу војног рока и коме су мировала права и обавезе по основу рада и радног односа имати право на јубиларну награду, уређује се појединачним колективним уговором.

Одредбом члана 38. Општег колективног уговора (‘‘Службени гласник РС’’, бр.22/97 и 21/98), уређено је да послодавац може да исплати запосленом јубиларну награду у случајевима, на начин и у висини утврђеним посебним, односно појединачним колективним уговором.

То значи да се појединачним колективним уговором уређује шта се сматра непрекидним радом код послодавца, односно да ли ће и запослени коме су мировала права и обавезе по основу рада и радног односа (одслужење војног рока), имати право на јубиларну награду која се исплаћује за непрекидан рад код послодавца.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања РС, број: 11-00-87/99-02 од 26.08.1999. године).

Вршилац дужности директора који је разрешен дужности, остварује права као запослени за чијим је радом престала потреба.

Према одредбама члана 37. Закона о радним односима (‘‘Службени гласник РС’’ број 55/96), директор који је разрешен дужности у складу са законом, остварује права као запослени за чијим је радом утврђен престанак потребе, осим ако не испуњава услове за престанак радног односа по сили закона или без његове сагласности.

Сходно наведеним одредбама закона запослени који је разрешен дужности, непосредном применом закона, остварује права запослених за чијим је радом утврђен престанак потребе.

Даном разрешења вршиоца дужности директора, послодавац може да му обезбеди једно од права из члана 26. став 1. Закона.

Ако не може да му се обезбеди ни једно од тих права, послодавац је дужан да му исплати отпремнину из члана 34. Закона. Даном исплате отпремнине престаје му радни однос, отказом уговора о раду (члан 108. став 1. тачка 9. Закона).

Према томе, вршилац дужности директора који има исти положај и права као и директор, а који је разрешен дужности у складу са законом, остварује права као запослени за чијим је радом утврђен престанак потребе. Чињеница да се вршилац дужности директора налази још увек на боловању, није од утицаја на престанак радног односа (због разрешења), путем отказа уговора о раду, у складу са напред наведеним одредбама Закона.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања, бр:11-00-307/99-02 од 10.11.1999. године).

Радни однос заснован на одређено време без јавног оглашавања, не може да прерасте у радни однос на неодређено време.

Према члану 14. став 1. тачка 8) Закона о радним односима (Службени гласник

РС, број 55/56) радни однос може да се заснује на одређено време, без јавног оглашавања, ако због хитности посла није могуће спровести поступак јавног оглашавања, али не дуже од 90 радних дана.

Радни однос заснован у смислу наведене законске одредбе је ограниченог трајања (најдуже 90 радних дана) и не може да прерасте у радни однос на неодређено време. Иначе, Законом није ограничена могућност заснивање радног односа од 90 радних дана у току календарске године. Односно, послодавац може у току године више пута заснивати радни однос са запосленим (најдуже до 90 радних дана), уколико због хитности посла није могуће спровести поступак јавног оглашавања. Међутим, уколико се ради о пословима чије је трајање дуже од 90 радних дана, послодавац је дужан да за то радно место спроведе поступак јавног оглашавања и заснује радни однос на одређено или неодређено време у смислу члана 9. до 11. Закона о радним односима.

Према члану 108. став 1. тачка 2) Закона о радним односима, запосленом престаје радни однос истеком рока за који је заснован на одређено време у смислу члана 14. став 1. тачка 8) наведеног закона, о чему се запосленом доставља отказ уговора о раду или решење о престанку радног односа (члан 111. Закона).

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања, број:11-00-362/99-02 од 10.12.1999. године).

Избор директора у друштвеном предузећу врши се путем јавног огласа.

Начин и поступак избора директора, у друштвеном предузећу није утврђен Законом о предузећима. Код оваквог правног стања за избор директора у друштвеном предузећу, примењују се општи прописи, односно Закон о радним односима (Службени гласник РС, број 55/96). У члану 9. Закона, прописано је да се радни однос заснива путем јавног огласа. То значи да се избор директора у друштвеном предузећу врши путем јавног огласа.

Према одредби члана 12. Закона о радним односима (Службени гласник РС, број 55/96), директор заснива радни однос на основу одлуке о избору, уговором о раду који закључују орган који га бира, односно поставља и директор.

Према томе, ради обављања функције директора, по Закону о радним односима заснива се радни однос, закључивањем уговора о раду између лица које је изабрано за директора и органа који га је изабрао. Да се функција директора врши из радног односа, а не неког другог уговорног односа, произилази и из других одредби Закона о радним односима, као што је члан 90. став 4. (према коме о дисциплинској одговорности директора одлучује орган који га бира, односно поставља) и

члан 137. (у коме су утврђена овлашћења директора у остваривању права, обавеза и одговорности запослених).

Полазећи од наведених одредаба Закона о радним односима, мишљења смо да се функција директора не може вршити ван радног односа, без закључивања уговора о раду.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања, број:11-00-73/99-02 од 26.07.1999. године).

Против решења директора о изреченој мери престанка радног односа, запослени има право приговора.

По спроведеном дисциплинском поступку, према члану 97. Закона о радним односима (``Службени гласник РС `` , број: 55/96), директор доноси решење којим се запослени оглашава кривим и изриче мера, ослобађа одговорности или обуставља поступак, са образложењем и поуком о правном леку.

Против решења директора о изреченој мери престанка радног односа, запослени има право приговора управном одбору, односно директору ако у предузећу није образован управни одбор. У случају када приговор није поднет (или је поднет неблаговремено), изречена мера престанка радног односа постаје коначна истеком рока у коме је приговор могао да се поднесе.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања, број: 11-00-21/99-02 од 15.03.1999. године).

По престанку радног односа, радна књижица се доставља запосленом.

Према члану 136. став 4. Закона о радним односима (``Службени гласник РС `` , број 55/96), послодавац је дужан да запосленом врати уредно испуњену радну књижицу на дан престанка радног односа.

У случају да због објективних околности послодавац није у могућности да изврши уредну доставу радне књижице запосленом (лична достава, препоручена поштом и сл.), радну књижицу као јавну исправу требало би архивирати у складу са прописима о регистрима архивске грађе. Мишљења смо да се радна књижица, у конкретном случају, може уручити по овлашћењу запосленог и другом лицу, односно лицу са овереним судским пуномоћјем.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања, број: 113-03-55/99-02 од 10.09.1999. године).

Запослени коме је ускраћено право на годишњи одмор, има право на надокнаду штете.

Према члану 53. Закона о радним односима (``Службени гласник РС `` , број 55/96), запослени има право на годишњи одмор у трајању од најмање 18, а највише 25 радних дана за годину дана рада.

Годишњи одмор је право из радног односа и по правилу се користи у календарској години за коју запослени остварује право на годишњи одмор, према распореду утврђеним код послодавца.

Према члану 55. Закона о радним односима (``Службени гласник РС `` , број 55/96), годишњи одмор се може користити у два дела, с тим, што се први део у трајању од најмање 12 радних дана користи у току календарске године, а други део најкасније до 30. јуна наредне године.

Запослени који у току календарске године није искористио годишњи одмор у трајању од најмање 12 радних дана, нема право да годишњи одмор за ту календарску годину користи у наредној календарској години.

Истовремено напомињемо, да се, према члану 58. Закона, запосленом не може ускратити право на годишњи одмор, нити се запослени може одрећи права на годишњи одмор.

Запослени, коме је ускраћено право на годишњи одмор има право на надокнаду штете. Уз захтев за надокнаду штете запослени треба да достави и одлуку надлежног органа којом му је ускраћено право на годишњи одмор. Постојање штете, њену висину, околности под којима је настала, ко је штету проузроковао и како се надокнађује, утврђује посебна комисија коју образује директор (члан 106. став 5. и 6. Закона).

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања, број: 131-04-43/99-02 од 15.07.1999. године).

Правилник о систематизацији радних места, треба да садржи и опис послова радног места.

Према члану 7. став 3. Закона о радним односима (``Службени гласник РС `` , број 55/96), општим актом послодавца утврђују се радна места (назив радног места и опис послова), врсте и степен стручне спреме, потребна знања, радно искуство и други посебни услови за заснивање радног односа на тим радним местима.

Иако то Законом није изричито утврђено, с обзиром да се актом о систематизацији, поред осталог, утврђују потребна знања и способности за рад на одређеном радном месту, то из описа одређених послова који треба да се обављају на радном месту, овим актом треба да се утврде и ти услови. Стога, по нашем мишљењу, општи акт о систематизацији треба да садржи и опис послова радног места.

(Из Министарства за рад, борачка и социјална питања, број: 11-00-124/99-02. од 11-10-1999. године).

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

<i>Мирко Васиљевић</i>	Основни правни аспекти својинске трансформације предузећа путем конверзије потраживања у акције (<i>изворни чланак</i>) 1
<i>Зоран Арсић</i>	Акцијска исправа (<i>изворни чланак</i>) 14
<i>Гордана Илић-Појов</i>	Еколошка улога пореских инструмената у области саобраћаја (<i>изворни чланак</i>) 29
<i>Небојиа Јовановић</i>	Одговорност пловидбеног превозиоца робе за радње својих помоћника у међународном и домаћем праву (<i>изворни чланак</i>) 46
<i>Драгољуб Драшковић</i>	Колективни уговор као инструмент уређивања радног односа (<i>прегледни чланак</i>) 66
<i>Дејан Појов</i>	Правни режим коришћења међународних водотока (<i>прегледни чланак</i>) 78
<i>Божана Жижич</i>	Choice of laws regarding copyright infringement occurring over the Internet in the light of international jurisprudence and practice (<i>прегледни чланак</i>) 91

МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

Међународна регулатива	107
Решавање међународних спорова	109
Прикази	112
На дневном реду у свету	115
Из домаћег права пословања са иностранством	117
За документацију	119
Занимљивости	122

СУДСКА ПРАКСА

<i>Вера Марковић</i>	Сентенце из пресуда Врховног суда Србије . . . 123
----------------------	--

ПРАВНА ПРАКСА

Мишљења Министарства за рад, борачка и социјална питања, <i>Милица Дражић и Снежана Вујиновић</i>	137
--	-----

C O N T E N T

ARTICLES

<i>Mirko Vasiljević</i>	Basic Legal Aspects in the Transformation of Ownership over Enterprises by Means of Conversion of Claims into Shares (<i>original article</i>) 1
<i>Zoran Arsić</i>	Share Certificate (<i>original article</i>) 14
<i>Gordana Ilić-Popov</i>	Environmental Role of Tax Instruments in the Field of Traffic (<i>original article</i>) 29
<i>Nebojša Jovanović</i>	Liability of Carrier for Acts of Assistants in International and National Law (<i>original article</i>) . . 46
<i>Dragoljub Drašković</i>	Collective Bargaining Agreement as an Instrument in the Regulation of Labour Relations (<i>review article</i>) 66
<i>Dejan Popov</i>	Legal Regime of Utilization of International Water Sources (<i>review article</i>) 78
<i>Bojana Žižić</i>	Choice of laws regarding copyright infringement occurring over the Internet in the light of international jurisprudence and practice (<i>review article</i>) 91

INTERNATIONAL BUSINESS LAW

International Regulations	107
Solving of International Disputes	109
Reviews	112
Current in the World	115
From Domestic Law on Operations with Foreign Countries	117
For the Record	119
Curiosities	122

COURT PRACTICE

<i>Vera Marković</i>	Pronouncements from the Judgements of the Supreme Court of Serbia 123
----------------------	---

LEGAL PRACTICE

Opinions of the Ministry of Labour, <i>Milica Dražić and Snežana Vujinović</i>	137
--	-----

UDK 347.7

YU ISSN 0354-3501

П Р А В О И П Р И В Р Е Д А
ЧАСОПИС ЗА ПРИВРЕДНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БРОЈ 3-4/2000./Година XXXVII
Београд

Главни и одговорни уредник

Мирко Васиљевић

Уредник

Мирослав Пауновић

Редакција

Зоран Арсић, Влајко Брајић, Мирко Васиљевић, Радован Вукадиновић, Славољуб Вукичевић, Мирослав Врховшек, Драгољуб Драшковић, Ивица Јанковец, Милица Јањушевић (секретар), Бранко Љутић, Вера Марковић, Боса Ненадић, Мирослав Пауновић, Ратомир Слијепчевић, Александар Ђирић

Издавачки савет

Милена Арежина, Чедомир Богичевић, Јованка Бодирога, Миљко Ваљаревић, Михајло Велимировић (председник), Мирослав Витез, Ратибор Грујић, Бојан Илић, Раде Јефтић, Ратомир Кашанин, Нермина Љубовић, Аранђел Маркићевић, Мирослав Милетић, Јездимир Митровић, Вера Нећак, Данило Пашајлић, Мирко Перуновић, Витомир Поповић, Владимир Поповић, Дејан Поповић, Чедомир Простран, Драган Радоњић, Марко Рајчевић, Марко Стељић, Миодраг Трајковић, Славко Царић (заменик председника), Мирјана Цукавац

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ

Београд, Теразије 23/VII-701

тел./факс 3248-428

поштански фах 47

Технички уредник

Зоран Димић

Рачунарска припрема

Јелена и Зоран Димић

Светозара Марковића 2, Београд

Претплата за 2000. годину износи: правна лица - 4.200 динара,
физичка лица - 2.100 динара, иностранство - 100 УС \$

Претплата се врши на жиро рачун број: 40806-678-3-99933, уз назнаку:
Претплата за часопис „Право и привреда“

Издаје ДВОМЕСЕЧНО

Штампа: ШИП „Никола Николић“
Микуша Гајевића 3, КРАГУЈЕВАЦ

НАРУЏБЕНИЦА

Овим се неопозиво претплаћујемо на ____ примерака часописа "ПРАВО И ПРИВРЕДА" за 2000. годину по цени од 4.200,00 динара за правна лица (2.100,00 за физичка лица, 100 USA \$ за иностранство) на име аконтације годишње претплате с тим да се претплата продужује и за следеће године, уколико се изричито-писмено не откаже пре истека текуће године.

Износ од _____ динара уплатићемо у законском року по пријему рачуна на жиро рачун број 40806-678-3-99933 УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ

Београд, Теразије 23/VIИ-701

Тел/факс 3248-428

Часопис слати на адресу:

са назнаком за _____ службу.

Молимо да ову наруџбеницу оверену и потписану од стране овлашћеног лица пошаљете на адресу УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ, Београд, Теразије 23/VIИ-701

П. фах 47

Потпис наручиоца

М.П.

ДЕВЕТИ КОНГРЕС

ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ

Поштовани колега,

Задовољство нам је што Вас, као учесника наших традиционалних сусрета, можемо да обавестимо да припреме за **IX КОНГРЕС ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРЈ** успешно теку. Ове године, IX Конгрес ће се одржати од **24. до 26. маја у Врњачкој Бањи**, већ традиционалном месту окупљања правника у привреди.

Остајући верни начелу да на скуповима у Врњачкој Бањи разматрамо најактуелније теме за рад правника у привреди, Управни одбор Удружења одлучио је да главна тема овог годишњег Конгреса буде:

ПРЕДУЗЕЋА И ХАРТИЈЕ ОД ВРЕДНОСТИ

са следећим тематским областима:

- I ОСНОВНА ТЕМА
- II ПРЕДУЗЕЋА
- III ПРИВАТИЗАЦИЈА
- IV СТРАНА УЛАГАЊА
- V БАНКЕ
- VI ОСИГУРАВАЈУЋЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ
- VII ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ - СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ
- VIII ФИНАНСИЈСКО ТРЖИШТЕ
- IX ПРИВРЕДА И УПРАВА
- X ПОРЕЗИ
- XI ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА
- XII ПОСЛОВНО ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ
- XIII РАДНИ ОДНОСИ
- XIV ПОСЛОВНИ ОДНОСИ С ИНОСТРАНСТВОМ

Упућујемо Вам позив да и ове године присуствујете и учествујете у раду IX Конгреса правника у привреди СР Југославије.

Надамо се да ћемо и овом приликом провести три пријатна дана у заједничком раду и дружењу.

ИНФОРМАЦИЈЕ И ПРИЈАВЕ:

Ближе информације и пријаве можете добити односно слати Удружењу правника у привреди СР Југославије, Београд, на тел/факс 011/3248-428 (Милица Јањушевић) и на телефон Генералног секретара Удружења (Јованка Бодирога-Јанковић) 011/3240-508.

