
СТРУЧНА МИШЉЕЊА

Љубодраг ПЉАКИЋ

судија Врховног касационог суда у пензији

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ И ГРАНИЦЕ ОДГОВОРНОСТИ ЧЛАНОВА УПРАВНОГ ОДБОРА БАНАКА

Резиме

Приликом оцене рада законитости појединих банака, увек се мора имати у виду разграничење надлежности органа банке која је прецизно регулисана одговарајућим одредбама статута на основу овлашћења из закона. При томе се имају у виду надлежности, па према томе, и одговарајуће одговорности чланова управног и извршног одбора банке, одбора за управљање активом и пасивом, као и одбора за праћење пословања банке (одбора за ревизију).

Међутим, када се у пракси доносе појединачна решења са карактером управних аката, онда се често мешају надлежности, па се код изрицања одговарајућих мера пеналног карактера председнику и члановима управног одбора банке стављају на терет неизвршавања или неправилно извршавања послова из надлежности других органа.

Задатак овог реферата је да преко практичних примера укаже на различит приступ основа и домањаја одговорности управне и управно-судске праксе по питању одговорности за рад председника и чланова управног одбора банке.

Кључне речи: *чланови управног одбора, одбор за управљање активом и пасивом, одбор за ревизију, пенална одговорност и њени домањаји, висина казне, саслушање странке.*

I Увод

Приликом анализе квалитета једног закона, најпре се полази од самог његовог текста и образложења уставног основа и разлога за његово доношење. То, међутим, није довољно, јер доношење закона није само себи сврха. Његово отеловљење мора да се прикаже кроз практичну примену: уколико се његова примена односи на органе извршне власти, онда кроз њихову праксу и одговарајућа правна мишљења ресорних министарстава. Донета акта са карактером управног поступања су у надлежности извршне власти где доживљавају своју коначност, па тиме и извршеност, али последњу реч о законитости донетих аката даје друга од три гране власти: судска, оценом законитости поступања код Управног суда. Изражена правна мишљења министарстава имаће своју пуну важност само уколико су у складу са заузетим правним ставовима Управног суда. На крају, и неизбежно питање, можда најважније за оцену вредности односног закона: какву корист или/и штету имају грађани и правна лица у држави Србији у примени донетог закона?

У остваривању овог крајњег циља закона, обавеза је правосуђа да преко стручних саветовања, испуњених крајње критичким приступима у односу на заузете правне ставове и схватања, трагају за што потпунијим решењима у остварењу сврхе и циља закона. Једнако је важно када и одговарајућа удружења правних субјеката којих се тиче примена одговарајућег закона на својим стручним саветовањима изложе своје виђење о актуелној управној и управно-судској пракси. Отуда и разлози за писање овог реферата.

II Контролна функција над радом чланова Управног одбора банке

Пословање банака је врло сложено и подложно је бројним ризицима. Отуда и обимна законска регулатива уређује пословање банака, те налаже да банке донесу читав низ општих аката на основу којих поступају органи банака. Њима се утврђују обавезе органа у погледу организовања, праћења и контроле рада, интерног и екстерног извештавања и свих осталих аспеката рада банака.

Пословање банака је подложно и контроли Народне банке Србије (у даљем тексту: НБС). Банке су обавезне да НБС достављају више десетина дневних, недељних, декадних, месечних и годишњих извештаја на основу којих НБС може предузимати према банкама мере које су јој За-

коном о банкама¹ и Законом о Народној банци Србије² стављене у надлежност.

У вршењу контролне функције НБС из члана 63. и 64. Закона о НБС и члана 102., 112. и 113. Закона о банкама, НБС – Управа за надзор над финансијским институцијама је донела решење³ којим је председнику управног одбора СБ због наводних неправилности изречена новчана казна у износу 6.115.129,00 динара (око 50.000 ЕУР), уз констатацију да ово решење представља извршну исправу и да се новчана казна уплаћује на одговарајући рачун НБС, те да о томе СБ (а не лице коме је казна изречена) достави доказ како се не би приступило принудној наплати.

У образложењу решења је наведено да су у поступку контроле управљања кредитним ризиком, ризиком концентрације, ризицима улагања банке и показатеља адекватности капитала, у означеном периоду, уз примену одредаба члана 21а став 1. тачка 2. и члана 64. Закона о НБС, чланова 102.-104. и 113. Закона о банкама, као и тачке 4. Одлуке о ближим условима и начину вршења контроле банака⁴ утврђене неправилности и поступања банке супротно закону, прописима НБС, стандардима опрезног банкарског пословања, као и поступања која угрожавају бонитет банке о чему је сачињен записник којим су констатоване повреде:

- да је банка поткапитализована због утврђеног износа од 10,79% показатеља адекватности капитала, што је супротно члану 23. став 1. Закона и тачке 3. став 3. Одлуке о адекватности капитала банке,⁵ којима је прописано да је банка дужна да показатељ пословања одржава на прописаном нивоу који није нижи од 12%;

- Прекорачени су прописани лимити изложености према једном лицу или групи повезаних лица и то према седам група повезаних лица, као и збир свих великих изложености банке са стањем на дан 31.12.2012. године који износи 442,99% капитала банке што је супротно одредби члана 33. Закона и одредбама тачке 58. став 1. и 4. Одлуке о управљању ризицима банке⁶ којима је прописано да изложеност према једном лицу или

1 Службени гласник РС, бр. 107/05, 91/010.

2 Службени гласник РС, бр. 72/03...76/012.

3 Бр Г. 9891 од 19.12.2014. године.

4 Службени гласник РС, бр. 43/11.

5 Службени гласник РС, бр. 46/011.

6 Службени гласник РС, бр. 45/011...123/012.

групи повезаних лица не сме да пређе 25% капитала банке, а да збир великих изложености банке не сме да пређе 400% капитала банке;

- банка није идентификовала повезаност четири лица (означених по називима) са три групе повезаних лица код којих се повезаност може идентификовати према власничкој структури и услед могућности да због побољшања или погоршања финансијског положаја једног лица погорша се и побољша финансијски положај другог или других лица;

- да је банка на дан 31.12.2012. године исказала показатељ улагања у основна средства и лица која нису у финансијском сектору изнад прописаног и то у висини од 70,04% капитала, а након контроле је овај показатељ био у износу 102,31%, што је супротно члану 34. став 2. Закона и тачки 60. став 3. Одлуке о управљању ризицима банке којима је предвиђено да укупна улагања банке у лица која нису у финансијском сектору и у основна средства банке не смеју прећи 60% капитала банке;

- Банка није обезбедила функционалну и организациону одвојеност активности управљања ризиком улагања у лица која нису у финансијском сектору, што није у складу са чланом 28. став 3. Закона;

- унутрашња ревизија није обезбедила да се ризици на одговарајући начин идентификују и контролишу тј. да одељење унутрашње ревизије није извршило оперативни план за 2012. годину и изостали су ревизорски прегледи значајних ризика супротно члану 85. став 11. под 2. Закона;

- унутрашња организација која обезбеђује поделу дужности и надлежности на нивоу извршног одбора је утврђена од стране извршног одбора, а не управног одбора Банке, што је супротно члану 73. став 3. под 16а Закона;

- Банка нити је функционално нити је организационо раздвојила активности подршке од предузимања ризика и одвојеност наплате лоших пласмана од дела задуженог за преузимање ризика код пласмана правним и физичким лицима, супротно члану 9. Одлуке о управљању ризицима Банке;

- Банка је нетачно извршила класификацију биланса активе и ванбилансних ставки код 12 дужника правних лица са укупном изложеношћу од 1.449.864,00 динара, што чини 7,51% укупног одабраног узорка, па је нетачном класификацијом потраживања поступила супротно тачки 21., 23., 25. и 29. Одлуке о класификацији билансне активе и ванбилан-

сних ставова банке⁷ којима су прописани критеријуми за класификацију потраживања од дужника по основу доцње у измиривању обавеза према Банци;

- укупна билансна актива и билансне ставке увећане су за 1.089.750,00 динара, чиме је Банка нетачно исказала укупну билансну активу и ванбилансне ставке и поступила супротно тачки 3. и 4. Одлуке о класификацији;

- основица за обрачун резерве исказана је у мањем износу за 2.392,00 динара, што је супротно тачки 33. Одлуке о класификацији;

- Банка је неправилно обрачунала потребну резерву за процењене губитке, што је супротно члану 31. став 3. Закона;

- Банка је била дужна да методологијом за процену обезвређења билансне активе и вероватног губитка обезбеди да све анализе, процене и други поступци буду јасно објашњени и документовани;

- Такође, уз примену методологије морала је да утврди средства обезбеђења која има у виду при обрачуну обезвређивања;

- нетачно је обрачунала допунски капитал који се односи на исказивање позитивних ревалоризационих резерви;

- нетачно је обрачунала капитални захтев за девизни ризик;

- нетачно је сачинила извештај о класификацији билансне активе, што је супротно члану 4. Одлуке о извештавању банака;

- нетачно је сачинила извештај о укупним капиталним захтевима и извештаје о изложености према правним и физичким лицима;

- није обезбедила књижење пословних промена на основу рачуноводствених исправа, супротно члану 9. став 1. и 2. Закона о рачуноводству и ревизији;⁸

Сачињеним записником који је достављен Банци, констатоване су слабости у управљању кредитним ризиком, ризиком концентрације и ризиком улагања. Банка је обезбедила да сви чланови управног одбора буду упознати са налазом контролног органа.

7 Службени гласник РС, бр. 94/011...123/012.

8 Службени гласник РС, бр. 46/06...99/011.

На основу изложеног, члановима управног одбора су изречене новчане казне у различитим износима, имајући у виду податке Пореске управе о њиховим приходима и критеријуме из члана 120. Закона.

НБС је као недржавни субјект донела наведено решење у вршењу јавних облашћења са карактером коначног и извршног управног акта против кога је дозвољено директно подношење тужбе у управном спору, код управног суда.

III Разлози из тужбе у управном спору

Управни спор је спор о законитости коначних управних аката и представља вишедценијско достигнуће у цивилизованом свету. Није постојао у бившој Источној Немачкој Ериха Хонекера, јер се његова могућа примена сматрала задирањем судске у извршну власт.

Врло често се не разуме да у примени Закона о управним споровима⁹ (у даљем тексту: ЗУС), као процесног закона у материји управног спора и то на основу члана 41. став 1. суд испитује оспорени акт у границама захтева из тужбе (да се решење укине, поништи...), али није везан разлозима тужбе. Због тога се решење може поништити и из разлога које странка у тужби није навела, ако доводе у сумњу законитост оспореног акта. Отуда и велики значај процесне форме приликом контроле законитости оспореног управног акта, али не форме ради себе саме, већ као услова законитог поступања.

Тужила је као странка у својству председника управног одбора (а и остали чланови јер су истим решењем свима изречене новчане казне – прим. аутора) поднела тужбу у управном спору са захтевом да се поништи донето решење као незаконито.

1. Битне повреде правила поступања

Тужба сматра да је тужени орган, доносећи оспорено решење, учинио битну повреду правила поступања, јер диспозитив није у складу са чланом 198. Закона о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП). Наиме, правна природа донетог решења о кажњавању је казненог карактера због чега су у диспозитиву (као у кривичним предметима) морале да буду прецизно наведене неправилности које се тужиљи стављају

⁹ Службени гласник РС, бр. 111/09.

на терет. На тај начин се обезбеђује идентитет предмета, рачунање застарелости и слично.

Следећа повреда правила поступања, према тужби, тиче се процесног положаја тужиље. Она је у вођеном поступку имала процесни положај странке из члана 39. ЗУП-а, јер је лице „против кога се води поступак“. То би даље, значило и вођење одговарајућег поступка – посебног испитног у коме би се тужиљи омогућило да штити своја права и правне интересе. Тужиља се није непосредно изјашњавала о свим наводима контролног органа, већ ју је банка обавештавала па је тако повређено начело саслушања странке из члана 8. ЗУП-а.

2. Погрешно утврђено чињенично стање

Тужба тврди да већ указане битне повреде правила поступања истовремено указују да нису правилно утврђене одлучне чињенице за правилну примену материјалног права. Како рекосмо, те чињенице су утврђиване преко банке, а не непосредно у односу на тужиљу као странку.

Циљ доношења одговарајућих општих аката банке је у томе да се са таквим регулаторним системом успостави јасна подела обавеза у постављању стандарда, праћењу, оцени и спречавању настанка ризика мимо утврђених граница, као и утврђивање одговорности за ризике који прелазе одговарајуће нивое.

Тужиља је тврдила да је на основу статута банке, утврђена структура органа банке, па тиме и њихова међусобна одговорност. Управни одбор, чији је она била председник, био је задужен за усвајање политике управљања ризицима и прописивања процедура за идентификовање, мерење и процену ризика и за управљање ризицима. У том правцу, управни одбор је донео и одређене акте. Дакле, управни одбор је био задужен за постављање система у коме је био одговоран за стратегију и управљање ризицима и њихово праћење на основу извештаја извршног одбора. Управни одбор је, према тужиљи, ову своју обавезу доследно спроводио, а за саму контролу и извештавање су били задужени други органи банке. Извршни одбор је спроводио стратегију, одбор за управљање активом и пасивом је вршио управљање ризицима и извештавао је органе банке о нивоу ризика и предлагао мере за њиховим управљањем. Одбор за ревизију је био одговоран за континуирано праћење система управљања ризицима банке и предлагање управном одбору мера за отклањање недостатака. Сви извештаји достављени управном одбору су показивали да су могући ризици усклађени са прописаним лимитима. Због тога је тужени

орган морао да води рачуна о томе шта је у чијој надлежности било у структури овлашћења и одговорности. Постоје записници из којих се види каква су залагања и предлози тужиље што је од значаја за личну одговорност. Такође, постоје записници о спроведеним препорукама управног одбора који нису цењени.

У побијаном решењу нису јасни разлози о расподели одговорности органа банке за њено пословање. НБС није оценила да ли је на основу извештаја који су јој достављани могло да се оцени да ли су у функционирању банке постојали било какви проблеми.

3. Погрешна примена материјалног права

Тужба је указала да је одговорност тужиље, као председника управног одбора и осталих чланова управног одбора, сваког појединачно, морала да буде разграничена и дословно образложена. Такође, тужени орган је морао да разграничи чињеницу да је управни одбор банке (члан 61. статута) задужен за усвајање политике управљања ризицима и прописивање процедуре за идентификовање, мерење и процену ризика и управљање ризицима; да је извршни одбор одговоран за спровођење стратегије управљања ризицима; одбор за управљање активом и пасивом врши управљање ризицима и обавештава органе о врстама и нивоу ризика, а одбор за праћење пословања банке (ревизију) задужен је за анализу и политику у вези управљања и за систем унутрашње контроле банке.

Због тога одговорност није могла да буде објективна, већ субјективна. Основ за изрицање казне је у субјективном односу према самом предмету – догађају који се сматра противправним. Отуда, само чланство у управном одбору не представља основ објективне одговорности.

Указано је на непостојање разлога за коришћење дискреционог овлашћења НБС из члана 120. Закона о банкама. Дискрециона овлашћења су израз начела законитости, па је морао да буде наведен циљ ради кога је коришћено то овлашћење.

У разлозима оспореног решења је тачно цитирана одредба члана 113. став 2. Закона о банкама према којој изречена казна не може бити мања од једне ни већа од збира 12 зарада, које су та лица примила до доношења решења. Једнако исправно закључивање би било да се мисли на зараду по основу функције председника управног одбора, а не свих прихода тог лица па и по основу приватне делатности који нису у вези са чланством. Зато чуди прибављање података од Пореске управе о другим

приходима! Критеријуми за изрицање казне нису индивидуализовани, већ се доносилац акта само позвао на одредбу члана 120. Закона о банкама. То су све били разлози тужбе којом је тражено да се оспорено решење поништи као незаконито.

4. Пресуда Управног суда

Одлучујући по поднетој тужби (истовремено и о тужбама других чланова управног одбора јер се тражи поништај истог решења – прим. аутора), Управни суд, Одељење у Новом Саду је пресудом¹⁰ уважио тужбу свих тужилаца, поништио оспорено решење и предмет вратио органу на поновно одлучивање.

Анализом разлога из цитиране пресуде може се закључити да је Суд прихватио све кључне разлоге оспоравања побијаног решења из поднетих тужби. На указане повреде из тужбе, Суд је одговорио на начин да их је привео праву и прецизно навео које су то одредбе ЗУП-а повређене доношењем оспореног решења, које повреде је доносилац акта дужан да отклони, уз обавезу утврђену одредбом члана 69. став 2. ЗУС-а.

Суд је указао на повреду одредбе члана 199. став 2. ЗУП-а, којом је прецизно наведено шта образложење решења мора да садржи почев од утврђеног чињеничног стања, доказа којима се чињенице утврђују, правне прописе, начин одлучивања по слободној оцени... Могуће је, каже Суд са позивом на одредбу члана 202. став 1., да се једним решењем одлучи о више лица, али у образложењу решења морају да се изнесу разлози у односу на свако лице посебно.

Суд наводи да поред цитиране одредбе члана 199. став 2. ЗУП-а, и одредбе члана 9. став 2. Закона о банкама обавезују орган да наведе доказе на основу којих је утврдио неправилности у поступању чланова управног и извршног одбора, у односу на стандарде опрезног банкарског пословања, као и поступања ових лица која угрожавају бонитет банке и према чињеничном стању према записнику, обзиром да су у решењу таксативно наведени пропусти и цитиране законске одредбе. У односу на наводе о повезаним лицима није наведено која су то лица, ко је са киме повезан, начин повезивања да би могао да се изведе закључак о повезаним лицима из члана 24. став 1. и 2. и 95. Закона о банкама. Стога нису били испуњени услови ни за примену одредбе члана 33. тачка 58. став 1. тачка 4. Одлуке о управљању ризицима.

10 III-27 У. 965/15 од 18.01.2017. године.

Повређене су и одредбе члана 8., 9. и 133. ЗУП-а о томе да се странке нису непосредно изјашњавале у испитном поступку у коме би им било омогућено да штите своја права и правне интересе, већ посредно преко банке.

Озбиљна повреда је и у томе што је у диспозитиву наведена новчана казна за сваког члана управног одбора, а нису дати разлози који се тичу доказа на основу којих је изречена казна у односу на сваког од њих, и висина казне у смислу одредбе члана 113. став 2. Закона.

Изнети разлози у овом реферату из донетог решења у управном поступку, разлози из тужбе у управном спору против тог акта и нарочито разлози уважавајуће цитиране пресуде Управног суда, довољни су да се у овој материји предложи принципијелни закључци.

IV Закључци

1. У вршењу контролне функције НБС из члана 63–65 Закона о НБС и изрицању мера из члана 113. Закона о банкама према члановима управног и извршног одбора, мора да се води посебан испитни поступак из члана 9. у вези члана 133. ЗУП-а, како би ова лица, као странке у поступку, могла да расправљају. Донето решење о кажњавању мора да садржи тачан опис радњи и неправилности на којима се решење заснива и субјективни однос свакога од чланова према учињеним неправилностима.

2. У разлозима за доношење решења из претходног става, морају се јасно разграничити надлежности управног и извршног одбора, као и одбора за управљање активом и пасивом и одбора за праћење пословања банке (одбора за ревизију).

3. У разлозима донетог решења морају се навести и оцене и примедбе НБС у односу на достављене извештаје о пословању које је банка била у обавези да доставља.

4. Обавезни разлози решења о кажњавању морају да садрже и образложење за коришћење дискреционог овлашћења НБС из члана 120. Закона о банкама, у односу на циљ због кога је овлашћење дато. Дискреционо овлашћење је изворна обавеза органа на примену начела законитости из члана 5. ЗУП-а.

5. Висина изречене казне у примени члана 113. став 2. Закона о банкама има у виду висину зарада која је члан управног одбора остварио у том својству, у вршењу функције, а не свих прихода које је то лице остварило по било ком другом основу. Овај став се намеће као крајње ло-

гичан јер би се, у супротном, било ко тешко прихватио ове функције у управном одбору.

6. Изречени закључци немају за циљ да умање значај одговорности коју чланови управних одбора банака имају, већ управо да ту одговорност примере законима из ове области пре свега, ЗУП, Закону о НБС, Закону о банкама и другим прописима донетим на основу одговарајућих овлашћења.

Ljubodrag PLJAKIĆ

retired Judge of the Supreme Court of Cassation

LEGAL POSITION AND LIMITS OF LIABILITY OF BANK BOARD MEMBERS

Summary

In assessing the legality of the work of certain banks, one must always keep in mind the separation of competences of bank bodies which is precisely regulated by the appropriate provisions of the statute based on authorizations from the law. Here we should also consider the competence, and thus the pertaining liability of members of the board of directors and executive board of the bank, the assets and liabilities committee as well as the banking operations monitoring committee (audit committee).

However, when in practice individual decisions are made with the character of an administrative decision, then competences are often blurred, so in passing appropriate penal measures, the president and members of the board of directors of the bank are tasked with the non-performance or incorrect performance of activities from the competence of other bodies.

The task of this paper is to present, through practical examples, a different approach to the basis and scope of liability of administrative and administrative-court practice regarding liability for the work of the president and members of a bank's board of directors.

Key words: *members of the board of directors, assets and liabilities management committee, audit committee, penal liability and scope, penalty amount, examination of parties.*

Др Небојша ШАРКИЋ

**вршилац дужности декана и редовни професор Правног факултета
Универзитета УНИОН**

Младен НИКОЛИЋ

судија Привредног апелационог суда

ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ И АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА

Резиме

Реферат се бави признањем и извршењем страних судских и арбитражних одлука. Већина аутора је, с правом приоритет давала питању признавања или могућности за преиспитивање стране судске или арбитражне одлуке, док је само извршење, ретко третирано. Услови и поступак признања страних судских и арбитражних одлука, осим међународним конвенцијама чији је потписник Република Србија, уређен је Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Законом о арбитражи, али и Законом о извршењу и обезбеђењу. О признању се може одлучивати посебном одлуком, по правилима ванпарничног поступка, када та одлука својом правноснажношћу делује у свим поступцима у којима се користи, али и као о претходном питању, када се одлучује у извршном поступку поводом предлога за извршење на основу стране одлуке која претходно није призната.

Сам поступак извршења спроводи се у свему у складу са одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу, чиме се извршни поверилац, иако поседује страну извршну исправу, у свему у поступку изједначава са извршним повериоцем у чију се корист спроводи извршење на основу домаће извршне исправе. У том погледу важе сва изузимања од извршења као и ограничења и извршни поверилац, често страном лице нема никакве привилегије због свог статуса и чињенице поседовања стране извршне исправе.

Кључне речи: страна судска одлука, страна арбитражна одлука, признање, извршна исправа, извршење, суд.

I Увод

Аутори који су се бавили овом темом, с правом приоритет дају питању признавања или могућности за преиспитивање стране судске или арбитражне одлуке, док само извршење углавном није или је ретко третирано. То је разумљиво, са једне стране, када имамо у виду чињеницу да се ова материја по правилу сврставала у материју међународног приватног права, те се аутори које је занимала ова област по правилу нису довољно дотицали самог поступка извршавања страних судских и арбитражних одлука. Предмет нашег интересовања, у овом реферату је стога, осим признања страних одлука и само извршење. У реферату под појмом страна одлука сматраће се све врсте судских и арбитражних одлука, изузев ако се нешто специфично не буде говорило о посебној врсти одлука. У том смислу у уводном делу изнећемо општа разматрања која се односе и на судске и на арбитражне одлуке, а потом ћемо детаљније изложити поступак признавања страних судских одлука, затим признавања страних арбитражних одлука, те поступак извршења ових одлука.

Поступак који води суд по захтеву једне од странака за признање или извршење стране судске или арбитражне одлуке назива се делибациони поступак. У прописима некадашње СФРЈ ова област је била детаљно уређена уводним законом за Законом о парничном поступку. Признање таквих одлука донетих у статусним стварима могло се тражити по закону под следећим условима: ако је по југословенском закону могао поступати ма који суд стране државе у којој је одлука донета (апстрактна надлежност); ако су лицу против кога је она донета били лично достављени позив или наредба којом је поступак започет или се то лице ма на који начин у поступак упустило; ако постоје потврде страног суда или другог државног органа о правоснажности и извршности одлуке према праву земље у којој је донета; ако постоји узајамност између Југославије и те земље у поступању по захтеву за признање и извршење. Међутим, и када су постојали наведени услови за њих су морале постојати одређене околности које су се посебно у поступку преиспитивале.

Поступак признања и извршења страних судских и арбитражних одлука у некадашњој Југославији био је регулисан двостраним уговорима Југославије са другим државама. Осим тога Југославија је ратификовала Њујоршку конвенцију из 1958. године,¹ којом се регулише признање и

1 Закон о ратификацији конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, Сл. лист СФРЈ – међународни уговори, бр. 11/81.

извршење иностраних арбитражних одлука. Држава Србија као правни следбеник претходних држава: СФРЈ, СРЈ, СЦГ, преузела је и континуитет у овим питањима.

Дозвола којом се признаје или извршава страна судска одлука, коју ставља суд државе у којој се тражи признање или извршење стране судске одлуке назива се егзекватура пресуде. Јачање капиталистичких држава донело је са собом повећану робно-новчану размену, учврстило национална законодавства, уредило територију сваке државе, те се поставило и питање признавање страних судских одлука. Из разумљивих разлога економски јаче земље инстистирале су на либералнијем режиму извршавања страних судских одлука, ради заштите својих интереса, док су земље са слабијим економским потенцијалом штитиле национални правни суверенитет. Тако су се развијали различити модалитети овог проблема. Данас признање стране судске одлуке није дозвољено у Енглеској, Холандији и мањем броју земаља, па је у њима потребно покренути нов спор у коме страна судска одлука служи само као солидана основа за вођење спора. Поједине државе при признању извршења страних судских одлука прихватају систем ограничене контроле, док се у другима примењује систем такозване неограничене контроле или систем ревизије из основа. Највећа овлашћења при давању оваквих дозвола има суд државе које прихватају систем ревизије из основа, јер на основу испитивања формалне и материјалне стране судске пресуде постоји овлашћење не само да се таква одлука не призна него и да дође до измене њеног диспозитива. Овај систем који води порекло из француске судске праксе данас је скоро ишчезао и на ширем међународном плану углавном је непознат. Зато мања овлашћења има суд државе који прихвата систем ограничене контроле, јер се његова овлашћења свode на испитивање стране пресуде и то са формалне и са материјалне стране и на основу таквог испитивања давања или одбијања егзекватуре.

Суд може дати егзекватуру пресуде у потпуности или парцијално.

За давање егзекватуре постоје поред извесних специфичних услова у правима појединих земаља и опште прихваћени услови: да је судио надлежан суд, да страна пресуда није противна међународном јавном поретку, као и поретку оне земље чији суд треба да да егзекватуру, да је поштовано право одбране и по правилу да је страна судска одлука, односно пресуда коначна.

Наш Закон о извршењу и обезбеђењу² предвиђа да у случају покретања извршног поступка у ситуацији да претходно страна извршна исправе није призната пред домаћим судом, о признању стране извршне исправе одлучује извршни суд као о претходном питању. Исто у односу на страну арбитражну одлуку предвиђа и Закон о арбитражи,³ у члану 65 став 2.

И до сада је постојала могућност да извршни суд као о претходном питању одлучи о признању стране судске одлуке, а све у складу са одредбама Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.⁴ Услови за признавање страних судских одлука и поравнања предвиђени су поменутиим законом, као што наведени закон предвиђа и случајеве у којима страна судска одлука неће бити призната.

Када испитује испуњеност услов за признање стране судске одлуке суд може поступити на два начина: прво може одлучити да донесе посебну одлуку којом признаје страну судску одлуку, односно може донети решење којом се страна судска одлука не признаје (против оба решења дозвољена је посебна жалба), и друго – суд који је надлежан за одлучивање о предлогу за извршење може на основу стране судске одлуке донети решење о извршењу чиме је о признању стране судске одлучио као о претходном питању, али само за тај поступак.⁵ Доношењем решења о изврше-

2 Службени гласник Р. Србије, бр. 106/15.

3 Службени гласник Р. Србије, бр. 45/06.

4 Види одредбе члана 86 до 96 и члана 107 став 1 тачка 2 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.

5 Из одлуке Привредног апелационог суда ИЖ бр. 168/13 од 25.12.2013. године: „Поступак признања стране арбитражне одлуке се може водити као самостални судски поступак у коме се решава само о таквом захтеву, односно о признању такве стране извршне исправе. Само у ванпарничном поступку, у коме је предлог за признање стране арбитражне одлуке једини захтев странке, у том поступку суд одлучује само о таквом захтеву, односно о захтеву за признање, те решење по таквом захтеву има за последицу да се призната страна арбитражна одлука изједначава са домаћом извршном исправом.

Међутим, у конкретном случају, извршни поверилац је предложио извршење на основу стране арбитражне одлуке, као извршне исправе, која није претходно призната пред домаћим судом, због чега првостепени суд није могао одлучивати посебним решењем о признању стране арбитражне одлуке, него је морао одлучити о предлогу за извршење, а одлучујући о предлогу за извршење решити и претходно питање које се не уноси у изреку и којим се решава о признању стране арбитражне одлуке, али само са дејством за тај извршни поступак.

У поступку извршења када се признање стране арбитражне одлуке јавља као претходно питање, одлука суда има дејство само у том извршном поступку поводом кога је одлучено о предлогу за извршење, доношењем решења о извршењу, али се о претходном признању стварне арбитражне одлуке не одлучује посебним решењем“.

њу он је и признао страну судску одлуку. Тада ће суд који је донео решење о извршењу на основу стране судске одлуке која претходно није призната дати разлоге и образложење за признање те одлуке. Право извршног дужника је да осим разлога за признање стране судске одлуке о којима се води рачуна по службеној дужности, у правном леку којим напада решење о извршењу, износи и друге разлоге које је закон прописао у погледу непризнавања стране судске одлуке.

Одлуке судова република чланица раније СФРЈ које су постале правоснажне и извршне до дана међународног признавања тих република не третирају се као стране одлуке и производе правно дејство у правном саобраћају Србије као одлуке домаћег суда.

Сада ћемо размотрити, али и раздвојити питање признања и извршења страних судских одлука од страних арбитражних одлука.

II Признање страних судских и арбитражних одлука

1. Признање страних судских одлука

Страна судска одлука може производити дејство на домаћој територији тек након признавања од стране надлежног домаћег органа. Опште прихваћено правило међународног приватног права говори о томе да су стране судске одлуке признате у домаћем правном саобраћају, наравно, под одређеним условима.

На самом почетку треба одговорити на питање о којим одлукама је реч. Овде говоримо о одлукама које су донете у тзв. грађанским стварима. Ово питање није тако једноставно као што се чини на први поглед, јер се под појмом грађанско-правних ствари могу подразумевати бројна питања која су због комплексности савремених правних система веома разуђена.

У теорији постоје два основна критеријума која служе за разграничење. Први је такозвани територијални који говори о томе да је одлука страног суда донета на територији стране земље. Овај географски критеријум је прихватљив али не у свим случајевима. Нама се пак чини да је много прихватљивији персонални критеријум који не полази од места где се налазио орган који доноси одлуку већ полази од државне припадности органа који доноси одлуку. По персоналном критеријуму није битно где је одлука донета већ је битна припадност органа који је одлуку донео. Ово питање је такође било веома актуелно у погледу разграничења по основу сукцесије између бивших чланица држава СРФЈ.

Много значајније питање је питање ко доноси одлуке које су предмет расправљања у поступку признавања и извршења. Најчешће, то су судови али не постоји идентични организациони критеријуми за надлежност у различитим државама те се не може говорити о аутоматском уподобљавању различитих правних система. Поједине земље имају разне врсте специјализованих судова које друге државе не познају. Као пример разгранатости правног система можемо говорити о Савезној Републици Немачкој која има бројне специјализоване судове у области радних односа, социјалног осигурања, заштите синдикалних права и слично. Такође у појединим земљама део судске надлежности измештен је код других паралелних органа. У новије време највише надлежности у европским земљама пренето је са судова на јавне бележнике – нотаре. Они су постали незаменљиви институт у области породичног и наследног права, те су њихове одлуке у појединим законом предвиђеним случајевима изједначене са судским одлукама. Поравнање које сачини јавни бележник – нотар у потпуности је изједначено са поравнањем које је закључено пред судом. У нашем правном систему извршење законом признатог поравнања је идентично са признањем сваке друге судске одлуке (пресуде или решења).

Под појмом стране судске одлуке морамо сматрати страну судску али и одлуку који доноси неки други орган стране државе који је надлежан за решавање грађанско правних ствари (предмета). Наш правни систем предвиђа да страна судска одлука мора бити призната од стране домаћих правосудних органа да би могла имати дејство на територији Републике Србије. Овај поступак подразумева одређену проверу чињеница, да ли та одлука испуњава законом прописане услове да би имала дејство на домаћој територији. Овај поступак признавања је судски поступак у коме је суд дужан да изврши одређене радње, провере тих чињеница.

Поставља се оправдано питање који су то услови које страна судска одлука мора да испуни. Постоји више тих услова али ћемо набројати оне које сматрамо да су најважнији:

- да би једна одлука могла бити призната у нашој земљи она мора да буде правноснажна. Правноснажност је чињеница да је према праву земље која је донела одлуку та одлука правноснажна, а што значи да се против ње не могу више изјављивати редовни правни лекови. Лице које тражи признање стране судске одлуке дужно је да пружи доказ о томе да је према праву земље у којој је донета одлука та одлука постала правноснажна. На пресуду или другу судску одлуку мора се ставити потврда право-

снажности која доказује да према праву земље у којој је одлука донета не постоји више могућност за вођење редовних поступака;

- осим правоснажности одлука мора бити снабдевена и потврдом извршности. Извршност подразумева да је протекло парижони рок добровољног испуњења обавезе и да су испуњени услови за извршење судске одлуке, према праву државе из које потиче извршна исправа. И ову потврду извршности мора страна која тражи признање и извршење стране судске одлуке да пружи уз захтев за признање стране судске одлуке.

Страна судска одлука се неће признати уколико не постоји узајамност између домаће земље, дакле Републике Србије и земље порекла одлуке. Ово правило је опште признато у међународном приватном праву. Уколико суд нема поуздано сазнање о постојању узајамности може затражити мишљење од Министарства правде Републике Србије као надлежног државног органа за послове правосуђа па самим тим и за међународну правну помоћ. Ова узајамност може бити регулисана билатералним уговорима између две државе или се може регулисати на нивоу међународних организација или на нивоу опште прихваћених конвенција. Уколико постоје одређени међународни уговори они важе само за земље потписнице тог међународног уговора.

Већина земаља заштићује свој правни систем тако што искључује могућност признања стране судске одлуке уколико постоји искључива надлежног домаћег суда или другог домаћег органа за одређено питање. Искључива судска надлежност, искључује надлежност суда друге државе. Уобичајено је правило да је суд надлежан у стварима са елементом иностраности ако је то одређено законом или међународним уговором или када надлежност произилази из одредаба које регулише месну надлежност домаћег суда.

Закон предвиђа и одређене негативне критеријуме који утичу на признавање односно не признавање судске одлуке. Тако се нпр. страна судска одлука неће признати ако се докаже да лице против кога је та одлука донета није учествовало у поступку приликом њеног доношења. Разлози зашто лице није учествовало у поступку морају бити оправдани са становишта лица које се позива на ову чињеницу. Суд који доноси одлуку о признању цениће ове чињенице са становишта да ли је лице против кога је одлука донета имало могућност да учествује у поступку, да ли је било уредно позвано, да ли му је била омогућена судска заштита, да ли му је била омогућена адекватна заштита од стране законског заступника или пуномоћника. Овде се наравно поставља питање по којем праву ће се

ценити ове чињенице у вези обавезне одбране, у вези могућности за законско заступање, у вези уредног достављања и слично. Опште је прихваћено да суд који одлучује о признању стране судске одлуке користи домаће право и са становишта правних стандарда земље у којој се одлука доноси и одлучује о овим спорним чињеницама.

Међу негативним критеријумима треба напоменути и критеријум постојања правоснажне одлуке од стране домаћег суда или домаћег државног органа о истој правној ствари. Све земље дају првенство домаћој одлуци која је поводом исте правне ствари већ донета. Свакако као допунски критеријум може се поставити и питање времена доношења поједине одлуке. Уколико је одлука домаћег суда донета пре доношења одлуке страног суда онда је ствар релативно једноставна. Суд ће признати по временском критеријуму чињеницу претходно донете одлуке. Уколико је одлука домаћег суда донета касније, као допунски критеријум се може поставити питање, да ли се у том тренутку знало за одлуку страног суда или не. Дакле, постоје два могућа критеријума: један критеријум је онај који ће давати у сваком случају предност одлуци домаћег суда у случају постојања две одлуке и други критеријум који се чини логичнији о постојању раније одлуке без обзира да ли је она донета од стране домаћег или иностраног суда.

С тим у вези поставља се и питање признање стране судске одлуке уколико по истој правној ствари пред домаћим судом или другим државним органом већ тече поступак. Уколико је тај поступак започет пре доношења одлуке страног суда или уколико се докаже да је поступак пред иностраним судом покренут када се већ знало за постојање поступка пред домаћим судом у тим случајевима ствар је релативно јасна. Предност ће се дати свакако одлуци домаћег суда. Но, уколико се покаже да је поступак пред домаћим судом започет након доношења одлуке страног суда или када се већ на неки начин могло или знало за одлуку страног суда онда се наравно поставља као спорно питање које ће се опредељење и становиште прихватити. По нашем мишљењу исти критеријум мора важити и за случај да је поступак најпре покренут у земљи признања као и уколико је поступак пре покренут у иностранству. У оба случаја мора се заштитити правичност под условом да су сви други критеријуми за признавање иностране одлуке испуњени.

Суд који доноси одлуку о признању стране судске одлуке мора водити рачуна и о чињеници да ли је одлука супротна поретку земље у којој се одлука о признању доноси. Ова обавеза суда је нормална и разумљива јер је суд иначе дужан да води рачуна о начелу уставности и законитости

те поштовању јавног поретка, морала и општих правила који важе у једној земљи. У том смислу неће се признати одлука иностраног суда, која испуњава све друге критеријуме ако се докаже да у земљи признања она неби уживала правну заштиту због повреда законских прописа или јавног поретка у целини.

На основу свега изнетог можемо констатовати да се критеријуми за признање стране судске одлуке могу делити на такозване позитивне и негативне. Први утичу на постојање одређене чињенице и исте ће суд проверавати, док се други критеријум огледа у негативно постављеним условима и уколико они постоје одлука се неће прихватити. Поступак признања пред домаћим судом води се у законом предвиђеном поступку. Према праву Републике Србије то је ванпарнични поступак, у коме се сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку. Тренутно је надлежан виши суд, односно привредни суд, у случају када се у посебном поступку предлаже признање стране судске одлуке. Поступак у коме суд спроводи признање стране судске одлуке је по правилу хитан, али и контрадикторан⁶ и он подразумева преиспитивање како саме одлуке тако и других околности које утичу на њено признање који су напред наведени. Уколико суд има недоумица око признавања стране судске одлуке може тражити објашњење од надлежног државног органа који се бави пословима правосуђа.

Одлука о признању стране судске одлуке доноси се у облику решења. Против тог решења може се изјавити жалба, у року од 30 дана другостепеном суду. Ако о захтеву за признање извршење стране судске одлуке није решавано као о главној ствари о томе се може одлучивати као о претходном питању у другом поступку (најчешће у извршном, али и парничном). У извршном поступку примењују се правила Закона о извршењу и обезбеђењу, што значи да суд, о предлогу за извршење, што укључује и решавање претходног питања признања одлучује, а да другој страни пре тога не мора доставити предлог за извршење. У овом случају рок за жалбу је осам дана, сагласно одредбама Закона о извршењу о обезбеђењу.

6 Из одлуке Привредног апелационог суда ПВЖ 928/13 од 18.12.2013 године: „поступак признања стране судске одлуке, који се спроводи по правилима ванпарничног поступка, не подразумева обавезно одржавање рочишта приликом одлучивања о предлогу за признање стране судске одлуке, али је реч о поступку у коме се мора омогућити странкама да расправљају о наводима и предлозима или доказима супротне странке, што подразумева да се у складу са одредбама Закона о парничном поступку, поднесци и докази једне странке обавезно достављају другој странци“.

Када се донесе посебна одлука о признању стране судске одлуке она има дејство као одлука домаћег суда. Ову чињеницу морамо примити са резервом јер дејство одлуке иностраног суда на домаћој територији почиње важити тек након правоснажности решења којим се тој одлуци даје правна снага и она постаје призната на територији домаћег правног система.

2. Признање страних арбитражних одлука

Закон о арбитражи који је донет 2. јуна 2006. године, отклонио је многе недоумице у погледу признавања страних арбитражних одлука. Овај закон (као ни други прописи) није улазио у тешкоће око извршења страних арбитражних одлука. Због тога ћемо најпре анализирати признање стране арбитражне одлуке, а потом ћемо обједињено анализирати извршење страних судских и арбитражних одлука.

Домаћа арбитражна одлука, сагласно члану 64 став 1 Закона о арбитражи, има снагу домаће правоснажне судске одлуке и извршава се у складу са одредбама закона који уређује извршни поступак. Исти закон изједначио је арбитражне одлуке у потпуности са одлукама „редовних судова“ што значи да уколико страна арбитражна одлука добија статус арбитражне одлуке у домаћем правном систему онда се изједначава њено извршење са извршењем одлука домаћих судова или арбитража.

Поставља се питање шта се сматра под страном арбитражном одлуком. Страна арбитражна одлука свакако је одлука коју је донела инострана арбитража, односно арбитража ван Републике Србије. Као спорно питање може се поставити и питање примене домаћег или иностраног права с обзиром да је корективни критеријум који се правни систем примењивао.

О признавању и извршењу страних арбитражних одлука у нашем правном систему одлучују привредни судови који су месно надлежни према подручју где треба спровести извршење. Може се поставити и питање признавања стране арбитражне одлуке као претходног питања у поступку извршења што је као могућност предвиђено законом. Закон о арбитражи примењује се у сваком случају на извршни поступак и надлежност за одлучивање о привременим мерама и њиховом извршавању.

Суд ће поступак започети уколико је за то поднет захтев од стране лица која има страну арбитражну одлуку. Уз захтев мора се поднети изворник арбитражне одлуке или њен оверени препис, споразум о арбитражи или документ о њеном прихватању у изворнику или овереном препису и оверени превод стране арбитражне одлуке и споразум о арбитражи на

језик који је у службеној употреби пред надлежним судом. Законодавац није посебно предвидео о каквој се врсти овереног превода ради, као и о каквој се врсти овереног преписа ради. Овде се примењују општа правила о овери и препису као и општа правила о преводу. Под овереним преписом подразумева се само препис који је у домаћој земљи (Република Србија) оверио надлежни државни орган, али и јавног бележник, јер се као валидан документ за оверу преписа сматра и потврда јавног бележника – нотара. У нашем правном систему оверени превод сматра се само онај превод који је обављен од стране судског преводиоца за одређени језик који има уредан сертификат издат од стране Министарства правде.

Као и код признања страних судских одлука законодавац се определио за позитивне и негативне критеријуме о одређивању признања стране арбитражне одлуке. Овде је законодавац активну улогу препустио и страни која се противи признавању стране арбитражне одлуке. Тако је, на пример, предвиђено да та страна, дакле, страна кој се противи признавању стране арбитражне одлуке може доставити споразум о арбитражи из кога се види да није пуноважан по праву које су странке споразумно одредиле или по праву државе у којој је та одлука донета.

Суд признања неће признати арбитражну одлуку ако противна страна докаже да није била уредно обавештена о именовану арбитра или о арбитражном поступку или из другог разлога није могла да изнесе своје аргументе. И овде се поставља критеријум око тога који ће се правни стандарди примењивати. Суд признања, наравно, примењиваће правне стандарде Републике Србије у погледу тога шта се има сматрати уредно обавештењем о именовану арбитра или о другим критеријумима из законом предвиђених услова за валидност арбитражног поступка.

Суд неће признати арбитражну одлуку уколико друга страна докаже да спор није био обухваћен споразумом о арбитражи или су одлуком прекорачене границе тог споразума. Ако се утврди да део одлуке којом су прекорачене границе споразума о арбитражи може одвојити од осталог дела одлуке, могуће је донети делимичну одлуку о признању и извршењу те одлуке.

Арбитражна одлука неће бити призната уколико се докаже да арбитражни суд или арбитражни поступак нису били у складу са споразумом о арбитражи или ако таквог споразума нема у складу са правом државе у којој је место арбитраже.

Суд такође неће дозволити признање извршне стране арбитражне одлуке уколико утврди да је у арбитражној одлуци предвиђен одређени

рок који није истекао. Наравно, уколико је одлука поништена или је обустављено њено извршење од стране суда или неког другог државног органа земље у којој је одлука донета такође се неће приступити признању (ни извршењу) стране арбитражне одлуке.

Као позитивне критеријуме за одбијање признање стране арбитражне одлуке закон је предвидео да ће суд одбити признање извршне стране арбитражне одлуке ако утврди да по праву Републике Србије предмет спора није подобан за арбитражу, дакле, уколико се ради о стварима које се не могу пренети арбитражном суду на одлучивање.

Исти критеријум се примењује и уколико су дејства арбитражне одлуке у супротности са јавним поретком Републике. Суд ће наравно примењивати опште стандарде и критеријуме Републике Србије за одлучивање о томе да ли је нека страна арбитражна одлука донета у супротности са општим правним правилима и нарочито са правилима јавног поретка који важи у Републици Србији.

Суд Републике Србије који одлучује о признавању стране арбитражне одлуке може одлучити да привремено одложи одлучивање о поднетом захтеву уколико се пружи доказ да је пред арбитражним судом који је донео арбитражну одлуку или пред другим државним органом земље у којој је арбитражна одлука донета, покренут поступак за поништај или преиспитивање спорне одлуке. Ово са разлога јер је нерационално да се води поступак признања, а потом извршења стране арбитражне одлуке уколико постоје основани разлози који упућују на то да је та одлука већ под одређеном сумњом и у фази преиспитивања. Суд овакву одлуку може донети али и не мора у зависности од околности које се наведу у предлогу за одлагање доношења одлука о признању.

Суд који одлучује о томе да ли ће одложити доношење одлуке о признању стране арбитражне одлуке, може тражити да страна која је поднела захтев за одлагање положи одређена средства као средство обезбеђења. На овакав начин би се заштитила и једна и друга страна. Страна о чијем се праву расправља не би била оштећена јер се застати са доношењем одлуке о признању, а друга страна неће бити оштећена јер ће њено потраживање бити заштићено положеним средством обезбеђења.

Када одлучи да призна страну арбитражну одлуку привредни суд одлучује у форми решења. Ова одлука мора бити образложена. Против ове одлуке може се изјавити жалба у року од 30 дана од дана њеног достављања и то другостепеном суду (Привредном апелационом суду).

Може се уочити да се наш правни систем определио за систем такозване органичене контроле, за разлику од система који постоји у мањем броју земаља такозване неограничене контроле или систем ревизије из основа.

Законодавац се определио за такозвани територијални критеријум. Ово из разлога јер постоје углавном два доминантна система према којем критеријуму се одређује : према седишту арбитраже или према процесном праву које је за решавање спора признато. Тако на пример, немачко право сматра да се једна арбитражна одлука сматра немачком, па и немачки судови имају контролу над њом уколико је приликом њеног доношења примењивано немачко процесно право.

Наравно ретко, али постоје одлуке које сматрамо непостојећим јер се не везују ни за једно национално право. Тако на пређашњем примеру можемо анализирати ситуацију када је на пример немачка арбитража донела одлуку, али је примењивано право неке друге земље. Ипак, чини се да је територијални принцип, седишта арбитраже, међународно доминирајући.

III Извршење страних судских и арбитражних одлука

Као што смо већ навели, питање самог извршења је углавном мање значајно у односу на проблем признавања страних судских и арбитражних одлука. Површно посматрано проблем се чини доста једноставним када се ради о извршењу страних судских и арбитражних одлука. Наиме, страна судска одлука уколико прође кроз процедуру признавања у земљи признања добија статус одлуке домаћег суда. С друге стране одлука стране арбитраже када се призна у земљи признања она добија статус домаће арбитражне одлуке. У прилог наведеном посебно упућује одредба чл. 46 ст. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу која прописује да се страна извршна исправа извршава се исто као домаћа, ако гласи на приватноправно потраживање и призната је пред домаћим судом.

Судска пракса је показала да се најчешће тражи извршење на основу стране извршне исправе у случајевима када је истом позитивно решено о новчаном потраживању, сада извршног повериоца. Ово из разлога јер је извршни дужник лице које поседује имовину, односно одређена имовинска права у Србији, а не у земљи чији је суд или арбитража донела извршну исправу. Због наведеног, предлог за извршење мора бити сачињен у складу са одредбом члана 59. Закона о извршењу и обезбеђењу, а извршни поверилац је дужан да у предлогу за извршење назначи

једно или више средстава извршења предвиђених законом или да предложи извршење на целокупној имовини извршног дужника. У даљем поступку извршења обе странке остварују права искључиво по одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу. Из горњих навода чини се да заправо проблема и нема. Ипак, навешћемо неке недоумице које смо уочили.

И код признања судских и код признања арбитражних одлука може се дозволити такозвано делимично признање одлуке. Поставља се питање код делимичног признања да ли ће се спроводити извршење само оног дела који је признат и под каквим условима. Тако, на пример, уколико је пресудом иностраног суда одлучено да се брак разводи, али се истом одлуком утврђује и обавеза плаћања издржавања, реално се може догодити да се пресуда у погледу дела који се односи на развод призна, а да се у другом делу због постојања одређених проблема иста не призна. Познато је да се само кондемпнаторне одлуке извршавају, те се заправо први део одлуке привидно неће ни извршавати. Наравно, и ово треба прихватити са резервом, јер се пресуде о разводу брака „извршавају“ тако што се код надлежне службе државних органа (матичари), констатује чињеница о разводу.

Делимично признање или делимично извршење одлуке могуће је и у другим случајевима када у погледу признања, а потом и извршења једног дела одлуке нема никаквих сметњи, док приликом признања или само приликом извршења другог дела одлуке постоје одређене тешкоће. Опште је прихваћено становиште да одлука која се извршава или њен део морају представљати логичку целину и представљати заокружени захтев.

Такође може постојати и дилема око начина спровођења извршења и да ли се ово извршење може односити и на физичка и на правна лица. Постоје и дилеме око извршења на покретним или непокретним стварима, те је са становишта међународног приватног права опште прихваћено схватање, које и ми подржавамо и које је и код нас прихваћено, да се извршење спроводи према правилима земље признања и извршења стране судске или арбитражене одлуке. У том смислу у нашој земљи примењиваће се сва правила из Закона о извршењу и обезбеђењу, која регулишу како се спроводи извршење.

Када говоримо о овом питању постоје ограничења и изузимања од извршења која предвиђа наш Закон о извршењу и обезбеђењу. Закон познаје изузимања, па тако предмет извршења не могу бити ствари изван промета, објекти, оружје и опрема који су намењени одбрани и безбедности Републике Србије (правна лица), а када су у питању физичка лица, по-

стоје изузимања која се односе на такастивно предвиђену имовину.⁷ У овим случајевима, дакле, без обзира да ли је одлука страног суда или стране арбитраже валидна са становишта признања неће доћи до извршења.

Закон о извршењу и обезбеђењу предвиђа и одређена ограничења која се односе на обим спровођења извршења. Тако, на пример, уколико је пресуда о издржавању страног суда у потпуности валидна она неће моћи бити спроведена у потпуности уколико се обим спровођења извршења не поклапа, односно превазилази, дозвољени обим спровођења извршења у нашој земљи. Када је у питању зарада, ограничење је регулисано одредбом члана 258 став 1-3 Закона о извршењу и обезбеђењу.⁸

Све наведено има своје утемељење у једном од начела извршног поступка, а то је заштита положаја извршног дужника и представља део укупног система домаћег законодавства.

Напред наведено, посматрано из угла изједначености стране извршне исправе са домаћом, а након признања стране извршне исправе, нема посебан значај. Поступак извршења се у оба случаја спроводи уз стриктно поштовање одредби Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије. У том смислу страном лице (физичко и правно) када се појављује у улози извршног поверица изједначено је са домаћим лицима, како у односу на одредбе закона које фаворизују извршног повериоца, тако и односу на оне које му ограничавају права која произилазе из извршне исправе. Гледано из угла очекивања извршног повериоца, а очекивања се с правом базирају на начелу формалног легалитета, ограничења и изузимања добијају одређени значај јер се може десити да извршни поверилац на основу признате стране извршне исправе и поред дозволе извршења не оствари у потпуности своје потраживање. Овде посебно имамо у виду новчане износе које страни судови досуђују на име издржавања или на име накнаде штете.

Можемо уочити да постоје две значајне разлике између две фазе. Прва фаза представља поступак признања стране судске или арбитражне одлуке. Када се тај поступак оконча онда се приступа самом спровођењу

7 Види одредбе члана 164 став 1 и 218 Закона о извршењу и обезбеђењу.

8 Члан 258 став 1-3 гласи: „Извршење на заради или плати, накнади зараде, односно накнади плате и пензији може да се спроведе у висини до две трећине зараде, накнаде зараде, плате, накнаде плате и пензије, односно до њихове половине, ако је њихов износ једнак или мањи од минималне зараде утврђене у складу са законом. Исто важи и за плату официра, подофицира, војника по уговору, војног службеника и примања лица у резервном саставу за време војне службе. Извршење на минималној заради и минималној пензији спроводи се до њихове половине.“

извршења. Сасвим је сигурно да је у пракси поступак извршења заправо реални циљ сваког подношења захтева за признање стране судске или арбитражне одлуке. Тешко је поверовати да ће неко водити поступак признавања одлуке уколико не тражи њено извршење. Ипак, сва упоредно правна законодавства прихватају варијанту да се тек тада приступа поступку спровођења извршења, а да се поступак спровођења извршења спроводи по правилима земље извршења. Како се код нас општа правила која се односе на подобност извршне исправе и ограничења у погледу спровођења извршења морају поштовати, закон је предвидео шта се сматра судском или другом одлуком подобном за извршење. Закон детаљно предвиђа који су то услови. Законодавац предвиђа да суд одређује извршење само на основу извршне или веродостојне исправе ако законом није друкчије одређено. Законодавац употребљава израз само у циљу јасног назначења да без извршне или веродостојне исправе нема извршења. Дозволи извршења треба да претходни поступак у коме се доноси извршна исправа (парнични, ванпарнични, кривични, односно поступак пред органом управе или прекршајним органом или треба да постоји веродостојна исправа). Закон је предвидео и шта представља извршну исправу.

Извршна исправа је јавна исправа на основу које се по закону може тражити принудно извршење. Будући да се извршење може спроводити пред другим судом изузетно је значајно да разрешење спорног односа и садржај изреке одлуке буде јасан, разумљив и одређен. Свако тумачење извршне исправе носи са собом опасност од погрешног тумачења, а у извршном поступку није дозвољено одступање од изреке извршне исправе.

Тако долазимо до наизглед последњег али и најважнијег критеријума за одређивање да ли ће се неко извршење спроводити или неће. Наш Закон о извршењу и обезбеђењу предвиђа међу основним начелима и начело формалног легалитета. Ово начело поједностављено речено подразумева забрану било каквог тумачења, мењања или преправљања извршне исправе. Извршни судија и у поступку спровођења извршења одлука домаћих судова нема могућност да на било који начин мења судску одлуку. Чак ни креативно тумачење судске одлуке по овако строгом постављеном начелу формалног легалитета, како то предвиђа Закон о извршењу и обезбеђењу, није дозвољено. Ово начело ће се још драстичније и још строжије исказати у ситуацији када имамо инострани елемент одлуке. Основни принцип јесте да законитост и правну ваљаност судских одлука, одлука управних или прекршајних органа може бити предмет оцене од

стране вишег надлежног суда или органа по правним лековима било редовним било ванредним. Кад извршни поверилац предложи извршење на основу перфектне извршне исправе (мора да буде и подобна за извршење), суд мора дозволити извршење. Он мора бити сигуран да ће се тако дозвољено извршење и спроводити те да се неће ни на који начин на то утицати мењањем или преправљањем.

IV Нешто о Европском извршном наслову

Институт Европског извршног наслова који се односи на неспорне тражбине уведен је у право земаља Европске уније Уредбом ЕЗ број 805/04 Европског парламента и Већа од 21. априла 2004. године⁹. Ова уредба је донета у оквиру програма мера за спровођење неспорних начела при признавању одлука о грађанским и привредним стварима што у првој фази предвиђа укидање егзекватуре (поступак признавања страних судских и арбитражних одлука) и стварање Европског извршног наслова само за неспорне тражбине. Ово је требало да допринесе убрзању основног циља заједнице о развоју простора слободне и сигурне наплате потраживања, кретања лица и капитала те сарадње правосудних органа. Уредба је одраз општих стања о узајамном признању судских одлука те других извршних наслова као што су управна и јавнобележничка акта.¹⁰

Европским извршним насловом прописује се минимална процедура и стандарди да би се омогућио слободан промет судских одлука те поравнање. Јавна исправа која је у земљи порекла потврђена као Европски извршни наслов извршава се у другим државама чланицама без потребе да буде проглашена извршном исправом и без могућности побијања њене извршности. У односима јавнобележничке исправе могу се утврдити следећи случајеви: у којима је пресуда која је потврђена као европски извршни наслов престала бити извршна или њена извршност суспендована или ограничена, па ће суд порекла у погледу захтева донесеног у свако доба издати потврду у којој ће назначити неизвршност или ограничење извршности и употребити стандардизовани образац; када након извршне одлуке која је потврђена као Европски извршни наслов буде донесена одлука која је извршна у држави порекла у погледу захтева

9 Regulation (EC) NO 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21. april 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims. Ступила на снагу 21.06.2005. године и почела се примењивати 25.10.2005. године, *Сл. гласник ЕУ*, од 30. 04. 2004. године.

10 О Европском извршном наслову види детаљније, М. Дика, „Јавнобележничке овршне исправе“, ГТЦ Београд, 2010, 17.

поднесених у свако доба уз примену стандардизованог обрасца. Могу се утврдити и случајеви по којима ће се одлука која садржи и извршну одлуку о износу трошкова повезаних са судским поступком укључујући и камате потврдити и у односу на те трошкове као европски извршни наслов осим ако дужник није у судском поступку у складу са правом државе порекла изреком оспорио своју обавезу на накнаду трошкова поступка. Такође, ако само делови пресуде задовољавају претпоставкама из уредбе ако се потврда о Европском извршном наслову може исправити због очите грешке или постоје неподударности између одлуке и потврде. Осим наведеног, може се опозвати, када је очито да је погрешно издата имајући у виду претпоставке прописане уредбом. На одређену исправу или опозив потврде о Европском извршном наслову примењује се право државе порекла. Сама уредба не делује на могућност тражења признања извршења пресуде судског поравнања или јавних исправа о неоспорним потраживањима. Уредба не делује ни на примену других уредаба.

Европски извршни наслов је свакако једна од најзначајнијих новина у правцу решавања насталог проблема међусобног признавања и извршавања судских арбитражних или јавнобележничких одлука.¹¹ Њен је значај изузетно велики, јер се она управо базира на неспорним стварима. Улога нотарског извршног наслова управо јесте у сачињавању специфичних облика поравнања односно у сачињавању изјава воље којом стране уређују своје односе или регулишу исте.

Улога јавних бележника заправо и јесте у уређивању ових односа те усклађивања односа у случајевима постизања споразума између странака. Суд ће и у наредном периоду пресуђивати спорна питања, те Европски извршни наслов готово идеална форма за решавање јавнобележничких аката који представљају извршне наслове у другој земљи.¹²

По нашем мишљењу и билатералним али и регионалним споразумима може се уредити на идентичан начин непосредно признање и извршење допунских аката односно убрзавање поступка признања или решења аката које су сачинили јавни бележници. То би свакако обезбедило већу правну сигурност и помогло у заштити права грађана за заштиту њихове имовине. Наша регионална правна – политичка ситуација најбоље говори о томе, јер су и даље бројне породице из мешовитих бракова у

11 Н. Шаркић, М. Николић, „Признање и извршење страних извршних и јавнобележничких (нотарских) исправа“, Параграф бр. 12/10, Београд, 23.

12 Н. Шаркић, М. Николић, „Признање и извршење страних судских и арбитражних одлука“, *Правни живот*, бр. 13/2008, 345-359.

различитим сада државама, те је привредна сарадња у региону поново оживела. Формирање регионалног извршног наслова за подручје нпр. бивше СФРЈ, умногоме би омогућила убрзавање правних процедура и подигло ниво квалитета заштите права грађана и њихове имовине.

V Закључак

Мањи број правних теоретичара и уопште правних стручњака бавио се проблемом извршења страних судских и арбитражних одлука. Њачешће је тема њиховог интересовања била могућност поништавања страних арбитражних одлука и поступак признавања страних судских и арбитражних одлука. Као што смо напоменули постоје и проблеми у поступку самог извршења страних судских и арбитражних одлука. Закон о извршењу и обезбеђењу овоје проблему посветио је само један члан. Чини се да ће хармонизација нашег права, приближавање европских стандардима у правном, политичком, економском али и правосудном систему довести до тога да ћемо овом питању морати да посветимо више пажње. По нашем мишљењу правац решавања овога проблема, који је могућ, је детерминисан усаглашавањем нашег правног система са правним системима Европске уније. Чини се да ће разлике између пресуда постајати све мање и да ће се генерално узев форсирати питање непосредног признања или олакшаног признања страних судских и арбитражних одлука. Ово би свакако допринело бржем интегрисању наше државе у европску породицу. Иако је стручна јавност указивала на потребу постепеног увођења Европског извршног наслова као новог и веома интересантног правног института у наш правни систем, законодавац то није учинио. Пропуштена је погодна прилика да се постепено уведе Европски извршни наслов. То би по нашем мишљењу, с једне стране, приближило наше законодавство европском законодавству у тренутку када се улажу напори да се наше право хармонизује са правом Европске уније. С друге стране, стручна јавност али и грађани постепено би се навикавали на овај занимљив правни систем, пре његове евентуалне примене.

Србија, као и све друге земље, мора водити рачуна и да заштитити свој правни интегритет. Она је дужна да штити интересе својих грађана и својих правних субјеката те се мора наћи уравнотежена мера између поједностављеног и убрзаног признавања страних судских и арбитражних одлука али и заштите права домаћих лица и њихове имовине.

Nebojša ŠARKIĆ, PhD
dean and professor at the Faculty of Law UNION University

Mladen NIKOLIĆ
Judge of the Commercial Appellate Court

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS AND ARBITRATION AWARDS

Summary

This article is treating the recognition and enforcement of foreign judgments and arbitration awards. Most of the authors, with good reason, set as priority the issue of recognition or possibility to reassess foreign judgement or arbitration award, while the enforcement itself was rarely treated. The conditions for recognition of foreign judgments and arbitration awards, and the procedure for recognitions are regulated by the international conventions signed by the Republic of Serbia as well as by the Act on Resolution of Conflict of Laws with Regulations of Other Countries, Arbitration Act and by the Law on Enforcement and Security. The matter of recognition is to be ruled in non-contentious procedure and such ruling as final has effect in all the procedures, as well as in interlocutory issues, and when ruling in enforcement procedure initiated by the petition based on a non-recognized foreign judgement.

The enforcement procedure is pursued in accordance with the provisions of Law on enforcement and security, according which an enforcement creditor that has foreign enforceable document is in the equal position as the enforceable creditor that has the domestic enforceable document. In this respect, all the exemption from enforcement and enforcement restrictions provisions are applied, and enforcement creditors, often foreign persons, do not have any privilege based on their status or the fact that they have foreign enforcement document.

Key words: *foreign judgment, foreign arbitration award, recognition, enforceable document, enforcement, court.*

Јасминка ОБУЋИНА

в.ф. председника Привредног апелационог суда

ОДНОС ПРЕТХОДНОГ СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА И ПОСТУПКА СПРОВОЂЕЊА ИЗВРШЕЊА РАДИ НАМИРЕЊА НОВЧАНОГ ПОТРАЖИВАЊА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА

Резиме

Предмет овог рада је однос мера обезбеђења које се одређује у претходном стечајном поступку и спровођења извршења на непокретности извршног дужника против кога је покренут претходни стечајни поступак. Такође је предмет пажње и разликовање мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају (забрана или привремено одлагање спровођења извршења према стечајном дужнику, укључујући и забрану или привремено одлагање које се односи на остваривање права различних и заложних поверилаца) од правне последице отварања стечајног поступка из члана 93. став 1. Закона о стечају (забрана извршења и намирења – мораторијум). Како је кроз праксу привредних судова уочено да постоји проблем у разликовању ова два стечајна појма (мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају и забране извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају), то је било нужно указати како на разлике између ова два појма, као и на услове под којим се мере обезбеђења из претходног стечајног поступка и забрана извршења и намирења (као правна последица отварања стечајног поступка) укидају.

У другом делу овог рада обрађен је поступак спровођења извршења на непокретностима дужника, али у оној мери у којој је потребно сагледати утицај мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају на ток тог поступка.

Дејство мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају посебно је обрађено, зависно од фазе поступка спровођења извр-

шења на непокретности како са аспекта извршног повериоца, тако и са аспекта купца непокретности.

Кључне речи: стечајни поступак, извршни поступак, мере обезбеђења, непокретности, закључак о предаји.

I Увод

Стечај је један од начина престанка привредног друштва, које обављањем своје регистроване привредне делатности није у могућности да измири обавезе према повериоцима. Услови и начин покретања и спровођења стечаја над привредним друштвима уређен је Законом о стечају.¹ Стечај се спроводи или банкротством или реорганизацијом.² Без обзира да ли се спроводи банкротством или реорганизацијом, циљ стечаја јесте најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.³ Уколико се стечај спроводи банкротством, исти се окончава закључењем стечајног поступка, што је разлог за брисање стечајног дужника, односно привредног друштва из Регистра привредних субјеката, што доводи до престанка привредног друштва.⁴ Насупрот банкротству, уколико се стечај спроводи реорганизацијом, стварају се услови за наставак пословања привредног друштва, а самим тим и за опстанак друштва на тржишту.⁵ Без обзира да ли се спроводи банкротством или реорганизацијом, циљ стечајног поступка јесте колективно намирење стечајних поверилаца.

Стечајни повериоци намирују се редоследом намирења који је прописан чланом 54. Закона о стечају, а према исплатним редовима дефинисаним овом одредбом.⁶ У случају усвајања плана реорганизације по-

1 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104 од 16.12.2009. године, бр. 99 од 27.12.2011. године – др. закон, бр. 71 од 25.07.2012. године – УС, бр. 83 од 05.08.2014. године.

2 Члан 1. став 2. Закона о стечају.

3 Члан 2. Закона о стечају.

4 Члан 468. Закона о привредним друштвима: „друштво престаје да постоји брисањем из регистра привредних субјеката, по основу: 1) спроведеног поступка ликвидације или принудне ликвидације у складу са овим законом; 2) спроведеног поступка стечаја у складу са законом којим се уређује стечај; 3) статусне промене која има за последицу престанак друштва“.

5 Члан 155. став 1. Закона о стечају: „реорганизација се спроводи ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје економско оправдани услови за наставак дужниковог пословања“.

6 Члан 54. Закона о стечају: „из стечајне масе приоритетно се намирују трошкови стечајног поступка, а по њиховом пуном намирењу обавезе стечајне масе. Стечајни повериоци се, у зависности од њихових потраживања, сврставају у исплатне редове. Стечајни повериоци нижег ис-

вериоци се намирују према класама у које су сврстана потраживања поверилаца, а које се формирају по основу различитих права и права приоритета њихових потраживања према исплатним редовима.⁷ Стога, стечајни поступак представља генерално намирење потраживања поверилаца једног привредног друштва у једном судском поступку, што стечајни поступак чини сложеним.

За разлику од стечајног поступка, извршни поступак представља поступак индивидуалног намирења потраживања једног повериоца. Извршни поступак је завршница парничног поступка у коме је поверилац издејствовао извршну исправу. Извршним поступком окончава се принудна наплата потраживања, које је извршном исправом утврђено као законито.

Поступак извршења регулисан је Законом о извршењу и обезбеђењу.⁸ Наведеним законом уређен је поступак у коме судови и јавни извр-

платног реда могу се намирити тек пошто се намире стечајни повериоци вишег исплатног реда. Стечајни повериоци истог исплатног реда намирују се сразмерно висини њихових потраживања. Утврђују се следећи исплатни редови: 1) у први исплатни ред спадају неисплаћене нето зараде запослених и бивших запослених, у износу минималних зарада за последњих годину дана пре отварања стечајног поступка са каматом од дана доспећа до дана отварања стечајног поступка и неплаћени доприноси за пензијско и инвалидско осигурање запослених за последње две године пре отварања стечајног поступка, а чију основицу за обрачун чини најнижа месечна основица доприноса, сагласно прописима о доприносима за обавезно социјално осигурање на дан отварања стечајног поступка, као и потраживања по основу закључених уговора са привредним друштвима чији су предмет неисплаћене обавезе на име доприноса за пензијско и инвалидско осигурање запослених за последње две године пре отварања стечајног поступка, а чију основицу за обрачун чини најнижа месечна основица доприноса, сагласно прописима о доприносима за обавезно социјално осигурање на дан отварања стечајног поступка; 2) у други исплатни ред спадају потраживања по основу свих јавних прихода доспелих у последња три месеца пре отварања стечајног поступка, осим доприноса за пензијско и инвалидско осигурање запослених; 3) у трећи исплатни ред спадају потраживања осталих стечајних поверилаца; 4) у четврти исплатни ред спадају потраживања настала две године пре дана отварања стечајног поступка по основу зајмова, као и других правних радњи које у економском погледу одговарају одобравању зајмова, у делу у којем ти зајмови нису обезбеђени, а који су стечајном дужнику одобрени од стране лица повезаних са стечајним дужником, у смислу овог закона, осим лица која се у оквиру своје редовне делатности баве давањем кредита и зајмова. Потраживања стечајних поверилаца који су се пре отварања стечајног поступка сагласили да буду намирени након пуног намирења потраживања једног или више стечајних поверилаца, биће намирени тек након пуног намирења трећег исплатног реда са припадајућим каматама^а.

7 Члан 165. став 3. Закона о стечају: „гласање се врши у оквиру класа поверилаца. Потраживања поверилаца деле се најмање на класе по основу њихових различитих права и права приоритета њихових потраживања према исплатним редовима“.

8 *Службени гласник РС*, бр. 106/15 и 106/16 – аутентично тумачење.

шитељи принудно намирују потраживања извршних поверилаца заснована на извршним и веродостојним исправама (извршни поступак), поступак обезбеђења потраживања и положај јавних извршитеља.⁹

Из претходно наведеног се може закључити да и Закон о стечају и Закон о извршењу и обезбеђењу, регулишу поступак наплате потраживања поверилаца од стране дужника. У извршном поступку од извршног дужника, а у стечајном поступку од стечајног дужника, који је фактички исто привредно друштво.

II Забрана извршења и намирења као последица отварања стечаја

Одредбом члана 93. став 1. Закона о стечају је прописано да се даном отварања стечајног поступка не може против стечајног дужника, односно над његовом имовином, одредити и спровести принудно извршење, нити било која мера поступка извршења, осим извршења која се односе на обавезе стечајне масе и трошкова стечајног поступка. Према ставу 2. наведене одредбе поступци из става 1. овог члана који су у току обустављају се. Примена ове одредбе Закона о стечају искључује могућност да се паралелно са стечајним поступком води и извршни поступак над привредним друштвом које је стечајни дужник (мораторијум). Међутим, мораторијум односно забрана извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају може бити укинута на писани захтев разлучног повериоца,¹⁰ а у односу на имовину која је предмет разлучног права под следећим условима:

1. ако стечајни дужник или стечајни управник нису на адекватан начин заштитили предметну имовину која је предмет разлучног права тако да је њена безбедност изложена ризику;

2. ако се вредност предметне имовине смањује, а нема друге могућности да се обезбеди примерена и ефикасна заштита од смањења вредности имовине.¹¹

Међутим, забрана извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају укида се уколико разлучни поверилац поднесе писани захтев уз

9 Члан 1. Закона о извршењу и обезбеђењу.

10 Члан 49. став 1. Закона о стечају: „разлучни повериоци су повериоци који имају заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или регистри и имају право на првенствено намирење из средстава остварених продајом имовине, односно наплате потраживања на којој су стекли то право“.

11 Члан 93. став 4. Закона о стечају.

који је доставио и процену вредности имовине која је предмет разлучног права, а која мора бити сачињена од стране овлашћеног стручног лица најкасније годину дана пре отварања стечајног поступка, уколико је вредност предметне имовине мања од износа обезбеђеног потраживања тог повериоца, а предметна имовина није од кључног значаја за реорганизацију.

Уколико дође до укидања забране извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају (мораторијума), разлучни поверилац стиче право да своје потраживање намири у извршном поступку. У том случају се паралелно са стечајним поступком одвија и извршни поступак, у коме је стечајни дужник извршни дужник, али и у том случају извршни поступак води само ради намирења једног повериоца, који је у стечајном поступку над тим привредним друштвом стекао статус разлучног повериоца, а у односу на ког је укинута забрана извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају. За износ за који се разлучни поверилац намири у извршном поступку, смањује се потраживање тог повериоца у стечајном поступку. У случају да се разлучни поверилац намири у целости, вишак средстава који се добије продајом имовине у извршном поступку, мора се вратити у стечајну масу стечајног дужника, а ради намирења стечајних поверилаца.

III Претходни стечајни поступак и мере обезбеђења

Стечајни поступак се покреће предлогом овлашћеног предлагача.¹² Стечајни судија у року од три дана од достављања предлога за покретање стечајног поступка доноси решење о покретању претходног стечајног поступка. Претходни стечајни поступак покреће се ради утврђивања разлога за покретање стечајног поступка, а како је то прописано чланом 60. став 1. Закона о стечају.¹³ Доношењем решења о покретању претходног стечајног поступка не наступају правне последице отварања стечајног поступка, нити било какве правне последице у односу на стечајног дужника, а ни у односу на повериоце стечајног дужника. Међутим, стечајни судија по службеној дужности или на захтев подносиоца предлога

12 Члан 55. став 1. Закона о стечају: „стечајни поступак се покреће предлогом повериоца, дужника или ликвидационог управника“.

13 Члан 60. став 3. Закона о стечају: „стечајни судија отвара стечајни поступак без вођења претходног стечајног поступка: 1) ако стечајни дужник поднесе предлог за покретање стечајног поступка са потребним исправама и прилозима; 2) ако поверилац поднесе предлог за покретање стечајног поступка, а стечајни дужник призна постојање стечајног разлога; 3) у случају претпоставке трајније неспособности плаћања из члана 12. овог закона“.

за покретање стечајног поступка, под условима који су прописани одредбом члана 62. став 1. Закона о стечају,¹⁴ може одредити једну или више мера обезбеђења и то: 1) именовати привременог стечајног управника који ће преузети сва или део овлашћења органа стечајног дужника; 2) забранити исплате са рачуна стечајног дужника без сагласности стечајног судије или привременог стечајног управника; 3) забранити располагање имовином стечајног дужника или одредити да стечајни дужник може располагати својом имовином само уз претходно прибављену сагласност стечајног судије или привременог стечајног управника и 4) забранити или привремено одложити спровођење извршења према стечајном дужнику, укључујући и забрану или привремено одлагање које се односи на остваривање права разлучних или заложних поверилаца. Мере обезбеђења од тачке 1) до тачке 3) немају никакво правно дејство према извршним поступцима. Међутим, мера обезбеђења из тачке 4) утиче на извршни поступак, и то управо на остваривање права разлучних и заложних поверилаца, али и на купца ствари у извршном поступку, уколико је поверилац покренуо извршни поступак пре покретања претходног стечајног поступка или током претходног стечајног поступка.

У пракси се, као најспорније појавило питање дејства мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају (забрана или привремено одлагање спровођења извршења према стечајном дужнику, укључујући забрану или привремено одлагање које се односи на остваривање права разлучних и заложних поверилаца), у односу на извршни поступак, када се спроводи извршење ради намирења новчаног потраживања на непокретности.¹⁵ Стога ће предмет разматрања овог рада бити однос мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају на поступак извршења ради намирења новчаног потраживања на непокретности дужника.

Мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 1-4. Закона о стечају могу се одредити само у претходном стечајном поступку и не могу бити одређене након отварања стечајног поступка над дужником. Мере обезбеђења у претходном стечајном поступку одређују се истовремено са доношењем

14 Члан 62. став 1. Закона о стечају: „стечајни судија ће, по службеној дужности или на захтев подносиоца предлога за покретање стечајног поступка, решењем о покретању претходног стечајног поступка, одредити мере обезбеђења ради спречавања промене имовинског положаја стечајног дужника, односно уништавања пословне документације, ако постоји опасност да ће стечајни дужник отуђити имовину односно уништити документацију до отварања стечајног поступка“.

15 Члан 150-210. Закона о извршењу и обезбеђењу.

решења о покретању претходног стечајног поступка, премда није сметња да се мере одреде и посебним решењем након покретања претходног стечајног поступка, уколико за то постоје услови који су прописани чланом 62. став 1. Закона о стечају. Мере обезбеђења одређује или стечајни судија по службеној дужности, или се пак одређују на захтев подносиоца предлога за покретање стечајног поступка. Мере обезбеђења у претходном стечајном поступку одређују се ради спречавања промене имовинског положаја стечајног дужника, односно уништавања пословне документације, уколико постоји опасност да ће стечајни дужник отуђити имовину, односно уништити документацију до отварања стечајног поступка.

Мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 1-4. Закона о стечају могу трајати најдуже до окончања претходног стечајног поступка. Међутим, стечајни судија их може у било које доба условити или укинути. У сваком случају, мере обезбеђења престају по сили закона доношењем решења о отварању стечајног поступка.

Међутим, стечајни судија на писани захтев разлучног повериоца може да донесе одлуку о укидању или условљавању мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају под условима који су прописани одредбом члана 93. став 4. Закона о стечају, односно под истим условима под којим се укида мораторијум, односно забрана извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају. Такође, мера обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају укида се увек када су испуњени услови из члана 93. став 5. Закона о стечају, а то значи да се укида под истим условима под којима се укида и забрана извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају. То практично значи да се мера обезбеђења која је одређена у претходном стечајном поступку из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају, у претходном стечајном поступку укида из истих разлога из којих се након отварања стечајног поступка, укида забрана извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају.

Решење којим се одређују мере обезбеђења из члана 62. став 2. Закона о стечају објављује се на огласној и електронској огласној табли суда и доставља Регистру привредних субјеката, односно другом одговарајућем регистру који је дужан да без одлагања упише изречене мере. Садржина уписаних и изречених мера објављује се и на интернет страни тог регистра.¹⁶

Како претходни стечајни поступак не утиче на ток извршног поступка (као ни на ток било ког другог судског поступка), то паралелно са

16 Члан 63. став 1. Закона о стечају.

претходним стечајним поступком може да се одвија и извршни поступак. Међутим, то важи све док се у претходном стечајном поступку не одреди мера обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају – забрана или привремено одлагање спровођења извршења према стечајном дужнику укључујући и забрану или привремено одлагање које се односи на остваривање права разлучних и заложних поверилаца.

IV Спровођење извршења на непокретностима

Извршни поступак ради намирења новчаног потраживања на непокретностима покреће се предлогом за извршење, о коме одлучује суд на чијем се подручју налази непокретност, а који суд је искључиво месно надлежан за одлучивање о овом предлогу.¹⁷ За спровођење извршења ради намирења новчаног потраживања на непокретностима искључиво су надлежни јавни извршитељи.¹⁸ Извршење новчаног потраживања на непокретности спроводи се уписом забележбе решења о извршењу у катастар непокретности, проценом вредности непокретности, продајом непокретности и намирењем извршног повериоца из продајне цене.¹⁹ Непокретност се по правилу продаје на усменом јавном надметању или непосредном погодбом, при чему јавни извршитељ може одредити само продају на јавном надметању, док се странке могу споразумети о продаји непосредном погодбом.²⁰ Након процене вредности, непокретности јавни извршитељ доноси закључак којим утврђује вредност непокретности.²¹ Након успешно спроведеног јавног надметања јавни извршитељ доноси закључак о додељивању непокретности.²² Закључак о предаји непокретности купцу доноси се одмах после исплате продајне цене.²³ Према одредби члана 193. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу, закључак о предаји непокретности садржи налог непосредном држаоцу непокретности да, у одређеном року, преда купцу у државину непокретности, време када купац стиче државину на непокретности, утврђење да су се угасила заложна права, стварне службености и стварни терети који се гасе продајом непокретности, налог да се стицање својине купца на непокретности упише у катастар непокретности, као и налог да се из катастра

17 Члан 150. став 1. Закона о стечају.

18 Члан 4. став 1. и 2. Закона о извршењу и обезбеђењу.

19 Члан 151. Закона о извршењу и обезбеђењу.

20 Члан 171. Закона о извршењу и обезбеђењу.

21 Члан 166. и 167. Закона о извршењу и обезбеђењу.

22 Члан 180. и 181. Закона о извршењу и обезбеђењу.

23 Члан 193. Закона о извршењу и обезбеђењу.

непокретности бришу права и терети који су се угасили куповином или које купац није преузео.

Међутим, непокретност у извршном поступку може бити продата и непосредном погодбом, уколико су се странке тако споразумеле или уколико је после неуспеха другог јавног надметања то изабрао извршни поверилац.²⁴ Да би се реализовала продаја непокретности непосредном погодбом потребно је, пре свега, да странке сачине споразум о продаји непокретности непосредном погодбом,²⁵ а затим јавни извршитељ на основу споразума доноси закључак о продаји непокретности непосредном погодбом.²⁶ Након тога, јавни извршитељ у име и за рачун извршног дужника (или лице које обавља комисионе послове продаје, у своје име, а за рачун извршног дужника) закључује уговор о продаји непокретности непосредном погодбом у писменом облику са купцем.²⁷ Након тога, јавни извршитељ доноси закључак о додељивању непокретности.²⁸ По исплати купопродајне цене јавни извршитељ доноси закључак о предаји непокретности купцу из члана 193. Закона о извршењу и обезбеђењу.

У случају продаје непокретности непосредном погодбом по избору извршног повериоца након доношења закључка о продаји, следи закључивање уговора о продаји, а након тога и доношење закључка о додељивању непокретности, а по уплати купопродајне цене и закључка о предаји непокретности из члана 193. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу.

Из претходно наведених одредби недвосмислено произилази да купац непокретности у извршном поступку, својину на непокретности стиче доношењем закључка о предаји непокретности. Упис у катастар непокретности стицања својине купца на непокретности има деклараторан карактер.

Одмах након доношења закључка о предаји непокретности купцу, јавни извршитељ започиње намирење поверилаца, о чему доноси закључак.²⁹

24 Члан 184. став 1. и члан 185. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу.

25 Члан 186. Закона о извршењу и обезбеђењу.

26 Члан 187. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу.

27 Члан 185. став 2. и члан 187. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу.

28 Члан 187. став 3. Закона о извршењу и обезбеђењу.

29 Члан 196. и члан 197. Закона о извршењу и обезбеђењу.

V Дејство мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају на извршење новчаних потраживања на непокретности

Имајући у виду све што је већ речено о мери обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају и све што је наведено о извршењу ради намирења новчаног потраживања на непокретностима, произилази да наведена мера, уколико буде одређена у претходном стечајном поступку који се води истовремено са извршним поступком у коме је предмет продаје непокретност дужника, има дејство и у односу на извршног повериоца и у односу на купца, као учесника извршног поступка, а не само на извршног дужника, који је истовремено и стечајни дужник у претходном стечајном поступку.

Наиме, садржина наведене мере обезбеђења је: забрана спровођења извршења према стечајном дужнику (укључујући и забрану остваривања права разлучних и заложних поверилаца) или пак, привремено одлагање спровођења извршења према стечајном дужнику, укључујући и привремено одлагање које се односи на остваривање права разлучних и заложних поверилаца. То значи да доношењем решења којим се одређује наведена мера обезбеђења у претходном стечајном поступку, настаје забрана спровођења извршења према стечајном дужнику, што практично значи да јавни извршитељ више не сме да предузима ниједну извршну радњу у циљу спровођења извршења ради намирења поверилаца на непокретности извршног дужника, односно стечајног дужника. Та забрана може наступити у било којој фази поступка спровођења извршења на непокретности. То практично значи да, уколико је наведена мера обезбеђења одређена током процене вредности непокретности, јавни извршитељ не може донети закључак о утврђивању вредности непокретности. Уколико је мера обезбеђења одређена након успешно спроведеног јавног надметања, јавни извршитељ не може донети закључак о додељивању непокретности. Уколико је мера обезбеђења одређена након доношења закључка о додељивању непокретности, јавни извршитељ не може донети закључак о предаји непокретности. Такође, уколико је мера обезбеђења одређена након доношења закључка о предаји непокретности, јавни извршитељ не може приступити намирењу поверилаца. Исто се односи и на случај продаје непокретности непосредном погодбом било по споразуму странака, било по избору извршног повериоца или пак, намирења повериоца преносом права својине на непокретности.

Међутим, уколико је јавни извршитељ донео закључак о предаји непокретности купцу, мера обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају, не може спречити купца да своје право својине упише у катастар непокретности. Ово управо из разлога што је купац, који је претходно положио цену, постао власник ствари доношењем закључка о предаји непокретности, па упис у катастар непокретности, како је већ речено, има само деклараторан карактер. То практично значи да у случају отварања стечајног поступка над извршним дужником, купац који је као такав одређен закључком о предаји непокретности, са успехом може остварити своје излучно право у односу на непокретност која је била предмет предаје, уколико је стечајни управник исту унео у стечајну масу.

Уколико је мера обезбеђења одређена пре доношења закључка о предаји непокретности купцу, купац који је делимично или у целости уплатио купопродајну цену непокретности, у случају отварања стечајног поступка над извршним дужником, може остварити повраћај уплаћене купопродајне цене (делимичне или у целости) у стечајном поступку, као поверилац стечајне масе. Стечајни управник стечајног дужника има обавезу да уплаћену купопродајну цену, коју је јавни извршитељ дужан да пренесе са свог текућег рачуна на текући рачун стечајног дужника,³⁰ исплати купцу као обавезу стечајне масе применом члана 104. Закона о стечају.³¹

Из наведеног јасно произилази и обавеза јавног извршитеља да сва новчана средства која је примио након продаје имовине дужника, пренесе на текући рачун стечајног дужника.³²

30 Напомена аутора: насупротив овом становишту, у делу стручне јавности изражено је и мишљење да, у конкретној ситуацији, повраћај уплаћене купопродајне цене купцу, треба да изврши јавни извршитељ. Мишљење се заснива на становишту да повраћај купопродајне цене није радња спровођења извршења, услед чега се забрана извршења и намирања из члана 93. став 1. Закона о стечају не односи на обавезу јавног извршитеља да купцу, који није постао власник непокретности, изврши повраћај уплаћене цене.

31 Члан 104. Закона о стечају: „обавезе стечајне масе су обавезе: 1) које су проузроковане радњама стечајног управника или на други начин управљањем, уновчењем и поделом стечајне масе, а које не спадају у трошкове стечајног поступка; 2) из двостраног уговора, ако се његово испуњење тражи за стечајну масу или мора уследити након отварања стечајног поступка; 3) које су настале неоснованим обогаћењем стечајне масе; 4) према запосленима стечајног дужника, настале након отварања стечајног поступка. Обавезе стечајне масе су и обавезе из става 1. овог члана које су настале током претходног стечајног поступка ако се стечајни поступак отвори“.

32 Члан 105. став 1. Закона о стечају: „отварањем стечајног поступка стечајни управник преузима у државину целокупну имовину која улази у стечајну масу и њоме управља“.

У сваком случају, у односу на извршног повериоца одређивањем мере обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају, спречава се намирење извршног повериоца. У случају отварања стечајног поступка, извршни поверилац ће своја права остварити у стечајном поступку.

Уколико наведена мера обезбеђења буде укинута током претходног стечајног поступка, јавни извршитељ ће наставити да предузима даље радње у циљу наплате новчаног потраживања извршног повериоца на непокретности дужника. Наступањем правних последица отварања стечајног поступка, престају и мере обезбеђења одређене у претходном стечајном поступку.³³ Међутим, отварањем стечајног поступка наступа забрана извршења и намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају, због чега је јавни извршитељ дужан да, без одлагања, донесе одлуку о обустави извршног поступка.³⁴

VI Закључак

Стечајни поступак је поступак колективног намирења поверилаца стечајног дужника. Стечајни поступак обухвата претходни поступак (у ком поступку се утврђује постојање стечајног разлога) и стечајни посту-

Члан 101. став 1. Закона о стечају: „стечајна маса је целокупна имовина стечајног дужника у земљи и иностранству на дан отварања стечајног поступка, као и имовина коју стечајни дужник стекне током стечајног поступка“.

Члан 79. Закона о стечају: „организација која води поступак принудне наплате одмах после пријема решења из члана 71. став 1. овог закона то решење доставља свим банкама, ради спречавања преноса средстава и других трансакција стечајног дужника које су у супротности са одредбама овог закона. Даном отварања стечајног поступка банка блокира рачуне стечајног дужника, чиме престају права лица која су била овлашћена да располажу средствима са тих рачуна. На захтев стечајног управника, банка отвара нови рачун преко којег ће се вршити пословање стечајног дужника. Новчана средства са блокираних рачуна, на захтев стечајног управника преносе се на нови рачун, а рачуни стечајног дужника се гасе“.

Члан 44. став 1. ЗОПД: „имовину друштва у смислу овог закона чине ствари и права у власништву друштва, као и друга права друштва“.

Мирко Васиљевић, *Водич за примену Закона о привредним друштвима*, Intermex, Београд, 2011, стр. 85: „Имовину привредног друштва чини укупност права која припадају привредном друштву, као правном лицу: права својине, удели у другом привредном друштву, права индустријске својине, ауторска права, потраживања (укључујући и она из хартија од вредности) и сва друга права имовинског карактера. Предмет ових права (а то су ствари и новац) чине имовинску масу, у обиму у којем се на њих односи право које је саставни део имовине. Наиме, имовина обухвата целокупност права која припадају једном правном лицу, а она могу бити и стварна (право својине, право залог), али и облигациона (право закупа, право послуге и слично).“

33 Члан 73-100. Закона о стечају.

34 Члан 93. став 2. Закона о стечају: „Поступци из става 1. овог члана који су у току обустављају се“.

пак након отварања стечаја. Доношењем решења о отварању претходног стечајног поступка не наступају никакве правне последице по стечајног дужника и повериоце. Изузетак је одређивање мера обезбеђења из члана 62. став 2. Закона о стечају. Мера обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају има директан утицај на извршни поступак. У пракси се то највише манифестовало кроз поступак извршења на непокретности. Остваривање права странака, као и купца непокретности у извршном поступку, зависи од чињенице да ли ће се у претходном стечајном поступку, који се води против извршног, односно стечајног дужника, одредити мера обезбеђења из члана 62. став 2. тачка 4. Закона о стечају и колико дуго ће мера бити на снази. То практично значи да се одређивањем ове мере обезбеђења у претходном стечајном поступку, суспендује примена одредаба Закона о извршењу и обезбеђењу, зависно од фазе извршног поступка у односу на време одређивања мере обезбеђења.

У ком поступку ће извршни поверилац и купац непокретности остварити своја права зависи од времена трајања наведене мере обезбеђења, као и од начина окончања претходног стечајног поступка, који се може окончати одбацивањем или одбијањем предлога за покретање стечајног поступка, или пак отварањем стечајног поступка над извршним/стечајним дужником.

Jasminka OBUĆINA

deputy president of the Comercial Appellate Court

THE RELATION BETWEEN PRELIMINARY BANKRUPTCY PROCEEDING AND THE PROCEDURE FOR FORECLOSURE OF DEBTOR'S REAL ESTATE

Summary

The subject of this topic is the relation of the security measures designated in the previous insolvency proceeding and the foreclosure of the debtor's real estate against whom the previous bankruptcy procedure had been initiated. The subject of attention is also distinguishing the security measures from Article 62, Paragraph 2, Item 4 of the Insolvency Law (injunction or temporary delay on the realization of collection from the bankruptcy debtor, including the injunction and temporary postponement relating to the realization of rights of secured and escrowed creditors) from legal consequences and initiating insolvency proceedings from Article 93, Paragraph 1 of the Insolvency Law (collection and settlement injun-

ction – moratorium). It has been observed in practice in the commercial courts that there is an issue in distinguishing these two insolvency notions (security measures from Article 62, Paragraph 2, Item 4 of the Bankruptcy Law and injunction on collection and settlement from Article 93, Paragraph 1 of the Insolvency Law), and it was necessary to point out the differences of these two notions including the conditions under which the security measures from the previous insolvency proceedings and injunction on collection and settlement are rescinded (as a legal consequence of initiating an insolvency proceeding).

The second part of this work deals with the procedure in which the debtor's real estate is foreclosed, in the degree necessary to perceive the impact of the security measures from Article 62, Paragraph 2, Item 4 of the Insolvency Law in relation to the course of the procedure.

The effect of the security measure from Article 62, Paragraph 2, Item 4 of the Insolvency Law is covered depending on the phase of the real estate foreclosure procedure, both from the aspect of the enforcement creditor and the aspect of the real estate buyer.

Key words: *insolvency proceeding, execution of enforcement, security measures, real estate, summary on delivery.*

Др Милош ЈАНКОВИЋ

председник Управног одбора Агенције за осигурање депозита

ХИПОТЕКАРНО ТРЖИШТЕ И РЕГУЛАЦИЈА У УСЛОВИМА КРИЗЕ

Резиме

У овом раду аутор расправља питање односа ефективности хипотекарног тржишта и државне регулације. Констатујући да развијено хипотекарно тржиште представља сложену мултифункционалну структуру, како на примарном, тако и на секундарном нивоу, аутор истиче незамањиву улогу државне регулације у његовом развоју и стабилности. У том контексту, аутор критички разматра бројне узроке и вишеструке последице хипотекарне кризе у САД, која је довела до глобалне финансијске кризе. Аутор посебно указује на одговорност регулатора и професионалних учесника хипотекарног тржишта у кришењу права и кривице за доношење штете, и у том контексту предлаже јачање регулаторне, судске и друге заштите инвеститора и корисника финансијских услуга.

Кључне речи: *хипотекарно тржиште, регулација, криза, губици, одговорност.*

І Уводне одреднице

Свет савремених финансијских и хипотекарних тржишта доживео је драматичне промене у последњих неколико деценија. Радикално је промењен карактер финансијских тржишта у правцу измене односа тржишних сила и моћи државне регулације. То је резултирало, с једне стране, трендом глобализације и убрзаног раста, а с друге стране, кризом хипотекарног тржишта, која је довела до глобалне финансијске кризе.¹

¹ О савременим трендовима, предностима и недостацима развоја глобалног финансијског тржишта написано је много радова у иностраној и домаћој литератури. Од страних аутора издвајамо следеће: П. Росе, Синку, Ф. Мискин, П. Кругман, Тви Бодие, А. Кане, А. Маркус, Ј. Стиглиц, Г. Акерлоф, Р. Схиллер, Ф. Фабоззи, а од домаћих аутора М. Ђировић, Б. Живковић, Ј. Душанић, О. Ковач, И. Мусабеговић, Б. Васиљевић, Д. Ерић и М. Ђукић. J. Sinkey, *Commercial Bank Finan-*

Хипотекарно тржиште има специфично место у структури финансијског тржишта, по томе што чврсто повезује два најразвијенија сегмента: тржиште банкарских кредита и тржиште хипотекарних хартија од вредности, непосредно или посредно обезбеђених хипотеком. Бројне су специфичности хипотекарног тржишта које га тесно повезују са другим тржиштима, посебно са тржиштем некретнина и тржиштем капитала. При томе, развијено хипотекарно тржиште је изузетно сложена јединствена многофункционална структура, која укључује операције са стотинама иновативних финансијских инструмената (различитог квалитета) и више повезаних институција, огроман обим трговине (која се у САД мери трилионима долара), што захтева нужност ефективне регулације и надзора хипотекарног тржишта.

Најбољи тест непотпуности (нетачности) теоријских концепата о рационалности очекивања и ефективности финансијског и хипотекарног тржишта, као и егзактне доказе за нужност реформисања регулације дала је хипотекарна криза 2007. године у САД, која је довела до глобалне финансијске кризе,² о чијим узроцима, негативним последицама и утврђивању одговорности за губитке и настале штете расправљамо у овом раду. Посебно истичемо поуке историје: актуелна криза настала је на готово исти начин, на који су спекулативне активности слабо регулисаних банака, својевремено довеле до Велике депресије, а након највећег краха, уведена чврста државна регулација.

Укупан систем регулације хипотекарног тржишта мора се посматрати као комбинација више метода: 1) *макро* – државна регулација (органи, закони, подзаконска акта и политике), 2) *мезо* – саморегулација професионалних учесника на тржишту, 3) *микро* – унутрашња регулација субјеката (сопственим актима и правилима), 4) *друштвена* регулација (јавно мњење, етика) и 5) *спољна* регулација – преко *међународних институција, организација и њихових стандарда*.³

cial Management in the Financial Services Industry, New Jersey, 2002, 32. Овај аутор наводи пет „изација“ индустрије финансијских услуга: институционализација, секјуритизација, глобализација, приватизација и модернизација. О томе више вид. Милош Јанковић, „Глобално тржиште хартија од вредности - нужност глобалне регулације“, *Рачуноводство*, бр. 3/2001.

² Детаљнији приказ и аргументација дају се у трећем делу нашег истраживања (поглавља 6.4.). „Ми евидентно живимо у свету какав је Кејнс описао. Нова економска мисао у свету текуће катастрофе, јесте оживљавање уважавања идеја старих економиста, значи читање старих књига“. П. Кругман, *End this Depression Now! Melrose Road Partners* (превод), 2012, Београд, 43.

³ Опширније вид. Милош Јанковић, „Државна регулација и тржиште капитала“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013.

Међународно призната пракса уједначавања регулативе и надзора на глобалном нивоу (ИОСЦО) је дефинисала три *циља* регулације тржишта хартија од вредности, укључујући и хипотекарне, и то:

а) заштита инвеститора (од манипулација, превара и инсајдерске праксе),

б) обезбедјење поштеног, ефикасног и транспарентног тржишта (једнакост учесника на тржишту, максимални доступ информацијама, предупређивање нечасне праксе),

в) смањење системског ризика (ефективно управљање ризицима у индустрији Хов).⁴

Нова глобална финансијска регулатива подразумева постојање јединственог циља, коме би требало да теже сви учесници глобалног финансијског тржишта. Препреке за брзо и ефикасно успостављање нове финансијске регулативе представљају различити економски интереси, као и различити правни системи појединих држава.⁵

II Анатомија хипотекарне кризе у САД

У циљу утврђивања узрока и последица хипотекарне и глобалне финансијске кризе, у САД је 2009. године формирана независна Комисија за истраживање финансијске кризе, која је спровела свеобухватно истраживање законитости пословања и дала предлоге мера за опоравак.

У опсежном извештају ове Комисије истиче се да је стварање потенцијала за појаву кризе трајало више деценија. Оцене и узроци кризе своде се на следеће⁶:

1) Генерална оцена је да је криза могла бити избегнута, јер је произведена људским немаром,

2) Евидентиране су слабости и пропусти у спровођењу регулативе и супервизији, у склопу тенденције дерегулације финансијског тржишта,

⁴ О томе више вид. Милош Јанковић, „Реформа тржишта хартија од вредности – циљеви и принципи регулације“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2000.

⁵ Милош Јанковић, „Финансијска тржишта и правна одговорност“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2010; као и Милош Јанковић, „Антикризна регулација и владавина права на тржишту капитала“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2011.

⁶ Приказ секвенцијалног тока догађаја финансијских криза у САД на бази агенцијске теорије, дао је F. Mishkin, *The Economics of Money, Banking and Financial Markets*, New York, 2004, 228.

- 3) Великом грешком се сматра увођење забране државне регулације ванберзанских деривата (ОТЦ), законом из 2000. године,
- 4) Недопустиви пропусти и слабости корпоративног управљања и руковођења ризиком системски важних финансијских институција,
- 5) Урушавање стандарда хипотекарног стамбеног кредитирања и повећани ризици секјуритизације,
- 6) Сукоб интереса рејтинг агенција у додељивању високих рејтинга хипотекарним ХоВ, што су били „зупчаници у точку финансијске пропасти“.

По нашем мишљењу, расподела кривице за кризу односи се на следеће актере.

1. Стимулативна државна стамбена политика

Од Велике економске кризе држава је придавала велики економски, друштвени и политички значај убрзаном решавању стамбених питања американаца. Међутим, катализатор развоја и касније стамбене експлозије били су купци прве куће или стана – корисници другоразредних хипотекарних кредита. Познато је да се син легендарног борца за људска права Мартина Лутера Кинга, активно залагао да се мањинама у САД обезбеди апсолутна доступност стамбених кредита.

У том смислу, Министарство становања и урбаног развоја (ХУД) је, као регулатор, агресивно обавезало кредитне агенције *Fannie Mae* и *Freddie Mac* да минимум 52% хипотекарних кредита откупљених од банака морају бити кредити грађанима са испод просечним зарадама.⁷ Сваки четврти новоизграђени стан био је намењен овој категорији зајмотражилаца.

Улагање у некретнине сматрано је профитабилном и сигурном инвестицијом, захваљујући ефекту финансијског леверица и очекиваном сталном расту цена некретнина и доходака домаћинстава.⁸ Међутим, криза је, изневерила бројна очекивања и донела велики хаос и проблеме отплате. Држава је подстицала узимање кредита, али није адекватно могла корисницима стамбених кредита у невољи, као што је то био слу-

⁷ S. Claessens, M. A. Kose, L. Laeven, F. Valencia, *Financial Crises: Causes, Consequences, and Policy Responses*, International Monetary Fund, 2004.

⁸ A. Nejadmalayeri, „Wages, inflation, and mortgage design“, *Journal of Economics and Business*, No 63/2011.

чај са пружањем пакета државне помоћи и спасавањем финансијских институција.

2. Нагли заокрети монетарне политике ФЕД

Најважнији фактор, који је покренуо кредитни бум (касније хипотекарну катастрофу) на тржишту хипотека била је лабава регулација и рекордно ниска каматна стопа која је владала финансијским тржиштем од 2001. године.⁹ Дрastiчно снижење каматних стопа до 2003. године (од 6,5% на 1%) био је резултат напора ФЕД-а да реши проблеме рецесије и спречавања дефлације, изазване претходним пуцањем балона акција младих интернет компанија и терористичким актом од 11. септембра 2001. године.¹⁰ Рецесија, односно драматичан пад раста БДП захтевао је преокрет и у фискалној политици: дошло је до највећег смањења пореза. Утицајем на висину каматних стопа ФЕД је долио уље на ватру, јер су инвеститори добијали изобличене информације, које проистичу из нереалне цене капитала. Настало је „златно доба“ за задуживање и рефинансирање стамбених кредита (само током 2003. године рефинансирано је више од трећине раније узетих хипотека).

Критичну фазу представљао је нагли заокрет монетарне политике. ФЕД је почетком 2007. године драстично повећао каматне стопе на преко 5,25% годишње, чиме је не само дошло до промене очекивања, већ су корисници кредита доведени у безизлазну ситуацију: не могу да плаћају увећане камате и анuitете, не могу да остваре кредит за рефинансирање, не могу да продају кућу, нити да остану у кући у којој живе.¹¹

3. Еуфорија, бум и крах тржишта некретнина

Последице глобалног раста и бума цена некретнина у периоду од 1995- 2006 се и сада осећају. Финансијске кризе изазване бумом и крахом тржишта некретнина бележене су широм глобуса: САД (1982-1987), Јапану (1990), Финској, Норвешкој, Шведској, Тајланду, Малезији, Индонезији, Кореји и Бразилу (1997-1998). Кризе су утицале на све развијене земље, као и

⁹ D. Immergluck, *Foreclosed: High-Risk Lending, Deregulation, and the Undermining of America's Mortgage Market*, Cornell University Press, 2011.

¹⁰ Тако је балон акција био претходница формирања балона на тржишту некретнина, што потврђује повезаност тржишта капитала, тржишта некретнина и хипотекарног тржишта.

¹¹ Због високих ризика, Турска је забрањивала уговарање хипотекарних кредита са варијабилном каматном стопом. Велика Британија је омогућавала продужавање рокова и смањивање месечних анuitета, док у САД није било адекватне реакције владе и регулатора.

на значајан део земаља у транзицији и развоју. Раст цена некретнина у САД, који је проузроковао стварање незапамћеног балона био је најинтензивнији у периоду 2002-2006 године, када цене некретнина расле по годишњој стопи од 9% годишње, тако да је некретнина чија је вредност 2000. године износила 150.000 долара, 2006. године вредела чак 251.565 долара.

Развој балона створио је ирационални ентузијазам не само купаца првог стана за лично коришћење, већ и шпекуланата на тржишту некретнина, који су их препродавали, у условима сталног раста цена. Цене станова губиле су реалност у односу на њихову стварну вредност (мерену трошковима изградње или приходом од закуппине). Знаци слома и попуштања стамбеног балона постали су видљиви 2006. године, након нагло повећања каматних стопа ФЕД-а.¹² Уследило је усклађивање – повећање варијабилних хипотекарних каматних стопа кредитора, што је погоршало услове новог задуживања и довело до великог шока и таласа проблематичних хипотека.¹³ До средине 2007. године више од 1,5 милиона, посебно другоразредних кредита, било је у доцњи. Последишно, хартије од вредности емитоване на бази ових кредита изгубиле су највећи део вредности, што је значило губитак инвеститора.

Драстичан пад обима нових хипотекарних кредита, довео је до пада цена станова, што је довело до негативне вредности имовине у односу на раније узете стамбене кредите (за око 12 милиона породица). Број проблематичних кредита за нешто више од годину дана повећао се за 10 пута. Банке и други кредитори бележили су губитке и почели масовну брзу егзекуцију хипотека продајом станова по упола нижим ценама, што је повукло општи пад и крах националног стамбеног и хипотекарног тржишта. Остаје отворено питање зашто регулатори и влада нису благовремено предузели одговарајуће мере, како би се обесхрабрили инвеститори, кредитори и зајмотражиоци да преузимају високе ризике и претрпе катастрофалне губитке.

4. Инфекција иновативних хипотекарних производа

Прва димензија кризе је експлозиван раст високоризичних суб-приме хипотекарних кредита. Реч је о кредитима без личног учешћа, у износу већем чак од 100% вредности стана, о кредитима са ниским по-

¹² У периоду 2000- 2006 године цене кућа су повећане за око 2/3. Грађевинари су радили пуном паром, а пољопривредно земљиште је претварано у грађевинско.

¹³ С. Ritis, С. Kio, Y. Liang, „Payment shock and mortgage performance“, *Journal of Housing Economics*, No 19/2010, 295- 314.

четним каматним стопама („навлакуше“), које се после извесног периода нагло увећавају. Најдрскији иновативни производи били су тзв. кредити за лажљивце, ради подстицања зајмотражилаца да лажно приказују свој увећани доходак и остваре право на већи кредит и већи стан, наравно, уз већу провизију банке.

Опште обележје тога периода било је масовно и аутоматско одобравање ових кредита, без претходне анализе и провере поднете документације и испуњености услова кредитне способности зајмотражиоца. Кључна карактеристика „иновација“, у обиљу лоших хипотекарних производа су кредити са променљивом каматном стопом.¹⁴

Регулаторне институције живеле су у уверењу да „субприме кредитирање није синоним за предаторско кредитирање (предатору лендинг систем)“, односно за пљачкаше корисника хипотекарних кредита.¹⁵ Хипотека са варијабилном каматном стопом и ниском стопом учешћа, може бити одличан финансијски инструмент за студента електротехнике или медицине, који очекује значајан раст зарада у блиској будућности.

Друга крупнија димензија кризе хипотекарних инструмената је паралелни раст и развој хипотекарних деривата, односно све више лоших субприме кредита је паковано у хипотекарне хартије од вредности (преко 80% субприме хипотека је секјуритизовано у 2006. години).¹⁶ Тржиште хипотекарних ХоВ је драматично увећано и усложнено (од 1996. до 2007. године обим емисије хипотекарних деривата се утростручио, достигавши износ од преко 7 билиона \$). Тиме се скривени системски ризик акумулирао у финансијском систему САД, јер су субприме кредити, уз вишу каматну стопу, контаминирали хипотекарне деривате, које су препакиване у структурне финансијске производе по неколико пута. То је доносило већи профит инвестиционим банкама и хец фондовима.

5. Слабости и скривени ризици механизма секјуритизације

Секјуритизација представља једну од кардиналних иновација, која је заменила модел „одобравање ради чувања“ савременим моделом „одо-

¹⁴ То је последица савета који је давао председник ФЕД Алан Гринспен, подстичући зајмотражиоце да узимају хипотекарне кредите са варијабилном каматном стопом, што је (како се показало) значило преузимање већих ризика.

¹⁵ Са тим ставом се не слаже Џозеф Штиглиц. Опширније у књизи Џозеф Штиглиц, *Америка, слободна тржишта и слом светске привреде*, Нови сад, 2014, 120.

¹⁶ Доступно на: www.federalreserve.gov.

браване ради продаје“. Она представља механизам конверзије хипотекарних кредита у хипотекарне хартије од вредности, којима се тргује на секундарном хипотекарном тржишту.¹⁷ То је нарочито било значајно за субприме кредите, који су за време стамбеног бума конвертовани у хартије од вредности, око којих су се инвеститори отимали, јер су биле осигуране и давале веће приносе. Процес секјуритизације и продаје хипотекарних кредита дуго је обезбеђивао кредиторима извор финансирања и ликвидности за давање нових кредита, стварајући спиралу кредита, односно огромну кредитну мултипликацију. Истовремено, на тај начин, увећаван је обим хипотекарних хартија од вредности, које су имали највиши кредитни рејтинг ААА, преносећи ризике лоших кредита на инвеститоре из целог света. Сви (са)учесници у ланцу секјуритизације имали су разлога за оптимизам (од зајмотражилаца, преко менаџера банака и осигурања, рејтинг агенција, инвеститора, до државе), јер је створена слика привредног раста и општег благостања, све док фиктивни балон није пукао. Механизам прерасподеле ризика, путем секјуритизације, створио је илузију умањења ризика и снижења кредитних захтева према зајмотражиоцима. Централне банке и регулатори нису били опремљени да реше проблеме ликвидности и солвентности, због тога што проблеми потичу из рада слабо регулисаних финансијских институција („банкарство у сенци“)¹⁸.

6. Реакције глобалних инвеститора

Трендови глобализације и секјуритизације су омогућили огроман прилив (увоз) капитала на америчко хипотекарно тржиште из целог света и раст субприме кредитирања и лабавијих кредитних стандарда, што је изворну хипотекарну кризу у САД претворило у глобалну финансијску кризу. Постојала је велика акумулација ликвидности међународних инвеститора, јер су они тешко налазили прилике за инвестирање. При томе, инвеститори су се држали анализа и оцена рејтинг агенција, а не сопствених процена. Међутим, модели на којима су рејтинг агенције заснивале своје оцене нису узимали у обзир пад цена некретнина, пад кредитних стандарда или раст каматних стопа.

Без ширења токсичних хипотекарних производа на инвеститоре широм света, америчка хипотекарна криза, вероватно, не би прерасла у глобалну финансијску кризу, кризу ликвидности и кризу поверења у фи-

¹⁷ Опширније о природи, врстама и механизмима секјуритизације: www.vinodkothari.com.

¹⁸ Милош Јанковић, „Антикризна регулација и владавина права на тржишту капитала“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2011.

нансијске институције. Иновативни производи су ширили ризике кроз глобалну економију, а због своје комплексности, стварни ризик, који је повезиван са њима, није био познат све док није дошло до краха тржишта. У том тренутку, средства обезбеђења, која су тим хипотекарним производима обезбедила висок кредитни рејтинг нису више пружала довољну заштиту инвеститорима. Симптоми глобалне финансијске кризе били су снижавање квалитета актива (XXoB), волатилност финансијских тржишта, раст премија за ризик и неликвидност тржишта, банкротства инвестиционих банака, што је био сигнал за смањење броја потенцијалних страних инвеститора. Када је дошло до кризне тачке кључања, губитак поверења довео је до страха, панике и бекства инвеститора.

Привлачност хипотекарних хартија од вредности и њихових деривата за стране инвеститоре заснивала се на милионима долара датих хипотекарних кредита у САД, по којима није било већих губитака, захваљујући хипотекама на некретнинама, чије су цене на националном нивоу бележиле раст, дуже од једног века. Додатну сигурност улагања, давале су оцене међународно признатих кредитних рејтинг агенција, тако да су инвеститори добијали све већи „апетит према ризицима“ и били захваћени инвестиционом еуфоријом. До 2006. године, глобални инвеститори (укључујући европске, кинеске и јапанске) су, на неки начин, били власници готово трећине хипотека у Америци, са колико су утицали на стамбену еуфорију и каснији балон некретнина у САД.

7. Недопустив сукоб интереса рејтинг агенција

Инвеститори су дуго претпостављали да хартије са ААА рејтингом имају највећи кредитни квалитет (услед чега имају релативно мали принос). Тај високи кредитни рејтинг је омогућио продају хипотекарних обвезница инвеститорима, чиме се ефективно финансирао стамбени бум. Високи рејтинзи су правдани смањивањем ризика путем секјуритизације, осигурањем од ризика неплаћања и спремношћу инвеститора да сносе ризик првих губитака. Све то је било могуће у условима брзог раста цена кућа и станова, када су сви у ланцу учесника на хипотекарном тржишту задовољавали своје интересе. Међутим, када је дошло до пада цена, највеће проблеме имали су корисници кредита и инвеститори у хипотекарне хартије, дакле они на почетку и на крају хипотекарног ланца. Криза је открила чињеницу да су рејтинг агенције користиле неадекватне моделе за оцене ризика у измењеним тржишним условима.

Кључна чињеница везана је за процес утврђивања рејтинга суб-приме хипотекарних обвезница, који је садржао фундаментални сукоб интереса: агенције су добијале надокнаду од емитената који су тражили кредитни рејтинг и практично сви су добијали увећани ААА рејтинг.

8. Нетранспарентност тржишта: асиметричност информација, негативна селекција и морални хазард

На тржишту некретнина су се резултати информационе асиметрије промптно манифестовали, док се на финансијском тржишту информациона асиметрија испољавала, као саставни део природе хипотекарног тржишта, све до тренутка, када су постали видљиви резултати инвестиција у хипотекарне ХоВ. Обе врсте информационе асиметрије показале су се у најгрубљој форми на америчком хипотекарном тржишту. Негативна селекција при давању кредита клијентима, који имају већи ризик неплаћања кредита, настала је, дакле пре одобравања кредита, док се морални хазард појавио када су банке, ради виших приноса, свесно давале кредите ризичнијим клијентима, у нади да ће их, ако дођу у проблеме, централна банка избавити. При томе су негативна селекција и морални хазард били међусобно повезани.

Регулатори и кредитори су доносили бројне мере за смањење негативне селекције. Основна мера је повећање транспарентности. Осим тога, Базелски комитет инсистира на бољем познавању клијената од стране финансијских институција (процедура „Упознај свог клијента“).¹⁹

У регулисању моралног хазарда на тржишту, проблем се јављао због величине кредитних институција и далекосежног утицаја, који би гашење неке од њих имало на економију уопште. Много је било лакше казнити појединачног инвеститора, који је уложио у ризичан пројекат, него казнити банку, која је дала ризичан кредит клијенту, који га није отплатио.

Увећавање асиметричности информација између дужника и иницијалног кредитора створило је морални хазард, преношењем ризика са банака на инвеститоре, што је наводило дужнике и иницијалне кредиторе да преузимају све више ризика. Осим тога, уведени су и производи који су додатно повећали морални хазард попут Ниња кредита (*no income, no job, no assets – no problem*), кредита за лажове (без доказа о приходима или имовини), тизер кредита (2% камате у прве две године, преко 20% након тога), стреч кредита (рата већа од 50% прихода). Када су цене некретнина

¹⁹ Милош Јанковић, „Државна регулација и тржиште капитала“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2013.

почеле да падају, утицај нових кредитних производа на кризни процес је био очигледан, јер је број неотплаћених кредита порастао на преко 50% у периоду од 2005. до 2007. године. Посебан аспект проблема је регулисање и надзор над покушајима преваре, корупције и злонамерности на хипотекарном тржишту, нарочито у периоду убрзане кредитне експанзије.

9. Спашавање крупних учесника хипотекарног тржишта

Хипотекарна криза наступила је после бурног развоја и раста хипотекарног тржишта, након законског омогућавања банкама да средства депоната могу користити за операције на тржишту капитала.²⁰ Дуг оштар пад цена некретнина, стагнација зарада и промена дугогодишње политике снижења каматних стопа изненадним, брзим и великим растом каматних стопа изазвао је бројна банкротства учесника.

У августу 2007. криза достиже врхунац са колапсом два хец фонда *Bear Stearns*, који су инвестирали у субприме хартије од вредности. Тржишта новца су постајала неликвидна, а међубанкарске каматне стопе су достигале највише нивое. Већина брокерско-дилерских компанија принуђена је на велике отписе, а велике глобалне банке су морале да увећају резервације за покриће потенцијалних губитака актива. Масовно обесцењивање портфолиа финансијских организација погоршало је захтевне показатеље регулаторних органа и рејтинг агенција. Настала је трка за спољним инвеститорима (докапитализације) и помоћ државе у спашавању највећих финансијских институција.

Посебно предочавамо да је, од укупно пет инвестиционих банака, једна банкротирала, две су продате, а две трансформисане у комерцијалне банке захваљујући спашавању и огромној помоћи од стране државе. Банкротирао је једино Лехман Бротхерс, коме држава није пружила руку помоћи, мада је и ова банка имала највишу оцену ААА од све три рејтинг агенције, два дана пред објаву банкротства.²¹

Светски лидер тржишта осигурања (АИГ) је 2008. године био на рубу пропасти, због обавеза по огромном обиму осигураних ЦДС, везаних за хипотекарно тржиште. Решење за спас овог осигуравајућег друштва про-

²⁰ E. Balleisen, D. Moss, *Government and markets: Toward a New Theory of Regulation*, Cambridge University Press, 2009.

²¹ То је илустрација квалитета рада рејтинг агенција, али и односа економских и политичких снага (ако не прихватиш да продаш бизнис, следи банкротство).

нађено је у национализацији (држава преузела 79,9% акција АИГ) и убризгавању 185 милијарди \$ од стране ФЕД за реструктурирање овог друштва.

Коначно, на врху хипотекарног ланца царовале су две моћне приватне - квазидржавне федералне хипотекарне агенције Фанни Мае и Фредди Мац, које су гарантовале око половине укупних хипотека (око 14,5 билиона \$) и које су доживеле сличну судбину. Држава их је национализовала, да би спречила финансијски цунами и штете невиђених размера.

Огромни проблеми највећих финансијских институција САД имали су за последицу извоз нестабилности у глобални финансијски систем, преко више канала (кретање капитала, аналогне промене цена некретности и спекулативних трансакција, психолошке инвестиционе еуфорије, банкротства гигантских инвестиционих банака и паничног бекства капитала и др.).

На крају, лидери банкарског система САД су спасени уз огромну државну, односно финансијску помоћ пореских обвезника.²² Са друге стране, корисници хипотекарних стамбених кредита нису наишли на слично разумевање ових кредитора, већ су многи остали без станова или наставили отплату по увећаним каматним стопама, западајући у својеврсно дужничко ропство. Ту чињеницу посебно критикују нобеловци Штиглиц и Кругман, истичући да је држава спасавала, уместо да кажњава банке, чији интереси нису били у складу са националним интересима и добробити домаћинства.²³

10. Слом корпоративног управљања и управљања ризицима

Актуелна криза је, у оштром виду, испоставила рачун финансијском сектору за бројне слабости корпоративног управљања, посебно за неодговарајуће стратегије управљања ризицима и политике награђивања

²² Тиме је само потврђено правило, које важи за најмоћније финансијске компаније, да се профити приватизују, а губици социјализују. Конгрес је усвојио Програм за решавање проблематичне активе (ТАРП), са фондом за спашавање од 700 милијарди \$, откупом акција банака. П. Кругман оцењује да је банке требало спашавати, али уз бољу погодбу (већи удео у власништву) за пружену хитну помоћ. Спашавање је већ 2009. године повратило поверење инвеститора у хипотекарно тржиште. Опширније у П. Кругман, 118.

²³ Џ. Штиглиц наводи да банке „нису требале да пљачкају најсиромашније и најрањивије“. У похлепи која је захватила нацију нису постојала правила, укључујући ограничења за експлоатисање најслабијих у америчком друштву. Џ. Штиглиц, 149.

извршних менаџера, што је генерисало огромне репутационе ризике и појачану пажњу и скандализованост јавности.²⁴

Заиста, постојале су незамисливе и реално неоправдане диспропорције у примањима извршних директора и просечних зарада запослених. У 2005. години тај однос је достигао 262:1, а бонуси су исплаћивани, иако су банке бележиле губитке, или користиле субвенције државе. Укупна примања су укључивала основну зараду + годишњи новчани бонус + одређен број акција компаније + отпремнине + неновчане бенефиције (летовања, осигурање, авиони компаније и много другог). Бонуси су исплаћивани за краткорочне резултате, што је стимулисало преузимање све већих ризика на хипотекарном тржишту, све до коначног краха институције.²⁵ Коначно, укупни ефекти корпоративног управљања финансијских институција нису оправдали основне принципе и вредности (непристрасност, обавезе, транспарентност и одговорност), већ су довели до пада вредности њихових акција, губитака тржишне позиције и репутације, као и слома хипотекарног тржишта.²⁶

Манипулације и злоупотребе у инвестиционим банкама и компанијама, коришћењем принципа полуге – леверица, обогатиле су менаџере, довеле до банкротства и подриле стабилност укупног финансијског тржишта.²⁷ Покушаји привођења менаџера одговорности нису дали очекиване резултате услед више проблема:

- доказивање узрочно-последичне везе између деловања или неделовања менаџера и банкротства или губитака,
- доказивања кривице менаџера, као неопходног услова за покретање одговорности,
- утврђивање и доказивање обима штете, односно губитака,
- уништавање докумената од стране руководства, која би „сведочила“ о њиховој кривици,
- утврђивање савесности и испољавање концепције конфликта интереса (директног и индиректног),

²⁴ Милош Јанковић „Корпоративно управљање и тржиште капитала“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2008.

²⁵ OECD Corporate Governance and Financial Crisis – Key Findings and Main Messages, June 2009, 15.

²⁶ Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, 2003.

²⁷ Џ. Штиглиц оцењује да у САД, акционари само номинално управљају компанијама, док реалну моћ имају менаџери, који често по својој жељи „бирају“ чланове управе. Вид. Џ. Штиглиц, Џ. (2013), 190.

- сагледавање „слабих места“ у законима, која нису увек јасна, прецизна и разумљива.

Све наведено захтева креирање и усвајање стандарда најбоље међународне праксе корпоративног управљања.

11. Изневерена очекивања од регулатора хипотекарног тржишта

Набујало хипотекарно тржиште развило се препуштено самом себи на (увећаном) глобалном терену за игру, при чему су правила игре (регулатива) остала неизмењена од пре више деценија, неприлагођена променама савремених тенденција на хипотекарном тржишту. За већину учесника и регулаторе хипотекарног тржишта, који су веровали у теорију ефикасног тржишта, недавна хипотекарна криза, као да је дошла без најаве и видљивих упозорења. То је постало јасно свима, тек када се „крчаг“ хипотекарног тржишта разбио и када су многи принципи „животног духа“ стављени на проверу.²⁸

Саморегулаторне банкарске организације нису положили испит из основних циљева свога постојања. Напротив, допринеле су стварању кризе штитећи своје профитне интересе, занемарујући заштиту интереса клијената. Највећи део субприме кредита је био одобран уз помоћ хипотекарних брокера на хипотекарном тржишту, чије деловање није било адекватно регулисано. Број хипотекарних брокера се био драстично повећао и достигао цифру од око 57.000. За разлику од кредитора, брокери највећи део своје провизије добијају унапред, као део трошкова одобравања кредита.

Лоше процењивање и регулисање хипотекарних хартија од вредности је пропуст регулатора секундарног тржишта (СЕЦ). Хипотекарне хартије од вредности су дуго биле привлачне за инвеститоре, будући да регулаторне агенције нису сугерисале да постоји разлог за опрез и забринутост. Такође, ФЕД је упорно тврдио да је хипотекарно тржиште здраво, не наговештавајући да су хипотекарне хартије од вредности проблематичан део финансијског тржишта. Прихваћена је либерална политика нереаговања све до тачке прегоревања тржишта, када је тек употребљена власт.

Просто је зачуђујуће да регулаторне институције нису биле стручне да уоче како хипотекарне хартије од вредности носе велику токсич-

²⁸ Вид. Џ. Акерлоф, Р. Шилер, *Животни дух – Како психологија човека покреће економију и због чега је то значајно за светски капитализам*, Београд, 2010.

ност и ризике, све док није порастао број принудних наплата хипотека и губитака учесника хипотекарног тржишта.

III Закључак

Хипотекарно тржиште не може функционисати као спонтан механизам. За његов ефективан и стабилан раст и развој неопходна је активна државна интервенција (регулаторна, контролна, дистрибутивна, подстицајна, социјална и др.). При томе, постоји велика повезаност тржишта некретнина, тржишта капитала и хипотекарног тржишта. Вековима хипотекарно тржиште се развијало доминантно као примарно (кредитно) тржиште, док се секундарно хипотекарно тржиште развило знатно касније (у САД, тек 1968. године), а у многим земљама, укључујући и Србију, још увек није формирано.

Савремени свет финансијских и хипотекарних тржишта доживео је драматичне промене у последњих неколико деценија. Радикално је промењен карактер финансијских тржишта у правцу измене односа тржишних сила и моћи државне регулације. Анализа историјског развоја хипотекарних тржишта показује да је том тржишту иманентна нестабилност. Може се рећи да је то цена коју друштво плаћа за прогрес економије и цивилизације. Такође, увек постоје и излази из криза, који доводе до промене хипотекарног система, обнављањем његових развојних потенцијала и ефеката на вишем нивоу.

Активности разнородних и многобројних учесника хипотекарног тржишта, као што је показала криза, биле су у несагласју са бројним законским и другим прописима, професионалним и етичким стандардима, што повлачи разне облике правне одговорности (грађанска, управна, кривична). Судска пракса бележи бројна нарушавања прописа, али је много више противправног деловања које не долази до судског разрешења. Тако се учесницима хипотекарног тржишта наноси непроцењива материјална и морална штета.

Минимизирање системског ризика и ефекта заразе финансијских криза је изузетно сложен задатак регулације. Постоји парадокс да држава регулише хипотекарно тржиште, али тиме истовремено штити интегритет тржишта, пружајући подршку и заштиту од инвестиционих губитака. Ради се, дакле, о тесној узајамној повезаности државе и хипотекарног тржишта и чињеници да до сада није пронађена алтернатива државној регулацији и супервизији.

На основу релевантне литературе и властитог професионалног искуства, посебно наглашавамо да је коначан успех регулатора резултат дијалектичког односа, тј. непрестане борбе између регулатора (политике) и тржишта (хипотекарног бизниса). Постоји парадокс да је Србија у 19. веку имала знатно напреднију хипотеку у односу на друге земље, са емисијом хипотекарних хартија од вредности и бољом заштитом хипотекарних дужника, а пре нешто више од једне деценије постављен је савремени правни оквир и инфраструктура за функционисање примарног, али не и секундарног хипотекарног тржишта. На примарном тржишту регистровани су проблеми НПЛ, посебно кредита у швајцарским францима, као и променљиве каматне стопе и друго. Прилика је да се извуку поуке из велике хипотекарне кризе и обезбеди даљи развој и регулисање националног хипотекарног тржишта, према стандардима најбоље међународне праксе.

Miloš JANKOVIĆ, PhD

Chairman of the Board at the Deposit Insurance Agency

MORTGAGE MARKET AND REGULATION IN CRISIS CONDITIONS

Summary

In this paper the author discusses the question of effectiveness of the mortgage market and government regulation. By ascertaining that the developed mortgage market is a complex multifunctional structure, both on the primary and the secondary levels, the author points out the irreplaceable role of government regulation in its development and stability. In that regard the author critically reviews numerous causes and multiple consequences of the mortgage crisis in the USA, which has led to the global financial crisis. The author especially points out the responsibility of professional market participants in breaking the law and the process of ascertaining the guilt for the caused damage, and in that context proposes stronger regulatory, judicial and other forms of investor and financial services user protections.

Key words: *mortgage market, regulation, crisis, losses, responsibility.*

Драгољуб СИМОНОВИЋ
адвокат у Београду

РАДНИ СПОР (АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМИ У СУДСКОЈ ПРАКСИ И ПРАКСИ ПОСЛОДАВАЦА)

Резиме

Радни спор – хитан или спор?

Хитан – према одредби Закона о парничном поступку.

Спор – према оном што се реално дешава у српском правосуђу.

Осим проблема реалног трајања радног спора, аутор у овом раду указује на још неколико питања – проблема која се појављују у нашој судској пракси и радноправној пракси послодаваца.

Ти проблеми су везани за тумачење и примену одредаба Закона о раду, а нарочито се односе на питање шта све треба обухватити тужбом за поништај отказног решења послодавца, према измењеној и допуњеној регулативи наведеног закона из јула 2014. године.

Кључне речи: *радни спор, суд, судска пракса, запослени, послодавац*

І Увод

Иако спада у категорију хитних парница, радни спор је у нашој судској пракси још увек недопустиво и непромерно спор (траје неколико година до правноснажне судске одлуке).

Иако се судска пракса у правној литератури сматра интерпретативним извором права, она је у нашој стварности све мање ауторитативна, са прилично лутања и недоследности, чиме посустаје и неретко губи снагу и значај „извора“ права.

С друге стране, послодавци у пракси често греше у састављању текста појединачних радноправних аката, нарочито отказних решења у којима изостаје ваљано образложење отказног разлога.

Аутор у овом раду жели да скрене пажњу на неколико питања и проблема који су у корелацији са праксом послодаваца и судова.

С обзиром на задати обим чланка, аутор ће се у њему концентрисати само на неколико проблема постојећих у судској пракси и пракси послодаваца: 1) потреба доброг образложења решења о отказу уговора о раду, нарочито у случају отказивања уговора запосленом као вишку (технолошком, економском или организационом); 2) недоумица – једна или две тужбе у радном спору поводом отказа уговора о раду; 3) примене начела подељене одговорности код накнаде штете запосленом у случају поништаја отказног решења; 4) обрачун затезне камате приликом враћања отпремнине; 5) проблематика накнаде примљене за време привремене незапослености од Националне службе за запошљавање у корелацији са накнадом штете запосленом због незаконитог отказа.

II Потреба доброг образложења отказног разлога – најчешће грешке и пропусти послодаваца

Саставни део решења послодавца о отказу уговора о раду, као и свако друго решење којим послодавац решава о правима, обавезама и одговорностима запосленог, између осталих делова, представља образложење. Образложење је „огледало“ диспозитива решења које „одсликава“ и оправдава одлуку послодавца.

Често у пракси послодавци погрешно схватају значај и суштину образложења као саставног дела отказног решења, сматрајући да је оно „пука законска форма и обавеза“ и да је довољно да се у њему само на општи начин наведе разлог отказивања уговора о раду. То је велика грешка послодаваца која их може скупо коштати – поништајем решења о отказу уговора о раду од стране суда.

Тако, није довољно у отказном решењу само навођење да се запосленом уговор о раду отказује због злоупотребе боловања. Такво навођење разлога за отказ је тек почетак образложења, а потом мора уследити детаљно описивање отказног разлога, поткрепљено чињеницама и доказима: треба добро објаснити начин на који је запослени учинио повреду радне дисциплине злоупотребом боловања, са каквом намером је злоупотребио боловање (стицање неосноване имовинске користи и сл.), који је степен виности запосленог, да ли за наведену злоупотребу постоји искључива кривица запосленог или постоји подељена одговорност са лекаром који је запосленом омогућио злоупотребу боловања итд.

III Отказ запосленом као вишку – грешке послодавца код оправданости разлога и програма вишка

Најчешће у пракси послодавци греше са штурим образложењем решења о престанку радног односа запосленог због технолошког, економског или организационог вишка, нарочито када у решењу само парафразирају законски разлог за престанак радног односа пуком одредницом „због технолошког, економског и организационог вишка“. У оваквим случајевима, заиста честим у пракси, послодавци чак и законску одредбу погрешно преписују (парафразирају), употребом непостојећег везника „и“ који означава кумулацију (као да су се код послодавца истовремено десиле и технолошке и економске и организационе промене – што није реалан случај у пракси), иако је у Закону о раду јасно употребљен алтернативни везник „или“ који указује да су се код послодавца стварно десиле технолошке или економске или организационе промене.

Приликом утврђивања вишка запослених послодавац мора добро да води рачуна о критеријумима које ће применити, како оним афирмативним који стварају конкуренцију запослених који раде на истом радном месту (ко ће од више запослених бити проглашен вишком), тако и оним негативним – елиминаторним, за које закон изричито прописује да не могу представљати критеријум за утврђивање вишка запослених.

Међу афирмативним критеријумима предњаче резултати рада које је запослени постигао код послодавца до момента када се расправља да ли може бити проглашен вишком. Од значаја су и остали критеријуми који се користе нарочито у конкуренцији више запослених на истом радном месту, као што су: имовинско стање запосленог, број чланова заједничког домаћинства који остварују зараду, дужина радног стажа запосленог, здравствено стање запосленог и чланова његове породице, број деце на школовању и слично.

Потреба за добрим образложењем отказног решења запосленом који је постао вишак код послодавца одавно је истакнута у судској пракси. Разлог за престанак радног односа запосленом као вишку мора бити објективно оправдан, на чему инсистира судска пракса. Технолошке, економске или организационе промене код послодавца морају имати објективну структурну вредност, да би се отказ уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог могао сматрати оправданим.

Околност да послови које је обављао тужилац нису били укинати, већ су преименовани формалним укидањем одредаба општег акта туже-

ног којима су били утврђени послови које је тужилац обављао код туженог, односно њихово другачије именовање и систематизовање на које је распоређен други запослени (чије је радно место остало упражњено), по оцени Врховног суда, представља околност која се не може сматрати оправданим разлогом за отказ уговора о раду запосленом као технолошком вишку (одлука Врховног касационог суда, Рев. 2 – 574/2010).

Из обиља судске праксе везане за престанак радног односа запосленом као вишку аутор ће у наставку презентирати одређени број сентенци из одлука судова које су од изузетног значаја за послодавце као путоказ за квалитетно законско поступање код вишка запослених, као сложеног, значајног и честог разлога за престанак радног односа, као и за правилну примену закона у питањима: оправданости разлога за утврђивање запосленог вишком, доношења и примене програма вишка, конкуренције кад је више запослених проглашено вишком, исплате отпремнице, распоређивања на друго радно место итд.

Тужени у поступку није пружио доказе на околност да је постојала потреба да тужиоца прогласи технолошким вишком, односно није доказао да је код њега дошло до измене систематизације, смањења броја запослених, укидања радних места и слично, а што би могло оправдати престанак радног односа тужиоцу као технолошком вишку.

То што тужилац због измењеног здравственог стања више није могао да обавља послове пресера, не може се сматрати оправданим разлогом за отказ уговора о раду тужиоцу као технолошком вишку (одлука Апелационог суда Новом Саду, Гж 1 – 2558/2010).

Да би програм решавања вишка запослених био ваљан и у складу са законом, морају бити кумулативно испуњени сви прописани услови. У конкретном случају, управни одбор туженог усвојио је део тзв. социјалног програма, али не и списак запослених који представљају вишак, тако да тај делимично усвојен социјални програм није био ваљан са становишта одредаба Закона о раду.

С обзиром на то да тужени послодавац није донео правно ваљан програм за решавање вишка запослених, то и побичано решење о отказу уговора о раду тужили није законито и правилно (одлука Врховног суда Србије, Рев 2 – 126/2006).

Тужени приликом отказивања уговора о раду тужиоцу по основу технолошког вишка није узимао у обзир критеријуме као што су: имовинско стање запосленог, број чланова заједничког домаћинства који

остварују зараду, дужину радног стажа запосленог, здравствено стање запосленог и чланова његове породице, број деце на школовању и сл., те је побијано решење којим је тужиоцу отказао уговор о раду као вишку запослених основано поништено од стране нижестепених судова (одлука Врховног суда Србије, Рев. 130/2006).

Оглашавање запослених вишком мора се спровести у процедури и под условима који су прописани законом. Између осталог, то подразумева да је правилник о организацији и систематизацији послова тужени морао објавити на начин утврђен статутом да би исти могао ступити на снагу и да би запослени, међу њима и тужиља, могли да се упознају са измењеним условима рада и са евентуалним престанком потребе за радом тужиље. Како тужени није доказао чињеницу објављивања наведеног правилника и његовог ступања на снагу, побијано решење којим је тужиљи као вишку отказан уговор о раду је незаконит (одлука Апелационог суда у Београду, Гж 1 – 7082/2010).

Основни критеријум за утврђивање вишка запослених – резултати рада, ради спровођења програма вишка запослених, морао је бити примењен на све три раднице на радном месту чистачице, на којем је тужиља била распоређена до отказа уговора о раду по основу вишка. Пошто је то изостало, правилно су нижестепени судови поништили побијано решење о отказу уговора о раду тужиљи као технолошком вишку (одлука Врховног касационог суда, Рев 2 – 784/2010).

Чињеница да је тужилац добио решење о отказу уговора о раду као технолошком вишку пре него што је тужени донео програм решавања вишка запослених, чини незаконитим побијано отказно решење туженог и исто је првостепени суд правилно поништио (одлука Апелационог суда у Новом Саду, Гж 1 – 157/2011).

Првостепени суд је дужан да у поновном поступку поуздано утврди због чега је тужени послодавац управо тужиљи отказао уговор о раду као технолошком вишку, а не неком другом од запослених који раде на истом радном месту као тужиља, с обзиром на образложење туженог у отказном решењу да је тужиљи отказао уговор о раду јер је добила најслабије оцене за резултате рада (двојка и тројка), а те оцене добило је још троје од укупно шесторо извршилаца на тужиљином радном месту (одлука Апелационог суда у Београду, Гж 1 – 1869/2012).

Побијано решење туженог о отказу уговора о раду тужиљи као вишку је незаконито, јер тужени послодавац није програмом решавања ви-

шка запослених утврдио потребне критеријуме за објективно утврђивање вишка радника, како би на основу тих критеријума могао да изврши компарацију и конкуренцију свих извршилаца на радном месту које је тужиља обављала пре отказа, те на основу тога поуздано утврди ко је од тих запослених стварни вишак, односно за чијим је радом престала потреба (одлука Врховног касационог суда, Рев 2 – 606/2012).

Понашање тужиље које је манифестовано одбијањем посла, за шта тужени у поступку није понудио одговарајући доказ, не може да буде критеријум за утврђивање тужиље као вишка запослених, по ком основу јој је тужени послодавац незаконито отказао уговор о раду (одлука Врховног касационог суда, Рев 2 – 168/2014).

IV Грешке послодаваца у вези отпремнине

Према императивним одредбама Закона о раду, чија је примена афирмисана у судској пракси, правилна исплата отпремнине запосленом је *услов пуноважности* акта послодавца о престанку радног односа по основу вишка. Сагласно одредби члана 158. ст. 1. Закона о раду, послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду по основу престанка потребе за радом (вишак) запосленом исплати отпремнину у складу са законом. Дакле, послодавац је запосленом кога је прогласио вишком дужан да исплати отпремнину *пре* отказа уговора о раду. Како се овде ради о законској норми когентне природе, општим актом послодавца или уговором о раду не може да се утврди дужи период за исплату отпремнине од периода утврђеног законом (пре отказа уговора о раду).

Законска новина уведена новелама Закона о раду из јула 2014. године односи се на период рада запосленог (остварени радни стаж) за који остварује отпремнину. Пре законских новела из јула 2014. године, отпремнина се запосленом исплаћивала према укупно оствареном стажу, значи за период рада и код других послодаваца, а не само код оног код кога остварује право на отпремнину. Од јула 2014. године закон изричито прописује да се висина отпремнине запосленом као вишку утврђује за сваку навршену годину рада код послодавца код кога остварује право на отпремнину (не и код претходних послодаваца). Изузетак постоји у случају послодавца претходника везаног за статусне промене, као и код промене послодавца у смислу одредаба члана 147. Закона о раду.

Рестрикција у материји отпремнине вишку запослених, с обзиром на временску димензију, уведена је и одредбом члана 158. ст. 6. Закона о

раду: запослени не може да оствари право на отпремнину за исти период за који му је већ исплаћена отпремнина код истог или другог послодавца.

Послодавац треба добро да води рачуна код обрачуна и исплате отпремнине, јер је она услов пуноважности отказног решења. Грешке у овом смислу често су санкционисане поништајем решења послодавца о престанку радног односа запосленом као вишку, у радном спору.

Имајући у виду да је императивним одредбама Закона о раду услов пуноважности решења о отказу уговора о раду по основу технолошког вишка исплата отпремнине пре отказа уговора о раду запосленом, онда је без утицаја и правног дејства одрицање тужиоца од права на отпремнину пре него што је тужени послодавац уопште донео одлуку о утврђивању вишка запослених (одлука Врховног касационог суда, Рев 2 – 1494/2010).

V Грешке послодавца када вишку не понуде друго одговарајуће радно место

У корпусу предузимања одговарајућих мера за ново запошљавање вишка запослених, релевантно је питање постојања одговарајућег непупуњеног радног места код послодавца. У склопу мера за запошљавање прописаних одредбом члана 155. ст. 1. тач. 5. Закона о раду, налази се и премештај на друге одговарајуће послове.

Ако код послодавца у моменту отказивања уговора о раду запосленом као вишку постоји упражњено одговарајуће радно место, за који запослени испуњава све услове утврђене актом о организацији и систематизацији, онда је послодавац дужан да му понуди распоређивање на такво радно место. Ако послодавац пропусти да понуди запосленом наведено распоређивање, ризикује да му суд у радном спору поништи решење о престанку радног односа запосленом као вишку. Према томе, и у овом сегменту проблематике вишка запослених послодавци морају да воде рачуна.

Суд оцењује да је тужени послодавац у моменту отказа уговора о раду тужиљи имао систематизовано радно место које је одговарало стручној спреми, знањима и способностима тужиље, а које је било упражњено, те је тужени био дужан да тужиљу распореди на дотично радно место, с обзиром да је она испуњавала све услове за рад на упражњеном радном месту код туженог, што је неспорно утврђено током поступка (одлука Првог основног суда у Београду, П 1 – 1765/2010).

На основу утврђеног чињеничног стања, суд је утврдио да је тужени послодавац отказивањем уговора о раду тужиљи као технолошком вишку поступио супротно одредби члана 155. ст. 1. тач. 5. Закона о раду, као и одредбама Правилника о раду туженог, јер није применио меру запошљавања тужиље на упражњено радно место за које је она испуњавала све предвиђене услове (одлука Првог основног суда у Београду, П 1 – 707/2011).

Није на туженом послодавцу било да доказује немогућност да је тужиљу могао да распореди на друго радно место по оглашењу за технолошки вишак, пошто се ради о негативној чињеници. Супротно, на тужиљи је био терет доказивања чињеничне тврдње да је код туженог послодавца у моменту њеног отказа постојало радно место за које је она испуњавала утврђене услове, а које јој није било понуђено (одлука Апелационог суда у Београду, Гж 1 – 1797/2011).

Како је тужени послодавац у време доношења побијаног решења о отказу уговора о раду имао упражњена радна места на која је могао да распореди тужиљу, јер је она за обављање послова на упражњеним радним местима испуњавала све услове предвиђене општим актом о организацији и систематизацији послова, то је тужени доношењем побијаног решења поступио супротно одредби члана 155. ст. 1. тач. 5. Закона о раду и супротно одредбама свог Правилника о раду, тиме што није применио меру премештаја тужиље на друге одговарајуће упражњене послове (одлука Апелационог суда у Београду, Гж 1 – 2726/2012).

Првостепени суд је био дужан да разјасни да ли су укинута послови на које је тужилац претходно био распоређен, те да утврди да ли су код туженог послодавца постојали слободни (упражњени) послови који су одговарали врсти и степену стручне спреме коју поседује тужилац. Тек после тих утврђења, које је пропустио, првостепени суд је могао да цени и тужиочеву изјаву о спремности да ради код туженог послодавца на неодговарајућим пословима за које се тражи нижи степен стручне спреме од његове, како би избегао да буде проглашен вишком (одлука Апелационог суда у Београду, Гж 1 – 1191/2014).

Радно место тужиље – референт плана и анализе укинута је код туженог, због чега јој је отказан уговор о раду. Пре доношења побијаног решења тужени је са више лица закључио уговоре о раду на одређено време до шест месеци због повећаног обима посла на радном месту контиста – аналитичар. Остало је неутврђено и нејасно да ли је тужиља испуњавала услове за радно место контисте – аналитичара, на које је могла

бити распоређена по укидању њеног радног места (одлука Врховног касационог суда, Рев 2 – 79/2015).

VI Проблеми у радном спору са становишта поступка и доказивања

Проблеме на које ће овде указати тичу се судске праксе у неколико последњих година, а аутор их опсервира из сопствене адвокатске праксе. Ови проблеми се ограничавају на материју накнаде штете запосленом за време незаконитог отказа и односе се на конкретна четири питања: 1) подељена одговорност запосленог и послодавца за насталу штету; 2) да ли се поводом отказа уговора о раду суду подноси једна или две тужбе; 3) питање враћања отпремнине послодавцу коју је запослени примио као вишак, конкретно – од када запослени плаћа затезну камату на износ отпремнине коју враћа после поништаја отказног решења послодавца.

1. Подељена одговорност запосленог и послодавца за насталу штету

У нашој радноправној регулативи све до 2001. године нису постојала никаква ограничења у остваривању права запосленог на накнаду штете у виду изгубљене зараде и других примања код послодавца за време незаконитог отказа. У таквом вишедеценијском стању регулативе неретко се дешавало да су појединци „профитирали“ на отказу уговора о раду. То се дешавало када се тужилац, по подизању тужбе за поништај решења послодавца којим му је отказан уговор о раду, запосли код другог послодавца, код којег остварује зараду и друга примања из радног односа за време трајања радног спора (готово је ноторна чињеница да радни спорови, упркос начелу њихове хитности, у Србији последњих пар деценија трају по неколико година, рачунајући до доношења правноснажне пресуде). У таквим случајевима тужилац би у већем периоду из оквира радног спора радио и приходовао код другог послодавца, а онда би по окончаном спору остварио накнаду штете за читав тражени период, рачунајући и период у којем је радио код другог послодавца и остваривао зараду.

Велику прекретницу у овој области донео је Закон о раду из 2001. године, који је прописао да се од износа накнаде штете утврђеног у судском поступку због незаконитог отказа одбија приход који је тужилац остварио *радом* код другог послодавца у периоду за који му је досуђена накнада штете. Суштински истоветну одредбу садржи и важећи закон: накнада штете по основу незаконитог престанка радног односа умањује

се за износ прихода које је запослени остварио по основу *рада*, по престанку радног односа. Дакле, овде је релевантан приход само уколико је остварен по основу рада. Други приходи не доводе до умањења накнаде штете, па ни рекордан приход који би тужилац добио у играма на срећу, као и приходи по основу наслеђа, поклона итд.

Међутим, пре извесног времена (по сазнању аутора, пре 3–4 године) дошло је до прекретнице у нашој судској пракси, тако што је тужиоцу накнада штете умањивана и у случајевима ако није доказао шта је све предузимао за своје запошљавање у периоду незаконитог отказа, како би туженом послодавцу смањено износ накнаде штете, позивајући се на начело подељене одговорности из члана 192. Закона о облигационим односима: оштећеник који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била, има право само на смањену накнаду (подељена одговорност штетника и оштећеног).

Нову тенденцију наше судске праксе аутор ће показати на примеру пресуде која је уважила начело подељене одговорности, чијом применом је тужиоцу утврђена накнада штете смањена за 50% (пример из непосредне праксе аутора).

„Утврђено је да тужилац након престанка радног односа није преузео радну књижицу (заправо, тужени послодавац му није вратио радну књижицу, упркос законској обавези) и да се није пријавио Националној служби за запошљавање, а извадио је нову радну књижицу... Како се тужилац није пријавио Националној служби за запошљавање, суд налази да он није предузео мере да смањи сопствену штету и својим радњама је допринео увећању штете, у смислу одредбе члана 192. ст. 1. Закона о облигационим односима, с обзиром да тужилац није преузео радну књижицу и није се пријавио Националној служби за запошљавање и у утуженом периоду није предузимао никакве радње у смислу тражења запослења и остваривања прихода, а у смислу одредбе члана 192. ЗОО, код чињенице да је дужност сваког незапосленог коме је радни однос престао да тражи посао код другог послодавца, уз посредовање организације за запошљавање или без њега, овај суд је нашао да је допринос тужиоца у утуженом периоду у настанку штете 50%, због чега му је признао 50% од укупног износа штете који овом тужбом потражује и који је утврдио вештак за економско – финансијску област“ (одлука Првог основног суда у Београду, П 1 – 1338/2014).

Појачаним интересовањем за ову проблематику, уверен да суд погрешно примењује одредбу о подељеној одговорности из члана 192. Зако-

на о облигационим односима који је *општи* закон у области накнаде штете, те да је накнада штете по основу незаконитог отказа уређена *специјалним* прописом – Законом о раду (*Lex specialis derogat legi generali*), аутор се упознао још са десетак пресуда са истим правним ставом и образложењем као у напред опсервираној пресуди.

Напред опсервирану пресуду (П 1 – 1338/2014) преиначио је Апелациони суд у Београду пресудом Гж 1 – 3347/2015, одлучујући по жалби тужиоца (чији је пуномоћник аутор), са израженим ставом да у конкретном случају није било места примени одредбе члана 192. Закона о облигационим односима о подељеној одговорности.

Из образложења другостепене пресуде:

„Намера законодавца приликом прописивања права запосленог на накнаду штете због незаконитог отказа била је да само постојање правноснажне судске одлуке којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос аутоматски даје право на накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која том запосленом припадају по закону, општем акту и уговору о раду. При томе, закон изричито прописује услове под којима се висина накнаде штете може умањити (приходи по основу рада остварени након престанка радног односа код туженог).

Имајући наведено у виду, приликом одлучивања о захтеву запосленог за накнаду штете због незаконитог отказа, Закон о раду у том погледу представља *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима и у својим одредбама које регулишу права запосленог поводом незаконитог отказа не садржи одредницу, нити пак упућујућу норму о сходној примени Закона о облигационим односима, односно његових правила о подељеној деликтној одговорности. Овакав став је изражен и у одлукама Уставног суда Србије Уж – 776/2912 од 11. 4. 2013. и Уж – 7075/12 од 26. 2. 2015. године.“

Захваљујући цитираном делу образложења другостепене пресуде, аутор закључује: без икакве измене регулативе Закона о раду, укључујући и изостанак евентуалне упућујуће одредбе на одредбе Закона о облигационим односима које регулишу подељену одговорност штетника и оштећеног, пре неколико година судови у Србији су засновали „нову“ судску праксу о подељеној одговорности без основаног и оправданог разлога.

Очигледно је да смо сведоци заустављања наведене погрешне праксе судова у радном спору, а да је пресудну улогу за то заустављање

одиграо Уставни суд Србије ставом који је заузео по уставним жалбама (од којих су две одлуке напред наведене).

2. Да ли се поводом отказа уговора о раду суду подноси једна или две тужбе?

Недоумицу да ли се поводом отказа уговора о раду подноси једна или две тужбе изазвала је нова регулатива Закона о раду (новеле из јула 2014). До доношења Закона о изменама и допунама Закона о раду из јула 2014. године, запослени је против решења послодавца о отказу уговора о раду подносио две тужбе: првом тужбом је тражио поништај отказног решења послодавца и враћање на рад, а другом тужбом је захтевао накнаду штете због незаконитог отказа.

Основ за другу тужбу тужилац је остваривао резултатом прве тужбе. Ако је суд по првој тужби поништио отказно решење послодавца као незаконито, онда је правноснажна пресуда о томе донета у првој парници тужиоцу представљала правни основ за подизање друге тужбе за накнаду штете. Између осталог, од дана пријема писменог отправка правноснажне пресуде којом је поништено побијано отказно решење туженог послодавца, тужиоцу је почео да тече трогодишњи рок застарелости потраживања накнаде штете.

Дакле, у овом ранијем процесном систему водила се прва парница, са обележјем *непроцењивог* радног спора, у којој тужилац није плаћао судску таксу на тужбу, пресуду и жалбу, а против правноснажне судске одлуке о престанку радног односа ревизија као ванредни правни лек је дозвољена, док друга парница за накнаду штете представља *процењив* радни спор у којем се плаћа судска такса, а ревизија је дозвољена само уколико вредност предмета спора премашује 40.000 евра (што је реткост у пракси).

Нова законска одредба (чл. 191. ст. 1. Закона о раду) гласи: ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, на захтев запосленог, одлучиће да се запослени врати на рад, *да му се исплати накнада штете* и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио.

Циљним (телеолошким) тумачењем права долазимо до закључка да од законских новела из јула 2014. године запослени против отказног решења послодавца подиже *једну* тужбу и да се по њој води *једна* парница која обухвата све три компоненте радног спора поводом престанка

радног односа запосленог и то: 1) поништај отказног решења, 2) враћање на рад и 3) накнада штете за време незаконитог отказа.

Овакав закључак изведен телеолошким тумачењем права потврђује и текст образложења предлога Закона о изменама и допунама Закона о раду (који је усвојен у јулу 2014. године), у којем је наведено да се решење јединствене парнице поводом незаконитог престанка радног односа приступа због преоптерећености судова у Републици Србији.

Преоптерећеност судова може да буде извињавајући разлог који полази од постојећих факата (реалности). Али, несумњиво, у новом концепту јединственог радног спора поводом престанка радног односа имамо „бифуркацију“ непроцењивог (поништај отказног решења и враћање на рад) и процењивог радног спора (накнада штете), а чијем је првом делу ревизија увек дозвољена, а у другом је могућа само у случају огромне вредности предмета спора (40.000 евра).

У систему једне (јединствене) тужбе проблеме ће изазвати и вештачење висине накнаде штете. До када ће вештак обрачунати висину накнаде штете због изостале зараде и других примања? Он то може учинити до момента извршеног вештачења, а парница у којој се решава питање основаности тужбеног захтева још тече. Ово је само један од проблема који ће се, по схватању аутора, појавити у пракси новог законског решења „сублимације“ две раније тужбе у једну – у којој се, између осталог, збрајају „бабе и жабе“ (?!).

3. Обрачун и плаћање затезне камате на износ отпремнине које запослени враћа послодавцу после поништаја отказног решења

Када запослени успе у радном спору и дође до поништаја решења којим му је отказан уговор о раду као вишку, долази до реституције у погледу примљене отпремнине. Неспорно је да је у наведеном случају запослени (тужилац) дужан да туженом послодавцу врати отпремнину коју је примио пре отказивања уговора о раду као вишку. Овде се проблематизује питање обрачуна и плаћања затезне камате на отпремнину коју запослени враћа послодавцу.

У дуготрајној (вишедеценијској) пракси наших судова, законска затезна камата је везивана за *савесност* запосленог тужиоца, у смислу када је он сазнао да је отказно решење о престанку радног односа правноснажно поништено. Што се тиче основа савесности, у судској пракси су постојале мале варијације у погледу момента од када се обрачунава и

плаћа затезна камата на износ отпремнине који запослени враћа послодавцу, а то су: 1) моменат пријема правноснажне пресуде о поништају побијаног решења; 2) моменат подизања тужбе за враћање отпремнине или противтужбе у спору запосленог за накнаду штете; 3) моменат утврђивања износа за враћање од стране судског вештака за економско – финансијску област (ретки случајеви) или 4) моменат враћања запосленог на рад код туженог послодавца по правноснажној пресуди (најчешћи случајеви у судској пракси).

У новије време (пре годину – две, по сазнању аутора), у судској пракси се појављују пресуде са битно измењеним ставом, којима се затезна камата досуђује од момента пријема отпремнине (?!). По оцени аутора, овакво решење није само ванправно, већ је и ван граница логике.

Запослени који је примио отпремнину пре отказа уговора о раду, исту је утрошио за основне егзистенцијалне потребе своје и породичне, по правилу, у кратком року који зависи од висине примљене отпремнине (по искуственој процени аутора, за пет – шест месеци, најдуже годину дана код већег износа и штедљивог поступања са новцем). Готово је ноторна чињеница да се радни спор још увек правноснажно окончава за неколико година у просеку (3 – 5 година). У оваквој ситуацији, обавезати пресудом запосленог (тужиоца) да затезну камату плаћа од момента примања отпремнине, за неколико година уназад, значи поступити противно закону, добрим обичајима и моралу. Овакве пресуде омогућавају послодавцу – штетнику да неосновано профитира на штету запосленог којем је незаконито отказао уговор о раду. Према мишљењу аутора, суд таквом пресудом омогућава туженом послодавцу да се правно неосновано обогати (стицање без основа) на штету запосленог као слабије стране код адхезионог уговора о раду који је раније од послодавца претрпео велику неправду и штету путем незаконитог престанка радног односа.

Аутор верује да ће судови у кратком року престати са наведеном неспорно погрешном праксом, као што се то дешава код праксе досуђивања умањења накнаде штете по основу подељене одговорности између запосленог као оштећеног и послодавца као штетника која, како је напред указано, нестаје под утицајем става Уставног суда Србије заузетог у процесу решавања уставних жалби.

VII Закључак

Аутору остаје да верује да ће од овог чланка (22–ог на сусретима правника у привреди) бити неке вајде, да ће судска пракса радног спора и

радноправна пракса послодаваца макар једним аршином закорачити у боље стање. Аутор верује да ће доживети (64 године живота и 40 правног делања) и боље стање законске регулативе, са мање странпутица, при чему подсећа да његова прва објављена правна књига (од укупно 22) носи назив *Путеви и странпутице нашег радног законодавства* (1997).

Dragoljub SIMONVIĆ
Attorney at law in Belgrade

**EMPLOYMENT DISPUTE
(ACTUAL PROBLEMS IN JURISPRUDENCE
AND EMPLOYERS PRACTICE)**

Summary

Employment dispute – urgent or slow?

Urgent – according to the provisions of Civil Procedure Act.

Slow – according to what is really happening in Serbian judiciary.

Beside the problem of real employment dispute duration, the author in this paper points to several more issues – problems that appear in our jurisprudence and employers labor legal practice.

These problems are related to the interpretation and application of Labor Law provisions, and in particular to the issue what should be included by complaint for annulment of employers cancelation decision, according to amended regulation of the mentioned law from July 2014.

Key words: *employment dispute, court of justice, jurisprudence, employee, employer.*

др *Владимир* КОЗАР
ванредни професор на Правни факултет за привреду
и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду

др *Немања* АЛЕКСИЋ
адвокат у Заједничкој адвокатској канцеларији
„Алексић са сарадницима“ у Новом Саду

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ РАСКИДА УГОВОРА О КРЕДИТУ СА ВАЛУТНОМ КЛАУЗУЛОМ ЗБОГ ПРОМЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

Резиме

Закон о облигационим односима¹ не прописује правне последице раскида уговора због промењених околности. Питање дејства раскида добило је на значају доношењем прве правноснажне судске пресуде којом је усвојен тужбени захтев за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности, а којом није одлучено о правним последицама раскида.

У раду је приказана нова судска пракса, пре свега правноснажна пресуда о раскиду којом је суд, усвајајући тужбени захтев, изрекао раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту „услед битно промењених околности“, као и супротно правно схватање, изражено у другој правноснажној пресуди, према коме „повећање курса швајцарског франка у односу на моменат закључења уговора у смислу члана 133. став 1. ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора.

Са посебном пажњом размотрене су и могуће процесно-правне и материјално-правне правне последице, односно дејства раскида о којима није одлучивано пресудама, а које се пре свега састоје у реституцији – по-

1 Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99, даље у тексту и фуснотама: ЗОО.

враћају датог и могућности намирења банке активирањем хипотеке или другог средства обезбеђења испуњења обавеза из уговора о кредиту.

Кључне речи: раскид уговора, промењене околности, кредит, валутна клаузула, хипотека, правна последица, *Clausula rebus sic stantibus*.

І Увод

Раскид уговора због промењених околности (*Clausula rebus sic stantibus*) је могућност да једна уговорна страна тражи промену своје престације (давања, чињења, нечињења) и то услед наступања околности које угрожавају првобитну вољу уговорних страна, а нису се могле предвидети, све у циљу постизања еквиваленције узајамних давања. По клаузули *rebus sic stantibus* сваки уговор важи само дотле док се прилике које су постојале у време његовог закључења битније не промене). Начело једнаке вредности давања, као основно правило двострано теретних уговора, заштићено је, поред прекомерног оштећења и забране зеленашких уговора, још и могућношћу раскида или измене уговора због промењених околности. Док се код прекомерног оштећења несклад узајамних престација процењује у моменту закључења уговора, овде је хипотеза да је до тог несклада дошло после закључења уговора, тачније у току његовог извршења.² Ово начело има карактер претпоставке. Наиме, претпоставља да субјекти, при заснивању облигационих односа, садржину тих односа постављају на начелу једнаке вредности давања. Ова претпоставка је оборива (*praesumptio iuris tantum*), што значи да заинтересовано лице може доказивати, у случајевима у којима то није искључено законом, да не постоји једнакост вредности давања.³ У модерној правној теорији преовлађује схватање да клаузулу *rebus sic stantibus* треба третирати као правно средство, чија је функција заштита начела еквивалентности кад оно буде нарушено услед промењених околности.⁴ Институт раскидања или измене уговора због промењених околности, који је прихваћен и у нашем праву (чл. 133 – 136. ЗОО) коси се са начелом *pacta sunt servanda*. Начело *pacta sunt servanda* јесте једно од основних начела уговорног права, према коме су стране дужне да изврше своје обавезе онако како су их

2 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1986, 421, 422.

3 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1986, 61.

4 Ђорђевић, В. Станковић, 266.

и уговориле, увек када је то могућно.⁵ Ово начело је основица сигурности правног промета.⁶

II Пресуде о раскиду уговора о кредиту са валутном клаузулом у CHF због промењених околности

Најпре дајемо краћу анализу правноснажне пресуде о раскиду уговора о кредиту са валутном клаузулом у CHF због промењених околности,⁷ а затим и о могућим правним последицама раскида о којима није одлучивано пресудом. Поређењем кретања курса валута РСД, CHF и EUR у периоду од септембра 2008. године, када је закључен уговор о дугорочном стамбеном кредиту са валутном клаузулом у CHF, до октобра 2015. године, када је сачињен налаз и мишљење вештака у парничном поступку,⁸ судови су заузели правни став да су испуњени законом предвиђени услови за раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту услед битно промењених околности, уз образложење да је „након закључења уговора дошло до великог скока валуте CHF, услед чега је и висина обавезе корисника кредита ... тужилаца, а која је предметним уговором условљена курсом валуте CHF, увећана у тој мери да не одговара очекивањима тужилаца као корисника кредита, јер отежава испуњење њихових уговорних обавеза, па је самим тим доведена у питање и сврха предметног уговора...“. Иако је заузео став да је у тренутку закључивања предметног уговора било дозвољено уговарање валутне клаузуле, као и да уговор није ништав од закључења, дакле да је у питању у целини пуноважан правни посао, суд је применом института „Раскидања или измене уговора због промењених околности“ из чл. 133 - 136 ЗОО, пресудом којом усваја ту-

5 Начело *pacta sunt servanda* садржано је у члану 17, став 1. ЗОО, који прописује да су стране у облигационом односу дужне да изврше своју обавезу и одговорне су за њено испуњење.

6 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 266.

7 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 1781/16 од 01.09.2016. године, којом се одбија жалба туженог (банке) и потврђује пресуда Вишег суда у Новом Саду број П. 27/2015 од 11.02.2016. године. Параграфова збирка судске праксе Апелационог суда у Новом Саду, бр. 5/2016, доступно на адреси: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 10.04.2017. Против наведене пресуде изјављена је ревизија, о којој још није одлучено - према подацима са Портала судова Србије, доступно на адреси: <https://tpson.portal.sud.rs/tposvs/>, 11.04.2017.

8 Поређењем курса валута РСД, CHF и EUR, утврђено је да је у периоду од септембра 2008. године до октобра 2015. године курс CHF порастао за 129% у односу на РСД, а да је курс евра порастао за 57% у односу РСД, односно да је „ниво ап्रेसијације CHF у односу на евро у периоду од дана потписивања уговора (05.09.2008. године) до дана вештачења (29.10.2015. године) износи 1,46 што значи да је курс CHF повећан за 46% више у односу на раст курса евра у истом периоду“.

жбени захтев, изрекао раскид уговора о дугорочном стамбеном кредиту „услед битно промењених околности“, закључивши да су услед раста курса CHF у односу на EUR и РСД испуњени услови за раскид уговора из члана 133, став 1. ЗОО (да су после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране – корисника кредита, као и да се због њих не може остварити сврха уговора, односно да уговор више не одговара очекивањима корисника кредита).

Као противаргумент позивању на једну судску пресуду, дакле одлуку донету у појединачном случају, која није извор права, односно на појединачно мишљење једног судског већа садржано у тој одлуци којом је усвојен тужбени захтев за раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом у CHF због промењених околности, наводимо другу судску одлуку истог суда – пресуду Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 3042/2015 од 03.11.2015. године,⁹ у којој је заузет супротан правни став према коме „повећање курса швајцарског франка у односу на моменат закључења уговора 13.11.2007. године“... „у смислу члана 133, став 1. ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора...“. Према ставу заузетом у наведеној другостепеној пресуди: „Основано се жалбом тужене указује да је првостепени суд одлуку о евентуалном тужбеном захтеву донео погрешном применом одредаба материјалног права. Промена курса швајцарског франка не представља околност коју тужиља, у време када је закључила предметни уговор о кредиту и анекс истог, није могла очекивати и предвидети, будући да промена курса страних валута у односу на динар није неуобичајена појава на домаћем девизном тржишту. Бирајући швајцарски франак за валуту везивања износа месечног ануитета отплате свог динарског кредита, тужиља је свесно прихватила ризик да током будућег периода отплате од 204 месеца, може доћи до промене курса, тако да околност наглог скока CHF у односу на динар, и друге валуте, супротно закључку првостепеног суда, у смислу одредбе члана 133, став 1. ЗОО, не представља оправдан разлог за тражени раскид уговора због отежаног испуњења обавезе, нити је испуњен услов за раскид уговора због немогућности остварења сврхе уговора, будући да је тужиља остварила сврху уговора куповином куће средствима предметног кредита“.

9 Против наведене пресуде изјављена је ревизија, о којој још није одлучено (према подацима са Портала судова Србије, доступно на адреси: <https://tpson.portal.sud.rs/tpsovs/>, 11.04.2017).

III Дејство раскида уговора због промењених околности

У наведеним пресудама судови, поступајући у границама тужбеног захтева, нису одлучивали о правним последицама односно о дејству раскида уговора због промењених околности, које могу бити веома неповољне за банку и довести до отписа 65% потраживања.¹⁰

Тужилац, с једне стране, није тражио да суд одлучује о правним последицама, односно о дејству раскида, пре свега, зато што и када се узме номинални износ у динарима који је примио, умањен за износ који је вратио, плаћајући ануитете, постоји дуг тужиоца према банци. Јер, на дан пуштања кредита у течај, тужилац је примио је 6.966.113,28 динара, а према курсу на дан пуштања кредита у течај, требало је да плати банци укупно 9.160.763,13 динара (главница + уговорена камата + провизија банке), а до октобра 2015. године исплатио је 6.325.553,16 динара.¹¹

С друге стране, ЗОО не прописује правне последице раскида уговора због промењених околности. О том питању готово да нема устаљене судске праске, јер за готово 40 година важења овог закона, у судској праски није забележено усвајање тужбеног захтева за раскид уговора због промењених околности, а још мање да су донете релевантне одлуке о последицама раскида.

Судови, у случају спора о правним последицама раскида, требало би да се послуже аналогijом ради попуњавања правне празнине... Најближе раскиду уговора због промењених околности јесте дејство раскида уговора због неиспуњења из члана 132. ЗОО, у коме је прописано: „(1) Раскидом уговора обе стране су ослобођене својих обавеза, изузев обавезе на накнаду евентуалне штете. (2) Ако је једна страна извршила уговор потпуно или делимично, има право да јој се

10 Владимир Козар, Немања Алексић, Небојша Пантелић, *Раскид уговора о кредиту са валутном клаузулом због промењених околности и правне последице раскида*, Београд, 2017, 27.

11 Утврђено је да је уговорени износ кредита је 145.050 CHF или на дан пуштања кредита у течај (09.09.2008. године) износио 6.966.113,28 динара или 90.889,22 EUR. Тужиоци туженом, према наведеном уговору о кредиту, треба да врате укупан износ од 190.747,50 CHF (са каматама и провизијом банке), или према средњем курсу на дан пуштања кредита у течај (09.09.2008. године) износ од 9.160.763,13 динара. Тужиоци су по основу кредита до 27.10.2015. године исплатили туженом укупно 6.325.553,16 динара или 73.785,27 CHF или 58.232,60 EUR. Стање дуга тужиоца на дан 27.10.2015. године износи 12.957.139,88 РСД или по, средњем курсу на овај дан 116.961,53 CHF или 107.728,93 EUR. Иако у образложењу пресуде није наведено, на овом месту указујемо да је износ дуга са главницом, каматом и провизијом банке, на дан пуштања кредита у течај износио 119.529,70 EUR

врати оно што је дала. (3) Ако обе стране имају право захтевати враћање датог, узајамна враћања врше се по правилима за извршење двостраних уговора. (4) Свака страна дугује другој накнаду за користи које је у међувремену имала од онога што је дужна вратити, односно накнадити. (5) Страна која враћа новац дужна је платити затезну камату од дана кад је исплату примила.“

Такође, након раскида наступа правно-техничко стање које одговара стицању без основа (уговор као основ стицања је отпао), у смислу члана 210. став 2. ЗОО¹² у коме је прописано: „Обавеза враћања, односно накнаде вредности настаје и кад се нешто прими с обзиром на основ ... који је касније отпао.“ У том случају примењује се правило о обиму враћања из члана 214. ЗОО у коме је прописано: „Кад се враћа оно што је стечено без основа, морају се вратити плодови и платити затезна камата, и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева.“¹³

IV Враћање датог као последица раскида

Преовлађујуће правно мишљење је да би обе стране морале да врате износе које су примиле у валути у којој су их примиле, са законском затезном каматом од датума пријема новчаног износа. Корисник би вратио динарски износ кредита који је примио, са законском затезном каматом од дана повлачења новчаних средстава, а банка би морала да врати све примљене динарске износе ануитета са законском затезном каматом од дана њиховог пријема. Дакле, једно од могућих дејстава раскида уговора би била да свака уговорна страна враћа другој страни оно што је примила. Имајући у виду да је банка кориснику на име одобреног кредита исплатила динаре, корисник би у овом случају банци имао вратити онај износ динара који му је исплаћен након одобрења кредита, док би банка имала кориснику вратити онај износ динара који је корисник уплаћивао на име отплате главнице (под претпоставком да је право банке на камату неспорно).

Ако се цитирана правила примене на раскид уговора због промењених околности, корисник кредита враћа банци номинални износ кредита у динарима, који је и примио, са затезном каматом од дана

12 Предраг Ђатић, „Валутна клаузула, раскид и последица раскида уговора о кредиту са валутном клаузулом“, *Правни живот*, бр. 11/2016, 437.

13 В. Козар, Н. Алексић, Н. Пантелић, 28.

пуштања кредита у течај, а банка њему ануитете са каматом од дана плаћања ануитета, што може довести до престанка међусобних обавеза пребијањем у смислу члана 336. ЗОО, уз примену правила о урачунавању испуњења из члана 313. ЗОО. Намеће се закључак да би за износ пребијених потраживања корисник кредита годинама користио новчана средства без плаћања било какве камате.

Такође, поставља се питање какве би биле последице раскида уговора о стамбеним кредитима на односе између банака и Националне корпорације за осигурање стамбених кредита (НКОСК), који код нас представљају најраспрострањенију врсту стамбених кредита.¹⁴

V Захтев банке за накнаду правичног дела штете

У парничним поступцима које је банка покренула ради наплате потраживања из уговора о кредиту, а у којима су тужени корисници кредита поднели противтужбу са једним или више противтужбених захтева у евентуалном односу, банка може тражити привилеговано евентуално преиначење тужбе променом истоветности захтева.

Ако би суд нашао да је основан противтужбени захтев за раскид уговора због промењених околности, и тада би банци припадало право на исплату новчаних износа које потражује тужбеним захтевом за враћање кредита истакнутим у тужби, али по другом правном основу и делимично измењеном чињеничном основу, односно животном догађају, који одређује идентитет тужбеног захтева.

Наиме, ако би суд нашао да је основан евентуални противтужбени захтев и пресудом изрекне раскид уговора о кредиту услед битно промењених околности, позивом на члан 135. ЗОО, доћи ће до измене околности које су настале после подношења тужбе, јер пресуда којом се изриче раскид уговора има преображајно – конститутивно дејство и довешће до тога да престану пуноважни и постојећи уговори о кредиту, на основу којих је тужилац истакао тужбени захтев за враћање добијеног износа новца уз плаћање камате, у смислу члана 1065. ЗОО. Тужилац (банка) би у случају изрицања раскида уговора имао право накнаду штете, у смислу члана 133. став 5. ЗОО, у коме је прописано: „Ако изрекне раскид уговора, суд ће на захтев друге стране обавезати страну која га је захтевала да накнади другој страни правичан део штете коју трпи због

14 Предраг Ђатић, „Уговор о кредиту и савремени проблеми који га прате“, *Право и привреда*, бр. 1-3/2016, 124.

тога“. Стога би банка могла да тражи да суд обавезе туженог да банци накнади правичан део штете коју банка трпи због тога, и то у виду изгубљену добити због немогућности да новчана средства пласира по каматној стопи која је уговорена у раскинутом уговору, затим један део курсних разлика због валутног ризика који је раскидом уговора преваљен на банку и других негативних ефеката на финансијски резултат и капитал банке, услед раскида уговора, а у границама првобитно истакнутог тужбеног захтева, односно у висини првобитно утуженог износа.¹⁵

У највећем делу реч је о промени правног основа тужбеног захтева, а услед нове чињенично-правне ситуације, која би у описаној ситуацији, настала усвајањем противтужбеног захтева, а који се не сматрам преиначењем тужбе. Међутим, како у случају изрицања раскида уговора, постоје и елементи који делимично доводе и до промене околности које улазе и у чињенични основ, реч је о привилегованом евентуалном преиначењу тужбе, коме се друга парнична странка не може противити. Дакле, промене на тужбеном захтеву биле би евентуалне, јер зависе од одлуке суда о противтужбеном захтеву корисника кредита за раскид уговора због промењених околности.

У парничним поступцима покренутим тужбама за раскид уговора о кредиту, у којима банка има обрнуту страначку улогу – односно положај туженог, захтев за накнаду правичног дела штете из члана 133, став 5. ЗОО, тужена банка може остварити подношењем конексне противтужбе, сагласно члану 198, став 1. Закона о парничном поступку,¹⁶ у коме је прописано да тужени може до закључења главне расправе да поднесе код истог суда противтужбу, ако је захтев противтужбе у вези с тужбеним захтевом.

Уважавање интереса оба уговорника у ситуацији када у којој су се нашли због промењених околности без своје кривице, долази до

15 Према члану 200. став 1. ЗПП, преиначење тужбе је промена истоветности захтева, повећање постојећег или истицање другог захтева уз постојећи. Међутим, према ставу 2. овог члана, ако тужилац преиначује тужбу тако што услед околности које су настале после подношења тужбе, захтева из истог чињеничног основа други предмет или новчани износ, тужени таквом преиначењу не може да се противи. У ставу 3. прописано је: Тужба није преиначена ако је тужилац променио правни основ тужбеног захтева, ако је смањио тужбени захтев или ако је променио, допунио или исправио поједине наводе, тако да услед тога тужбени захтев није промењен.

16 *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, даље у фуснотама: ЗПП.

изражаја и путем правила о накнади штете која може да настане услед раскида уговора.¹⁷

VI Право својине на непокретности чија је куповина финансирана средствима кредита и правичност

Оно што је очигледно јесте да раскид уговора о кредиту не дира у стечено право својине на непокретности чија је куповина финансирана средствима кредита, јер је основ стицања права својине други уговор – уговор о продаји, на који раскид уговора о кредиту нема дејство. Право својине би, међутим могло престати ако банка не тражи извршење на непокретности ради реализације хипотеке, као средства обезбеђења свога потраживања.

Међутим, приликом одлучивања да ли су испуњене законске претпоставке за раскид, требало би имати у виду и „сврху уговора“, односно намену уговора о кредиту, а то је, у великом броју случајева куповина стана („стамбени кредит“) или друге непокретности. У мањем броју случајева реч је о кредитима за рефинансирање кредита код друге банке или кредитима који су одобрени предузетницима ради финансирања куповине обртних средстава. Куповином стана корисник кредита је остварио сврху уговора. Исто важи и за куповину обртних средстава или рефинансирање кредита код друге банке. А алтернативна претпоставка за раскидање члана из 133, став 1. ЗОО (у односу на „околности које отежавају испуњење обавезе једне стране“) јесте да су после закључења уговора наступе околности због којих се „не може остварити сврха уговора“. Код наменских стамбених кредита индексираним у СНФ остварена је сврха уговора, јер су корисници постали власници станова купљених средствима из одобреног кредита, па се у споровима за раскид уговора не може говорити о испуњености ове претпоставке. Такође, у описаној ситуацији, у погледу уговора о наменским стамбеним кредитима индексираним СНФ, тешко би се могло закључити „да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је“ што је уз очигледност „да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна“, друга кумулативна претпоставка за раскидање из члана 133, став 1. ЗОО.

17 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 269.

VII Отпис ненаплативих потраживања на терет расхода банке и порез на приход физичког лица

Штавише, у случају делимичног отписа потраживања из уговора о кредиту индексаног у СНФ (у износу од 65% или у другом одговарајућем проценту, у зависности од околности конкретног случаја) постоји обавеза плаћања пореза, уз одговарајуће изузетке.

Закон о порезу на доходак грађана¹⁸ у члану 85, став 7. прописује: „Изузетно од става 1. овог члана, порез на друге приходе не плаћа се на примање физичког лица - клијента банке (у даљем тексту: дужник) када банка отпише потраживање према дужнику под условима под којима се на терет расхода банке признаје отпис вредности појединачних потраживања по основу кредита сагласно одредбама закона којим се уређује порез на добит правних лица“.

Закон о порезу на добит правних лица¹⁹ у члан 16, став 1. прописује генерално правило, са три кумулативна услова под којима се отпис ненаплативих потраживања може познати на терет расхода банке: „На терет расхода признаје се отпис вредности појединачних потраживања која се у складу са прописима о рачуноводству и МРС, односно МСФИ и МСФИ за МСП исказују као приход, осим потраживања из члана 7а, тачка 2) овог закона, под условом: 1) да се несумњиво докаже да су та потраживања претходно била укључена у приходе обвезника; 2) да су та потраживања у књигама пореског обвезника отписана као ненаплатива; 3) да порески обвезник пружи доказе да су потраживања утужена, односно да је покренут извршни поступак ради наплате потраживања, или да су потраживања пријављена у ликвидационом или стечајном поступку над дужником. У ставу 5. прописана су посебна правила за кредите одобрене лицима која нису повезана с банком: „Изузетно од ст. 1. и 2. овог члана, на терет расхода банке признаје се отпис вредности појединачних потраживања по основу кредита одобреног неповезаном лицу у смислу овог закона, под условом да је од момента доспелости потраживања прошло најмање две године, уз пружање документације која представља основ за доказивање неспособности дужника да извршава своје новчане обавезе (нпр.

18 *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 (Одлука Уставног суда), 93/2012, 114/2012 (Одлука Уставног суда), 47/2013, 48/2013, 108/2013, 57/2014, 68/2014, 112/2015.

19 *Службени гласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 142/2014, 91/2015 (Аутентично тумачење), 112/2015.

документација из кредитног досијеа дужника о измиривању обавезе дужника према банци у току последњих дванаест месеци, преписка и друга документација о контактима банке и дужника у вези са наплатом потраживања и мерама које је банка предузела ради наплате)“. Став 6. предвиђа правило које се може применити на део потраживања који остане ненаплаћен после реализације хипотеке, односно после продаје хипотековане непокретности: „Изузетно од ст. 1. и 2. овог члана, на терет расхода признаје се отпис вредности преосталог дела појединачног потраживања банке који није наплаћен из средстава остварених продајом непокретности која се спроводи у складу са законом“. Према ставу 7: „На терет расхода признаје се отпис вредности појединачних потраживања за која су испуњени услови из става 1, тач. 1) и 2), односно става 2. овог члана, под условом да су трошкови утужења појединачног дужника већи од укупног износа потраживања од тог дужника“. „Под трошковима утужења у сматрају се таксе и други јавни приходи који се плаћају за подношење тужбе у складу са Законом којим се уређују судске таксе“ (став 8).

VIII Утицај раскида уговора на хипотеку и друга средства обезбеђења

Хипотеке и друга средства обезбеђења могу бити доведена у питање у случају усвајања тужбеног захтева за раскид уговора, јер је уговор извор облигације – обезбеђеног потраживања, па би се могло закључити да ће сва потраживања постати необезбеђена.

У члану 43. Закона о хипотеци прописано је: „Хипотека престаје исписом из регистра непокретности у који је била уписана, у складу са законом (у даљем тексту: испис хипотеке). Испис хипотеке врши се, на захтев дужника, власника или повериоца, ако обезбеђено потраживање престане на начин дозвољен законом. Сагласно члану 44, ст. 1. и 2. Закона о хипотеци, правноснажна судска одлука којом се утврђује да је потраживање хипотекарног повериоца престало представља основ за испис хипотеке врши на захтев власника. Стога, власници непокретности би морали да тужбом за утврђење траже да је потраживање банке као хипотекарног повериоца престало услед раскида уговора. Такве тужбене захтеве ваљало би одбити, као неосноване.

Међутим, досадашња судска пракса у погледу правне судбине средстава обезбеђења у случају једностраног раскида уговора (али не због промењених околности, већ због неиспуњења уговорне обавезе

друге уговорне стране), заузела је став да раскидом уговора, који је био основ за заснивање хипотеке, истовремено не престаје и хипотека. Наиме, по оцени Врховног касационог суда, чињеница што је раскинут уговор о купопродаји, који је био основ за заснивање хипотеке, нема утицаја на престанак овог заложног права. Такав став суда заснован је на тумачењу да у случају раскида уговора, а имајући у виду последице су прописане одредбама чл. 124 - 138 ЗОО, раскид уговора нема за последицу престанак потраживања, као један од разлога за престанак хипотеке... као да и дејство раскида уговора нема правне последице престанка обавезе у смислу члана 295. ЗОО.

Према образложењу одлуке Врховног касационог суда, „...По оцени Врховног касационог суда, чињеница што је раскинут уговор о купопродаји, који је био основ за заснивање хипотеке, нема утицаја на престанак овог заложног права. У случају раскида уговора последице су прописане одредбама чл. 124 - 138 ЗОО. Раскид уговора нема за последицу престанак потраживања, као један од разлога за престанак хипотеке у складу са чланом 68. Закона о основама својинскоправних односа. Стога је неосновано указивање у ревизији да је раскидом уговора о купопродаји, на основу којег је заснована хипотека у циљу плаћања купопродајне цене, испуњен услов за престанак хипотеке. У том случају дејство раскида уговора нема правне последице престанка обавезе у смислу члана 295. ЗОО, на који се у ревизији неосновано указује. Зато је правилно примењено материјално право када је због раскида уговора одбијен предлог за брисање заложног права на непокретности - хипотеке“.²⁰

Уколико судови исти став примене и на раскида уговора због промењених околности, банка би могла и у случају раскида уговора на основу правоснажне судске одлуке, да покрене поступак извршења ради реализације хипотеке, односно наплате потраживања, на име повраћаја датог – номиналног износа кредита са затезном каматом.²¹

20 Решење Врховног касационог суда, Рев 1483/10 од 26.10.2010. године.

21 У конкретном случају, у коме је Врховни касационо суд заузео наведени правни став, купац је раскинуо уговор због неиспуњења, и то због неиспуњења једног дела обавезе продавца, који је му је испоручио машине у вредности од око 70.000,00 ДЕМ, а који је истовремено и хипотекарни поверилац, с обзиром да је његово потраживање исплате цене обезбеђено хипотеком. Спорно је заложно право, тј. да ли продавац има заложно право – хипотеку, и после раскида уговора о продаји. Описана правна ситуација јесте слична раскиду уговора (о кредиту) због промењених околности, али није идентична. Сличност је у томе што и продавац у описаном случају, а и банка у случају раскида уговора о кредиту због промењених околности,

IX Готовински депозит код банке (наменски орочени депозит)

У случају усвајања тужбеног захтева за раскид уговора могу настати спорови о томе да ли банка има право да се намири из других средства обезбеђења, као што су разне врсте залогe и сл, а посебно готовински депозит код банке (наменски орочени депозит). Предмет заложног права може бити право потраживања залогодавца према дужнику и у случају да је заложни поверилац дужник залогодавца, осим потраживања чији је пренос забрањен законом и оних која су везана за личност или се не могу преносити на другог.²² На овај начин, реализацијом заложеног потраживања, у случају да је заложни поверилац истовремено дужник залогодавца, може доћи до компензације – пребијања узајамних, истородних и доспелих потраживања као једном од законом предвиђених начина престанка обавезе. Као пример залагања потраживања, у случају да је заложни поверилац истовремено и дужник залогодавца може се навести наменски орочени депозит (*готовински депозит код банке*). Наменски депозити представљају такве депозите код којих је уговорено за које намене депонент може користити депонова средства.²³ Суштина наменског ороченог депозита јесте да је то гарантни депозит из кога банка има право да наплати своја доспела неплаћена потраживања која има према депоненту по неком другом правном основу (уговор о кредиту, уговор о издавању банкарске гаранције, јемство итд.).²⁴ Депонована средства код банке не могу се подизати док траје кредитни однос.²⁵ Механизам путем кога престају међусобне обавезе банке и депонента, јесте пребијање (компензација) из чл. 336-343 ЗОО, које настаје на основу једностране изјаве о пребијању - пребијање не настаје чим се стекну услови за то, него је потребно да једна страна изјави другој да врши пребијање (ЗОО, чл. 337, ст. 1).²⁶ Одлука о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке²⁷ у тачки 28, став 1. прописује да се пр-

имају потраживање према другој уговорној страни – продавац на плаћање дела цене за испоручену робу, а банка на повраћај датог и накнаду за накнаду правичног дела штете.

22 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, чл. 10, ст. 1.

23 Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 1997, 695.

24 Владимир Козар, „Обезбеђење залогом на потраживањима и другим правима“, *Право - теорија и пракса*, бр. 4-6/2016, 1-16.

25 Миодраг Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац, 2010, 503.

26 Владимир Козар, *Коментар Закона о стечају, са новелама из 2014. године и судском праксом*, Београд, 2014, 75.

27 *Службени гласник РС*, бр. 94/2011, 57/2012, 123/2012, 43/2013, 113/2013, 135/2014, 25/2015, 38/2015, 61/2016, 69/2016, 91/2016.

вокласним средством обезбеђења сматра готовински депозит код банке - под условом да је уговорено да служи као обезбеђење за одређена потраживања банке, да рок његовог доспећа одговара року доспећа потраживања и да једино банка може њиме располагати. Потраживања обезбеђена првокласним средствима обезбеђења из става 1. ове тачке могу се, у висини обезбеђеног износа, класификовати у категорију А под условом: да су испуњени сви услови за признавање кредитне заштите прописани одлуком којом се уређује адекватност капитала банке који се односе на то средство обезбеђења; да дужник то потраживање измирује с доцњом не дужом од 90 дана; да издавалац средства обезбеђења није у стечају, односно да поступа по усвојеном плану реорганизације у смислу закона којим се уређује стечај (тачка 28, став 3).

Како према ставу судске праксе, раскид уговора нема за последицу престанак обезбеђеног потраживања, следи закључак да банка има, односно задржава право залоге из уговора о наменском ороченом депозиту на средствима готовинског депозита код банке, који је дат ради обезбеђења потраживања банке према кориснику кредита и после доношења пресуде којом се изриче раскид уговора о кредиту због промењених околности.

Х Закључак

У случају раскида уговора због промењених околности, корисник кредита враћа банци номинални износ кредита у динарима, који је и примио, са затезном каматом од дана пуштања кредита у течај, а банка враћа кориснику ануитете са каматом од дана плаћања ануитета, што може довести до престанка међусобних обавеза пребијањем.

Ако суд изрекне раскид уговора, банка има право на накнаду првичног дела штете у виду изгубљену добити због немогућности да новчана средства пласира по каматној стопи која је уговорена у раскинутом уговору, затим један део курсних разлика због валутног ризика који је раскидом уговора преваљен на банку и других негативних ефеката на финансијски резултат и капитал банке, услед раскида уговора.

Раскид уговора не доводи до престанка хипотеке. Стога, банка има право да покрене поступак извршења ради реализације хипотеке и наплати потраживање, на име повраћаја номиналног износа кредита са затезном каматом.

Vladimir KOZAR, PhD

Associate Professor at Law School for Economics and Judiciary of the University Business Academy in Novi Sad

Nemanja ALEKSIĆ, PhD

Attorney at law, Law Office "Aleksić & Associates" in Novi Sad

LEGAL CONSEQUENCES OF TERMINATION OF THE LOAN AGREEMENT WITH CURRENCY CLAUSE BECAUSE OF CHANGED CIRCUMSTANCES

Summary

Law on Contracts and Torts does not regulate the legal consequences of termination due to changed circumstances. The issue of termination became important after the first final court judgment on approval request for termination of the credit agreement with currency clause due to changed circumstances. In this judgment is not decided on the legal consequences of termination.

New case law is presented in this paper. First of all, the final judgment of termination of contracts is analyzed. The Court has, by adopting the cause of motion, ruled on the termination of the contract on long-term housing loan "due to the significantly changed circumstances". In the second judgment expressed the opposite opinion: "an increase in the exchange rate of the Swiss franc in relation to the moment of conclusion of the contract does not constitute a legitimate reason for the requested termination."

Legal consequences and effects of termination, that is not decided judgments, are examined with particular care. The consequences are primarily consist of restitution and settlement banks by activating mortgages or other collateral to meet the obligations of the agreement.

Key words: *termination of contract, changed circumstances, credit, indexed mortgage, currency clause, Clausula rebus sic stantibus.*

Мирко ЈОВАНОВИЋ,
адвокат, „JMS LAW OFFICE“, Београд

У ПРИЛОГ АУТОНОМИЈИ ВОЉЕ: ПОТПУНА ИЛИ ОГРАНИЧЕНА АКЦЕСОРНОСТ УГОВОРНЕ КАЗНЕ ЗА СЛУЧАЈ НЕИСПУЊЕЊА ОБАВЕЗЕ

Резиме

Примена правила о потпуној акцесорности уговорне казне за случај неиспуњења уговорне обавезе доводи до решења супротног основним начелима облигационог права у ситуацијама у којима главна обавеза престане због узрока за који дужник одговара. Такво стање довело је до неуједначености судске праксе и, следствено, правне несигурности у овој области. Нацрт Грађанског законика садржи неизмењене норме о акцесорности уговорне казне као и Закон о облигационим односима. Решења која су у раду предложена афирмишу слободу уговарања. Јасна одредба закона по којој би странке могле предвидети да ће уговорна казна бити плаћена и у случају да основна обавеза престане због узрока за који дужник одговара, или прописивање такве последице и за случај да је странке нису посебно уговориле, унапредило би пословну праксу и отклонило уочене недостатке досадашњег законског режима уговорне казне.

Кључне речи: акцесорност, уговорна казна, аутономија воље, обезбеђење уговора.

І Увод

Аутономија воље уговорних страна – једно од основних начела облигационог права, у примени је како приликом закључивања и одређивања садржине, тако и у случају измена или престанка уговора. Свој пуни израз слобода воље уговорних страна има у институту уговорне казне. Могућност да странке већ у време закључивања уговора за своје новчане обавезе одреде не само њихов потпун садржај, већ и последице за случај задоцњења или неиспуњења, странкама ставља на располагање

широк спектар средстава за јачање извесности да ће обавезе бити извршене, или накнада у случају њихове повреде брже и лакше остварена. Издвајање из општег, законом прописаног режима последица кршења уговора, и конкретизација тих последица, слободном вољом страна које се обавезују, без икакве сумње битно увећава изгледе да ће њихово понашање и током извршења обавеза, у највећој мери одговарати разумним очекивањима која су имале приликом склапања уговора.

Потреба за посебним обезбеђењем извршења обавеза настаје из различитих разлога: дужег временског периода од закључења до извршења уговора, значаја који за повериоца има уредно извршење престације дужника, неизвесности која проистиче из ранијег понашања дужника, прилика на тржишту, различитог времена доспелости међусобних обавеза, као и низа других. Може се уопштено рећи да та потреба расте геометријском прогресијом са умножавањем разлога који се појаве у конкретном случају (нпр. обавеза великог значаја за повериоца, проблематичног дужника, специфичног садржаја, плаћена знатно унапред).

Значај уредног извршења уговорне обавезе за повериоца понекад вишеструко превазилази вредност обавезе коју је сам уговором прихватио. Довољно је као пример навести ненајављен изостанак унапред плаћеног стручног преводиоца, за време кратке, дуго уговаране, посете важног пословног партнера из стране земље, који зна само свој језик. У време уговарања ове услуге, у условима конкуренције, наручилац ће за такву услугу платити редовну, релативно ниску цену. Неизвршење услуге, у описаним околностима, за наручиоца ће имати последице које се уопште не могу поредити са уговореном ценом услуге. Уговорна казна стога је широко прихваћена у пословној пракси, са врло различитим модалитетима. Следствено, из такве примене, проистекли су и бројни судски спорови.

II Акцесорност уговорне казне

Правила о акцесорности уговорне казне прописана су одредбама чл. 272. важећег Закона о облигационим односима.¹ Основно правило, у ставу 1, одређује да споразум о уговорној казни дели правну судбину обавезе на чије обезбеђење се односи. Допунским, у ставу 2, прецизирано је да споразум губи правно дејство ако је до неиспуњења или задоцњења

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99 и 44/99 – чл. 272.

дошло због узрока за који дужник не одговара.² Практичан домашај допунског правила није велики, јер у случају нескривљеног неиспуњења или доцње у највећем броју случајева престаје и основна обавеза дужника, чиме се он, и по општем правилу из става 1. чл. 272. ЗОО, ослобађа и обавезе плаћања уговорне казне. Одредба става 2. би свакако била примењена у случају уговорног сужавања дужникове одговорности за неиспуњење, у складу са одредбама чл. 265. ЗОО, у коме се дужник због обичне непажње не ослобађа саме уговорне обавезе, већ само обавезе да у таквом случају повериоцу надокнади штету. Применом правила из чл. 272. став 2. ЗОО дужник би у таквом случају, сем обавезе да плати штету, био ослобођен и обавезе плаћања уговорне казне, иако основна обавеза није престала.

Правила ЗОО о акцесорности уговорне казне у целини су, у облику у коме су изложена, садржана и у одредбама чл. 461. Нацрта Грађанског законика.³ Занимљиво је приметити да Опште узансе за промет робом,⁴ као извор облигационог права који је претходио ЗОО, у одредбама чл. 245 – 257 не садрже правило о акцесорности уговорне казне. Иако су остале одредбе Узанси о уговорној казни готово у целини садржински истоветне решењима које је усвојио и ЗОО, за разлику од правила из чл. 272. ЗОО о акцесорности, одредбом чл. 255. Узанси било је прописано само да поверилац уговорну казну може захтевати од тренутка падања дужника у доцњу.

Опште правило о зависности споразума о уговорној казни од правне судбине обавезе која је тим споразумом обезбеђена није изазивало никакве дилеме у судској пракси у случају ништавости главног уговора, или самог споразума о уговорној казни.⁵ Због недвосмисленог захтева о истоветности форме и изричитог искључења новчаних обавеза као предмета обезбеђења, и привредни и судови опште надлежности без изузетака су оглашавали ништавим бројне споразуме који су закључени у су-

2 Детаљније вид. Гордана Ајншилер Поповић, „Уговорна казна“, *Правни информатор*, бр. 3/2006, 3-12; Јожеф Салма, *Облигационо право (Општи део)*, Београд, 1988, 384.

3 Влада Републике Србије – Комисија за израду ГЗ, Грађански законик РС, Радни текст припремљен за јавну расправу, Београд, 29.05.2015, доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 11.04.2017, 176.

4 Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54.

5 Интермекс – База судске праксе, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/5092>, 11.04.2017.

протности са одредбама ЗОО.⁶ Дилема се појавила само у случају у коме је основна обавеза престала, али због узрока за који дужник одговара. Другим речима, пред судове се поставило питање, може ли поверилац у одређеним случајевима, и по престанку уговора, основано захтевати исплату казне уговорене за случај неиспуњења.

Питање је проистекло из низа животних ситуација у којима је дужник одговоран за неиспуњење обавезе из главног уговора обезбеђене уговорном казном, чиме су се стекли услови за примену овог средства обезбеђења. Поверилац у таквом случају, због искљученог кумулирања, може захтевати принудно извршење основне обавезе, или исплату уговорне казне. По општем правилу о акцесорности уговорне казне, да би поверилац задржао обе могућности, неопходан услов је да основни уговор буде на снази, тачније, да није престао било због ког разлога. Потпуна акцесорност уговорне казне подразумева да она престаје без обзира на узрок престанка основне обавезе.

Проблем са оваквим правилом најочигледнији је у случају престанка, по самом закону, основног уговора, због узрока за који дужник одговара. Такав престанак одредбом чл. 125. ЗОО прописује за све уговоре у којима је рок испуњења битан састојак уговора, по израженој вољи странака, или природи правног посла. Са протеком рока за испуњење обавезе обезбеђене уговорном казном, код оваквих уговора, дужник који одговара за неиспуњење, био би ослобођен не само основне обавезе, већ и обавезе да плати уговорну казну. Доследна примена правила о потпуној акцесорности у оваквим уговорима потпуно обесмишљава уговорну казну, јер се дужник те казне ослобађа и у случају намерног кршења основног уговора. Јасно је да таква могућност не одговара очекивањима уговорних страна, посебно повериоца, који је постизањем споразума о уговорној казни, у свему у складу са законом, оправдано очекивао и њену примену за случај неиспуњења за које је дужник одговоран. У описаним околностима, до престанка обавезе плаћања уговорне казне долази без икакве активности и улоге повериоца, искључиво због пропуста дужника. Парадоксално, и у супротности са основним начелима облигационог права, дужник се у оваквом случају скривљеним пропустом ослобађа до тада пуноважне уговорне обавезе да плати уговорну казну.

6 Интермекс – База судске праксе, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/4884>, 11.04.2017.

Из претходне анализе логично проистиче и следеће питање: да ли је оправдано дужника ослободити обавезе плаћања уговорне казне и у другим случајевима престанка основног уговора и главне обавезе до кога је дошло због узрока за које дужник одговара? Да ли се из правила прописаног у одредби чл. 272, ст. 2. ЗОО, по коме споразум о уговорној казни остаје без дејства ако је до неиспуњења основне обавезе или задоцњења дошло због узрока за које дужник не одговара, *a contrario* може закључити да уговорна казна остаје у дејству ако до престанка основне обавезе дође због узрока за које дужник одговара? Питање се односи на честе ситуације у којима поверилац раскида уговор управо због неиспуњења обавезе за које дужник одговара.

По нашој оцени, примени једноставног *argumenta a contrario* и закључку који на први поглед проистиче применом овог аргумента из одредбе чл. 272, ст. 2. ЗОО, противна је садржина одредбе чл. 132, ст. 1. ЗОО, према којој се раскидом уговора обе стране ослобађају својих обавеза, изузев обавезе на накнаду евентуалне штете. Због јасне разлике између уговорне казне и накнаде штете, која је детаљно прописана у одељку ЗОО о уговорној казни, сматрамо да се изузетак из чл. 272, ст. 2. ЗОО мора уско тумачити, и да се зато из њега, ваљаним тумачењем, не могу извести други закључци. Одредбом чл. 295, ст. 2. ЗОО такође је прописано да се престанком главне обавезе гасе јемство, залога и друга споредна права.

Остаје тако да се, примена одредбе чл. 272, ст. 1. ЗОО, о акцесорности уговорне казне, предвиђене за случај неиспуњења, размотри на практичном примеру, како би се сагледале њене последице. Поверилац који је у целини испунио своју обавезу, очекује да дужник обавезе обезбеђене уговорном казном о року испуни своју. Дужник обавезу без оправданог разлога не испуњава, чиме пада у доцњу. Поверилац му оставља и накнадни рок за испуњење, али без резултата. По протеклу накнадног рока, поверилац који је већ извршио у целини своју престацију, може да бира, или да тражи принудно извршење уговорне обавезе дужника или да тражи уговорну казну. Дилеме нема ако поверилац изабере уговорну казну и затражи њену исплату за време док је уговор на снази. Применом одредбе чл. 272, ст. 1. ЗОО, како је основни уговор на снази и споразум о уговорној казни има правно дејство, и може се и принудно остварити.

Проблем за повериоца у описаној ситуацији је што за време важења основног уговора он не може тражити враћање датог, дакле реституцију своје престације коју је извршио као страна у свему верна уговору. Неизвесно је, такође, до ког тренутка поверилац мора одржавати уговор

на снази, да ли је довољно да то чини до момента обавештавања дужника о свом избору, да уместо испуњења основне обавезе тражи уговорну казну, или до момента подношења тужбе, или, што је најлакше бранити, до момента закључивања главне расправе у парници за наплату уговорне казне, јер се тада постојеће чињенично стање узима као подлога пресуде. Очигледно је да оваква ситуација не може одговарати разумним очекивањима повериоца који је уговорном казном обезбедио извршење обавезе дужника. Ако оптира за принудно извршење основне обавезе, изгубио је могућност наплате уговорне казне и све предности које она носи. Уколико оптира за уговорну казну, а дужник одбије да је добровољно исплати, поверилац остаје у неизвесно дугом времену без могућности да тражи враћање онога што је, савесно извршавајући уговор, дужнику дао или учинио. У сваком случају, дужник, због своје несавесне радње, бива награђен, било тако што задржава престацију коју је примио до закључивања расправе у поступку за наплату уговорне казне, било тако што се уговорне казне потпуно ослобађа, уколико поверилац, као мање зло, одабере принудно извршење основне обавезе дужника.

Принцип по коме нико не би требало да има користи од својих несавесних поступака доследно је примењен у бројним одредбама ЗОО. Тако се сматра да је услов остварен ако његово остварење несавесно спречи страна на чији је терет одређен, или да није остварен, ако његово остварење на исти начин проузрокује страна у чију је корист (чл. 74, ст. 4. ЗОО). Дужник одговара и за нескривљену немогућност испуњења, до које је дошло у доцњи за коју одговара (чл. 262, ст. 4. ЗОО). Исти принцип доследно је проведен и у бројним другим одредбама ЗОО. У напред описаним примерима догађа се управо супротно – дужник који не испуни основну обавезу и за то је одговоран, бива награђен, или ослобађањем од уговорне казне, или одлагањем реституције, на коју би иначе био обавезан већ у време раскида уговора. Потпуна акцесорност уговорне казне предвиђене за случај неиспуњења у случају раскида уговора до кога је довело несавесно понашање дужника, води тако до решења које је у директној противречности са једним од битних начела облигационог права.

Јасни су разлози због којих је законодавац, у случају уговорне казне због неиспуњења, искључио могућност кумулације захтева за извршење основне обавезе и захтева за исплату уговорне казне. Нејасно је, међутим, због чега уговорним странама није оставио бар могућност да споразумом о уговорној казни предвиде да ће он остати на снази и после престанка обавеза из основог уговора, уколико до раскида уговора дође

због узрока за које дужник одговара. Могло би се тврдити да већ сада, применом начела о аутономији воље (чл. 10. ЗОО) и диспозитивном карактеру одредби закона (чл. 20), те аналогijом са могућношћу да странке уговором уреде питања одговорности и обима накнаде штете због повреда уговора, (чл. 264, 265. и 266. ЗОО), странке могу уговорити да споразум о уговорној казни остаје у дејству и после престанка основног уговора. По нашој оцени, стилизација одредби чл. 272, ст. 1, чл. 132, ст. 1. и чл. 295, ст. 2. ЗОО у великој мери оставља отвореним питање да ли би такав споразум био законит. У сваком случају, до сада преовлађујући став о потпуној акцесорности уговорне казне, води закључку да је у питању императивно правило и да га странке својом сагласношћу не могу мењати.

У страној пословној пракси, према искуству аутора, уобичајено је прецизно уговарање, поред осталог и последица до којих ће доћи у случају повреда или потпуног неиспуњења уговорних обавеза, из најразличитијих разлога. Сваки значајнији уговор садржи обично и лепезу разноврсних санкција о којима странке марљиво преговарају, чинећи тако уговорни однос целином која је њиховом слободном вољом уређена и за врло различите ситуације до којих може доћи током извршавања обавеза. Споразуми о врсти и висини накнаде штете, ограничавању њеног износа, па и уговорној казни, у таквим правним пословима представљају интегрални део уговора који се не раздваја од дела којим су утврђене основне уговорне обавезе. Изричито уговорену последицу за случај престанка основне обавезе из одређеног разлога, предвиђену слободном вољом обе странке, у таквом амбијенту, вероватно нико не доводи у сумњу.

Уговорна казна је у домаћој пословној пракси много ређе у примени. Поред осталих разлога, уздржавању у примени свакако су допринеле и изложене рестрикције прописане одредбама ЗОО, као и однос судске праксе у примени уговорне казне.

III Неуједначеност судске праксе

Врховни суд Србије, и касније Врховни касациони суд, у својој пракси доследно је примењивао принцип потпуне акцесорности уговорне казне. У расположивим електронским базама судске праксе, као и претрагом на интернет страници овог суда, није могуће пронаћи одлуку у

којој је споразуму о уговорној казни признато правно дејство по престанку основног уговора, без обзира на разлог тог престанка.⁷

Привредни апелациони суд је до 2012. године на исти начин тумачио правило о акцесорности уговорне казне. Као разлог безусловне примене одредбе чл. 272, ст. 1. ЗОО навођена је сврха уговорне казне, обезбеђење извршења обавезе, за којим престаје потреба престанком уговора.⁸

Током 2013. и 2014. године, Привредни апелациони суд је, у више различитих већа, доносио одлуке супротне садржине.⁹ У образложењима је наведено да је одредбама ЗОО, у случају уговорне казне због неиспуњења, изричито прописано само искључење кумулације захтева за извршење основне обавезе и уговорне казне. У одсуству изричите одребе ЗОО, суд је нашао да раскидом уговора због неиспуњења обавезе дужника поверилац не губи право да тражи наплату уговорне казне.¹⁰ У предметима у којима није била дозвољена ревизија, што је због високог цензуса у привредним споровима чест случај, оваквим одлукама спорови су и окончани.

Учесталост спорова о наплати уговорне казне и разлике у дотадашњој судској пракси, довеле су до постављања питања првостепеног привредног суда које је разматрано на XXII Саветовању судија привредних судова на Златибору, у септембру 2014. године.¹¹ У радном материјалу, као и током дискусије на Саветовању, понуђен је одговор по коме поверилац који због неиспуњења уговорне обавезе дужника раскине уговор, не губи право на наплату уговорне казне. И поред таквог одговора, који је понуђен без алтернативе, и дискусије у којој је предлог одговора подржан, на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда у новембру 2014. године, одговор на ово питање једноставно ни-

7 Врховни касациони суд – База судске праксе, доступно на <http://www.vk.sud.rs/sr-прев-1142015-уговор-о-продаји>, 11.04.2017; Врховни касациони суд – База судске праксе, доступно на <http://www.vk.sud.rs/sr/node/17052>, 11.04.2017.

8 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 2413/2012 од 17.05.2013, *Правни информатор*, бр. 10/2013, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/45408> 11.04.2017.

9 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 6351/2912 од 25.07.2013, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр.4/2013, доступно на: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/> - Судска пракса, 11.04.2017.

10 Решење Привредног апелационог суда Пж. 1724/2013 од 13.06.2014. године, доступно на: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 11.04.2017. године.

11 Привредни апелациони суд, XXII Саветовање судија привредних судова Републике Србије, Питања и одговори, Радни материјал, Златибор, септембар 2014. године, доступно на: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/42510>, 11.04.2017. године.

је усвојен. Образложење разлога јавно није доступно, али је приметно да је у Билтену у коме су објављени одговори на сва остала постављена питања, одговор на ово питање изостао.¹² Вероватно због овог разлога, и Привредни апелациони суд се од 2015. године враћа ставу о потпуној акцесорности уговорне казне, дакле о престанку права на њену наплату без обзира на узроке који су довели до престанка основне обавезе.¹³

Сувишно би на овом месту било објашњавати какву правну несигурност уносе дијаметрално супротни ставови највиших судова о истом правном питању. Очигледно је да су такви ставови последица супротстављених, али врло озбиљних, аргумената, који су и за један и за други став већ разматрани у теоријским радовима.¹⁴

IV Предлог решења

Аргументи који су у највећој мери већ изложени, као и неуједначеност досадашње судске праксе, указују на потребу да се у току јавне расправе о Нацрту грађанског законика предложе допуне у чл. 461, сада истоветном чл. 272. ЗОО, којима би били отклоњени уочени недостаци досадашњег режима акцесорности.

По нашој оцени, потпуно решење би било додавање става 3. у чл. 461. Нацрта, који би гласио: „Споразум остаје на снази уколико је до престанка обавезе обезбеђене уговорном казном дошло због узрока за који дужник одговара.“

Предложеним текстом, по нашој оцени, биле би обухваћене све претходно анализирани ситуације у којима до престанка основне обавезе дође кривицом дужника. То су пре свега престанак тзв. фиксног уговора самим протеком рока који је битан састојак, потом раскид уговора који поверилац изврши због скривљеног неиспуњења главне обавезе дужника, као и случај поништења уговора због преваре коју је извршио дужник приликом закључивања уговора.

12 Привредни саветник, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2014, Београд, 2014. доступно на: http://www.privsav.rs/pages/Casopisi/SPTS2014/sadržaj_spts_4_2014.html, 11.04.2017. године.

13 Пресуда привредног апелационог суда Пж. 9664/2013 од 20.03.2015. године, доступна на: <http://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>, 11.04.2017. године.

14 Ненад Грујић, „Право на уговорну казну у случају раскида уговора због неиспуњења“, *Правни записи*, бр. 2/2016, доступно на: <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/2217-2815/2016/2217-28151602339G.pdf> 11.04.2017. године.

Уколико би ово решење било оцењено као превише радикално у односу на досадашњу, устаљену судску праксу, као алтернатива би могао бити предложен следећи текст: „Споразум остаје на снази уколико обавеза обезбеђена уговорном казном престане раскидом уговора због узрока за који дужник одговара“. Овом алтернативом била би искључена могућност опстанка уговорне казне после престанка уговора поништењем до кога је дошло кривицом дужника.

Најмање одступање од досадашњег режима представљало би додавање сагласности странака приликом закључивања споразума о уговорној казни, напред изложеним елементима. Тако би текст ст. 3. чл. 461. могао да гласи: „Странке споразумом о уговорној казни могу предвидети да тај споразум остаје на снази и уколико обавеза обезбеђена уговорном казном престане због узрока за који дужник одговара“.

По мишљењу аутора, пословну праксу би знатно унапредило већ и најблаже предложено решење. Јасна одредба закона којом би странкама била дата могућност да исказаном сагласношћу воља могу целовито уредити уговорни однос, укључујући и последице кршења обавеза, отклонила би постојеће дилеме и довела до чешће примене уговорне казне. Детаљно нормирање одговорности дужника за неиспуњење или задоцњење у испуњењу обавеза, омогућава да се, коришћењем тих института, и без посебног исказивања сагласности воља уговорних страна, пропише прво од предложених решења. Дужник тако никада не би био награђен за скривљено неиспуњење уговорне обавезе, што је у потпуном складу са прокламованим циљевима Грађанског законика.

Mirko JOVANOVIĆ,
Attorney at JMS Law Office

**IN FAVOUR OF AUTONOMY OF CHOICE:
COMPLETE OR LIMITED ACCESSORY OF LIQUIDATED
DAMAGES IN THE CASE OF FAILURE OF OBLIGATION
PERFORMANCE**

Summary

Application of rules on complete accessory character of liquidated damages in case of failure of obligation performance due to the reasons the debtor is

responsible for, leads to the solution which is opposed to the basic principles of obligation law. This situation leads to the inequality of the court practice and consequently, legal uncertainty in this area of law. The draft of the Civil Code contains the same provisions on the accessory character of liquidated damages as the Law on obligations. The solutions suggested in the paper affirm the freedom of contracting. The explicit provision stating that the parties are authorized to predict that liquidated damages would be paid even in the case of termination of main obligation due to reasons that the debtor is responsible for, or prescribing such a consequence if the parties would not explicitly agree on the same, would upgrade the business practice and prevent detected shortage of the present regime of the liquidated damages.

Key words: *accessory character liquidated damages, the autonomy of choice, the contracts securing.*

Маша МИШКОВИЋ, мастер
студент докторских студија Правног факултета
Универзитета у Београду

ПОСЛЕДИЦЕ ЈЕДНОСТРАНОГ РАСКИДА УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ

Резиме

Раскид уговора о грађењу у пракси представља изузетак, с обзиром на то да је или тешко остварљив или економски неисплатив, било да се ради о раскиду уговора од стране извођача или од стране инвеститора. Ипак, ако до једностраног раскида уговора о грађењу дође, поставља се питање дејства раскида, односно које су правне последице раскида уговора о грађењу. Општа правила облигационог права, која као последицу раскида предвиђају повраћај датог, код уговора о грађењу трпе одређена ограничења, па се последице раскида уговора о грађењу своде на накнаду штете од друге уговорне стране. У највећем броју случајева то ће бити стварна штета, а не измакла корист, јер је уобичајено да извођачи унапред искључују своју одговорност за такву врсту штете. Аутор поводом свих питања, која се у раду постављају, анализира и одређене судске одлуке, како би последице раскида уговора о грађењу представио и у светлу домаће судске праксе.

Кључне речи: *уговор о грађењу, једнострани раскид уговора, последице једностраног раскида уговора.*

I Једнострани раскид уговора о грађењу

Уговор о грађењу је уговор о делу, којим се извођач радова обавезује да према одређеном пројекту сагради у уговореном року одређену грађевину на одређеном земљишту, или да на таквом земљишту, односно

на већ постојећем објекту изврши какве друге грађевинске радове, а наручилац се обавезује да му за то исплати одређену цену.¹

У складу са чл. 126, ст. 2. и 3. Закона о облигационим односима у двострано-обавезујућим уговорима, када рок није битан елемент уговора, ако једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може раскинути уговор, под условом да остави дужнику накнадни примерени рок за испуњење. Ако дужник не испуни обавезу ни у накнадном року, уговор се раскида по самом закону. Према чл. 124. ЗОО уместо раскида уговора, једна уговорна страна може захтевати да друга уговорна страна испуни своју уговорну обавезу, а у сваком случају има право на накнаду штете. У једној одлуци Врховног суда Србије суд је утврдио да су привредни судови у нижој инстанци заузели погрешно становиште да поверилац увек има право на накнаду штете (и кад остане код захтева за извршење уговора у смислу чл. 262. ЗОО), наводећи да се захтев за испуњење уговора и захтев за накнаду штете међусобно искључују, тако да је један од њих беспредметан.² Оваква одлука суда је *contra legem*, имајући у виду да ЗОО у чл. 124. изричито уређује да у двостраним уговорима кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може захтевати испуњење обавеза или раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете.

Када је у питању уговор о грађењу, *извођач* може раскинути уговор због неизвршења било које обавезе наручиоца, али би се питање раскида уговора посебно поставило у случају неувођења извођача у посао и у случају неплаћања грађевинске цене. Ипак, у пракси је тешко замислило да би извођач раскинуо уговор о грађењу због неплаћања цене, с обзиром на то да му стоје на располагању други начини, којима може подстаћи инвеститора да изврши своју обавезу плаћања. На пример, најједноставније за извођача је да привремено престане са извршавањем својих уговорних обавеза све док му инвеститор не плати цену.³ Такође, оверене

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 630, ст. 1.

2 Вид. Решење Врховног суда Србије, Прев. 768/96 од 3.06.1997. Вид. Миодраг Голубовић, Владимир Козар, Иванка Лекић, *1000+ судских одлука из привредног права*, Београд, 1998, 73.

3 У складу са правилом бр. 70 Посебних узанси о грађењу извођач има право да привремено обустави извођење радова, ако је поступцима наручиоца спречен да изводи радове или је због тих поступака извођење радова знатно отежано. Тим поступцима нарочито се сматрају неиспуњење или неуредно испуњење обавеза наручиоца, као што су отклањање недостатака у техничкој документацији на основу које се изводе радови, исплата аванса и исплата

привремене ситуације представљају веродостојну исправу,⁴ на основу које се доноси решење о извршењу ради наплате потраживања извођача према наручиоцу.

Наручилац може раскинути уговор услед знатног повећања цене грађења (посебан случај је знатно повећање цене грађења услед хитних непредвиђених радова), што у суштини представља раскид уговора због промењених околности.⁵ Ипак, наручилац ће пре прибећи измени уговора због промењених околности, него раскиду уговора. Раскид уговора због знатног повећања цене радова би се евентуално могао замислити, ако је грађење тек почело. Што је грађење у каснијој фази и што се радови више примичу завршетку, опада интерес наручиоца за раскид уговора.⁶

Други разлог за раскид уговора од стране наручиоца је постојање недостатака грађевине. Међутим, у правној теорији се истиче да је раскид уговора најозбиљније средство уговорних страна, које се може применити само у крајње озбиљним случајевима. Уговори о грађењу најчешће садрже друга средства, која се могу користити уместо раскида уговора или којима се друга страна упозорава на раскид уговора, пре него што се уговор раскине (на пример, обавештења о кршењу уговора, позиви да се недостаци отклоне, привремена обустава радова, позив на преговоре ради измене уговора и сл.).⁷

Иако је раскид уговора о грађењу као право предвиђен и релативно детаљно регулисан законом, у пракси ипак представља изузетак, имајући у виду да се најчешће примењује санкција плаћања уговорне казне⁸

привремене ситуације. Вид. Посебне узансе о грађењу – Посебне узансе или ПУ, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 18/77, правило бр. 70.

4 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015 и 106/2016 – аутентично тумачење, чл. 52, ст. 2, тач. 11.

5 У складу са чл. 133, ст. 1. ЗОО, ако после закључења уговора наступе околности, које отежавају испуњење обавезе једне стране, или се због њих не може остварити сврха уговора, тако да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и по општем мишљењу би било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна, која због промењених околности не може остварити сврху уговора, може захтевати да се уговор раскине.

6 Маша Мишковић, „Разлози за једнострани раскид уговора о грађењу“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (уредник Вук Радовић), Београд, 2016, 421.

7 Бранко Вукмир, *Уговори о грађењу и услугама савјетодавних инжењера*, Загреб, 2009, 519-520.

8 У складу са чл. 270, ст. 1. ЗОО поверилац и дужник могу уговорити да ће дужник платити повериоцу одређени новчани износ или прибавити неку другу материјалну корист, ако не испуни своју обавезу или ако задоцни са њеним испуњењем (уговорна казна).

због неуредног извршења уговора, односно због доцње извођача, а изузетно и у случају неиспуњења / неизвршења уговорне обавезе.⁹ Битно је имати у виду да се уговорна казна мора „активирати“ пре раскида уговора, односно не може се тражити њена исплата након раскида уговора. То произлази из чл. 272, ст. 1. ЗОО, по коме споразум о уговорној казни дели правну судбину обавеза на чије се обезбеђење он односи (акцесорност уговорне казне), а потврђено је и у судској пракси Привредног апелационог и Врховног касационог суда.¹⁰ Уговорна казна износи један промил од укупне уговорене цене радова за сваки дан закашњења, ако се радови не заврше у предвиђеном року, с тим што износ тако одређене уговорне казне не може да пређе 5% од укупне цене радова.¹¹

Разлог због кога у пракси ретко долази до раскида уговора о грађењу је економска нерационалност, односно неисплативост раскида, с обзиром на то да би раскид уговора од стране инвеститора означавао одређени период „застоја“ у извођењу радова, што би било неповољно за инвеститора и због извора пројектног финансирања (финансијска средства обезбеђују се често из кредита банака, при чему инвеститор све време банци плаћа камату) и због одговорности према трећим лицима за доцњу у извршењу радова (на пример, плаћање уговорне казне или закупнине купцима станова у изградњи у износу који би се плаћао за изграђени стан).¹²

II Последице једностраног раскида уговора о грађењу са освртом на судску праксу

Члан 132, ст. 1. Закона о облигационим односима регулише дејство раскида уговора, које подразумева да су раскидом уговора обе стране ослобођене својих обавеза, изузев обавезе на накнаду евентуалне штете. То значи да уговорна страна, која је изјавила да раскида уговор, не може тражити испуњење обавезе од друге уговорне стране (због коначности свог избора), али може тражити накнаду штете која је последица делимичног (или потпуног) неиспуњења уговорне обавезе, што је резулти-

9 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2014, 219.

10 Вид. Пресуду Врховног касационог суда, Прев. 157/2013 од 29.05.2014, Paragraf Lex, 10.04.2017. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 10340/2011(1) од 17.05.2012., Paragraf Lex, 10.04.2017.

11 Посебне узансе, правило бр. 52.

12 Више о економској нерационалности раскида уговора о грађењу вид. М. Мишковић, 434-436, 438-439.

рало раскидом уговора међу уговорним странама.¹³ С обзиром на то да се раскидом уговора уговорне стране ослобађају својих обавеза, може се рећи да раскид уговора делује ретроактивно (*ex tunc* – „од тад“): уговор у потпуности престаје, тако да се гасе све последице, које је произвео.

Међутим, када је у питању раскид уговора због промењених околности, иако закон не садржи изричиту одредбу, може се рећи да такав раскид делује *ex nunc* („од сад“). То значи да се страна, која тражи раскид уговора, ослобађа обавеза чије јој је испуњење онемогућено или обесмишљено, као што се противна страна ослобађа своје уговорне обавезе, која је њен еквивалент. Овакво схватање потврђено је и у судској пракси Привредног апелационог суда, који је констатовао да нема услова за примену одредбе о дејству раскида у односу на већ извршене обавезе у смислу чл. 132, ст. 2. и 3. ЗОО, јер с обзиром на то да су извршене, промењене околности на њих нису могле бити од утицаја.¹⁴ Уговор о грађењу се може раскинути због промењених околности, посебно у случају знатног повећања цене радова, када га може раскинути инвеститор.¹⁵ Ради се о ситуацији где је испуњење већ започето, одређене обавезе су већ извршене, па се уговорне стране ослобађају обавеза за убудуће, односно оних обавеза, чије је испуњење отежано у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је.

У сваком случају, ако је уговор о грађењу делимично извршен, раскид уговора делује за убудуће, што је недавно потврђено и у пракси Привредног апелационог суда.¹⁶ То значи да остаје обавеза давања еквивалента за део обавезе, који је друга уговорна страна испунила до дана раскида уговора.

Према општим правилима облигационог права, ако је једна страна извршила уговор потпуно или делимично, има право да јој се врати оно

13 Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 9494/2008 од 7.05.2009., Paragraf Lex, 15.04.2017.

14 Решење Привредног апелационог суда, Иж. 363/2016(2) од 15.11.2016., Paragraf Lex, 15.04.2017.

15 У претходном излагању, аутор је скренуо пажњу да ће у пракси инвеститор пре прибећи измени, а не раскиду уговора због промењених околности, иако по ЗОО постоји могућност раскида уговора због знатног повећања цене радова као вид раскида уговора због промењених околности.

16 Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 6472/2015 од 21.01.2016., Paragraf Lex, 10.04.2017.

што је дала.¹⁷ Ако обе стране имају право захтевати враћање датог, узајамна враћања врше се по правилима за извршење двостраних уговора.¹⁸

Специфичност раскида уговора о грађењу је у томе што фактички није могућа реституција, односно повраћај датог, када је у питању грађевина. Правни однос се због тога разрешава тако што наручилац извођачу плати део цене за изведене радове, који остају на земљишту наручиоца, као и правичну накнаду учињених неопходних трошкова (примера ради, неамортизовани припремни радови, накнада за објекте који остају на градилишту, накнада за немогућност искоришћења механизације и сл.).¹⁹ Ово правило предвиђа чл. 634, ст. 6. и чл. 638, ст. 2. ЗОО. Дакле, ако би се уговор о грађењу раскинуо, извођач би био дужан да врати наручиоцу примљену цену, док би наручилац исплатио извођачу вредност изведених радова, с обзиром на то да реституција грађевине фактички није остварљива.²⁰ С обзиром на то да се у пракси дешава да се извођачу цена / део цене плати унапред као аванс, могуће је да наручилац буде ослобођен исплате извођачу вредности изведених радова или да чак има право да тражи повраћај више плаћеног износа (који извођач након раскида уговора држи без основа), ако је своју обавезу унапред измирио авансом у већем износу, него што је вредност радова и трошкова извођача.²¹ Дакле, извођач би имао право на накнаду у висини вредности радова изведених до раскида уговора уз одбитак примљеног аванса.²²

17 ЗОО, чл. 132, ст. 2. Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Прев. 68/94 од 5.04.1994. Вид. М. Голубовић, В. Козар, И. Лекић, 67; Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 539/95 од 20.12.1995, вид. М. Голубовић, В. Козар, И. Лекић, 70-71.

18 ЗОО, чл. 132, ст. 3. Примера ради, ако је једна страна у потпуности, а друга страна делимично извршила своју уговорну обавезу, обе стране имају право захтевати враћање датог. Вид. Решење Врховног суда Србије, Рев. 226/2005 од 19.05.2005., *Paragraf Lex*, 15.04.2017.

19 Золтан Биро, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980, 116.

20 Ако дође до раскида уговора, наручилац је дужан да извођачу плати изведене радове и у случају у коме је извођач одговоран за раскидање. Вид. Посебне узансе, правило бр. 122.

21 „Правило је код раскида уговора о грађењу, и када га једнострано раскида наручилац (чл. 634, ст. 6. и чл. 638, ст. 2. ЗОО), да је наручилац дужан исплатити извођачу одговарајући део уговорене цене за већ извршене радове, као и правичну накнаду за учињене неопходне трошкове. У конкретном случају, тужилац као наручилац прихвата ову обавезу, али тврди да је кроз авансно плаћање ову обавезу унапред измирио у већем износу него што је вредност радова и трошкова тужених, и тражи повраћај више плаћеног износа, који тужени након раскида уговора држе без основа“. Вид. Пресуду Вишег привредног суда у Београду, Пж. 33375/99 од 14.10.1999., *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 1/2000, *Paragraf Lex*, 14.04.2017.

22 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 8002/2004 од 1.02.2005., *Paragraf Lex*, 14.04.2017.

Ако се уговор о грађењу раскине и поред практичних тешкоћа, последица раскида се, заправо, своди на накнаду штете од друге уговорне стране, при чему ће чешће уговор раскинути наручилац, а не извођач. То значи да се последица раскида своди на накнаду штете од извођача радова. У највећем броју случајева то ће бити стварна штета, јер је код уговора о грађењу уобичајено да извођачи унапред искључују своју одговорност за изгубљену добит, имајући у виду да ризици штета изгубљене добити могу да буду веома велики и могу чак да премаше износ грађевинске цене.²³ Такође, за уговоре о грађењу карактеристично је уговарање уговорне казне, јер се тада наручилац, уместо да тражи и утврђује накнаду штете по општим правилима уговорне одговорности уз обавезу да докаже да је претрпео штету и колика је она, може одредити за наплату уговорне казне уз једину обавезу да докаже постојање повреде уговорне обавезе од стране дужника (извођача).²⁴

Осим износа уговорне казне, инвеститор може тражити од извођача и износ штете, односно трошкова, које је имао ангажовањем трећег лица за отклањање недостатака,²⁵ износ пенала, односно уговорне казне или закупнине, које је инвеститор био дужан да плати трећим лицима (купцима или суинвеститору) због неизвршења уговора у року, као и износ апстрактне штете услед пада цене, на пример, на тржишту продаје станова (ако цена станова на тржишту опадне у периоду доцње извођача, тако да инвеститор не може продати станове по првобитно предвиђеној вишој цени).²⁶ Наручилац има право и на накнаду штете због мање изведених радова: у случају да извођач није извео све уговором предвиђене радове, а наручилац је платио суму за уговорене радове унапред, извођач је дужан да плати наручиоцу накнаду штете у висини вредности радова, које није извео, а које је наручилац унапред платио.²⁷

23 М. Васиљевић, 221.

24 Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 8266/2003 од 5.08.2004., *Судска пракса трговинских судова* (уредник Слободан Спасић), бр. 4/2004, 109-113.

25 Ако је наручилац ангажовао другог извођача, који је отклонио недостатке у радовима, сматра се да је то извршио на рачун извођача, па наручилац има право на накнаду штете од извођача у висини износа, који је платио другом извођачу. Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Прев. 586/96 од 6.11.1996., *Судска пракса привредних судова – Билтен* (уредник Стана Шехалић), бр. 1/1997, 104.

26 М. Мишковић, 436-437.

27 Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Прев. 614/96 од 30.10.1996., *Судска пракса привредних судова – Билтен* (уредник Стана Шехалић), бр. 1/1997, 105.

Занимљиво питање које се поставило у судској пракси је право извођача на накнаду штете у виду изгубљене добити, када радови нису били извршени у предвиђеном року, али кривицом инвеститора. У једном судском спору у пракси Вишег привредног суда у Београду инвеститор је извођачу доставио пројектно-техничку документацију са грађевинском дозволом уместо пре почетка радова – уз два месеца закашњења. Уговор између инвеститора и извођача био је закључен са фиксним роком завршетка радова и фиксном ценом, а кривицом инвеститора радови нису могли бити окончани у предвиђеном року. Како је инвеститор каснио два месеца са достављањем пројектно-техничке документације, а уговор је био са фиксним роком, извођач је морао да изврши додатна неподвижна улагања и радове, а даља градња је забрањена. Због тога је суд решио да извођачу припада право на накнаду уложених средстава, укључујући и право на накнаду изгубљене добити.²⁸

Поред правних последица раскида уговора, које су предвиђене законом, у судској пракси је утврђено да је могуће *уговором* предвидети последице раскида уговора, односно могуће је предвидети да се неће примењивати одредбе Закона о облигационим односима, којима се регулишу последице раскида уговора, већ ће се применити уговор, а на оно што није регулисано уговором, примениће се закон.²⁹ На основу мишљења Привредног апелационог суда, уговорно регулисање последица раскида уговора је дозвољено на основу чл. 20. ЗОО, по коме стране могу свој облигациони однос одредити друкчије него што је законом одређено, ако из поједине одредбе закона или из њеног смисла не произлази нешто друго. Примера ради, у једном случају у судској пракси Врховног касационог суда уговорне стране су, поред уговорених раскидних разлога, уговором прописале и последице раскида, тако што су предвиделе да се неће примењивати одредбе ЗОО, којима се регулишу последице раскида уговора, јер се једна уговорна страна вољно одрекла права, која би јој припадала у случају раскида уговора у смислу чл. 132. ЗОО (конкретно, уговором је предвиђен губитак права на враћање износа уплаћених по основу уговора, односно губитак права на враћање депозита).³⁰

28 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 1854/97 од 21.03.1997., у: М. Голубовић, В. Козар, И. Лекић, 224-225.

29 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 11072/2010(2) од 17.08.2011, Paragraf Lex, 15.04.2017.

30 Пресуда Врховног касационог суда, Прев. 186/2014 од 19.03.2015., Paragraf Lex, 15.04.2017.

Оно што у овој ситуацији може бити спорно је да ли одрицање једне уговорне стране од права, која би јој припадала у случају раскида уговора, може бити прихватљиво, јер је питање да ли би такво одрицање угрозило начело једнакости, односно равноправности уговорних страна из чл. 11. ЗОО. Уговорна одредба о одрицању само једне уговорне стране од права, која јој припадају по основу раскида уговора (повраћај датог) би била ништава. Поред тога, питање је да ли уговорне стране уопште могу одступити од законских одредби, које регулишу последице раскида уговора. Из смисла законске одредбе, која регулише дејство раскида уговора, могло би се закључити да је ипак у питању императивна одредба закона, тако да уговорне стране не би могле да предвиде уговором да се наведена законска одредба неће примењивати.³¹ У нашој правној теорији истакнуто је да српско право раскид уговора уређује императивним правилима, тако да уговорна измена није могућа, али се то не односи на уговорну одговорност дужника за штету због раскида уговора.³² У поменутом случају није се радило о измени законске одредбе о уговорној одговорности за штету због раскида уговора, већ о измени правила о повраћају датог у облику одрицања једне уговорне стране од тог права.

Ако би се сматрало да је одредба закона, која уређује дејство раскида, односно последице раскида уговора (чл. 132. ЗОО) императивног карактера, то би значило да су поменуте пресуде Привредног апелационог и Врховног касационог суда незаконите, јер се последице раскида уговора не могу регулисати уговором.

III Закључак

У уговорима о грађењу се у највећем броју случајева уговара уговорна казна за случај да дужник не испуни своју обавезу или задоцни са њеним испуњењем. На тај начин се решавају тешкоће до којих би дошло раскидом уговора. Раскид уговора о грађењу је најозбиљније средство уговорних страна, које би се применило само у крајње озбиљним случајевима, имајући у виду да уговор о грађењу подразумева сложене правне

31 Изузетно, измена је могућа код фиксног уговора, који истеком рока за испуњење обавезе престаје по сили закона, али га поверилац може одржати на снази, ако по истеку рока, без одлагања, обавести дужника да захтева испуњење уговора. На овакву могућност измене законске одредбе упућује сам закон, односно закон оставља повериоцу могућност да уговор одржи на снази. То значи да није у питању одступање од законских правила на основу одредбе уговора, већ на основу изричитог законског овлашћења.

32 Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015, 109.

односе, велику вредност уговора, као и дуготрајност правног односа између уговорних страна.

Међутим, ако ипак дође до раскида уговора о грађењу, основна последица раскида није реституција, односно повраћај датог у складу са општим правилима уговорног права, јер то није могуће када је у питању грађевина. Правни однос се због тога разрешава тако што наручилац извођачу плати део цене за изведене радове, који остају на земљишту наручиоца, као и правичну накнаду учињених неопходних трошкова. Ако наручилац раскине уговор о грађењу, последица раскида се, заправо, своди на накнаду штете од извођача радова.

Имајући у виду да је раскид уговора о грађењу изузетна појава, разумљиво је што су у нашој судској пракси ретке одлуке, које се односе на раскид или последице раскида уговора о грађењу. Анализирајући постојеће доступне судске одлуке, може се приметити да суд понекад заузима становиште, које није у складу са законом, чак и када су у питању одлуке, које су судови донели у поступку по правним лековима.

У сваком случају, препорука уговорним странама је да уговором о грађењу што детаљније регулишу своје међусобне односе и тачно пропишу у којим ситуацијама свака уговорна страна има право да раскине уговор. У уговору би, такође, требало предвидети низ средстава, која се могу користити уместо раскида уговора или којима се друга страна упозорава на раскид уговора, пре него што се уговор раскине, како би се на тај начин избегле тешкоће до којих би дошло раскидом уговора о грађењу.

Maša MIŠKOVIĆ, M.A.

PhD candidate at the Faculty of Law University of Belgrade

CONSEQUENCES OF UNILATERAL TERMINATION OF CONSTRUCTION CONTRACT

Summary

Termination of construction contract is an exception rather than the rule, given the fact that it is either hard to examine or economically not feasible, independently of the fact whether a contract is terminated by contractor or investor. However, if the unilateral termination of construction contract occurs, a question, which arises is: what are the effects of termination, i.e. what are the legal consequences of termination of construction contract. In accordance with

the general rules of contract law, the main consequence of termination is restitution of whatever a party has supplied / received under the contract. However, when it comes to construction contract, this consequence has certain limitations, and therefore, the termination of contract leads to claim for damages as a main consequence of termination. In most cases, it will be the loss, without loss of profits, due to the fact that contractors usually exclude their liability for that kind of damages. Regarding all questions, which arise in this paper, the author analyzes certain court decisions in order to present the consequences of termination of construction contract in the light of national case law.

Key words: *construction contract, unilateral termination of contract, consequences of unilateral termination of contract.*

Андреа НИКОЛИЋ

студент докторских студија Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРОБЛЕМАТИКА РЕГУЛИСАЊА НОРМИ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ*

Резиме

У раду ће бити описана проблематика норми непосредне примене, чија је примена неспорна када су у питању норме које припадају домаћем правном поретку, док се, са друге стране, приликом примене норми непосредне примене страног права јављају одређене дилеме. Аутор ће анализирати под којим условима се поменуте норме могу применити или узети у обзир, као и да ли постоји потреба законске регулације овог института, с обзиром да ове норме саме претендују да буду примењене, те у пракси до тога и долази без експлицитног прописивања у закону. Такође, биће представљена тренутна законска решења норми непосредне примене у земљама у региону, као и у Европској унији, са освртом на тренутно стање у Србији и предложене измене нашег закона који регулише односе са елементом иностраности.

Кључне речи: *норме непосредне примене, принудни прописи у међународном смислу, императивни прописи, одступање од примене страног права, Рим I Регулатива, ЗМПП.*

I Уводна разматрања

Индиректан начин регулисања међународног приватног права је општеприхваћен и одабир меродавног права у односима са елементом иностраности данас скоро да је тешко замислив без примене колизионоправне технике.¹ Колизионим нормама, одређујући тачке везивања у

* Овај рад је настао као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“.

1 Више о могућности замене постојећег колизионоправног метода са супстанцијалним видети у: Маја Станивуковић, „Међународно приватно право на крају века – криза колизионог метода“, 121-128, доступно на <http://www.pf.uns.ac.rs/images/maja/15.pdf>, 15.04.2017.

оквиру одређених правних категорија, законодавац се опредељује за примену оног права које је у најближој вези са чињеничним скупом.² Ипак, у неким ситуацијама није примерена примена материјалних норми страног права, до којих се дошло путем колизионоправне методе. Из тог разлога су почеле да се развијају идеје о могућим инструментима одступања од примене страног меродавног права како би се дошло до права које је више повезано са спором или како би се кориговали други недостаци примене колизионоправне технике. Искристалисало се да ће до употребе тих института, на пример доћи када страног право вређа домаћи јавни поредак, када долази до преварног поступања ради примене неког повољнијег права, а не оног које би требало да буде меродавно, када постоје императивни прописи који штите битне вредности домаћег јавног поретка. У складу са реченим, допуштени, и у многим законима предвиђени, механизми корекције колизионоправне технике су институт јавног поретка (*ordre public*), клаузула одступања (*escape clause, exception clause*), изигравање закона (*fraus legis*) и норме непосредне примене (*overriding mandatory rules, peremptory rules, lois de police* или *lois d'application immédiate*). У овом раду, аутор ће се посветити последњем механизму – проблематици норми непосредне примене. Пре свега, биће описани сам појам и значај овог института (II), а потом ће више речи бити о нормативном оквиру у Европској унији, земљама у региону, као и у Србији (III), те ће се изложити дилеме са којима легислативни органи могу да се суоче приликом регулисања норми непосредне примене (IV).

II Појам и значај норми непосредне примене

Начело аутономије воље је једно од најзначајнијих начела које је општеприхваћено у уговорним односима, како унутрашњим, тако и оним са елементом иностраности.³ Тако су уговорним странама често на располагању диспозитивне одредбе, чију садржину оне могу да мењају, као и да избегавају њихову примену. Међутим, некада законодавац има интерес да пропише обавезну примену одређених правних правила, која се морају применити без обзира на вољу странака. Те норме представљају императивне, принудне прописе, који најчешће штите неки важан дру-

2 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2012, 87.

3 Јелена Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд, 2012, 137.

штвени или економски интерес државе.⁴ Никакве дилеме се не постављају када је реч о примени ових прописа у чисто унутрашњим односима, јер постоји видан интерес њихове примене, који је изражен кроз значај вредности које се њима штите. Са друге стране, неће сви императивни прописи домаћег правног поретка бити од толиког значаја, да ће се обавезно примењивати и у односима са елементом иностраности.⁵ Из тог разлога, свака држава треба да дефинише обим примене норми, којима она сама придаје изузетан значај, да би оне у домену сопствене примене регулисале део приватноправног односа са елементом иностраности, без обзира на право које као меродавно за конкретан однос одређује домаћа колизиона норма. Дакле, тада ће се у неким ситуацијама, поред колизионоправног метода, изузетно применити и непосредни начин регулисања односа са елементом иностраности – када се одређени принудни прописи непосредно примењују на дати однос.

Иако је израз *норме непосредне примене*, израз који најчешће везујемо за институт о коме расправљамо у овом раду, у теорији не постоји потпуна сагласност око његовог назива, те се могу наћи различити, такође описни термини који га представљају. Тако, на пример, званични превод Рим I Регулative на хрватски језик прихвата термин „*превладавајуће обавезне одредбе*“.⁶ Између осталог, може се срести и назив „*принудни прописи у међународном смислу*“, са образложењем да је он погоднији од израза *норме непосредне примене*, јер више одговара прихваћеној терминологији у домаћим законима.⁷ Међутим, видећемо да ће се тај аргумент изгубити ступањем на снагу новог закона⁸ који ће регулисати односе са елементом иностраности и који ће заменити постојећи – Закон о ре-

4 Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, 127.

5 Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право*, Београд, 2015, 384.

6 Текст Рим I Регулative преведен на хрватски језик је доступан на <http://ccvista.taie.be/showDoc.asp?celex=32008R0593&country=53>, 15.04.2017.

7 Таква терминологија се, на пример користи у Закону о облигационим односима и Закону о парничном поступку. Нав. према: М. Станивуковић, М. Живковић, 385.

8 Према Нацрту Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља биће унета нова одредба под називом „норме непосредне примене“. Вид. чл. 44 главе II коначне верзије Нацрта Закона о међународном приватном праву Републике Србије из 2014. године доступан на сајту Министарства правде Републике Србије, <http://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>, 15.04.2017 (у даљем тексту: Нацрт).

шавању сукоба закона са прописима других земаља⁹ (у даљем тексту: ЗМПП). Такође, у литератури се могу наћи енглески израз „*directly applicable rules*“¹⁰ и француски израз „*lois d'application immédiate*“,¹¹ који одговарају нашем преводу и прихваћеном изразу – норме непосредне примене. Најзад и само језичко тумачење овог појма јасно сугерише његово значење, те не видимо простор за недоумице и могуће неконзистентности општеприхваћеног, а и већ одомаћеног појма и сврхе регулисања овог института.

Даље, дејство норми непосредне примене се разликује у зависности од ситуација у којима се поставља питање њихове примене, односно од околности којем праву припадају. На основу тога норме непосредне примене делимо на оне које припадају домаћем праву и на оне које су део неког другог правног поретка, које може бити и меродавно за конкретан однос или може представљати поредак неке треће државе. У овом раду, ћемо се највећим делом посветити истраживању везаном за примену, односно узимање у обзир норми непосредне примене страног права, јер сматрамо да је примена норми непосредне примене домаћег права у односима са елементом иностраности логична последица тежње за заштитом неких државних принципа земље суда и да је примена тих правила скоро неспорна, док се могу јавити безбројне дилеме приликом примене норми непосредне примене страног права, које ће у наставку бити изложене.

III Нормативни оквир норми непосредне примене у праву Европске уније, у земљама у региону и у домаћем праву

1. Регулисање норми непосредне примене на нивоу Европске уније

У последњих неколико деценија, један од примарних циљева, како правника теоретичара, тако и практичара, јесте унификација норми на међународном плану, како би се постигла већа правна сигурност и предвидивост. Тако, се јавља и тежња за постизањем једног наднационалног система међународног права на нивоу Европске уније, која све чешће користи директиве и уредбе као правне инструменте, којима покушава да уједначи норме у својим државама чланицама. Када је међународно при-

9 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗМПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

10 Крешимир Сајко, *Међународно приватно право*, Загреб, 2009, 279.

11 Phocion Francescakis, „Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles des conflits de lois“, *Revue critique de droit international privé*, 1966, 2.

ватно право у питању, доста је урађено на том пољу, те постоје уредбе које регулишу одређена питања из области одређивања меродавног права, надлежности, признања и извршења судских одлука, као и међународног грађанског поступка.¹²

Прво кодификовање норми непосредне примене се везује за Конвенцију о меродавном праву за уговорне односе, познатију као Римска конвенција (*Convention 80/934/ECC on the law applicable to contractual obligations*) из 1980. године, која је прва у оквиру европске заједнице унификовала колизионе норме за уговоре. Она, па потом и њена наследница – Уредба бр. 593/2008 о меродавном праву за уговорне обавезе, познатија као Рим I Регулатива (*Regulation on the law applicable to contractual obligations – Rome I Convention*), постају значајан извор европског права. Наиме, поменути прописи су покренули тенденцију регулисања норми непосредне примене и постали модел закони који уређују ову материју у домену одређивања меродавног права за уговорне односе, а који су послужили као инспирација многим модерним националним кодификацијама. Међутим, још се у Римској конвенцији, одредба о нормама непосредне примене сматрала једном од најконтроверзнијих.¹³ Пре свега, вреди споменути и да је у Рим I Регулативи измењен чак и назив члана, те се више не користи општи термин принудни прописи (*mandatory provisions*), већ ближе одређујући – превадавајуће принудне норме (*overriding mandatory provisions*), односно норме непосредне примене. Даље, члан 7 Римске конвенције је предвиђао давање дејстава нормама непосредне примене како земље форума тако и неке треће државе, уз испуњен услов да је право те треће државе у блиској вези са конкретном ситуацијом. Тиме је долазила у обзир примена принудних прописа било ког права, што је могло да утиче и на сигурност правног посла. Из тог разлога је неколико држава ставило резерву на поменути члан,¹⁴ да би се Рим I Регулативом ова одредба модификовала тако да ближе одређује критеријуме примене, од-

12 За више о овим уредбама вид. М. Станивуковић, М. Живковић, 80-81.

13 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 414; Laura Maria van Bochove, „Overriding mandatory rules as a vehicle for weaker party protection in European private international law“, *Erasmus Law Review*, no. 3/2014, 150.

14 Државе које су ставиле резерву на члан 7 Римске конвенције су: Немачка, Ирска, Луксембург, Велика Британија, Португал, Летонија и Словенија.

носно тако да сужава круг норми непосредне примене које се могу применити у конкретном случају.¹⁵

Чланом 9 Рим I Регулative је исправљен још један недостатак Римске конвенције – непостојање критеријума који би помогли судијама да идентификују норме непосредне примене, те се новом уредбом и ти критеријуми ближе дефинишу. Норме непосредне примене су одређене као принудне одредбе чије је поштовање од суштинског значаја за неку земљу ради заштите њеног јавног интереса, као што су политички, друштвени или економски.¹⁶ Ипак, и поред оваквог дефинисања, не отклањају се све несигурности које су постојале у Римској конвенцији. Наиме, и даље остаје питање чему се све може приписати суштински значај за неку земљу и како се он одређује, те шта се сматра јавним интересом, јер се у поменутом члану само врши набрајање *exempli causa*.¹⁷ Ипак, циљно тумачење члана 9 Рим I Регулative води до јасног сужавања саме дефиниције кроз ефекат који норма може да постигне.

Даље, што се тиче примене норми непосредне примене, у Рим I Регулative се наглашава да се норме непосредне примене државе суда *морају применити* на сваку ситуацију која потпада под њихово поље примене без обзира које је право иначе меродавно.¹⁸ То су, дакле, правила од којих се не може чак ни уговором одступити, тако да не постоји никаква препрека примени правила која су део домаћег правног поретка. Међутим, за разлику од Римске конвенције која није правила разлику између норми непосредне примене домаћег и страног права, Рим I Регулative одређује другачију судбину за норме непосредне примене које су део страног права. Наиме, сада се прописује да се може „...дати дејство нормама непосредне примене државе у којој треба извршити или су извршене обавезе које проистичу из уговора, уколико ове норме непосредне примене сматрају испуњење уговора незаконитим“.¹⁹ Како се види из цитиране норме, европско право не ограничава норме непосредне примене само на домаће принудне прописе од којих се не може одступити, већ дозвољава и могућност дава-

15 Вид. више Mario Giuliano, Paul Lagarde, *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 27, доступан на <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1980:282:0001:0050:EN:PDF>, 15.04.2017.

16 Вид. члан 9 Рим I Регулative.

17 L. M. van Vochove, 148.

18 Члан 9 став 2 Рим I Регулative гласи: „Одредбама ове уредбе се не може ограничити примена примарних принудних одредаба које су део права земље суда“.

19 Члан 9 Рим I Регулative.

ња дејства нормама непосредне примене права које није домаће, а чак не мора да буде ни меродавно, већ може припадати било ком другом праву. Међутим, дејство норми тог другог права је ограничено по више основа. Пре свега, формулацију „дати дејство“ („*effect may be given to...*“) можемо да поистоветимо са формулацијом „узимати у обзир“ о којој ће у наставку бити више рећи,²⁰ те ћемо овде само подвући да примена норми непосредне примене страног права није обавезна, већ зависи од дискреционе одлуке суда.²¹ Ово је и била намера законодавца, јер он у претходном ставу истог члана очигледно свесно истиче да се неће ограничити примена норми непосредне примене домаћег правног поретка („...*shall not restrict the application...*“), док истовремено лимитира примену норми страног права. Тиме закључујемо да је циљано остављена могућност екстензивне дискреционе оцене суда у којим ће ситуацијама узети у обзир норме непосредне примене страног права, а у којим не.²² Друго, не могу се разматрати норме непосредне примене било ког права, већ само оног права земље у којој треба испунити уговорну обавезу или у којој је та обавеза испуњена. Ипак, овде остаје нејасно шта се све може подразумевати под местом извршења обавезе, да ли се оно треба тумачити екстензивно, па у том случају обухвата и свако место које долази у контакт са радњом испуњења или не.²³ Мишљења смо да овај критеријум треба рестриктивно тумачити, јер је он и постављен да би олакшао идентификацију норми непосредне примене, те је нецелисходно омогућавати судијама да га екстензивно тумаче. Према томе, релевантно треба да буде законско место испуњења, односно само оно које се одређује меродавним правом. И најзад, треће ограничење представља обим у коме се може дати дејство нормама непосредне примене страног права. Наиме, овим нормама се може признати дејство само у мери у којој оне чине извршење уговора противзаконитим. Такође, Рим I Регулатива прописује да се приликом одлучивања да ли нормама непосредне примене страног права треба дати дејство или не, као критеријум узимају у обзир њихова природа и циљ, као и последице које би проистекле из њи-

20 Вид. одељак IV тачка 2. који се бави проблематиком терминолошке разлике између примене и узимања у обзир норми непосредне примене.

21 Vladimir Pavić, „Application of the foreign public law and article 7(1) of the Rome I Convention“, *ELSA Selected Papers on European Law*, no. 2/1998, 8; Ivana Kunda, *Internationally mandatory rules of a third country in European contract conflict of laws – The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007, 241.

22 I. Kunda, 242.

23 Andreas Köhler, „Узимање у обзир страних норми непосредне примене у европском међународном уговорном праву“, *Нова правна ревија – часопис за домаће, немачко и европско право*, бр. 1/2014, 9.

хове примене или непримене. Оно што се под тим подразумева су између осталог: територијални домашај норми, приватни или јавни интерес који се њима штити, могући конфликти са принудним нормама неке друге државе и др.²⁴

Може се закључити да је Рим I Регулатива поставила нове оквире дефинисања и начина примене норми непосредне примене. Она узимање у обзир норми непосредне примене страног права покушава да ограничи само на ситуације у којима се пуноважност уговора доводи у питање, те прописује узимање у обзир императивних норми само права државе у којој треба извршити или у којој су извршене обавезе које проистичу из уговора. Дакле, и поред неких нејасноћа која оставља, Рим I Регулатива несумњиво сужава дејство примене норми непосредне примене и олакшава судији да идентификује оне норме које могу имати ефекат на доношење одлуке у спору.

2. Регулисање норми непосредне примене у државама у региону

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља је донет 1982. године и његов успех је неспоран – он се у Србији примењује већ више од 30 година, а то је један од ретких закона СФРЈ који су преузеле и друге државе сукцесори и који у већини од њих и данас важи.²⁵ Овде, пре свега, треба нагласити да ЗМПП као механизме одступања од примене страног права помиње само институт јавног поретка и изигравање закона, те да не прописује услове за примену или узимање у обзир норми непосредне примене, нити уопште познаје овај термин. То се међутим мења доношењем нових закона, те ће у наставку бити описано какво је тренутно стање законског прописивања норми непосредне примене у земљама у региону и до каквих је измена дошло у односу на одредбе ЗМПП.

24 Нав. према: Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 415.

25 Прва од новонасталих држава, која је донела свој закон који регулише материју односа са иностраним елементом је била Словенија, која је још 1999. године донела нови закон, а затим су то урадиле и Македонија, која нови закон доноси 2007. године, а 2016. нацрт новог закона, и Црна Гора, која нови закон доноси 2013. године. У Босни и Херцеговини се и даље примењује ЗМПП, а у теорији се наводи да је целисходније сачекати доношење новог српског и хрватског закона, те да се онда могућа решења у закону Босне и Херцеговине ускладе са њима. Вид. Сања Марјановић, „Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege feranda*“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 65/2013, 400.

Аутори новог црногорског закона – Закона о међународном приватном праву,²⁶ полазе од одредаба ЗМПП и велики број одредаба преузимају у неизмењеном облику, али врше и одређене измене и допуне у односу на стари закон. Између осталог, чланом 10 црногорског закона прописује се и до тада нерегулисан институт – нормe непосредне примене. Прецизира се да је *обавезна примена* норми које су везане за заштиту јавног интереса Црне Горе, као што су заштита политичког, друштвеног и економског система државе. Затим се прописује да изузетно могу да се *узму у обзир* и нормe непосредне примене друге државе са којом је однос блиско повезан. Ситуације када то изузетно треба учинити се цене према природи и сврси норми, као и последицама њихове примене или непримене.²⁷ Такође, црногорским законом је прописано да се одредбе које регулишу уговорне односе тумаче и примењују у складу са Рим I Регулацивом,²⁸ те свака нејасноћа може да се разреши ослањајући се на тумачења овог европског извора права, што представља корак ка даљој унификацији међународног права.

Занимљиво је поменути и да црногорски закон више не садржи одредбу којом се санкционише изигравање закона. То брисање, односно изостављање се правда постојањем општих правних начела (као што су принцип забране злоупотребе права) и других института (као што су нормe непосредне примене) којима се постиже исти циљ, те се сматра да је непотребно регулисати и *fraus legis*.²⁹ Овим се избегава тешко доказивање намере изигравања домаћих прописа, али се истовремено омогућава другачији вид коректива колизионоправне технике кроз регулисање норми непосредне примене. Потреба увођења нових института МПП који регулишу општа питања и помажу судији да што прецизније дође до меродавног права путем самосталних колизионих норми тренд је који се може уочити и у нацрту новог закона о међународном приватном праву Републике Србије. Наиме, законодавац тежи да предвиди нове механизме којима ће кориговати дејство непосредне тачке везивања и доћи до права које је више одговарајуће датом односу.³⁰

26 Закон о међународном приватном праву, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2014.

27 Члан 10 црногорског Закона о међународном приватном праву.

28 Члан 49 црногорског Закона о међународном приватном праву.

29 Маја Костић-Мандић, „Осврт на ново међународно приватно право Црне Горе“, *Нова правна ревија – часопис за домаће, немачко и европско право*, бр. 2/2011, 73.

30 На пример Нацртом новог закона о међународном приватном праву Србије се уводи институт опште клаузуле изузетка, чија је сврха да у изузетним околностима дозволи поступајућем органу да одступи од колизионе нормe, односно одступи од примене права на

Словенија и Хрватска, сада већ чланице Европске уније, су у специфичној ситуацији у односу на друге земље из региона. Наиме, обе државе имају националне законе,³¹ чији су текстови израђивани по узору на европске прописе, и који се примењују за сва она питања која нису регулисана европским правом.

У новом закону Македоније³² чланом 14 се регулишу норме непосредне примене. Међутим, македонски законодавац само прописује да ће се обавезно примењивати императивна правила Републике Македоније, која су предвиђена законом који регулише међународно приватно право или неким другим законом ове земље. Тиме се очигледно избегава примена норми непосредне примене страног права. Ипак, у изради је и нови македонски закон који ће уређивати односе са елементом иностраности и који уноси неке измене у досадашње уређење института норми непосредне примене. Наиме, чланом 13 Нацрта новог закона се дозвољава и примена норми непосредне примене другог права које је тесно повезано са датим уговорним односом, а не само примена ових норми искључиво домаћег права. Усвајањем поменутог нацрта, Македонија ће се своје право усагласити са европским трендовима у регулисању норми непосредне примене.

Након представљених решења у различитим правним системима у региону, можемо уочити тенденцију регулисања норми непосредне примене, али не на један једнообразан начин. Како смо видели, неке земље дозвољавају и узимање у обзир норми непосредне примене страног права, а неке се заустављају само на прописивању примене ових норми које искључиво припадају домаћем поретку. Ипак, руководећи се европским прописима, национална законодавства на себи својствен начин прописују примену или узимање у обзир норми непосредне примене и теже унификацији начина регулисања норми непосредне примене, што је случај и са Србијом.

које колизиона норма упућује и примени неко друго право које је тешње повезано са конкретним случајем. Више о општој клаузули изузетка вид. Маја Костић-Мандић, *Општа клаузула одступања од мјеродавног права*, Подгорица, 2012.

31 У Хрватској је и даље на снази ЗМПП, док је израда новог закона у току. Вид. нацрт новог закона Хрватске на <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=3787>, 15.04.2017, а у Словенији примењује нови закон који је донет 1999. године.

32 Закон о међународном приватном праву, *Службени Весник Републике Македоније*, бр. 87/07 и бр. 156.

3. Регулисање норми непосредне примене у српском праву

С обзиром да је у Србији и даље у примени ЗМПП, у нашем праву норме непосредне примене нису експлицитно регулисане законом. Изастанак одредбе о нормама непосредне примене у ЗМПП може се оправдати чињеницом да је наш закон писан крајем седамдесетих година, односно у исто време када је писана Римска конвенција, која је овај институт прва регулисала.³³ Као што је то био случај и у неким поменутиим земљама из региона, и код нас ће се ствари променити доношењем новог закона, чији је Нацрт објављен. Поред норми непосредне примене, Нацртом новог закона се предвиђа и регулисање још неких института који су до сада били непознати нашем праву.³⁴

Израда Нацрта новог домаћег закона је, као што је то случај и са другим земљама из региона, у великој мери била под утицајем европског права, односно Рим I Регулative. Можемо рећи и да се на овај начин тежило усклађивању националног права са правом Европске уније у области међународног приватног права, из разлога што ће се уредбе Европске уније непосредно примењивати и код нас, ако и када Србија постане пуноправна чланица Европске уније.

Према Нацрту, норме непосредне примене ће се детаљно регулисати чланом 44 новог закона, који и носи назив – *норме непосредне примене*. Тим чланом се само прописује када ће се овај институт применити, док дефинисање норми непосредне примене изостаје. Наиме, пописује се да ће се норме непосредне примене права Републике Србије *применити* на све случајеве који улазе у њихово поље примене, без обзира на право које је иначе меродавно. То је неспоран став, који је, како смо и из раније реченог могли да видимо, оправдан и очекиван, с обзиром да свака држава жели да обезбеди примену сопствених принудних прописа на својој територији. Штавише, на тај начин се и до сада несумњиво поступало у домаћој пракси, иако институт норми непосредне примене није био изричито регулисан. То даље значи да се предложеним изменама само уноси јасноћа у примени норми непосредне примене, а не прописује приме-

33 Вид. М. Драшкић, М. Станивуковић, 132.

34 То су на пример општа клаузула изузетка, уобичајено боравиште, лично име и др. Такође, поред уношења нових института који прате развој међународног приватног права и нове тенденције на плану међународног права, предлог новог закона олакшава примену и омогућава бољу прегледност груписањем одељака, те давањем наслова члановима.

на потпуно непознатог инструмента међународног приватног права до сада непознатог домаћим правницима.

Поред могућности примене норми непосредне примене домаћег права, по угледу на Рим I Регулативу, наш законодавац предлаже и *примену или узимање у обзир* норми непосредне примене друге државе са којом је однос блиско повезан. Дакле, допуштена је примена норми непосредне примене меродавног права, као и било ког другог права под условом да је оно блиско повезано са уговорним односом. Критеријуми о којима се води рачуна приликом одлучивања о примени или узимању у обзир норми непосредне примене, су исти као у Рим I Регулативи, што значи да је релевантна њихова природа и сврха, као и последице њихове примене или непримене. Ипак, морамо приметити да се српски законодавац определио за ширу одредницу од оне прописане у Рим I Регулативи, те да у обзир долази примена, односно узимање у обзир норми непосредне примене било ког права, а не само оне државе у којој треба извршити или су извршене обавезе које проистичу из уговора, уколико норме непосредне примене тог права сматрају испуњење уговора незаконитим.

IV Могуће дилеме законодавца приликом регулисања и примене норми непосредне примене

1. Потреба законског регулисања норми непосредне примене као општег института међународног приватног права

Још је у 19. веку Фридрих Карл вон Савињи³⁵ (*Fridrich Carl von Savigny*) развио концепт норми чија је примена обавезна и које се морају применити без обзира на колизионоправну методу,³⁶ а пре скоро 60 година, Фосион Франсескакис (*Phocion Francescakis*) је такође уочио проблем норми непосредне примене и детаљно га обрадио у својој књизи.³⁷ То значи да ова проблематика није новијег датума, али је, међутим, законско регулисање ових норми почело тек седамдесетих година прошлог века. Зато се у теорији исправно наводи да се данас у први план ставља прак-

35 Он је овај концепт развио у својој књизи „Систем савременог римског права“ (*„System des heutigen römischen rechts“*).

36 Вид. више у L. M. van Vochove, 148; Александар Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд, 2008, 341.

37 Његова студија под називом „Теорија ранвоа и сукоб система у међународном приватном праву“ (*„La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé“*) је објављена 1958. године.

тични значај овог института, а не теоријске концепције, које су давно постављене.³⁸

Као што смо видели из раније изложеног, након доношења Римске конвенције, а затим и Рим I Регулative, који представљају значајне аутономне изворе права Европске уније, покренута је тенденција регулисања норми непосредне примене. Међутим, може се поставити и питање да ли је заиста неопходно прописивати примену норми непосредне примене, јер како из њиховог самог назива и дефиниције закључујемо, оне саме себи одређују поље примене, те саме претендују да буду примењене у одређеним ситуацијама. Овде желимо да скренемо пажњу и на разлику између дефинисања и регулисања института норми непосредне примене у кодификацијама, међународним уговорима, уредбама или законима који се баве одређивањем меродавног права са једне стране и уређивања одређене материје која је предмет заштите норми непосредне примене са друге стране. Кодификовање општег института међународног приватног права свакако да није исто што и прописивање конкретне норме непосредне примене (на пример регулисање неког девизног прописа, фитосанитарног, прописа заштите конкуренције и сл.). Многим националним законима којима се регулишу специфичне области права се прописује примена норми непосредне примене³⁹ и те одредбе се онда обавезно примењују у складу са вољом законодавца. Такве одредбе, које саме одређују критеријуме за своју примену су ретке, јер законодавац не може да предвиди све последице закона које доноси, као ни све потенцијалне ситуације у којима може доћи до његове примене. Из тог разлога, и у оним случајевима када није изричито прописано поље примене неког закона или одредбе, остављена је могућност судијама да испитују намеру законодавца у погледу њеног домашаја.⁴⁰ У том случају, ако судија дође до закључка да постоји норма непосредне примене која регулише дати однос, он ће је применити и поред правила о одређивању меродавног права. Дакле норме непосредне примене заправо јесу материјалноправне норме, које се примењују на основу експлицитне воље законодавца. Стога је оправдано поставити питање да ли је уопште сврсисходно прописивати примену норми непосредне примене регулишући на тај начин норме чија се при-

38 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 166.

39 У Србији се, на пример, норме непосредне примене регулишу Законом о страним улагањима, Законом о раду, Законом о заштити конкуренције, Законом о девизном пословању и др, који одређују њихово поље примене.

40 М. Станивуковић, М. Живковић, 386; Ph. Francescakis, 10.

мена, начелно речено, подразумева и у пракси спроводи без изричитог законског регулисања, односно кодификовања општег института као таквог.

Као један од полазних аргумената у прилог законском регулисању норми непосредне примене треба узети и општи став да је боље прописати законску одредбу која неко питање експлицитно регулише, него свесно остављати правну празнину, која може водити различитим тумачењима. Регулисањем одређеног правила се обезбеђује правна сигурност и предвидљивост конкретног правног поретка, а његовим јасним прописивањем се избегавају потенцијална различита тумачења и гарантује адекватно поштовање датог прописа.

Даље, сматрамо да је у конкретном случају норми непосредне примене веома важно регулисати их законом, нарочито због спречавања судија и арбитра да арбитрарно тумаче да ли су уопште у обавези да примене норме непосредне примене или не, и у којим ситуацијама су то дужни да чине. Такође, може се поставити дилема да ли су у обавези да примене норме непосредне примене само домаћег права или су дужни да исто учине и са нормама непосредне примене страног права.⁴¹ Затим, ако треба применити норме страног права, може се поставити питање да ли се примењују норме непосредне примене било ког повезаног страног права или само меродавног и под којим условима.

Поред тога, и тренутно стање у пракси говори у прилог кодификовању норми непосредне примене као општег института међународног приватног права. Оне представљају један веома контроверзан институт између осталог и због тога што ограничавају слободу уређивања уговорних односа, односно нарушавају принцип аутономије воље који представља један од главних принципа уговорног права. Стога, скоро сви закони који регулишу материју међународног приватног права који су донети у скорије време, угледавши се на европски пропис, садрже одредбу која детаљно регулише примену норми непосредне примене као општег инсти-

41 На примеру тренуто важећег македонског закона можемо да видимо да је изричито законско регулисање норми непосредне примене ипак пожељно. Наиме, уношењем у закон правила о нормама непосредне примене и прописивањем случајева када се оне примењују, македонски законодавац не оставља дилему да ли треба применити или узети у обзир и норме непосредне примене страног права. Он, прописивањем да се само норме непосредне примене домаћег права примењују, може указивати на намеру законодавца да се искључи примена ових норми страног права.

тута међународног приватног права. Закључујемо да је законско регулисање норми непосредне примене веома пожељно, ако не и неопходно.

2. Примена или узимање у обзир норми непосредне примене?

Када се законодавац одлучи за регулисање института норми непосредне примене, он се сусреће са још неким недоумицама везаним за начин регулисања њихове примене. Наиме, постоје две формулације, које се разликују по обавезности примене, односно по ефектима примене. Једна од могућности је да се пропише да ће се норме непосредне примене *примењивати* у одређеним ситуацијама, док друга формулација предвиђа њихово *узимање у обзир*. Даље, остаје питање када је оправдано, односно када је целесходније прописати *примену*, а када *узимање у обзир* норми непосредне примене.

а) (Не)постојање разлике у дејствима између примене и узимања у обзир норми непосредне примене

Овде бисмо, пре свега, указали на једну недоследност тренутно важећег ЗМПП-а. Наиме, анализирајући одредбу која регулише узвраћање и преупућивање – ранвоа (*renvoi*), може се доћи до закључка да је у нашем праву изједначено дејство *примене* и *узимања у обзир*. У члану 6 ЗМПП, наш законодавац наводи „...узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права [односно колизионе норме меродавног страног права].“⁴² Иако из ове формулације може произићи да примена колизионих норми меродавног права није обавезна, јер се говори само о *узимању у обзир*, а не о обавезној *примени*, у теорији је начелан став да је овим предвиђена *обавеза* суда да, приликом упућивања на страног право, *примени* колизиону норму стране државе на коју је упутила наша колизиона норма.⁴³ Овакав став је у складу и са осталим одредбама ЗМПП-а, прецизније у складу са чланом 9 ЗМПП, који прописује да се право стране државе примењује према смислу и појмовима које садржи. Аналогно

42 Члан 6 ЗМПП у целости гласи: „Ако би по одредбама овог закона требало применити право стране државе, *узимају се у обзир* његова правила о одређивању меродавног права. Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право Савезне Републике Југославије, примениће се право Савезне Републике Југославије, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права.“

43 Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић, *Коментар закона о међународном приватном праву и процесном праву*, Београд, 1991, 27; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 146; А. Јакшић, 301.

са тим тумачењем, у контексту норми непосредне примене се може закључити да је неважно коју формулацију ће законодавац употребити, јер чак и ако је употребљена формулација „узети у обзир“, може се тумачити да судија има обавезу да примени норме непосредне примене. Ова опсервација, односно дилема везана за термилошку разлику постоји само када се ради о нормама непосредне примене страног права, јер како смо видели из раније изложеног норме непосредне примене домаћег права се без изузетка обавезно примењују од стране домаћег судијског органа.

Ипак, мишљења смо да *примена* и *узимање у обзир* имају различита дејства, те да се значење ове две формулације мора другачије интерпретирати. На примеру једног другог општег института МПП, овакав став у тумачењу заузима неколико аутора у погледу изложене одредбе о узвраћању и преупућивању (*renvoi*). Аутори се у овој ситуацији воде стриктним тумачењем законског текста и сматрају да израз „узимају у обзир“ употребљен у члану 6 ЗМПП, не води обавезној, већ факултативној примени узвраћања и преупућивања.⁴⁴ Дакле, по овом схватању, тумачећи члан 6 ЗМПП, колизионе норме страног права треба увек само *узети у обзир*, али не и *применити*, чиме се подвлачи јасна разлика између ове две формулације. Шта више, неки аутори су исправно поистоветили значење израза *узимати у обзир* код установе ранвоа и института норми непосредне примене,⁴⁵ те констатовали да је, у складу са употребљеним изразом у оба случаја, њихова примена факултативна, а не обавезна.⁴⁶ У случају норми непосредне примене, то би даље значило да је судији остављена слобода да на основу своје слободне оцене одлучује да ли ће конкретну норму применити или не.

Међутим, по Нацрту новог закона није могуће направити аналогно тумачење са одредбом која регулише ранвоа, с обзиром да наш законодавац у Нацрту није предвидео могућност узвраћања и преупућивања.⁴⁷ У случају црногорског закона, можемо упоредити одредбе које уређују ранвоа и одредбе које се баве регулисањем норми непосредне примене, те доћи до закључка шта се заправо подразумева под *применом*, односно

44 М. Станивуковић, М. Живковић, 285; К. Сајко, 203.

45 Поређење је направљено са некадашњим чланом 7 Римске конвенције, а садашњим чланом 9 Рим I Регулative.

46 Вид. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, 27.

47 Видети члан 37. Нацрта новог закона, који регулише установу ранвоа и који прописује да се право стране државе примењује уз искључење његових правила о одређивању меродавног права, осим ако је ЗМПП-ом или другим законом другачије одређено.

под *узимањем у обзир*. Наиме, иако се црногорски законодавац доста угледао на ЗМПП, закључујемо да је он пазио и на могуће нејасне формулације које су у њему постојале и трудио се да их измени. Пример за то је управо одредба новог црногорског закона, која се односи на узвраћање и (пре)упућивање, која више не прописује могућност *узимања у обзир* права стране државе, већ говори о *примени* страног права.⁴⁸ Тиме је јасно постављена разлика између две поменуте законске формулације, јер се законодавац у случају ранвоа и норми непосредне примене определио за ону коју сматра прихватљивијом за дату ситуацију.

Како наш ЗМПП до сада није регуисао норме непосредне примене, изложена дилема није имала озбиљне практичне импликације на примену овог института. Међутим, из предложеног члана 44 новог закона, видимо и да се Нацртом води рачуна о формулацији када је реч о начинима употребе норми непосредне примене и да је јасно постављена разлика између *примене* и *узимања у обзир*, а да наш законодавац прописује обе могућности. Наиме, Нацрт предлаже *примену* или *узимање у обзир* норми непосредне примене друге стране државе са којом је однос блиско повезан. Дакле, у случају норми непосредне примене страног права, остаје на пракси да покаже како ће судија да цени природу и сврху ових норми и када ће у складу са тим сматрати целисходним да норме непосредне примене страног права узме у обзир, а када да их примени.

б) *Спремност државе да примени односно узиме у обзир норме непосредне примене*

Сматрамо да је *примена* норми непосредне примене општеприхваћена када се ради о принудним прописима *lex fori*. Ово закључујемо, јер се без изузетка у свим законима или конвенцијама којима су норме непосредне примене регулисане, као и у теорији, говори о примени норми непосредне примене домаћег правног поретка. То даље значи да се домаће норме које штите важне друштвене и економске интересе *морају применити* у сваком случају и то чак и пре одређивања меродавног права. Такође, норме непосредне примене ће се увек применити када се предвиђа грађанскоправна последица у случају њене повреде.⁴⁹ Овде је видан интерес државе да заштити вредности које она сматра изузетно битним, те ће настојати да сачува вредности које она својим правним поретком прописује. На пример, домаћи суд ће увек поништити уговор

48 Члан 4 црногорског Закона о међународном приватном праву.

49 А. Јакшић, 346.

уколико он није у складу са домаћим прописима о антимонополском законодавству, које год право да је меродавно. Са друге стране, ситуација је другачија када се ради о нормама непосредне примене које су део страног права, чији основ за примену лежи у принципу екстратериторијалности, а некада се оправдава и начелом заштите националних интереса у иностранству.⁵⁰ У тим ситуацијама долазимо до дилеме да ли је целисходније прописати примену или узимање у обзир ових норми.

Пре свега, када се разматра целисходност регулисања норми непосредне примене, треба имати у виду да је већа спремност државе да узме у обзир, па чак и да примени норме непосредне примене меродавног права (*lex causae*), него норме непосредне примене неког трећег права. Штавише, већина земаља у потпуности забрањује *непосредно примењивање* норми непосредне примене страног права, уколико то право није меродавно.⁵¹ У неким правним системима се тада евентуално дозвољава *узимање у обзир*, односно *давање дејства* тим нормама под одређеним условима, о којима ће више речи бити касније у оквиру излагања о регулацији на нивоу Европске уније. Дакле, норме непосредне примене страног меродавног права, а нарочито права неке треће државе, се најчешће *само узимају у обзир*, док се примењује домаће или друго страно право. У том случају се норма непосредне примене третира као било која друга чињеница, а не примењује се непосредно на конкретан однос. Она се посматра само као оперативни елемент по коме се случај решава у складу са правилима меродавног права.⁵² Додатно, норме непосредне примене се у сваком случају *узимају у обзир* када се њихова правна последица састоји у казненој санкцији или се ради само о *lex imperfecta*, када судије или арбитри одлучују само о грађанскоправним последицама постојања тих норми.⁵³

После наведених тумачења и предочених разлика у дејствима између *примене* и *узимања у обзир*, још једном видимо да је боље јасно и недвосмислено у закону прописати примену норми непосредне примене и отклонити могуће недоумице, него оставити овај институт нерегулисан. На крају, сугеришемо да је из перспективе домаћег правног поретка боље прописати само *узимање у обзир* норми непосредне примене страног права, него њихову примену. Са друге стране, у судском поступку се *узимање у обзир* неке чињенице свакако не може забранити, па се тако не

50 М. Станивуковић, М. Живковић, 382-383.

51 *Ibid.*, 395

52 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 174; V. Pavić, 4.

53 А. Јакшић, 345.

може забранити ни судији да *узме у обзир* норме непосредне примене било ког права. Из реченог произлази да ће и у случају када норме непосредне примене нису експлицитно регулисане законом, увек бити допуштено и прикладно *узети их у обзир*, када околности случаја указују на то и када судија то сматра сврсисходним, те их приликом решавања сваког конкретног случаја *може имати у виду*.

V Закључна разматрања

До скоро, мали број закона је регулисао норме непосредне примене, али се у последње време доносе нови закони, који уносе новине у пређашњи начин регулисања материје међународног приватног права. Како је објашњено у раду, и поред тога што норме непосредне примене саме претендују да буду примењене, веома је пожељно, ако не и неопходно, детаљно регулисати овај институт. Ово пре свега треба учинити из разлога правне сигурности, да би се са сигурношћу знало када је примена норми непосредне примене обавезна, ком праву треба да припадају те норме, под којим условима ће се оне применити. У раду је уочено да скоро сва законска решења европских и других регионалних држава помињу примену норми непосредне примене домаћег права, те да је она неспорна. Са друге стране, код примене норми непосредне примене које припадају неком другом, страном праву могу се јавити одређене недоумице, а неке државе чак изостављају њихово регулисање. Судија или арбитар у том случају пред собом има отворено питање да ли је уопште дозвољена примена принудних прописа страног права и ако јесте, да ли је он дужан да их примени или не. У складу са тим, законодавац може прописати примену или узимање у обзир норми непосредне примене, те прописати дужност судијском органу да примени ове норме или само да их посматра као још једну чињеницу приликом решавања спора. Обично се предвиђа само узимање у обзир норми непосредне примене страног права, с обзиром на спремност државе да примени неки императивни пропис стране државе на својој територији.

На крају треба нагласити да је видан тренд регулисања норми непосредне примене како на нивоу Европске уније, тако и у земљама у региону где је у складу са развојем међународног приватног права значај регулације ових норми препознат. У Србији тренутно норме непосредне примене нису регулисане, али је у Нацрту новог закона о међународном приватном праву предложено њихово ближе одређивање, којим се дозвољава примена или узимање у обзир норми непосредне примене и до-

маћег права и страног права које је блиско повезано са уговорним односом.

Andrea NIKOLIĆ

PhD student at Faculty of Law University of Belgrade

POTENTIAL DILEMMAS REGARDING THE REGULATION OF OVERRIDING MANDATORY RULES – CURRENT STATUS AND PERSPECTIVES

Summary

This paper will describe the issue of overriding mandatory rules, whose application is indisputable when it comes to mandatory rules that are the part of the domestic legal system, while on the other hand, application of overriding mandatory rules of the foreign law brings certain dilemmas. The author will analyze the conditions under which the mentioned rules may be applied or taken into account and examine whether there is need to regulate this institute, given that overriding mandatory rules tend to be directly applied by themselves, and that is exactly the case in practice, where those rules are applied even without explicit regulation in laws. Furthermore, the current status of overriding mandatory rules in national laws in the region and the European Union will be presented, as well as the current status in Serbia and its recommended changes in the law that regulates relations with foreign element.

Key words: *overriding mandatory rules, foreign public law, directly applicable rules, exceptions of application of the foreign law, Rome I Regulation, ZMPP.*

XXVI СУСПРЕТ
ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ ПОДРЖАВАЈУ



Intermex, Београд

"Имлек" а.д., Београд

"Energoprojekt Holding" а.д., Београд

Привредна комора Србије

Привредна комора Београда

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну
теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко
Васиљевић. - Год. 31, бр. 1/2 (1993) - . - Београд :

Удружење правника у привреди Србије, 1993- (Београд :
Cicero). - 24 cm

Тромесечно. - Је наставак: Privredno pravni priručnik =

ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343