

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLVIII

Број
1-3

2011

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Душан ПОПОВИЋ, Марко ЈОВАНОВИЋ

Осврт на правилник о поступку за решавање спорова
поводом регистрације .rs домена. 7

Датјан МОЏИНА

Garancija za ispravno funkcioniranje u jugoslavenskom i
europskom pravu. 29

Владимир САВКОВИЋ

Режим одговорности бродара за губитак, оштећење или
кашњење у испоруци робе у Конвенцији Уједињених нација
о међународном превозу робе у цјелини или дјелимично
морским путем. 52

Ивана РАКИЋ

Употреба аргумента друштва у финансијским тешкоћама у
контроли концентрација у праву Сједињених Америчких
Држава 67

Немања НИКОЛИЋ

Prepack: америчко и српско решење 85

Милуџин СТЕФАНОВИЋ	
Правни оквир социјалне тржишне привреде	100
Синиша С. ДОМАЗЕТ	
Материјална селективност мере државне помоћи као услов за примену члана 107(1) Уговора о функционисању ЕУ	116
Јована ЂУРИЧИЋ	
Развој појма колективне доминације тумачењем члана 82 УЕЗ у пракси суда Европске уније	130
Дамир ШИТЕ	
Потрошач <i>ante portas</i>	148
ПРИЛОЗИ	
Душан ПОПОВИЋ	
Право конкуренције	163
Љубинка КОВАЧЕВИЋ	
Радно и социјално право	169
Нађаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ	
Право осигурања	176
ПРАВНА ПРАКСА	
Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ	
Решење неких проблема у спровођењу поступка стечаја у случају дуготрајне неспособности плаћања	184
Милица ЂОСОВИЋ-КИТИЋ	
Извод из праксе Суда части при Привредној комори Београда	191
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	201

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Dušan POPOVIĆ, Marko JOVANOVIĆ

Analysis of the New Rules on .rs Domain Name Dispute
Resolution 7

Damjan MOŽINA

Guarantee for Proper Functioning of the Sold Good in Yugoslav
and European Law 29

Vladimir SAVKOVIĆ

Carrier Responsibility for the Damage, Loss or Delay in
Delivery of Goods in the UN Convention on Contracts for the
International Carriage of Good Wholly or Partly by the Sea 52

Ivana RAKIĆ

The Application of the Failing Firm Defence in the Control of
Concentrations in the United States of America 67

Nemanja NIKOLIĆ

Prepack: American and Serbian Solution 85

Milutin STEFANOVIĆ

Legal Framework of Social Market Economy 100

Siniša S. DOMAZET

Material Selectivity Measures of State Aid as a Condition for the Application of Article 107 (1) of the Treaty on the Functioning of the EU 116

Jovana ĐURIČIĆ

Development of the Concept of Collective Dominance through Interpretation of Article 82 EEC Treaty in the Court of the European Union Practice 130

Damir ŠITE

Consumer *ante portas* 148

NOTES

Dušan POPOVIĆ

Competition Law 163

Ljubinka KOVAČEVIĆ

Labour and Social Law 169

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ

Insurance Law 176

LEGAL PRACTICE

Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ

Solving Some Problems with Conducting Insolvency Proceedings in Case of Permanent Inability to Pay 184

Milica ĆOSOVIĆ-KITIĆ

Practice of the Court of Honour of the Belgrade Chamber of Commerce 191

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 201

ЧЛАНЦИ

УДК 347.77/.78:004.738.5(497.11)“2010”

др Душан ПОПОВИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

Марко ЈОВАНОВИЋ, LL.M.

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОСВРТ НА ПРАВИЛНИК О ПОСТУПКУ ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПОВОДОМ РЕГИСТРАЦИЈЕ *.rs* ДОМЕНА^{*}

Резиме

Крајем 2010. године ирисиуило се свеобухвајној реформи алтернативној сисџема решавања спорова поводом рејисџирације *.rs* домена. Основана је Комисија за решавање спорова као сиецијализовано сџално шело ири Привредној комори Србије и донет је нови Правилник о по-стиујку за решавање спорова поводом рејисџирације *.rs* домена. У појледу материјалнојравних одредаба, нови Правилник ујлавном ираји решења UDRP иравила, чиме се омојућава ослањање на међународну ираксу у овој области. Пракса шела која ирмењују UDRP иравила, као и досадашња иракса арбијиражних већа поод окриљем Рејисџира националној инџернетј домена Србије биће зајто од велике користи у будућем шумачењу ових услова. У појледу ироцеснојравних одредаба, нови Правилник, који је Скуишџина Рејисџира националној инџернетј домена Србије усвојила у децембру 2010. године, знајто дејтаљније уређује иравила постиујка. Нарочитио је афирмисано начело економичности иројисивањем релативно крајџких рокова за поједине ироцесне радње као и за окончање

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног сисџема Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

самој њосџујка, а разрешен је и сџоран однос алџернаџивој и судској њосџујка за решавање сџорова у овој обласџи.

Кључне речи: назив инџернетџ домена, жиџ, џраво инџелекџуалне својине, инџернетџ, алџернаџивни начин решавања сџорова.

I Уводна разматрања

Иако се данас свакодневни приватни и пословни живот не може замислити без интернета, ретко ко се од његових корисника запита како заправо интернет функционише. Најједноставније речено, интернет је мрежа међусобно повезаних мрежа, тј. рачунара који међусобно комуницирају путем протокола *TCP/IP*. Рачунари који су повезани на интернет и носе одређени садржај¹ имају свој назив и адресу. Називи служе да би олакшали „обичним“ корисницима памћење адресе. Због тога се уместо низа бројева користе слова односно речи које се лакше могу запамтити. Те речи представљају називе (имена) интернет домена. Пошто сваки такав рачунар има назив и адресу, потребно је успоставити систем „превођења“ назива интернет домена у нумеричке адресе. То се постиже коришћењем ДНС система назива интернет домена. Дакле, корисник интернета ће запамтити одређени назив интернет домена, а ДНС систем ће га затим „превести“ у нумеричку адресу и повезати рачунаре. На пример, уместо памћења нумеричке адресе 147.91.244.8, лакше је запамтити *www.ius.bg.ac.rs*.

Сложеним и хијерархизованим системом интернет домена управља Интернет корпорација за додељена имена и бројеве.² У оквиру тог система могуће је разликовати домене првог нивоа (енгл. *TLD – Top Level Domain*), другог нивоа (енгл. *SLD – Second Level Domain*) итд. Домени првог нивоа могу бити генерични (енгл. *gTLD – generic TLD*) и географски (енгл. *ccTLD – country code TLD*). Генерични домени првог нивоа су, по правилу, резервисани за један тип активности или корисника, на пример *.mil* за америчку војску, *.edu* за образовне установе, *.org* за непрофитне организације, *.int* за међународне организације, *.aero* за аеродроме, *.biz* за пословне кориснике, *.info* за медијске куће, *.museum* за музеје... Најпопуларнији генерични домен првог нивоа *.com* је испрва био намењен комерцијалним активностима, али се данас регистрација на том домену врши и у односу на друге најразличитије активности. Током 2005. и 2006. године успостављена је нова генерација генеричних домена, као на пример *.travel* за туристичку индустрију, *.post* намењен чланицама Међународне поштанске уније, *.asia* резервисан за активно-

1 Енгл. *host computer*.

2 Сајт организације доступан је на адреси *www.icann.org*.

сти везане за азијски континент, *.cat* за каталонску културну и језичку заједницу. С друге стране, географски интернет домени првог нивоа додељују се државама.³ У оквиру сваке државе постоји једна непрофитна организација која управља националним географским доменом. Географски домени углавном одговарају уобичајеним скраћеницама назива држава, нпр. *.de* за Немачку, *.fr* за Француску, *.uk* за Велику Британију итд.⁴ Географски интернет домен Србије је *.rs* и он је заменио до тада коришћени домен првог нивоа *.yu*. Географским доменом Србије управља РНИДС – Регистар националног интернет домена Србије.⁵

Регистри који управљају генеричним или географским доменима првог нивоа прописују услове регистрације домена другог нивоа. Гледано здесна налево, домен другог нивоа следи после домена првог нивоа. На пример, код интернет адресе *www.politika.rs*, домен првог нивоа је *.rs* док је домен другог нивоа *politika*. Као што смо раније објаснили, како корисници интернета не би морали да памте низове цифара, уведен је систем назива интернет домена који користи слова, тј. речи, или евентуално комбинацију слова и бројева.⁶ Одабрани називи интернет домена другог нивоа, који се путем ДНС система „преводе“ у низове цифара, могу бити идентични предмету туђег жига, те може доћи до спора између лица које је регистровало назив домена другог нивоа (регистранта) и титулара жига.⁷ Уколико би се такав спор решавао пред судом, применила би се правила жиговног права и/или правила о нелојалној конкуренцији. Било би, међутим, веома тешко одлучити да ли усвојити

3 Једини изузетак представља Европска унија којој је одобрен географски назив интернет домена првог нивоа *.eu*. На овом месту нећемо анализирати правну природу ЕУ, већ ћемо се задржати на оцени да није у питању држава.

4 Детаљније о појму и врстама назива интернет домена: David Lindsay, *International Domain Name Law*, 1st edition, Portland, 2007, стр. 3–25; Torsten Bettinger, *Domain Name Law and Practice*, 1st edition, Oxford, 2005, поглавље II; Душан Поповић, *Les noms de domaine et le droit de propriete intellectuelle*, 1. издање, Београд, 2005, стр. 9–25.

5 Сајт организације доступан је на адреси *www.rnids.rs*.

6 До скоро је за регистрацију назива домена другог нивоа било могуће користити само слова латинског алфабета, цифре од 0 до 9 и знак цртицу. Међутим, ICANN је 2004. године одобрио увођење интернационалних домена, тако да је сада регистрација могућа и на другим писмима, на пример на ћирилици, арапском писму, грчком писму, хебрејском писму, кинеском писму итд. Како би се омогућила регистрација на ћирилици, РНИДС је поднео захтев за одобравање ћириличног географског домена првог нивоа *.срб*. ICANN је овај захтев одобрио 8. новембра 2010. године, а регистрација првих ћириличних назива домена другог нивоа очекује се у другој половини 2011. године.

7 Жиг је субјективно право којим се штити ознака којом се обележава роба или услуге одређеног произвођача односно пружаоца услуга. Предмет жига је ознака. У свакодневном говору, па чак и од стране неких правника, термин „жиг“ користи се двоструко – и да означи субјективно право и да означи предмет тог права. У овом раду неће бити таквог поистовећивања.

тужбени захтев титулара жига или пресудити у корист туженог, а савесног регистранта, и то из неколико разлога. Најпре, начело специјалности жига у колизији је са начелом јединствености назива интернет домена. Наиме, у оквиру једног назива домена првог нивоа могуће је регистровати само један исти назив домена другог нивоа. Регистрација се врши применом правила „први у времену, јачи у праву“. Насупрот томе, у жиговном праву могуће је регистровати два истоветна знака за означавање производа/услуга који припадају различитим категоријама производа/услуга. Начело специјалности жига не примењује се само у односу на чувене ознаке, којима се заштита пружа и ван категорије производа/услуга за које су регистроване. Потом, начело територијалности жига не одговара глобалном карактеру интернета. Док се титулару жига заштита пружа на одређеној, најчешће националној, територији за коју је регистрација извршена,⁸ интернет не познаје националне границе, те регистрација назива домена производи последице у читавом свету. Најзад, управо због доступности интернета у читавом свету, отвара се питање утврђивања надлежности судова, јер су последице повреде наступиле у свакој држави у којој је интернет доступан. Не треба занемарити ни проблем дужине трајања судских поступака, те могућности да се током трајања поступка назив домена пренесе на треће лице које није странка у поступку, уколико забрана преноса не би била изречена привременом мером.⁹

Сви ови аргументи указују на неприлагођеност класичних судских поступака решавању спорова у вези са називима интернет домена који имају глобални карактер и захтевају брзо реаговање. Због тога је у сарадњи Светске организације за интелектуалну својину (WIPO) и Интернет корпорације за додељена имена и бројеве (ICANN) осмишљен алтернативни начин решавања спорова у вези са називима интернет домена, познат под енглеском скраћеницом UDRP (енгл. *Uniform Dispute Resolution Policy*). UDRP правилима могу се решавати само спорови до којих долази када се изврши *mala fide* регистрација назива домена. Заправо, UDRP правила примењују се само у случајевима тзв. сајберсквотинга, тј. злонамерног регистровања назива домена који је истоветан или сличан туђем предмету жига, у мери да може створити забуну и довести у заблуду учеснике у промету. С обзиром да је Правилник о поступку за решавање спорова поводом регистрације *.rs* домена писан по узору на UDRP правила, материјалноправни услови ће бити

8 Комунитарни жиг, на пример, представља одступање од напред наведеног.

9 Може се десити и да регистрант сазна за намеру покретања судског поступка, па пренесе назив домена на треће лице и пре него што је тужба поднета. Такође, могуће је да тужба буде поднета суду у држави А, а да регистар домена има седиште у држави Б. Током времена које би протекло у обавештавању регистра у другој земљи о покренутом поступку, регистрант би могао да пренесе назив домена на треће лице.

детаљније анализирани у наредном поглављу. Што се тиче поља примене UDRP правила, ваља истаћи да се она примењују у погледу регистрација на генеричним доменима првог нивоа, а да је око тридесет националних регистара одлучило да се спорови поводом регистрација назива домена на географским доменима којима управљају, такође решавају применом ових правила. Тренутно постоје четири акредитована центра за решавање спорова применом UDRP правила.¹⁰ Они национални регистри који нису приступили UDRP „систему“, утврдили су сопствена алтернативна правила за решавање спорова насталих регистрацијом на географским доменима којима управљају. У већини случајева, та правила су инспирисана UDRP поступком и представљају заправо његову варијанту. Европска унија је, међутим, утврдила сопствена правила за решавање спорова насталих поводом регистрације на .eu географском домену која у материјалноправном смислу значајније одступају од UDRP правила.¹¹ Тако је поступак могуће водити не само у случају када је регистровани назив домена истоветан или сличан предмету туђег жига, већ и када таква истоветност односно сличност постоји и у односу на ознаку заштићену неким другим ранијим правом (другим правом интелектуалне својине, осим жига, или, пак, када је ознака истоветна или слична пословном имену, у мери да може створити забуну и довести у заблуду учеснике у промету).

Регистар националног интернет домена Србије (РНИДС) дозвољава регистрацију на .rs домену физичким лицима држављанима Србије и правним лицима са седиштем у Србији, као и страним држављанима и страним правним лицима, под условом да као административни контакт наведу физичко лице са пребивалиштем у Србији. Скуштина РНИДС-а усвојила је 26. октобра 2007. године први Правилник о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.¹² Правилник из 2007. године је овај АДР поступак погрешно изједначавао са арбитражом. Правилник је био на снази три године, све до усвајања Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена, чија анализа је предмет овог рада. Скуштина РНИДС-а усвојила

10 WIPO Центар за арбитражу и медијацију, Национални арбитражни форум (NAF), CPR Институт за решавање спорова, Азијски центар за решавање спорова о називима домена (ADNDRC).

11 Основни извор представља Уредба бр. 874/2004 (Сл. лист ЕУ, бр. L164/40 од 30. априла 2004. године). За решавање спорова применом Уредбе овлашћен је Чешки арбитражни суд. Сајт суда доступан је на адреси <http://adr.eu>. На истој адреси доступна су и допунска правила поступка.

12 У називу овог Правилника погрешно се користи реч „арбитража“. Наиме, поступак решавања спорова у вези са називима интернет домена није арбитража јер не постоји класична арбитражна (компромисорна) клаузула. Тужена страна, регистрант, прихвата надлежност административног панела који примењује Правилник већ приликом саме регистрације назива домена.

је нови Правилник 18. децембра 2010. године. У складу са споразумом РНИДС-а и ПКС-а, у оквиру Привредне коморе образоваће се Комисија за решавање спорова поводом регистрације .rs домена, чиме ће се рад арбитражних већа и организационо одвојити од РНИДС-а и тиме отклонити сумње у непристрасност арбитра.¹³

II Материјалноправне одредбе Правилника

Материјалноправне одредбе Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена написане су највећим делом по узору на UDRP правила, како би се арбитражна већа могла ослонити на, сада већ богату, праксу тела која примењују UDRP правила. Поврх тога, други кључни разлог за усклађивање са UDRP правилима била је жеља да се пред арбитражна већа износе само „неспорни“ случајеви који не захтевају сложеније анализе. Трајање поступака пред арбитражним већима ограничено је релативно кратким роковима, а *ratio* увођења АДР поступака јесте да се обезбеди делотворан начин решавања спорова о називима домена. Постављање сложенијих правних проблема пред арбитражна већа би, с обзиром на кратке рокове, довело до доношења одлука без довољног сагледавања свих аргумената страна у спору. Из ових разлога, чланом 22 Правилника прописано је да арбитражно веће може донети одлуку о престанку или преносу регистрације спорног домена са регистранта на тужиоца само уколико се докаже да су испуњени следећи услови: а) да је домен истоветан или битно сличан тужиоцевом жигу регистрованом за исту или сличну врсту робе или услуга, што може створити забуну и довести у заблуду учеснике у промету; б) да регистрант нема право или легитиман интерес да користи спорни домен; в) да је регистрант .rs домен регистровао и користио противно начелу савесности, поштења и добрих пословних обичаја. Постављени услови су кумулативног карактера.¹⁴

13 И у важећем Правилнику користе се термини „арбитар“ и „арбитражно веће“, у недостатку бољих. У Правилнику се не користе термини „панел“ и „панелиста“, пошто се њихово значење у српском и енглеском језику не подударају у целини. Напомињемо, међутим, да употреба термина „арбитар“ и „арбитражно веће“ не имплицира арбитражни карактер самог поступка. Као што је већ прецизирано, реч је о посебном типу АДР поступка.

14 У чл. 22 Правилника говори се о истоветности односно битној сличности тужиоцевом жигу иако је заправо реч о истоветности односно битној сличности са предметом туђег жига. Ову терминолошку забуну већ смо објаснили у фусноти бр. 8. Такође, у чл. 22 говори се о домену иако је заправо реч о називу домена. Систем „превођења“ назива домена у низове цифара путем ДНС система већ смо објаснили на више места у овом раду.

Првим условом арбитражно веће обавезано је да утврди да ли постоји истоветност или битна сличност између предмета тужиоцевог жига и регистрованог назива домена.¹⁵ Истоветност или битна сличност мора бити такве природе да може створити забуну и довести у заблуду учеснике у промету. У појашњењу овог услова пођимо најпре од UDRP правила. Наиме, члан 22 Правилника не подудара се сасвим са тачком 4 (а) UDRP правила. У UDRP правилима услов истоветности назива домена и предмета жига не везује се за могућност стварања забуне, већ се то чини само у погледу услова битне сличности (енгл. *identical or confusingly similar to a trademark or service mark*). Због тога су арбитражна већа која примењују UDRP правила у случају када утврде истоветност назива домена и предмета жига једноставно прелазила на испитивање испуњености друга два услова прописана тачком 4 (а) UDRP правила. С друге стране, услов битне сличности је могао бити сматран испуњеним само уколико је битна сличност такве природе да може створити забуну. У погледу начина на који треба ценити овај услов арбитражна већа су се поделила у две групе. У једној групи била су арбитражна већа која су заступала став да овај услов не треба ценити на начин на који би се то чинило у жиговном праву. Не би, дакле, требало узимати у обзир сличност између робе односно услуга које нуде тужилац односно тужени, околности коришћења спорне ознаке, садржину сајта који је постављен на спорној адреси и сл. С друге стране, готово једнак број арбитражних већа сматрао је да би у UDRP поступку требало упоредити спорне ознаке према правилима жиговног права. Тада би се упоређивале не само спорне ознаке, већ и роба односно услуге у вези са којом се оне користе.

Арбитражна већа која примењују UDRP правила су, на пример, битну сличност утврдили у случајевима када су регистровани називи домена који се од предмета туђег жига разликују само у једном слову (нпр. *ruters.com* и *reuters.com*),¹⁶ у случајевима регистрација назива домена који се од предмета туђег жига разликују само у додатом циф-

15 Чл. 16 Правилника из 2007. године био је формулисан другачије, те је било неопходно утврдити да ли је домен „*идентичан или битно сличан законом заштићеном знаку, условном или иривачком имену тужиоца за иста или сличну врсту робе или услуга*“ или да ли „*та сличност може да створи забуну и доведе у заблуду учеснике у промету*“. Подобност за изазивање забуне постављена је алтернативно у односу на услов идентичности односно битне сличности, што је, највероватније, била последица погрешног разумевања тачке 4 (а) UDRP правила. Нека арбитражна већа су истицала контрадикторност такве формулације. В. одлуку арбитражног већа при РНИДС-у у предмету *city24.rs* од 12. јануара 2009. године, доступно на адреси: <http://www.rnids.rs>.

16 WIPO Центар за арбитражу и медијацију, предмет бр. D2000-0441, *Reuters Limited v. Global Net 2000 Inc.*, доступно на: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0441.html>.

ри или броју (нпр. *EMI1897.com* и *EMI.com*),¹⁷ у случајевима додавања дескриптивних елемената предмету туђег жига (нпр. *wwwnokia.com* и *nokia.com*),¹⁸ у случајевима комбиновања предмета два различита жига (нпр. *yaooebay.org*),¹⁹ у случајевима додавања речи са pejоративним значењем ознаци која чини предмет туђег жига (нпр. *walmartcanadasucks.com*)²⁰.

Арбитражна већа која су заступала први став наводила су у својим одлукама да је приликом саме регистрације назива домена небитно да ли ће се тај назив користити у вези са одређеном врстом робе или услуга, и, уколико хоће – у вези са којом врстом, те да стога нема потребе испитивати сличност ван оквира самих ознака. Логика система назива интернет домена сасвим се разликује од логике жиговног права у којој велику важност има категорија робе односно услуга за коју се врши регистрација одређене ознаке. Услов битне сличности подобне да створи забуну и доведе у заблуду учеснике у промету би, по мишљењу чланова тих арбитражних већа, требало ценити једино у односу на саме спорне ознаке (назив домена, с једне стране, и предмет жига, с друге стране). У Србији, сличан став заступало је арбитражно веће које је поступало у спору поводом назива домена *city24.rs*, примењујући Правилник из 2007. године. Арбитражно веће је закључило да „(...) се захтјев за регистрацију *.rs* домена не односи на било какве робе односно услуге. Сходно томе, приликом оцене евенуалне идентичности односно сличности регистрантовој домена у односу на туђиочев жи, робе и услуге се не могу ни ујоређивати. (...)“²¹

Сматрамо, међутим, да код тумачења услова битне сличности из српског Правилника ипак не можемо занемарити чињеницу да се у чл.

17 WIPO Центар за арбитражу и медијацију, предмет бр. D2000-0712, EMI (Electric and Musical Industries) Plc v. Jason Mace, доступно на сајту Центра за арбитражу и медијацију: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0712.html>.

18 WIPO Центар за арбитражу и медијацију, предмет бр. D2000-1271, Nokia Corporation v. Private (no name of a company or individual in WHOIS base), доступно на адреси: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1271.html>.

19 WIPO Центар за арбитражу и медијацију, предмет бр. D2001-0195, Yahoo! Inc. v. CPIC Net and Syed Hussain, доступно на адреси: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0195.html>.

20 WIPO Центар за арбитражу и медијацију, предмет бр. D2000-0477, Wal-Mart Stores Inc. v. Walsucks and Walmarket Puerto Rico, доступно на сајту Центра за арбитражу и медијацију: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0477.html>.

21 Одлука арбитражног већа при РНИДС-у, предмет *city24.rs* од 12. јануара 2009. године, доступно на адреси: <http://www.rnids.rs>. Треба, међутим, имати у виду да се формулација првог услова у Правилнику из 2007. и 2011. године разликују. В. фусноту бр. 17.

22 Правилника изричито помиње врста робе или услуга за коју је регистрован тужиочев жиг („за исту или сличну врсту робе или услуга“). Из тога произилази да се примена чл. 22 Правилника тиме ипак, рекли бисмо непотребно, везује за логику жиговног права, те би приликом утврђивања битне сличности требало, *када је то могуће*, узети у обзир и околности које надилазе саму сличност ознака – назива домена, с једне стране, и предмета жига, с друге стране. Сходно томе, уколико би се, на пример, спорни назив домена користио као адреса сајта преко кога би се нудила роба или услуге исте или сличне врсте, та чињеница би се морала узети у обзир приликом оцене битне сличности. И услов истоветности је у српском Правилнику формулисан у односу на врсту робе односно услуга. Подсетимо, одлука о престанку или преносу домена може се донети ако се докаже „(...) да је домен истоветан (...) тужиоцем жигу регистрованом за исту или сличну врсту робе или услуга (...)“. Арбитражно веће у предмету *dis.rs* слично је резоновало примењујући Правилник из 2007. године: „(...) уз то, не постоји идентичности или битна сличности између робе коју производи регистраног и робе за коју је регистрован жиг тужиоца (...) из тога следи да истоветности односно битна сличности између спорних домена регистраног, с једне стране, и фирме односно жига тужиоца, на другој страни, не може да изазове забуну и доведе у заблуду учеснике у процесу, иако што би појединачне појашњавајуће или појасне наредбе једне странке преусмерила на појашњавање са другом странком (...)“.²² Ипак, материјалноправне услове треба ценити и с обзиром на сврху АДР поступка, а његова сврха јесте да омогући делотворно решавање спорова насталих због регистрације назива домена. Та сврха не би била остварена када би арбитражна већа поступала истоветно судским већима у споровима због повреде жига.²³ Због тога би истоветност односно сличност врста робе односно услуга требало утврђивати само када је то могуће према околностима случаја. Како би се избегло настајање забуне овим поводом и омогућило пуно остваривање сврхе АДР поступка који је различит од судских поступака због повреде жига, сматрамо да би приликом наредне измене Правилника требало потпуно ускладити овај критеријум са УДРП правилима.

Другим условом арбитражно веће обавезано је да утврди да ли регистрант има право или легитиман интерес да користи спорни назив домена.²⁴ Услов је, заправо, формулисан негативно, па се одлука о пре-

22 Одлука арбитражног већа при РНИДС-у, предмет *dis.rs* од 29. марта 2010. године, доступно на адреси: <http://www.rnids.rs>.

23 Специфичности АДР поступака представљена су у делу рада посвећеном анализи процесноправних одредаба Правилника.

24 У чл. 16 Правилника из 2007. године овај услов формулисан је кумулативно а не алтернативно („право и интерес“). Усвајањем Правилника из 2011. године,

носу односно престанку спорног назива домена може донети уколико се докаже да регистрант нема право или легитимни интерес да користи спорни назив домена. Како би се утврдило да ли регистрант има легитиман интерес да користи спорни назив домена, чл. 22 Правилника требало би тумачити у односу на чл. 24. Наиме, у чл. 24 Правилника наводе се три ситуације у којима ће се сматрати да је назив домена коришћен у складу са добрим пословним обичајима. Реч је о рецепцији тачке 4 (ц) UDRP правила. Легитимно коришћење спорног назива домена тако би постојало: а) уколико је регистрант пре било каквог сазнања за покретање тужбе користио назив домена у комерцијалне сврхе, сагласно добрим пословним обичајима, начелима савесност и поштења; или б) уколико је пре подизања тужбе регистрант већ био познат широј јавности као титулар спорног домена, без обзира што није регистровао спорни знак као жиг; или в) уколико регистрант користи спорни назив домена искључиво у некомерцијалне сврхе, без икакве намере да потрошаче и друге учеснике у промету доведе у заблуду у погледу порекла означених роба или услуга, а у контексту битне сличности или истоветности са тужиоцевим жигом. Из претходног произилази да је регистрант заштићен од тзв. обрнутог сајберсквотинга (енгл. *reverse cybersquatting*) који би постојао када би регистрант савесно користио назив домена, а тај назив би друго лице накнадно заштитило жигом, те покренуло АДР поступак.

Трећим условом арбитражно веће обавезано је да утврди да ли је регистрант .rs домен регистровао и користио противно начелу савесности, поштења и добрих пословних обичаја.²⁵ Пракса тела која примењују UDRP правила, која такође постављају као један од услова за доношење одлуке о преносу односно престанку назива домена несавесну регистрацију и коришћење, указује да је услов испуњен и када постоји само тзв. пасивно коришћење. На пример, назив домена је регистрован, али на спорној адреси није постављен веб-сајт. Тела која примењују UDRP правила су у оваквим, не тако ретким, ситуацијама најчешће изједначавала само „држање“ одређеног назива са активним коришћењем, пошто су последице за тужиоца исте и састоје се у немогућности коришћења спорног назива домена.²⁶ Међутим, у оваквим ситуацијама требало би узети у об-

формулација је усклађена са тачком 4 (а) UDRP правила.

25 У чл. 16 Правилника из 2007. године овај услов формулисан је на истоветан начин.

26 WIPO Центар за арбитражу и медијацију, предмет бр. D2000-0003, *Telstra Computers Limited v. Nuclear Marshmallows*, доступно на сајту Центра за арбитражу и медијацију: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0003.html>. У предмету *Telstra*, арбитражно веће је по први пут прихватило шире тумачење трећег материјалноправног услова, те поистоветило само пасивно „држање“ назива домена са активним коришћењем. Из ове често цитиране одлуке произилази да је

зир евентуалне доказе о предузимању озбиљних припрема за коришћење назива домена, нпр. путем закључивања уговора о изради веб-сајта. Несавесност се не би смела олако сматрати доказаном чим се утврди да је назив домена регистрован, али се не користи. У чл. 23 Правилника наводе се, примера ради, четири ситуације у којима ће се сматрати да је назив домена регистрован и коришћен противно добрим пословним обичајима, начелу савесности и поштења: а) ако се докаже да је регистрант регистровао .rs домен претежно у циљу његове продаје или давања у закуп тужиоцу, који је титулар жига који је истоветан или битно сличан регистрованом .rs домену, односно ради продаје или давања у закуп .rs домена лицу које је тужиочев конкурент у привредној утакмици, а на основу утврђене несразмере између цене закупа .rs домена и продајне цене према напред споменутих лицима; б) ако се докаже да је регистрант регистровао .rs домен како би спречио титулара жига да свој знак региструје као назив .rs домена; в) ако се докаже да је регистрант регистровао .rs домен како би нанео штету свом пословном конкуренту; г) ако се докаже да је регистрант користио .rs домен који је истоветан или битно сличан тужиоцевом жигу, претежно ради привлачења корисника интернета на свој веб-сајт или други Интернет сервис, ради комерцијалних ефеката, стварајући тако забуну у погледу порекла роба које се на том сајту, односно путем тог интернет сервиса, продају, односно у погледу услуга које се пружају.

III Процесноправне одредбе Правилника

1. Општи оквир

Процесноправне одредбе Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена свеобухватно и детаљно уређују правила поступка за решавање спорова поводом регистрације .rs домена. У односу на Правилник о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена из 2007. године, Правилник о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена из 2010. садржи две врсте измена.

Прва група измена условљена је променом институционалног оквира овог АДР поступка. Наиме, досадашња арбитражна већа која су деловала у оквиру РНИДС-а претворена су у Комисију за решавање спорова, специјализовано стално тело за решавање спорова поводом регистрације .rs домена, образовано при Привредној комори Србије. Ова промена налагала је усклађивање организационо-техничких одре-

такво поистовећивање могуће уколико постоје и друге околности које указују на несавесност регистранта, нпр. регистрацијом је повређена чувена ознака („чувени жиг“), тужени није пружио никакав доказ тренутног или будућег савесног коришћења, тужени је покушао да сакрије свој идентитет и сл.

даба Правилника са новоуспостављеним околностима. Такође, систематика Правилника о решавању спорова поводом регистрације .rs домена прилагођена је систематизи правилника двеју институционалних арбитража у оквиру ПКС. Након основних одредаба следе одредбе о поступку решавања спорова, правила којима се уређују доношење, садржина, потписивање, исправљање, дејство и извршење одлуке, на њих се надовезују одредбе о трошковима поступка, а последњи део Правилника чине прелазне и завршне одредбе.²⁷

Другу групу измена представљају измене чији је циљ отклањање извесних мањкавости и недоследности које су уочене у Правилнику о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена. У ову групу пре свега спадају измене које се тичу обезбеђивања ефикасности поступка и односа поступка пред Комисијом и пред редовним судом.

2. Комисија за решавање спорова

Правилником о решавању спорова поводом регистрације .rs домена успостављено је тело које није постојало према досадашњем Правилнику – Комисија за решавање спорова поводом регистрације .rs домена. Комисија је организована по угледу на институционалне арбитраже које већ постоје под окриљем ПКС: Стални изабрани суд и Спољнотрговинску арбитражу. Комисија има председника, секретара и председништво, које се састоји од председника, потпредседника и секретара.²⁸ Председништво Комисије остварује надзор над применом Правилника, прати и разматра праксу решавања спорова и врши друге послове који су му додељени Правилником.²⁹ Механизам избора и именовања председника, потпредседника и секретара прилагођен је организационој схеми ПКС, па тако председника и потпредседника бира и разрешава Управни одбор ПКС са Листе арбитра,³⁰ док секретара Комисије именује председник ПКС из реда запослених у ПКС.³¹ Стручни и административни послови у вези са остваривањем надлежности

27 Уп. Правилник о Сталном изабраном суду и Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори ПКС.

28 Чл. 3, ст. 1 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

29 Чл. 3, ст. 2 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

30 Чл. 3, ст. 3 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

31 Чл. 3, ст. 4 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

Комисије, о којима се, према ранијем Правилнику, старао РНИДС,³² сада су поверени посебној стручној служби.

Спорови поводом регистрације .rs домена решавају се пред трочланим арбитражним већима.³³ По једног арбитра одређују тужилац и регистрант, а тако именована двојица арбитра заједно бирају трећег, председавајућег. Уколико би нека од страна у поступку пропустила да упути предлог за именовање арбитра, или ако арбитра предложени од страна у поступку не би могли да се договоре око избора председавајућег, Правилник овлашћује председништво Комисије да се умеша и одреди недостајућег арбитра.³⁴

Нарочито треба истаћи да за арбитра може бити именовано само лице које је на Листи арбитра Комисије. Овим путем се омогућава својеврсна контрола квалитета поступка одлучивања, јер као арбитра могу да делују само лица која својом стручношћу задовољавају критеријуме да буду уврштена на Листу, а то су: познавања интернета, система интернет домена, прописа из области заштите права интелектуалне својине и решавања спорова у овој области. Листу арбитра утврђује Скупштина ПКС на предлог РНИДС-а.³⁵ Учешће два међусобно независна тела, Скупштине ПКС и РНИДС-а, у поступку састављања Листе арбитра додатно гарантује високу стручност арбитра, која је неопходна због специјализованости ове врсте поступка.

3. Начела поступка

Начела поступка решавања спорова поводом регистрације .rs домена у великој мери се подударају са начелима осталих АДР поступака.³⁶ То су начело диспозиције, начело економичности, начело контрадикторности и начело поверљивости.

Начело диспозиције огледа се у фази покретања и, у извесној мери, окончања спора. Наиме, поступак решавања спора поводом регистрације .rs домена почиње на захтев лица које регистранту оспо-

32 Правилник о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена не садржи експлицитну одредбу у овом смислу, али се наведени закључак недвосмислено намеће из чланова 1, 5, 12 и 13 Правилника.

33 Чл. 8, ст. 1 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

34 В. чл. 9 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

35 Чл. 4, ст. 1 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

36 О начелима АДР поступака в. Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, стр. 110-111 и 227.

рава право на коришћење регистрованог .rs домена. Диспозиција се испољава и у односу на механизам заштите права који ће тужилац користити – на њему је да одабере да ли ће тужбу упутити Комисији или редовном суду. Коначно, начело диспозиције може да дође до изражаја и у фази окончања поступка, уколико до њега дође повлачењем тужбе. Ипак, начело диспозиције у поступку решавања спорова поводом регистрације .rs домена има ограниченији домашај од истоименог начела у класичном арбитражном поступку. Док су у арбитражи стране слободне да саме бирају и креирају процесни и правни оквир за решавање свог спора, у поступку решавања спорова поводом регистрације .rs домена странке тек спорадично могу да утичу на одвијање процеса,³⁷ а на значајан круг питања су онемогућене да било како утичу.³⁸

Начело економичности представља једну од највећих предности посебног поступка за решавање спорова поводом регистрације .rs домена над редовним судским поступком. Остварује се успостављањем кратких рокова како за извођење појединих процесних радњи,³⁹ тако и за окончање целог поступка.⁴⁰ Брз и специјализован поступак какав је успостављен према Правилнику о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена требало би да представља опредељујућу околност приликом избора форума пред који ће лице које регистранту оспорава право на коришћење регистрованог домена да изнесе свој тужбени захтев.

Начело контрадикторности огледа се у давању могућности странама у спору да кроз тужбу, одговор на тужбу, остале поднеске, доказе и на усменим расправама изнесу све околности и чињенице које им иду у прилог и одреде се према наводима супротне стране. Ипак, Правилник не садржи одредбе које уређују питање доказног поступка, тако да остаје да се у пракси Комисије види колико ће арбитражна већа бити „активна“ и самоиницијативно утврђивати чињенице пресудне за одлучивање.

37 Нпр. странке су овлашћене да предложе да се одлука донесе без одржавања усмене расправе. В. чл. 19, ст. 4 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

38 Нпр. стране не могу да уговоре меродавно право нити језик поступка. В. чл. 2, ст. 2 и чл. 21, ст. 1 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

39 Правилником су предвиђени рокови за слање одговора на тужбу, именовање арбитра, њихово изузеће и замену.

40 Чл. 25, ст. 1 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена предвиђа да поступак по правилу траје највише 60 дана од дана подношења тужбе. Овај рок изузетно може да се продужи у посебно оправданим случајевима, али у том случају је арбитражно веће нарочито дужно да пази да се поступак не одуговлачи.

Поверљивост поступка је обезбеђена прописивањем нејавности усмених расправа.⁴¹ Ипак, стране у спору имају могућност да споразумно прихвате да усмене расправе у њиховом спору буду отворене за јавност. Такође, за разлику од арбитражног поступка, одлука Комисије по доношењу постаје јавно доступна и објављује се на сајту РНИДС-а,⁴² тако да принцип поверљивости важи само за време трајања поступка решавања спора.

4. Успостављање надлежности Комисије

У погледу регулисања надлежности Комисије за решавање спорова, нови Правилник сходно задржава решење претходног,⁴³ које се, имајући у виду специфичности спорова поводом назива интернет домена, чини сасвим логичним и оправданим. Наиме, у тренутку регистрације домена, регистрант не зна да ли ће му и у ком тренутку неко лице оспорити право на коришћење регистрованог домена. Због тога регистрант даје претходну, „отворену“ сагласност према сваком евентуалном тужиоцу да у случају спора поводом коришћења регистрованог домена буде тужен пред Комисијом за решавање спорова. Другим речима, регистрант изричито прихвата надлежност Комисије за решавање спорова самим чином регистрације .rs домена у оквиру .rs ccTLD регистра.⁴⁴ С друге стране, тужилац прихвата надлежност Комисије за решавање спорова конклюдентном радњом, самим чином покретања поступка против регистранта пред Комисијом.⁴⁵ Овако постављена правила о заснивању надлежности Комисије за решавање спорова не ограничавају право регистранта и лица које му оспорава право коришћења регистрованог домена да свој спор у било ком тренутку изнесу пред суд.⁴⁶ Чак

41 Чл. 20, ст. 3 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

42 Чл. 28, ст. 5 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

43 В. чл. 4 Правилника о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

44 Чл. 7, ст. 1 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена. В. такође и чл. 18, ст. 2 Општих услова регистрације .rs домена.

45 Чл. 7, ст. 2 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

46 Чл. 7, ст. 3 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена експлицитно говори да се стране у поступку прихватањем надлежности Комисије не одричу права на тражење судске заштите у ствари која је предмет поступка. Иако Правилник о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена не садржи такво експлицитно одређење, из других одредаба је јасно да стране спор који је предмет арбитраже могу да изнесу и пред суд. В. нпр. чл. 20, ст. 1 Правилника арбитражном о поступку за решавање спорова

и када не би постојала експлицитна одредба Правилника која би ово питање регулисала, доступност судске заштите не би требало да буде стављена под сумњу јер Правилник не може да дерогира општа правила о стварној надлежности садржана у Закону о парничном поступку и предвиди искључиву надлежност Комисије за решавање спорова поводом регистрације .rs домена. Сматрамо да конкурентну надлежност судова опште надлежности и Комисије за решавање спорова никако не би требало тумачити као „претњу“ по самоодржање и опстанак посебног поступка за решавање спорова поводом регистрације .rs домена. Основне предности посебног поступка за решавање спорова поводом регистрације .rs домена су ефикасност (која се постиже кратким роковима за обављање процесних радњи и окончање поступка) и специјализованост (која се огледа у разрађености материјалноправних одредаба Правилника и заступљености стручњака за питања интернет-комуникација и права интелектуалне својине на листи арбитрара).

5. Правила поступка

Поступак решавања спора поводом регистрације .rs домена започиње подношењем тужбе у електронском и штампаном облику, при чему ће се даном подношења тужбе сматрати дан када је Стручна служба Комисије за решавање спорова примила уредну тужбу у штампаном облику.⁴⁷ Како би тужба била уредна и потпуна, лице које регистранту оспорава право на коришћење регистрованог домена има право да од РНИДС-а тражи податаке о контакту за спорни .rs домен.⁴⁸ Тужба мора да садржи елементе који су неопходни за идентификацију страна у спору и предмета спора (име и презиме или пословно име тужиоца и регистранта, адресу пребивалишта односно седишта, као и електронску адресу тужиоца и регистранта, овлашћење за пуномоћника, уколико тужилац одлучи да га именује и назив једног или више .rs домена који су предмет спора),⁴⁹ као елементе који се тичу тужбеног захтева (одређење тужбеног захтева – да се изврши пренос регистрације .rs до-

поводом регистрације .rs домена. Међутим, у старом систему, арбитражној одлуци је био дат статус правноснажне судске одлуке. Имајући у виду да је арбитражни поступак и у старом систему био једноступен, то значи да одлука арбитражног већа није могла да се напада редовним правним лековима, нити је постојала могућност да се након доношења одлуке пред судом покрене поступак међу истим странама у истој ствари.

47 Чл 16, ст. 6 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

48 Чл 16, ст. 2 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

49 Чл. 16, ст. 3, тач. а-г Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

мена са регистранта на тужиоца или да престане регистрација .rs домена – и релевантне доказе).⁵⁰ Такође, приликом слања тужбе тужилац треба да именује једног од арбитра у арбитражном већу. Тужилац ће ово право искористити тако што ће уз тужбу поднети и списак са именима три арбитра са Листе арбитра Комисије за решавање спорова, а Председништво Комисије ће онда за арбитра именованог од стране тужиоца одредити првог расположивог арбитра са списка који је тужилац поднео.⁵¹ Уколико би тужилац пропустио да искористи право да именује арбитра, Председништво Комисије ће арбитра одредити без предлога тужиоца.⁵² Пошто је тужилац поднео тужбу, Стручна служба Комисије ће о томе обавестити туженог регистранта и РНИДС. Сврха обавештавања РНИДС-а о поднетој тужби је да се обезбеди „закључавање“ спорног .rs домена (једног или више њих), тј. њихово обележавање на начин који онемогућава пренос домена и промену података о регистрацији. Ова радња РНИДС-а је од изузетне важности, јер би у противном тужени регистрант по сазнању да је против њега поднета тужба могао да прене-се спорни домен на треће лице, чиме би изгубио пасивну легитимацију, па би лице које оспорава право коришћења домена морало да подноси нову тужбу против трећег лица – новог регистранта, уз ризик да ново-тужени прибегне истој дилаторној тактици.⁵³

Правилник предвиђа да ће тужба бити прослеђена туженом у штампаном и електронском облику, уз назнаку облика у којем одговор на тужбу треба доставити.⁵⁴ Док је штампани облик поднесака уобичајен за наше грађанско процесно⁵⁵ и арбитражно⁵⁶ право, слање поднесака у електронском облику је специфичност модерних међународних правилника о алтернативном решавању спорова поводом регистрације интернет домена⁵⁷ коју Правилник о решавању спорова поводом регистрације

50 Чл. 16, ст. 3, тач. д-ђ Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

51 Чл. 16, ст. 4 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

52 Чл. 9, ст. 3 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

53 Иста обавеза је предвиђена и за Регистар .eu домена. В. чл. Б1(е) Правилника о алтернативном решавању спорова поводом регистрације .eu домена.

54 Чл. 17, ст. 2 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

55 В. нпр. чл. 101 и 102 Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС* бр. 125/04 и 111/09.

56 В. нпр. чл. 41 Закона о арбитражи, *Сл. гласник РС* бр. 46/06.

57 Правилник о алтернативном решавању спорова поводом регистрације .eu домена равноправно дозвољава поднесе и у електронском и у штампаном облику (чл. А2(ц) Правилника), док UDRP Правилник поставља електронски облик поднесака као правило (чл. 2(б) UDRP Правилника).

.rs домена преузима упркос пракси нашег процесног права. Имајући у виду специфичну природу ове врсте спорова, као и начело хитности које је нарочито изражено у поступку, сматрамо да је омогућавање слања поднесака у електронском облику једно напредно решење које је у датом контексту сасвим оправдано.

За слање одговора на тужбу регистрант има на располагању рок од (само) 15 дана.⁵⁸ Овако кратак рок представља израз начела економичности које алтернативном решавању спорова поводом регистрације .rs домена омогућава главну предност над редовним судским поступком – ефикасност. Уз одговор на тужбу, регистрант има могућност да именује једног арбитра у арбитражном већу тако што ће доставити и списак са именима три арбитра са Листе арбитра Комисије за решавање спорова.⁵⁹ Као и у случају арбитра којег именује тужилац, Председништво Комисије ће као арбитра именованог од стране регистранта одредити првог расположивог арбитра са достављеног списка арбитра. Уколико би регистрант пропустио да достави списак са именима арбитра, арбитра ће именовати Председништво Комисије без претходног предлога регистранта.⁶⁰

Усмена расправа није нужна у поступку решавања спорова поводом регистрације .rs домена. Иницијатива за изостанак усмене расправе може да дође како од арбитражног већа, тако и од страна у поступку. Уколико утврди да су писмени поднесци и докази довољни за доношење одлуке о предмету спора, арбитражно веће је овлашћено да предложи странама у спору да се усмена расправа не одржи.⁶¹ Са друге стране, и стране у поступку имају овлашћење да споразумно затраже од арбитражног већа да се усмена расправа не одржи.⁶² У случају да стране по овом питању не могу да се сагласе, на арбитражном већу ће бити да одлучи да ле ће се усмена расправа одржати.⁶³ Могућност изостављања усмене расправе је конзистентна са начелом хитности које карактерише овај поступак и омогућава доношење одлуке о предмету спора на најбржи начин.

58 Чл. 17, ст. 3 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

59 Чл. 17, ст. 4 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

60 Чл. 9, ст. 3 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

61 Чл. 19, ст. 3 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

62 Чл. 19, ст. 4 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

63 Чл. 19, ст. 5 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

Поступак решавања спора поводом регистрације .rs домена може да буде окончан на два начина – доношењем закључка о обустављању поступка или доношењем коначне одлуке у меритуму.

Поступак пред Комисијом ће се обуставити уколико тужилац није поднео тужбу у складу са Правилником, уколико је тужилац повукао тужбу, уколико се током поступка стране споразумеју о његовој обустави, уколико током трајања поступка редовни суд донесе правноснажну пресуду о ствари која је предмет поступка или када арбитражо веће утврди да је наставак поступка из било ког другог разлога постао непотребан или немогућ.⁶⁴ У случају обуставе поступка, тужилац нема право на повраћај накнаде плаћене за трошкове поступка, нити може поново да поднесе тужбу Комисији о истој ствари.⁶⁵ Уколико је до обуставе поступка дошло услед пропуста тужиоца да поднесе тужбу у складу са Правилником, на први поглед се може учинити да је немогућност поновног подношења тужбе Комисији о истој ствари претешка санкција за неправилност која може да буде последица обичног превида. Па ипак, мишљења смо да овакво решење има сасвим легитиман и оправдан циљ – подстицање тужилаца на озбиљност и процесну дисциплину. Уосталом, постојање конкурентне надлежности редовног суда и Комисије за решавање спорова омогућава тужиоцу да свој захтев истакне пред судом у случају да му Комисија постане недоступна и тиме оствари право на правну заштиту својих интереса.

Мериторна одлука доноси се у писаној форми после већања и гласања свих арбитра, на нејавној седници на којој учествују само арбитра и записничар.⁶⁶ Правила о форми и садржини одлуке одговарају правилима која важе у арбитражном поступку.⁶⁷ Међутим, поред страна у поступку, одлука се обавезно доставља и РНИДС-у. Овај захтев је нарочито важан јер се РНИДС, као тело овлашћено за управљање .rs доменима, стара о извршењу одлуке – „откључава“ спорни домен (уколико је тужбени захтев одбијен) или пререгиструје односно укида регистрацију спорног домена (уколико је тужбени захтев усвојен).

Поступак пред Комисијом за решавање спорова је једностепени, што значи да против одлуке Комисије нема места жалби. Иако се може

64 Чл. 26, ст. 2 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

65 Чл. 26, ст. 4 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

66 Чл. 27 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

67 Уп. чл. 27-30 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена са чл. 51, 53 и 56 Закона о арбитражи и чл. 60 и 62 Правилника о Сталном изабраном суду.

учинити да у том смислу „нови“ Правилник не одступа од „старог“, управо је поимање одлуке Комисије за решавање спорова једна од кључних разлика ова два текста. Наиме, ранији Правилник о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена је, без икаквог законског основа, одлуку арбитражног већа при РНИДС-у изједначавао са правноснажном судском одлуком која се извршава у складу са одредбама закона који уређује извршни поступак.⁶⁸ Осим противзаконитости, ова одредба је, по нашем схватању, садржавала још две озбиљне мањкавости. Прво, изједначавањем одлуке арбитражног већа при РНИДС-у са правноснажном судском одлуком, неуспешна страна у спору остала би ускраћена за могућност покретања судског поступка и заштите својих права редовним путем, пред судовима опште надлежности. На располагању би јој тако остале само врло ограничене могућности за улагање ванредних правних лекова. Држимо да би ова одредба била у супротности чланом 36, став 2 Устава Републике Србије којим се јемчи право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу. Друго, имајући у виду специфичну природу спорова поводом регистрације домена и околност да се у конкретном случају извршење састоји у једној од три могуће радње („откључавање“ спорног домена / пререгистрација / укидање регистрације), а свака од њих је у надлежности РНИДС-а, сматрамо да позивање на закон којим се уређује извршни поступак нема много смисла у датом контексту. Решењем члана 31 Правилника о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена се напред изложене мањкавости ефикасно отклањају.

VI Закључак

Доношењем Правилника о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена 2007. године Регистар националног интернет домена Србије се придружио напорима који се већ дуже време чине у упоредном праву и у оквиру међународних организација, а усмерени су ка осмишљавању брзог и делотворног поступка решавања спорова поводом регистрације назива интернет домена, који би био доступнији и прилагођенији специфичностима ове врсте спорова него што је то класични судски поступак. Трогодишња практична примена Правилника открила је, међутим, неке недоследности, несавршености и ограничења овог система правила. Зато се крајем 2010. године приступило обимној реформи алтернативног система решавања спорова поводом регистрације .rs домена. Основана је Комисија за решавање спо-

68 В. чл. 19, ст. 6 Правилника о арбитражном поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

рова као специјализовано стално тело при Привредној комори Србије и донет је нови Правилник о поступку за решавање спорова поводом регистрације .rs домена.

У погледу материјалноправних одредаба, нови Правилник углавном прати решења UDRP правила, чиме се омогућава ослањање на међународну праксу у овој области. Практика тела која примењују UDRP правила, као и досадашња пракса арбитражних већа под окриљем Регистра националног интернет домена Србије биће зато од користи у будућем тумачењу ових услова. У погледу процесноправних одредаба, нови Правилник из 2010. године знатно детаљније уређује правила поступка. Нарочито је афирмисано начело економичности прописивањем релативно кратких рокова за поједине процесне радње као и за окончање самог поступка, а разрешен је и споран однос алтернативног и судског поступка за решавање спорова у овој области. Тиме се одустало од ранијег покушаја вештачког изједначавања одлука у споровима о регистрацији .rs домена са арбитражним одлукама и овом поступку је враћено својство специјализованости и аутентичне алтернативности. Такође, нови Правилник нужно је морао да уврсти и правила која се тичу организационо-техничких претпоставки за стварање новог тела за решавање ове врсте спорова и његову интеграцију у структуру Привредне коморе Србије.

Анализа одредаба Правилника показује да нова правила одговарају специфичностима поступака поводом оспоравања права на коришћење регистрованог назива домена и стварају претпоставку за успостављање ефикасног, специјализованог и поузданог механизма за решавање ове врсте спорова. Практика Комисије за решавање спорова ће врло брзо показати да ли су велике наде уложене у Правилник о решавању спорова поводом регистрације .rs домена заиста и биле оправдане.

Dušan POPOVIĆ, Ph.D

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

Marko JOVANOVIĆ, LL.M.

Assistant Lecturer, University of Belgrade Faculty of Law

ANALYSIS OF THE NEW RULES ON *.rs* DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION

Summary

In late 2010, the alternative dispute resolution system first put in place in 2007 for disputes related to .rs domain name registration has undergone significant reform. The Commission for Dispute Resolution has been founded as a specialized, permanent body within the Serbian Chamber of Commerce, and the new Rules on .rs domain name dispute resolution have been adopted. Regarding the substantive provisions, the new Rules are generally in line with the UDRP Rules, which allows for the reception of international practice in this field. The case-law of panels applying the UDRP Rules, as well as previous decisions adopted by panels acting under the auspices of the Serbian National Registar of Domain Names could serve as an inspiration for further interpretation of substantive rules. Furthermore, the new Rules have set up a more elaborated procedural framework than the one existing under the previous version of the Rules. The principle of procedural efficiency has been particularly enhanced through fixing relatively short time periods for performing certain procedural acts, as well as for conducting and completing the process itself. In addition, a somewhat problematic relationship between the court proceedings and the ADR mechanism in the previous version of the Rules has now been regulated in conformity with the relevant constitutional and statutory provisions.

Key words: domain name, trademark, intellectual property law, Internet, alternative dispute resolution.

УДК 347.451.031(497.1) ; 347.451.031(672EU) ;
347.451.031(497.4) ; 366.542(4-672EU) ; 366.542(497.1) ;
366.542(4-672EU)

dr Damjan MOŽINA
docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Ljubljani

GARANCIJA ZA ISPRAVNO FUNKCIONIRANJE U JUGOSLAVENSKOM I EUROPSKOM PRAVU

Rezime

Klasičan mehanizam zaštite kupaca u ugovoru o prodaji je odgovornost (jemstvo) prodavatelja za materijalne nedostatke. U novije vrijeme pored toga se razvio i dodatan sustav zaštite kupca na osnovi posebnih obećanja prodavatelja o karakteristikama robe (garancija). Međutim, u zemljama sa tržišnom ekonomijom garancija se razvila kao dobrovoljna (komercijalna) garancija, a u nekadašnjim socijalističnim zemljama – tako i u SFR Jugoslaviji – obaveza davanja garancije je kogentna. Autor u članku predstavlja razvoj garancije za ispravno funkcioniranje u jugoslovenskom pravu i njezin odnos prema odgovornosti za materijalne nedostatke i pristup europskog prava (Direktive 1999/44/EZ o potrošačkom ugovoru o prodaji i garancijama) ka zaštiti kupaca: kogentna odgovornost za materijalne nedostatke i dobrovoljna garancija. Nakon toga autor opisuje iskustvo Slovenije, koja je zadržala „jugoslovenski“ sustav, a prilikom pridruživanja EU jednostavno dodala „evropski“ sustav varstva kupca. Autor želi potvrditi tezu, da simultano postojanje dvoje kogentnih sustava varstva istog interesa kupaca nije racionalno i djelomično u sukobu sa europskim pravom.

Ključne reči: *ugovor o prodaji, zaštita kupaca, odgovornost za materijalne nedostatke, garancija za ispravno funkcionisanje, komercijalna garancija, obavezna garancija.*

I Uvod

Osnovni interes kupca prilikom svake prodaje jest da za svoj novac primi ono što mu prema ugovoru pripada – da primi stvar koja služi svojoj svrsi u skladu s ugovorom (tzv. ekvivalentni interes). Već od rimskog prava nadalje u obveznom pravu klasični je mehanizam za provođenje tog interesa institut odgovornosti (davanje jamstva) prodavatelja za skrivene stvarne nedostatke.¹ Njegova bit je ta da u slučaju kad se u određenom roku nakon isporuke stvari (jamstveni rok) iskaže da stvar ima nedostatak, to jest da ne posjeduje dogovorena odnosno uobičajena svojstva, kupac može od prodavatelja zatražiti popravak ili zamjenu stvari, sniženje trgovačke cijene ili postići raskid ugovora, a osim toga može zatražiti i povrat štete.

U novije se vrijeme, osim toga, razvio i dodatan sustav zaštite interesa kupaca, a temelji se na izravnim obećanjima proizvođača ili prodavatelja o određenim svojstvima i odlikama robe. Različiti oblici tog instituta koji se javljaju mogu se nazvati zajedničkim, iako nešto nepreciznim izrazom „garancija“.² Garancija se u europskim državama s tržišnim gospodarstvom oblikovala znatno drugačije nego u nekadašnjim socijalističkim državama. U državama s tržišnim gospodarstvom garancija se razvila kao dobrovoljno dodatno obećanje proizvođača i/ili prodavatelja kojom potonji žele potencijalnim kupcima naznačiti visoku kakvoću svoje robe te na taj način poboljšati svoj tržišni položaj (dobrovoljna odnosno komercijalna garancija). U socijalističkim državama, među koje je spadala i nekadašnja SFR Jugoslavija, izdavanje garancija za određene vrste robe propisivao je zakonodavac (obvezna garancija). U jugoslavenskom obveznom pravu sustav obvezne (kogentne) garancije za tehničke proizvode u znatnoj je mjeri bio oblikovan prema uzoru zakonskog režima odgovornosti prodavatelja za stvarne nedostatke koji pak nije bio kogentne već dispozitivne pravne naravi. Oba su instituta postojala usporedno i bila su na poseban način povezana, pri čemu je kupac mogao birati na temelju koje će ostvarivati svoja prava.

Pravo EU predviđa drukčiji koncept zaštite potrošača u ugovorima o prodaji. Direktiva 1999/44/EZ o potrošačkom ugovoru o prodaji i garancijama

- 1 Objektivnu odgovornost prodavatelja za određene skrivene nedostatke su ediktima uspostavili kurulski edili koji su imali nadležnost za nadzor i reguliranje organiziranog tržišta robljem i stokom. U slučaju stvarnih nedostataka, kupcima su na raspolaganju bili *actio redhibitoria* i *actio quanti minoris* u kratkim vremenskim okvirima od 6 mjeseci odnosno jedne godine. Više o razvoju odgovornosti za stvarne nedostatke u rimskom pravu: Reinhard Zimmermann, *Law of obligations*, Clarendon, Oxford 1996, str. 308 i d.; Damjan Možina, *Kršitev pogodbe*, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 44 i d.
- 2 Izraz „garancija“, koji dolazi iz francuskog jezika (*garantie*), rabi se u različitim značenjima, a svi označavaju neku vrstu jamstva: osim jamstva za kakvoću ili besprijekoran rad odnosi se i na bankovnu garanciju, ustavno jamstvo, poručanstvo, jamstvo za stvarne nedostatke itd. Vidi: Marko Novak, „Garancija“, *Pravna praksa* 39/2005, str. 27.

(u daljnjem tekstu: Direktiva)³ od država članica zahtijeva uspostavljanje obveznog (kogentnog) sustava odgovornosti prodavatelja i prava kupaca u slučaju nesukladnosti stvari s ugovorom (stvarni nedostaci), a kao dopunu predviđa mogućnost dobrovoljne garancije proizvođača i/ili prodavatelja.

U članku želim prikazati razvoj garancije u jugoslavenskom pravu i njezin odnos prema institutu odgovornosti za stvarne nedostatke, koncept zaštite kupca u pravu EU, iskustva Slovenije u implementaciji europskog prava te mogućnost suživota „jugoslavenskog“ i „europskoga“ modela zaštite kupca. Pri tome ću pokušati potvrditi tezu da kombinacija „jugoslavenskog“ i „europskog“ modela ne daje dobra rješenja, a „jugoslavenski“ pristup garanciji djelomično je čak i u suprotnosti s europskim pravom.

II Dobrovoljna i obvezna garancija

U većini država s tržišnim gospodarstvom posebna su se garancijska obećanja razvila autonomno, kao dopuna dispozitivne zakonske odgovornosti za sakrivene stvarne nedostatke. Dobrovoljnim obećanjima i tvrdnjama proizvođači i/ili prodavatelji žele kupcima priopćiti (oglasiti) kakvoću svoje robe te tako poboljšati svoj položaj i ugled na tržištu, dok s druge strane ojačavaju i pravni položaj kupca. Kupci pak mogu iskoristiti obrnuti teret dokaza glede nedostatka, produljeni rok garancijske odgovornosti, proizvođača kao dodatnu odgovornu osobu, ili neku drugu pogodnost. Na brojnim tržištima, npr. na tržištu automobila i tehničkih proizvoda za kućnu uporabu, su dobrovoljne garancije za ispravno funkcioniranje postale toliko uobičajene da takve proizvode više gotovo i ne možemo zamisliti bez garancije. Garancija se afirmirala kao važan i legitiman element trženja koji potiče konkurenciju u korist potrošača.⁴

Značenje dobrovoljne odnosno ugovorne garancije u okvirima ekonomske analize prava objašnjava se prvenstveno pomoću tzv. signalne teorije. Na tržištu postoji roba različite kakvoće i po različitim cijenama, pri čemu pretpostavljamo da su kakvoća i cijena razmjerne. Radi li se o robi čiju kakvoću kupci ne mogu prepoznati na prvi pogled (npr. trajnost rada), za proizvođače je od ključne važnosti da visoku kakvoću signaliziraju kupcima, jer inače oni neće biti spremni platiti višu cijenu za tu robu.⁵ Proizvođači

3 Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim garancijama, *SL L 171/12*.

4 Vidi tč. 21 preambule Direktive 1999/44/EZ o prodaji potrošačke robe i jamstvima te Philippe Malinvaud, u: Massimo C. Bianca, Stefan Grundmann (ur.), *EU Sales Directive – Commentary*, Intersentia, Antwerpen, 2002, str. 226; Jakov Radišić, *Garancija za trajan kvalitet i odgovornost za štetu od stvari sa nedostatkom*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972, str. 23.

5 U odsutnosti jamstava i drugih načina upoznavanja s kakvoćom, kada kupci ne bi prije kupovine mogli razlikovati visoku od niske kakvoće, prodavatelji kvalitetne i skupe robe

(ili prodavatelji) mogu to učiniti pomoću garancijskih obećanja. Ako je njihova roba kvalitetna, garancija im, za razliku od proizvođača jeftinije robe niže kakvoće, neće predstavljati preveliki trošak. Garancija tako utječe na opće podizanje kakvoće. Druga, novija teorija, značenje garancije ne vidi u signalu kakvoće prije sklapanja ugovora, već to značenje prije svega vidi u neformalnom sredstvu za ostvarivanje interesa kupca nakon sklapanja ugovora (*informal redress mechanism*).⁶

U nekadašnjem socijalističkom pravnom uređenju, gdje je tržišno natjecanje bilo vrlo ograničeno ili nije ni postojalo, razvoj se odvijao na bitno drukčiji način: dobrovoljna garancija bila je tek rubnog značenja, zakonodavci su, da bi ipak potakli proizvođače na povećanje kakvoće robe, prisilnim propisima određivali obvezu davanja garancijskih obećanja za određene vrste robe, neovisno o volji strana.⁷ Sustav obvezne garancijske odgovornosti do kupaca, naravno, ne može signalizirati kakvoću robe niti poticati natjecanje u korist potrošača jer ne omogućava nikakvo razlikovanje između prodavatelja i proizvođača koji svi nude istu garanciju.

III Razvoj garancije u jugoslavenskom pravu i odnos do jamstva za stvarne nedostatke

1. Razvoj do usvajanja Zakona o obveznim odnosima (1978)

U jugoslavenskom pravu je obvezno izdavanje garancije za ispravno funkcioniranje bilo uvedeno saveznim propisom još 1959. godine, što je vrlo zanimljivo uzmemo li u obzir da je pravo ugovora o prodaji bilo unificirano uvođenjem ZOO tek 1978. godine.⁸ Naredba o posebnim uvjetima pod kojima

bi dugoročno bili uklonjeni s tržišta jer bi kupci u pravilu bili spremni platiti samo nisku ili najviše prosječnu (tzv. „*market for lemons*“), vidi: Fernando Gomez, u: M. C. Bianca, S. Grundmann (ur.), *nav. delo*, str. 56; Hans B. Schäfer Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer, Wien, 2000, str. 443; vidi i: Francesco Parisi, „The harmonization of legal warranties in European sales law: an economic analysis“, *American Journal of Comparative law* 2/2004, str. 407 i d.

6 Vidi Christian Twigg-Flesner, *Consumer Product Guarantees*, Ashgate Publishing, Dartmouth, 2003, str. 71 i d.; Christian Twigg-Flesner, Thomas Zerres, „Bedeutung und Funktion des Art. 6 VerbrKfRL und Verbrauchergarantien“, *ZVglRWiss* 105 (2006), str. 24 i d.

7 Marko Ilešić, „Garancija za trajno kakovost proizvoda“, *Združeno delo* 6/1981, str. 907; J. Radišić, *nav. delo*, str. 28.

8 Iznimku predstavljaju Opće uzance za promet robom, iako se ne radi o zakonskom tekstu koji je usvojio zakonodavac, već uglavnom za zapisane običaje koje je 1954. godine usvojila Državna arbitraža FNRJ (vidi *Sl. l. FNRJ* br. 15–179/1954, str. 305). Međutim, kako su bile sistematizirane i to prema uzoru na švicarski obligacijski zakon i sudsku praksu srednjeeuropskih država, uzance su bile više od puke zbirke običaja. Igrale su izvanrednu

se smiju stavljati u promet pojedini industrijski proizvodi⁹ određivala je popis tehničkih proizvoda koji su se smjeli prodavati jedino ako ih je proizvođač (za uveznu robu: uvoznik) opremio garancijskim listom, tehničkim uputama te ako je za njih osigurao servisno održavanje i popravak kao i rezervne dijelove. Bio je određen i obvezni sadržaj garancijskog lista u kojem je bitno obećanje proizvođača da će kupljeni proizvod uz normalnu uporabu kroz određeno vrijeme ispravno funkcionirati, a da će u suprotnom slučaju proizvođač snositi sve troškove održavanja i uklanjanja tehničkih manjkavosti. Proizvođač je za popravak mogao ovlastiti servis. Uredba nije utvrđivala najkraći jamstveni rok, a za slučajeve kršenja, tj. kada garancijski list nije bio izdan, predviđala je kazne. Garancija je bila zasnovana kao institut zaštite svakog kupca, ne samo potrošača, i vrijedila je i u odnosima između gospodarskih subjekata.

Takvo uređenje je 1967. godine bilo uneseno u Osnovni zakon o robnom prometu,¹⁰ s time da je glede popisa proizvoda koji se smiju prodavati isključivo s garancijskim listom, zakon upućivao na propis saveznog sekretara za industriju i trgovinu. Obveznik izdavanja garancijskog lista je prije svega proizvođač, za uveznu robu uvoznik, ali je za ispunjavanje garancijske obveze, odnosno za uklanjanje manjkavosti i kvarova te servisno održavanje proizvoda, bio odgovoran i prodavatelj i to supsidijarno – kada se u mjestu u kojem je proizvod prodan proizvođač nije pobrinuo za to. O njihovom međusobnom regresnom odnosu zakon nije ništa predviđao. Spomenuta je bila mogućnost dobrovoljne garancije. U teoriji su mišljenja o sankciji za kršenje obveza izdavanja garancijskog lista bila različita: neki su na temelju stajališta o javnopravnoj naravi obveze garancije smatrali da bi sankcija trebala biti tek kazna za prekršaj.¹¹ Većinsko mišljenje, kojemu se priklonila i sudska praksa, je osnovano smatralo da obvezna garancija ima i civilnopravne učinke, što znači da korisnik stiče garancijska prava na temelju zakona prilikom sklapanja ugovora o prodaji, neovisno da li je garancijski list izdan ili ne.¹²

Godine 1977. je uređenje garancije bez važnijih izmjena prešlo u Zakon o standardizaciji.¹³ Taj je zakon detaljnije pojasnio sadržaj garancije: kupac može u prvom redu tražiti besplatno uklanjanje kvarova i manjkavosti proizvoda, supsidijarno – ako popravak nije izvršen u primjerenom roku od

ulogu u izjednačavanju prakse gospodarskih sudova te su u mnogočemu utrle put ZOO. Vidi: Aleksander Goldštajn, *Obvezno pravo*, informator, Zagreb 1978, str. 10.

9 *Sl. l. FNRJ* br. 25/1959. od 24.6.1959. Izdao ju je državni sekretar za robni promet.

10 *Sl. l. SFRJ* br. 1–8/1967 od 6.1.1967.

11 J. Radišić, *nav. delo*, str. 29.

12 Stojan Cigoj, „Odgovornost za delovanje proizvedene stvari“, *Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani*, 1976, str. 20; Ljubiša Milošević, „Garancija za ispravan rad prodanog proizvoda“, *Naša zakonitost* 3/1968, str. 213.

13 *Sl. l. SFRJ* br. 38/1977 od 29.7.1977.

najviše 45 dana – može tražiti i zamjenu novim proizvodom. Troškove prijevoza također snosi garant. U vezi s odnosom između garancije i odgovornosti za stvarne nedostatke, zakon ponavlja već važeće stajalište da ostvarivanje prava iz garancijskog lista ne isključuje ostvarivanje „prava kupaca s drugih osnova“. Popis proizvoda za koje je propisana garancija te njihov najkraći garancijski rok određuje direktor saveznog zavoda za standardizaciju. Kao zanimljivost treba reći da je uredbom direktora za različite kategorije robe bilo utvrđeno čak pet različitih garancijskih rokova: dok je za većinu robe vrijedio 12-mjesečni rok, za poljoprivredne traktore garancijski je rok bio 6 mjeseci, za osobne i teretne automobile 6 mjeseci ili 10.000 prijeđenih kilometara, za sportsko i lovačko oružje te za računala i strojeve za pisanje 18 mjeseci, dok je za strojeve za šivanje i telefonske aparate rok bio 24 mjeseca.¹⁴ Godine 1988. bio je usvojen novi Zakon o standardizaciji,¹⁵ sadržajno se institut obvezne garancije nije izmijenio. Kako u Zakonu o standardizaciji iz 1977. godine tako i u zakonu iz 1988. godine bile su u stvari uređene dvije vrste obvezne garancije: osim garancije za ispravno funkcioniranje postojala je i garancija kakvoće,¹⁶ iako su se i teorija i praksa bavile gotovo isključivo prvom, dok se druga nije izdvojila kao posebna kategorija, stoga neće biti predmetom rasprave.¹⁷

2. Jamstvo za stvarne nedostatke i garancija u ZOO

Do usvajanja ZOO se institut obvezne garancije u praksi već dobro učvrstio, a u uvjerenju ljudi čak i zasjenio odgovornost za stvarne nedostatke. Vjerojatno ne zvuči pretjerano reći da je zahtjev za popravak odnosno zamjenu robe na temelju obvezne garancije u praksi postao glavno sredstvo zaštite ekvivalentnog interesa kupca u slučaju ugovora o prodaji. To je zasigurno bio i jedan od razloga zašto je zakonodavac neke vidike garancije kodificirao

14 Naredba o određivanju proizvoda koji se mogu stavljati u promet samo ako su opskrbljeni garancijskim listom, tehničkom uputom i popisom ovlaštenih servisa te o najmanjem trajanju garancijskog roka za te proizvode, *Sl. l. SFRJ* 5–140/1978 od 3.2.1978. Kasnije su se općoj naredbi pridružile (i izmijenile ju) još i posebne, npr. Naredba o određivanju električnih aparata za domaćinstvo koji se mogu stavljati u promet samo ako su snabdjeveni garantnim listom i tehničkom uputom i o najmanjem trajanju garantnog roka za tu opremu, *Sl. l. SFRJ* br. 4–171/1981 od 23.1.1981; Naredba o određivanju sportske opreme i rekvizita koji se mogu stavljati u promet samo ako imaju garancijski list, tehničke upute i odredbu o najkraćem garancijskom roku i roku osiguranog servisiranja za proizvode, *Sl. l. SFRJ* 41–1030/1987 od 19.6.1987.

15 *Sl. l. SFRJ* 37–459/1988 od 10.6.1988.

16 Vidi 1. st. 45. čl. Zakona o standardizaciji (1977) koji govori o jamstvu da proizvod ima propisana odnosno deklarirana svojstva te 2. st. 64. čl. zakona iz 1988. godine koji spominje jamstvo kakvoće.

17 Jednako i: M. Ilešič, *nav. delo*, str. 910.

u ZOO. Jednako tako, i neka obilježja pravnog uređenja jamstva u ZOO, na primjer strogo tretiranje kupca na temelju iznimno kratkog 6-mjesečnog jamstvenog roka u kombinaciji s daljnjim jednogodišnjim prekluzivnim rokom za ispunjenje zahtjeva,¹⁸ najvjerojatnije možemo pojasniti kao „protutežu“ koju je za pravni položaj kupca značila obvezna jednogodišnja garancija, Međutim, o tome možemo tek nagađati jer razlozi za unošenje pojedinih odredbi ZOO nisu bili javno objavljeni.

Uređenje garancije u ZOO zanimljivo je kako s aspekta njegove ugradnje, tako i s aspekta sadržaja i hijerarhije garancijskih zahtjeva i odgovornih osoba. Zakonodavac je odredbe o garanciji za ispravno funkcioniranje prodane stvari (čl. 501–507 ZOO) ugradio u 3. odjeljak poglavlja o ugovoru o prodaji, među obveze prodavatelja i to u 2. odsjek tog odjeljka naslovljen „Odgovornost za stvarne nedostatke“. Iz toga proizlazi da je garanciju smatrao srodnim odnosno paralelnim institutom, poput nekakve posebne vrste odgovornosti za stvarne nedostatke. I zahtjevi kupca temeljem obvezne garancije oblikovani su po uzoru na zahtjeve kupca temeljem stvarnog nedostatka. Jamstvo za stvarne nedostatke i garancija za ispravno funkcioniranje su inače dva samostalna instituta koji se međusobno razlikuju, ali su međusobno ipak na poseban način povezani jer su oba usmjerena ka zaštiti istog interesa kupca. Prema koncepciji zakonodavca, koju je prihvatila i sudska praksa, kupac tehničke robe može po vlastitom izboru alternativno primjenjivati zahtjeve kako na temelju ugovora o prodaji tako i temelju garancije prema prodavatelju i/ili proizvođaču, pri čemu zahtjeve ne smije kumulirati, ali može, ukoliko sa zahtjevom ne uspije u potpunosti po jednoj osnovi, zahtjev dopuniti po drugoj osnovi.¹⁹ Osim toga, ako je kupac garantu dostavio zahtjev za uklanjanje nedostatka, ta obavijest, ukoliko je u okviru jamstvenog roka, vrijedi i kao obavijest (notifikacija) o nedostatku koji je pretpostavka jamstvenih zahtjeva.²⁰

U ZOO zakonodavac nije uređio sve aspekte garancijske odgovornosti već samo zahtjeve kupca u slučaju kada je garancijski list bio izdan, a stvar nije ispravno funkcionirala. Zakonodavac je očito želio uspostaviti pravila koja bi se rabila kako za obveznu tako i za dobrovoljnu garanciju. Odgovor na ključno pitanje – kada je garancija obvezna – je svjesno prepustio Zakonu o standardizaciji odnosno podzakonskim propisima izdanima temeljem njega, zajedno s pitanjem trajanja garancijskog roka i sadržaja garancijskog lista.

18 Glede rokova odgovornosti prodavatelja vidi: Damjan Možina, „Uslovi i vremenska ograničenja odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke“, *Europski pravnik* 1/2008, str. 9–28.

19 Stojan Cigoj, *Komentar obligacijskih razmerij* (III), Uradni list, Ljubljana, 1980–1984, str. 1493; Vladimir Kapor, u: Tomislav Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1980, str. 1320.

20 S. Cigoj, *ibid.*

U nastavku razmotrimo sličnosti i razlike između instituta obvezne garancije i instituta jamstva za stvarne nedostatke na četiri ključna područja: sadržaj odgovornosti, mjerila odgovornosti, strane odnosa te zahtjevi kupca.

Garancijska i jamstvena obveza razlikuju se po sadržaju. Dok prodavatelj odgovara za sukladnost robe s ugovorom (nepostojanje stvarnih nedostataka) u trenutku prijelaza rizika, to jest u trenutku preuzimanja odnosno nastupa kašnjenja kupca, sadržaj garancijskog obećanja nije stanje stvari u određenom trenutku, već ispravno funkcioniranje u određenom vremenu. Ipak, razlika je relativno suptilna jer, iako se mjerila stanje stvari u trenutku preuzimanja i ispravno funkcioniranje stvari u određenom vremenu čine vrlo različitima, u stvarnosti su puno bliža.²¹ Kakvoća stvari, naime, znači i određenu trajnost njezina rada. Ako npr. na novom automobilu nakon šest mjeseci otkazu kočnice koje su u trenutku izručenja funkcionirale, radi se o garancijskom primjeru kao i stvarnom nedostatku, jer su trajnost i pouzdanost sustava kočenja ujedno i pitanje kakvoće. Stvar je u sukladnosti s ugovorom ako se u jamstvenom roku ne pokažu nedostaci koje uobičajenim pregledom prije ili po sklapanju ugovora nije bilo moguće otkriti (skriveni nedostaci). To su u pravilu nedostaci koji se pokažu po isteku određenog vremena ili samim funkcioniranjem stvari. Tako zapravo već sama činjenica da prodavatelj odgovara za skrivene stvarne nedostatke koji se pokažu u jamstvenom roku govori u prilog tome da i besprijekoran rad u određenom roku sudi u okvir sukladnosti s ugovorom. Ukoliko ne dođe do dogovora strana, mora stvar u trenutku preuzimanja pokazivati „uobičajena svojstva“, što između ostalog znači onu kakvoću stvari po kojoj će ta stvar u jamstvenom roku služiti svojoj namjeni. Sadržaji obveza u oba instituta su dakle puno bliži no što se čini na prvi pogled, a činjenična stanja se u praksi u pravilu preklapaju.

Iako bi izraz „garantirati“ mogao implicirati strožu odgovornost, mjerila odgovornosti prodavatelja i garanta su ista. Oba odgovaraju bez obzira na svoju krivicu, a mogu se osloboditi odgovornosti temeljem čl. 263 ZOO. Niti garancijska odgovornost dakle nije apsolutna. Garant odgovara kada uzrok nepravilnog rada izvire iz same stvari, odnosno iz njegova područja odgovornosti, ali ne odgovara kada proizlazi iz nepredvidivih vanjskih okolnosti koje su izvan područja njegova utjecaja.²²

Što se tiče strana u odnosu, razlika između instituta je prilična: dok kupac može ostvariti jamstvene zahtjeve jedino protiv suugovaratelja – prodavatelja, garancijski obveznik, osim prodavača, jest i proizvođač, a oboje

21 Cigoj smatra da besprijekornost „rada“ treba razumijeti široko, čak i kao pravilnost stanja, kao primjer navodi leće u dalekozoru koje ne „rade“, ali su ipak predmet jamstvene zaštite. Vidi: S. Cigoj, *nav. delo*, str. 1489.

22 Jednako i: Nina Plavšak, u: Miha Juhart, Nina Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem* (III), GV Založba, 2004, str. 212.

odgovaraju solidarno.²³ Garancijska odgovornost proizvođača ne nastaje na temelju ugovora jer proizvođač nije u ugovornom odnosu s kupcem, već temeljem zakona. Garancijski odnos između kupca i proizvođača razlikuje se od garancijskog odnosa između kupca i prodavača. Teško je, naime, prihvatiti misao da kupac može u odnosu na proizvođača, na primjer, odstupati od ugovora ili sniziti kupovninu, jer s njime uopće nije sklopio ugovor, a mogao bi ostvariti pravo na popravak ili zamjenu, zahtjev za povrat kao posljedicu odstupanja ili sniženja te zahtjev za naknadu štete.

Ostavimo li sa strane te dvojbe, kupac na temelju garancije ima sadržajno jednake zahtjeve kao i na temelju stvarnih nedostataka, može zahtijevati popravak, zamjenu, raskid ugovora i naknadu štete. Međutim, na snazi je drukčija hijerarhija zahtjeva: dok u slučaju stvarnog nedostatka kupac može birati između popravka, zamjene, sniženja kupovnine i raskida ugovora (pri čemu vrijedi dodatni uvjet da prodavatelju pruži primjeren dodatni rok za popravak ili zamjenu), a istovremeno zahtijeva i naknadu štete, pri garancijskoj odgovornosti kupac izdaje najprije zahtjev za popravak robe, odnosno – ako do zahtijevanog popravka ne dođe u primjerenom roku – zahtjev za izvršavanje zamjene ispravnom robom. Tek supsidijarno – ako u primjerenom roku ne dođe do izvršenja popravka ili zamjene – kupac može raskinuti ugovor ili sniziti kupovninu. Takva hijerarhija zahtjeva u znatnoj mjeri podsjeća na sustav iz čl. 3 Direktive 1999/44/EZ o prodaji robe široke potrošnje u slučaju nesukladnosti robe s ugovorom, ali bez uzimanja u obzir načela razmjernosti. Iz hijerarhije garancijskih zahtjeva kupca (slično vrijedi i za jamstvene zahtjeve) proizlazi da su popravak i zamjena ne samo pravo kupca, već i pravo prodavatelja (*right to cure*), jer kupac ne može ostvarivati druge zahtjeve ako prodavatelju nije pružena mogućnost (najprije) popravka i (zatim) zamjene. Odštetni zahtjev može pratiti svaki od zahtjeva kupca, ali ga ne može u potpunosti nadomjestiti ukoliko prodavatelju nije bila pružena mogućnost popravka/zamjene. Ako je kupac, dakle, zahtijevao popravak, ali isti nije bio izvršen u primjerenom roku, može popravak izvršiti sam, a povrat troškova od garanta ostvaruje odštetnim zahtjevom.²⁴ Mjerilo odštete je, kao i pri stvarnim nedostacima, pozitivan ugovorni interes ograničen na predvidljivu štetu.²⁵ U vezi s odštetnom odgovornošću proizvođača, treba upozoriti da za osobnu štetu i štetu na drugim pravnim dobrima kupca

23 S. Cigoj, *nav. delo*, str. 1490; Vladimir Kapor, u: Tomislav Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1980, str. 1318.

24 Slično smatra V. Kapor, u: T. Blagojević, V. Krulj (ur.), *nav. delo*, str. 1321, koji kaže da bi bilo moguće to pravo kupca izvesti iz 291. čl. ZOO koji uređuje vjerovnikovo pravo do posla radi pokrića u slučaju nadomjesne usluge.

25 Vidi čl. 269 u vezi s 190. čl. ZOO te 1. st. 266. čl. ZOO.

odgovara i deliktно, то јест без обзира на постојање уговора, темелјем правила о одговорности произвођача (чл. 179 ZOO).

У вези са захтевима купца ваља посебно споменути претпоставке и временске оквире захтева. Продаватељ одговара за стварне недостатке у тренутку пријелазу ризика. Изнимка вриједи за недостатке који купцу прије склапања уговора нису могли остати непознати; ако је унаточ тому склопио уговор, сматра се да се је с њима слагао. Међу претпоставке захтева купца спадају преглед робе и нотификација стварних недостатака на темелју заплетеног система: видљиве недостатке мора купач, ако су при прегледу назочне објекта, приопћити одмах или у року од 8 дана (нетрговачки уговор) односно без одгађања (трговачки уговор) по откривању недостатака. Скривене недостатке, који се покажу током јамственог рока, купач мора једнако тако приопћити у року од 8 дана односно без одлагања по њиховом откривању. У обавјести је купач дужан описати недостатак и позвати продавца да прегледа ствар. У непостојању друкчијег договора страна, јамствени рок траје 6 мјесеци од изручења, а купач може остваривати захтеве у (прекљузивном) року од једне године од правовременог приопћења недостатака.

Преглед и нотификација недостатака нису претпоставке гаранцијске одговорности, али иста није искључена чак ни када би купач већ приликом склапања уговора могао знати да ствар не функционира исправно. Доволјно је да ствар у гаранцијском року не функционира исправно. Купач може, успије ли то доказати, гаранцијска права остваривати и касније. За различиту робу били су утврђени и различити гаранцијски рокови (од 6 до 24 мјесеца), а за већину робе вриједио је једногодишњи рок.²⁶ И гаранцијски захтеви подложни су прекљузиви која настају у року од једне године од првог остваривања захтева за поправак или замијену.²⁷

IV Заштита купца у европском праву: Директива 99/44/EZ о продаји робе широке потрошње и гаранцијама

1. Сукладност с уговором и права потрошача у случају несукладности (јамство)

Директивом 1999/44/EZ о продаји робе широке потрошње и гаранцијама је европски законодавац по први пут посегао на подручје уговора о продаји које је у правилу уређено у грађанским кодификацијама држава чланица. Директива поставља норме права потрошача у уговору о продаји склопљеном с подузетцем, које државе чланице морају провести у своме законодавству. Подручје није уређено у цијелости већ се лаца тек неких аспеката док друге

²⁶ Види поглавље III.1.

²⁷ Види чл. 507 ZOO.

prepušta državama članicama. Direktiva propisuje standard sukladnosti s ugovorom, dok za slučaj nesukladnosti potrošaču nudi zahtjeve u kogentnom roku od 2 godine. Kao nadgradnja toga predviđena je mogućnost dobrovoljne garancije jamstva proizvođača i/ili prodavatelja.

Za razliku od jugoslavenskog (i slovenskog) ugovornog prava, koje u skladu s kontinentalnopravnom tradicijom strogo razlikuje više oblika kršenja ugovora i za njega je naročito karakteristično oštro razlikovanje pretpostavki i posljedica kašnjenja (neispunjenja) i ispunjenja sa stvarnim ili pravnim nedostatkom (tzv. jamstva)²⁸, Direktiva se zasniva na jedinstvenom pojmu kršenja ugovora. U 1. st. 2. čl. Direktiva utvrđuje da prodavatelj mora potrošaču predati stvar u skladu s ugovorom (*in conformity with the contract*). Pojmu sukladnosti s ugovorom s druge strane odgovara pojam kršenja odnosno nesukladnosti s ugovorom (*non-conformity*): sve što nije pravilno i cjelovito ispunjenje potrošaču pruža osnovu za zahtjev. Sve posljedice kršenja ugovora se u početku obrađuje zajedno, bez pitanja na uzroku ili način kršenja (kašnjenje, ispunjenje s greškom, nemogućnost). U st. 2 članka 2 Direktiva postavlja pretpostavke sukladnosti s ugovorom. Ta mjerila podsjećaju na definiciju stvarnog nedostatka u čl. 479 ZOO (450 OZ), ali je pojam nesukladnosti prema Direktivi nešto širi: s jedne se strane u prosudbu uobičajene kakvoće robe uzimaju u obzir možebitne izjave proizvođača ili prodavatelja, npr. u reklamiranju, s druge je pak strane u pojam nesukladnosti izrijeком uključena i nesukladnost koja je posljedica nepravilne montaže izvršene od strane prodavatelja ili je potrošač nepravilno montirao robu zbog greške u uputama za montažu (tzv. IKEA klauzula). Ne radi se o nesukladnosti s ugovorom ako je potrošaču prilikom sklapanja ugovora ta nesukladnost bila poznata ili mu nije mogla ostati nepoznata, kao i ako potječe iz materijala potrošača. Sukladnost s ugovorom se utvrđuje u trenutku isporuke robe.

U 3. članku Direktiva definira prava potrošača u slučaju nesukladnosti u trenutku isporuke. Uspostavljena je posebna hijerarhija zahtjeva: prednost ima naknadni zahtjev za ispunjenje, a odustanak i sniženje su supsidijarni. Potrošač može najprije zahtijevati besplatno „uspostavljanje sukladnosti s ugovorom“ putem popravka ili zamjene (naknadni zahtjev za ispunjenje), osim ako je to nemoguće ili nerazmjerno.²⁹ Tek supsidijarno, ako potrošač ne može zahtijevati popravak ili zamjenu, ili ako ih prodavatelj na njegov zahtjev

28 Više: Damjan Možina, *Kršitev pogodbe*, GV Založba, Ljubljana, 2006, str. 325 i d.

29 Obzirom na podstavak drugi stavka 3 članka 3 Direktive, zahtjev za popravak odnosno zamjenu je nerazmjernan ako bi u usporedbi s drugim zahtjevom (zamjena odnosno popravak) prodavatelju prouzročio neprihvatljive (nerazmjerne) troškove, uzimajući u obzir vrijednost robe (u slučaju sukladnosti), značenje nesukladnosti i činjenica da li bi potrošač mogao bez znatnih neprijatnosti koristiti drugi zahtjev. Ako bi, dakle, popravak robe bio nerazmjerno skuplji od zamjene, kupac ne može zahtijevati popravak već samo zamjenu (i obratno).

nije izvršio u razumnom roku ili bez većih neprijatnosti za potrošača³⁰, potrošač ima pravo raskinuti (odstupiti) ugovor ili sniziti kupovninu. Uvjet za odstupanje je da nesukladnost nije neznatna. Direktiva, koja uređuje tek neke vidike odgovornosti prodavatelja s osnove nesukladnosti, među pravima kupca ne predviđa pravo na naknadnu štetu i prepušta ga nacionalnom pravu.³¹ Određenje notifikacije (prijekora) nesukladnosti kao pretpostavke kupčevih zahtjeva Direktiva prepušta državama članicama, ali ipak zahtijeva minimalni rok od dva mjeseca od otkrića nedostatka. Određeni su i minimalni vremenski okviri odgovornosti prodavatelja: jamstveni rok traje dvije godine, za rabljenu robu jednu godinu, počevši od datuma predaje. Određena je i pretpostavka da je nesukladnost koja se pokaže u prvih 6 mjeseci od predaje postojala već u trenutku isporuke, a prodavatelj može dokazati suprotno.

2. Garancija

Direktiva ne uređuje obveznu već samo dobrovoljnu garanciju, a tretira ju kao „privatno“ jamstvo, dogovoreno između strana temeljem ugovorne autonomije koja nastupa paralelno sa zakonskim jamstvom, ali ne zadire u njega.³² Bitno je da se garancijska obveza temelji na dobrovoljnoj i bez dodatnog plaćanja preuzetoj dodatnoj obvezi prodavatelja ili proizvođača.³³ Direktiva se ne upušta detaljnije u sadržaj garancijske obveze, već to prepušta garantu. Namjena njezina članka 6 koji sadrži uređenje garancije, jest prije svega spriječiti obmanjivanje potrošača glede opsega garancijskih prava.³⁴

Uređenje garancija u Direktivi temelji se na dvama načelima. U st. 1 čl. 6 definirano je da je za garanta garancija pravno obvezujuća pod uvje-

30 „Znatne neprijatnosti“ za kupca (čl. 3. direktive) mogu značiti npr. posezanje u druga dobra kupca (šteta pri izvršavanju popravka u potrošačevu stanu) ili se odražavaju u osobnim poteškoćama koje nije moguće izraziti u trošku (česti posjeti servisnoj radionici) ili višekratnim neuspješnim pokušajima popravka. Ako je kupac tražio popravak ili zamjenu, a prodavatelj ju je očito odbio, tada se i daljnji pokušaji kupca u smjeru zahtjeva smatraju kao neprijatnost. Vidi: Thomas Pfeiffer, Komentar članka 3 direktive 99/44/EZ, u: *Anwaltkommentar BGB*, 2005, r. br. 15, str. 4207.

31 St. prvi čl. 8 direktive utvrđuje da direktiva ne poseže u druga prava koje potrošač može ostvariti sukladno nacionalnim propisima i ugovornoj ili vanugovornoj odgovornosti. Ništa ne govori protiv kumulacije odštetnog i drugih zahtjeva iz direktive. Ipak, uzimajući u obzir prvenstvo naknadnog ispunjenja zahtjeva u direktivi, kupac bi sukladno nacionalnom pravu smio imati mogućnost odštetnog zahtjeva na način da bi prodavatelju oduzeo mogućnost popravka ili zamjene.

32 Ulrich Magnus, u: Komentar 6. čl. direktive 1999/44/EZ, u: Grabitz/Hilf (ur.), *Das Recht der EU*, r. br. 1.

33 St. 2 čl. 1 Direktive, lit. (e): „garancija: znači svaku obvezu, koju prodavatelj ili proizvođač preuzme prema potrošaču bez dodatnog plaćanja i kojom se obveže na povrat kupovnine, popravak ili zamjenu robe široke potrošnje ili osiguranje drugog sredstva kada roba široke potrošnje ne posjeduje osobine navedene u garancijskoj izvaji ili u odgovarajućem oglasu.“

34 Vidi tč. 21 preambule direktive.

tima koji su utvrđeni u garancijskoj izjavi ili relevantnoj reklamnoj poruci. Kako se vezanost garanta na sadržaj garancije u pravu svih država članica u potpunosti razumije samo po sebi,³⁵ značenje odredbe nalazi se prvenstveno u vezanosti na reklamiranje: ovdje direktiva uzima u obzir činjenicu da kupci obično prije no garancijsku izjavu poznaju sadržaj reklamne izjave te ju stoga treba uzimati u obzir prilikom prosuđivanja njihovih očekivanja.³⁶ Od reklamnih poruka iz kojih proizlazi pravna vezanost moramo razlikovati puko hvaljenje i preuveličavanje proizvoda koje prosječno informiran, pažljiv i razuman potrošač³⁷ ne može uzeti za istinu. Osim tog kriterija, potrebno je – zato što sadržaj garancije unaprijed sastavlja jedna strana – prilikom pojašnjavanja garancije uzeti u obzir i pravilo *contra proferentem* prema kojem se sadržaj nejasne izjave tumači u štetu onoga koji ju je sastavio.³⁸

Drugo temeljno načelo garancije koje donosi Direktiva jest načelo transparentnosti. Unatoč činjenici da Direktiva u načelu ne određuje sam sadržaj obveza, odluka da li i kakvu će garanciju ponuditi prepuštena je garantu (proizvođaču i prodavatelju), ona ipak postavlja određene zahtjeve glede sadržaja garancijske izjave. U skladu s alinejom 1 st. 2 čl. 6 Direktive izjava mora potrošača najprije opomenuti na to da, sukladno važećem nacionalnom prodajnom pravu, ima zakonska prava na temelju ugovora o prodaji te da garancija ne utječe na njih. Taj se zahtjev zasniva na tvrdnji da garancija može biti obmanjujuća jer potrošači vrlo često nisu svjesni svojih zakonskih prava i zabunom polaze od toga da imaju samo prava dana im u garanciji.³⁹ Da bi potrošač donio informiranu odluku o kupnji potrebno je, naime, da je svjestan onoga što mu kao svoju konkurentnu prednost nude pojedini prodavatelji (sadržaj garancije), ali i onoga na što u svakom slučaju ima pravo (zakonska prava). U garancijskoj izjavi nije potrebno reproducirati sva relevantna pravna pravila, ali je potrebno potrošaču jasno dati do znanja

35 Ulrich Magnus, Komentar čl. 6 direktive 1999/44/EZ, u: Grabitz/Hilf (ur.), *Das Recht der EU*, r. br. 3 navodi da se vezanost garanta na garancijsku izjavu zasniva na vezanosti na ugovor. Uobičajeno je da garant jednostrano ponudi garanciju (može i u reklamama), neovisno o znanju druge ugovorne strane, ali ju potonja prihvaća najkasnije onda kada prima robu ili se poziva na garanciju.

36 Thomas Pfeiffer, Komentar članka 6 direktive, u: *Anwaltkommentar BGB*, 2005, r. br. 3, str. 4215. Vidi i: st. 2 čl. 3 Direktive 90/314/EGS o paket putovanjima (*Sl. l. L* 158).

37 O standardu prosječno informiranog i razumnog potrošača vidi tč. 18 preambule i čl. 5 Direktive 2005/29/EZ o nepoštenim poslovnim djelovanjima (*Sl. l. L* 149) te odluku Suda EZ u predmetu C–220/98, *Estee Lauder Cosmetics*, Recueil str. I–117/2000.

38 Philippe Malinvaud, Komentar čl. 6 direktive, u: Massimo C. Bianca, Stefan Grundmann (ur.), *EU Sales Directive – Commentary*, Intersentia, Antwerpen, 2002, r. br. 29; Ulrich Magnus, Komentar čl. 6 direktive 1999/44/EZ, u: Grabitz/Hilf (ur.): *Das Recht der EU*, r. br. 7; vidi i čl. 5 Direktive 93/13/EGS o nepoštenim ugovornim odredbama (*Sl. l. L* 95) te čl. 83 OZ.

39 Philippe Malinvaud, Komentar čl. 6 direktive, u: M. C. Bianca, S. Grundmann (ur.), *nav. delo*, r. br. 24, str. 227.

da garancija vrijedi isključivo uz zakonska prava i ne zamjenjuje ih niti ograničava.⁴⁰ U načelo transparentnosti sudi i zahtjev da sadržaj garancijske obveze mora potrošaču biti predočen na jednostavan i razumljiv način, zajedno s podacima potrebnima za njezino ostvarivanje, osobito trajanje i teritorijalno područje važenja garancije te naziv i adresu davatelja garancije.

Direktiva ne određuje posebne oblike garancije, ali u stavku trećem članka 6. zahtijeva da se potrošaču na njegov zahtjev mora dati garancija u pismenom obliku ili na drugom trajnom nosiocu podataka koji je na raspolaganju i dostupan potrošaču.⁴¹ U četvrtom stavku toga članka Direktiva omogućuje državi članici da između službenih jezika EU odredi jedan ili više jezika na kojem (kojima) mora biti sastavljena garancijska izjava za robu kojom se trguje na teritoriju te države.

Ukoliko garant krši pravila članka 6 Direktive, sankcija ne smije biti nevaljanost garancije jer bi to značilo da bi garant bio čak i nagrađen, a potrošaču bi bila oduzeta zaštita. Zato st. 5 čl. 6 Direktive utvrđuje da kršenje ne utječe na valjanost garancije te se potrošač može bez ograničenja pozivati na nju (tzv. salvatorna klauzula).⁴²

V Iskustva Slovenije: kombinacija jugoslavenskog i europskog modela

1. Kontinuitet jugoslavenskog prava u Sloveniji

U slovenskom pravu nakon osamostaljenja (1991.) pravno uređenje jamstva i garancije ostalo je sadržajno isto. Godine 1998. usvojen je Zakon o zaštiti potrošača (ZOZP),⁴³ u kojega je (čl. 16–21) bez značajnijih izmjena preneseno uređenje iz Zakona o standardizaciji. Propis o popisu proizvoda koji se mogu stavljati u promet samo ako su opskrbljeni garancijskim listom, tehničkom uputom te osiguranim servisom i rezervnim dijelovima odsada izdaje „nadležni ministar“. Godine 2003. usvojen je Pravilnik o robi za koju se izdaje garancija za ispravno funkcioniranje⁴⁴ koji predviđa garanciju za široku

40 Thomas Pfeiffer, Komentar k članku 6, direktive, u: *Anwaltkommentar BGB*, 2005, r. br. 7, str. 4215.

41 Ovdje spada i npr. poruka elektronskom poštom, SMS poruka, CD-ROM, DVD, ali bez daljnega ne i objava na web-stranicama jer potrošač sadržajem web-stranice ne raspolaže samostalno. Ukoliko ga ne pohrani ili ispiše ne ovisi samo o njemu da li će je prilikom sljedeće posjete moći opet vidjeti jer poslužitelj ponuditelja ne potpada u područje njegove vlasti.

42 Thomas Pfeiffer, Komentar članka 6 direktive, u: *Anwaltkommentar BGB*, 2005, r. br. 13, str. 4216.

43 *Sl. l. Republike Slovenije* 20/1998 od 13.3.1998.

44 *Sl. l. Republike Slovenije* 73/2003, izmijenjen sa *Sl. l. 92/2003*, vrijedi od 11.10.2003, do kada je vrijedila Naredba iz godine 1978 (*Sl. l. SFRJ* 5–140/1978, izmjene: *Sl. l. SFRJ*,

paletu „tehničkih“ proizvoda. U čl. 18, st. 2 ZOZP uneseno je bilo i rješenje za slučaj kršenja pravila o garanciji, a koje je već prije bilo usvojeno u teoriji i sudskoj praksi: proizvođač, s obzirom na st. 5 čl. 16 ZOZP kao i prodavatelj po obveznoj garanciji imaju „zakonske obveze“ čak i kada garancijski list nije bio izdan odnosno izručen ili nije imao zakonom predviđen sadržaj. Novost predstavlja odredba st. 3 čl. 18 ZOZP o dobrovoljnoj garanciji koja kaže da proizvođač (i prodavatelj) ima zakonske obveze čak i kada garancija nije obvezna „ali ju je javno obećavao“. Godine 2001. usvojen je Obligacijski zakonik,⁴⁵ koji je s 1.1.2002. zamijenio ZOO, pri čemu je, kao i velika većina zakona, područje jamstva za stvarne nedostatke i garancije za ispravno funkcioniranje ostalo u potpunosti neizmijenjeno, samo s novom numeracijom članaka.⁴⁶ Godine 1995., Uvođenjem slovenskog Zakona o standardizaciji,⁴⁷ u Sloveniji je prestao vrijediti jugoslavenski Zakon o standardizaciji, iako se je njegov članak 64., koji je uređivao garancijski list, rabio sve do provedbe Zakona o zaštiti potrošača 1998. godine.⁴⁸

2. Prijenos Direktive 1999/44/EZ u slovensko pravo

Godine 2002. je u okviru opsežnih izmjena Zakona o zaštiti potrošača (ZOZP), a zbog prilagodbe pravu EU, u slovensko pravo prenesen sadržaj Direktive 1999/44/EZ o potrošačkom ugovoru o prodaji i garancijama.⁴⁹ Slovenija je Direktivu implementirala na vrlo jednostavan način: postojećem „jugoslavenskom“ sustavu zaštite kupaca je jednostavno dodala još i „europski“ sustav zaštite potrošača. Dispozitivna pravila odgovornosti prodavatelja za stvarne nedostatke u trajanju od šest mjeseci iz ZOO (OZ) ostala su neizmijenjena, jednako tako ostalo je i uređenje jednogodišnje obvezne garancije za tehničku robu iz ZOO (OZ) i ZOZP, dok je na području potrošačkog ugovora o prodaji (B2C) bila uspostavljena obvezna odgovornost prodavatelja za stvarne nedostatke u trajanju od dvije godine. U Sloveniji tako postoje dva kognitna, u velikoj mjeri preklapajuća se sustava zaštite istog interesa kupca. Takvo uređenje druge države članice EU ne poznaju

br. 4/1981, 9/1981, 17/1985, 41/1987). Pravilnik predviđa više skupina relativno labavo određenih proizvoda: proizvodi za domaćinstvo i sličnu uporabu, proizvodi automobilske i slične industrije, strojevi i uređaji za poljoprivredu i obradu manjih površina, proizvodi informacijske tehnologije, sportska oprema i rekviziti, proizvodi s područja radiokomunikacija, audio in video tehnike i uređaji koji se priključuju na njih, elektromedicinska pomagala za osobnu uporabu, naprave protupožarnu zaštitu.

45 *Sl. l. Republike Slovenije* br. 83-4287/01 od 25.10.2001.

46 O tzv. reformi obveznog prava vidi: Damjan Možina, „Europeizacija in modernizacija obligacijskega prava“, *Podjetje in delo* 6-7/2008, str. 1270.

47 *Sl. l. Republike Slovenije* br. 1-5/1995 od 10.1.1995.

48 *Sl. l. Republike Slovenije* br. 20/1998 od 13.3.1998.

49 ZVPot-A, *Sl. l. Republike Slovenije* br. 110/2002 od 18.12.2002.

jer slijede logiku Direktive i na području potrošačkih ugovora uspostavljaju dvogodišnju kogentnu odgovornost za sukladnost s ugovorom (jamstvo), dok proizvođačima prepuštaju eventualnu nadgradnju putem dobrovoljne garancije.⁵⁰

U člancima 37–37č se ZOZP oslanja na uređenje koje predviđa ZOO (OZ) i određuje da je prodavatelj⁵¹ potrošaču⁵² odgovoran za stvarne nedostatke koji se pokažu u roku od dvije godine od izručenja odnosno, u slučaju rabljene robe, u roku od jedne godine od izručenja. Postavljena je i pretpostavka o postojanju nedostatka u trenutku izručenja ukoliko se pojavi u roku od prvih 6 mjeseci po izručenju. Slovenija je iskoristila opciju Direktive i kao pretpostavku odgovornosti prodavatelja propisala obvezu potrošača da o nedostatku obavijesti prodavatelja u roku od 2 mjeseca od dana kad je otkrio nedostatak. Osim toga, po uzoru na uređenje ugovora o prodaji u ZOO, uz jamstveni rok propisan je i dodatni, jednako tako prekluzivni dvogodišnji rok za ostvarivanje zahtjeva koji teče od notifikacije nedostatka. U slučaju stvarnog nedostatka kupcu je na raspolaganju pet zahtjeva: popravak, zamjena ispravnom robom, sniženje kupovnine⁵³, odstupanje⁵⁴ i povrat štete. Hijerarhiju zahtjeva iz Direktive slovenski zakonodavac nije preuzeo, kao ni ograničenja naknadnog zahtjeva za ispunjenje (popravak i zamjena) načelom razmjernosti. Kupac u pravilu može birati između svih zahtjeva, ali s obzirom na to da zakon utvrđuje da se za sva pitanja koja nisu posebno uređena u ZOZP rabi ZOO, za odstupanje od ugovora vrijede pretpostavke da kupac prodavatelju pruži primjeren dodatni rok, osim ako taj očito nema smisla (čl. 490–491 ZOO), te da je sposoban stvar vratiti u jednakom stanju, pri čemu vrijede brojne iznimke (čl. 495 ZOO). Implementacija direktive na području odgovornosti za sukladnost s ugovorom je u brojnim točkama manjkava.⁵⁵ Tako je zakonodavac, osim što nije utvrdio osobne i stvarne valjanosti uređenja, zaboravio i na prienos stavka 4 (oslobađanje prodavatelja

50 Iznimku predstavlja Mađarska koja je jednako tako zadržala obveznu garanciju, vidi: Hans Schulte-Nölke et al. (ur.), *EC Consumer Law Compendium*, str. 702, dostupan na: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf.

51 Pojmove zakon nije definirao, ali je najvjerojatnije mišljeno na poduzeća iz članka 1 (3) ZOZP, tj. pravnu ili fizičku osobu koja obavlja profitnu djelatnost, bez obzira na njezin pravnoorganizacijski oblik ili vlasničku pripadnost.

52 Obzirom na čl. 1, st. 2 ZOZP, fizička osoba koja stiče ili rabi robu i usluge u svrhe izvan njegove profesionalne ili profitne djelatnosti.

53 ZOZP to konstitutivno pravo kupca neprimjereno naziva „pravo da od prodavatelja zahtijeva povrat dijela plaćenog iznosa razmjerno s nedostatkom“.

54 ZOZP to konstitutivno pravo kupca neprimjereno naziva „pravo da od prodavatelja zahtijeva povrat plaćenog iznosa“ – povrat plaćanja je, naime, samo jedna od posljedica ostvarivanja prava na odstupanje.

55 Vidi: Damjan Možina, „Potrošniška prodajna pogodba v evropskem in slovenskem pogodbenem pravu“, *Podjetje in delo* 2/2004, str. 310–330.

od odgovornosti za javne izjave proizvođača) i stavka 5 članka 2 (tzv. IKEA-klauzula), članka 4 (regresno pravo prodavatelja) te stavka 3 članka 5 Direktive (iznimke s obzirom na presumpciju o postojanju nedostatka). Osim toga, zakonodavac je predvidio zahtjeve potrošača samo za stvarne nedostatke, a ne za sva odstupanja od sukladnosti s ugovorom.

Uređenje obvezne garancije je ostalo, ali nisu u cijelosti ostvareni zahtjevi Direktive glede dobrovoljne garancije. ZOZP dobrovoljnu garanciju spominje tek usputno pri čemu je ne definira kao dodatnu, besplatno preuzetu obvezu prodavatelja prema potrošaču, već je definira samo s obzirom na odsutnost obvezne garancije.⁵⁶ Jednako tako ni OZ ne definira dobrovoljnu garanciju u smislu Direktive.⁵⁷ Može se pojaviti i pitanje razgraničenja dobrovoljne garancije od jamstva za stvarne nedostatke koje je potrebno riješiti tumačenjem.⁵⁸

Načelo vezanosti garanta na garancijsku izjavu iz st. 1 čl. 6 Direktive vrijedi i u slovenskom pravu. Iz st. 4 čl. 18 ZOZP proizlazi da je garant vezan i na javno obećanje garancije, međutim, zakon ne utvrđuje vezanost na izjave o osobinama robe u reklamiranju, već samo na obećanje koje zatim vrijedi sa zakonskim sadržajem, jednako kao i obvezna garancija. Odredbu je potrebno tumačiti i u smislu vezanosti na izjave o osobinama robe. ZOZP u čl. 18 određuje obvezne elemente garancijskog lista koji potrošaču omogućavaju ostvarivanje prava. U st. 3 članka 16 određuje i da garancijski list mora biti lako razumljiv i u cijelosti na slovenskome jeziku, ali nije ispunjen zahtjev Direktive da mora biti naveden i podatak o teritorijalnom (geografskom) važanju garancije. U slovenskom pravu naročito nije ostvarena ključna obveza na kojoj se zasniva garancijsko uređenje Direktive: zahtjev za opomenom na zakonska prava odnosno za jasnim i jednostavnim razgraničenjem između zakonskih prava (i onima iz obvezne garancije) i pravima iz (dobrovoljne) garancije, što je od bitnog značenja za potrošačevo razumijevanje vrijednosti garancije i s time povezanom osviještenom odlukom. Bez bitnog elementa načela transparentnosti dobrovoljna garancija nikako ne može ostvarivati svoje funkcije priopćavanja kakvoće i poticanja konkurencije u korist potrošača. Ovi potonji, stoga što uglavnom imaju pogrešnu predodžbu da posjeduju isključivo prava obećana u garanciji, izloženi su obmanjivanju jer garanti mogu oglašavati nudeći garancijska obećanja koja potrošačima nude manje prava no što ih nude zakonsko jamstvo i obvezna garancija. U ovoj

56 Vidi st. 4 čl. 18 ZOZP.

57 S obzirom na tekst čl. 481 OZ, zakon se u slučaju dobrovoljne garancije rabi samo za „ta-kozvanu tehničku robu“, ali ne daje nikakav razlog da se ne bi rabio u slučaju dobrovoljne garancije za „netehničku“ stvar, npr. obećanja o trajnosti krovnog crijeva ili nehrđanju automobilskog lima koji sami po sebi nisu „stroj, motor, uređaj ili slična stvar“.

58 Vidi st. 3 čl. 460 OZ, koji određuje da je posljedica izričitih tvrdnji prodavatelja da stvar posjeduje određena svojstva ili da nema nedostataka, postroženje odgovornosti jer prodavatelj odgovara i za vidljive nedostatke koje bi kupac trebao primijetiti. Pitanje razgraničenja može se postaviti i u primjeru ugovornog produženja jamstvenog roka.

točki Slovenija krši obveze iz Direktive na što je već upozorila i Komisija.⁵⁹ Zahtjev iz st. 5 čl. 6 Direktive je ostvaren u st. 2 čl. 18 ZOZP.

Druga manjkavost slovenskog uređenja garancije proizlazi iz već spomenutog st. 4 čl. 18 ZOZP koji uspostavlja sve zakonske obveze i u slučaju kada garancija nije obvezna, ali ju je proizvođač javno obećavao. Iako je takvo uređenje na prvi pogled dobrodošlo za potrošače, u biti je u velikoj suprotnosti s načelom ugovorne autonomije. Ako, naime, za određenu robu garancija nije obvezna i garant se može sam odlučiti da li će ju ponuditi ili ne, može se odlučiti i za njezin sadržaj. Normiranje sadržaja obveza, odgovornih osoba (proizvođač i prodavatelj), zahtjeva kupca te prije svega trajanja garancije u tom slučaju nema smisla i dodatno umanjuje pozitivni učinak dobrovoljne garancije na tržišno natjecanje.

3. Obvezna garancija i europsko pravo

Obzirom na to da u vezi s ugovorom o prodaji slovensko zakonodavstvo predviđa još jedan kogentan sustav odgovornosti, postavlja se pitanje da li je uređenje obvezne garancije u skladu s Direktivom. Direktiva 99/44/EZ je, kao i većina direktiva s područja zaštite potrošača, namijenjena minimalnom usklađivanju. U st. 2 članka 8 utvrđuje se da u svrhu osiguravanja više razine zaštite potrošača na području koje se uređuje tom Direktivom, države članice smiju usvojiti ili zadržati strože odredbe koje su u skladu s Ugovorom o EZ. Obvezna garancija za ispravno funkcioniranje potpada u područje koje je uređeno Direktivom jer se njome uređuje zaštita potrošača (kao i drugih kupaca) pri ugovoru o prodaji. Sigurno je i da je uređenje obvezne garancije barem u jednoj točki strože od Direktive jer je, iako su rokovi odgovornosti kraći, položaj potrošača u garanciji bolji barem u tome da nije potrebno dokazivati postojanje nedostatka u trenutku prijelaza rizika jer garant odgovara za ispravno funkcioniranje u određenom roku kao i u dodatnoj odgovornoj osobi (prodavatelj). Može se postaviti i pitanje je li takvo uređenje u skladu s Ugovorom o EZ. Države članice strožom zaštitom potrošača u pravu ugovora o prodaji moraju prije svega paziti na to da takvo uređenje nije u suprotnosti sa slobodom kretanja robe (čl. 28 UEZ) te zabranom diskriminacije (čl. 12 UEZ).⁶⁰

S obzirom na članak 6 Uredbe Rim I⁶¹ potrošači u prekograničnim odnosima na temelju odabira prava ne moraju biti prikraćeni za kogentnu

59 Vidi Priopćenje Komisije Vijeću i Europskome parlamentu o izvršavanju Direktive 1999/44/EZ od 24.4.2007, COM(2007) 210 završno, str. 9.

60 Ulrich Magnus, Komentar k čl. 8 Direktive 1999/44/EZ, u: Grabitz/Hilf (ur.), *Das Recht der EU*, r. br. 13.

61 Uredba br. 593/2008 Europskoga parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu mjero-davnom za ugovorne obveze (Rim I.), *Sl. l. L 177/* od 4.7.2008.

zaštitu sukladno pravu države svojega uobičajenog prebivališta ukoliko poduzeće djeluje u toj državi ili svoju djelatnost usmjerava ka potrošačima iz te države.⁶² To znači da se slovenska pravila o odgovornosti proizvođača i prodavatelja temeljena na obveznoj garanciji za ispravno funkcioniranje koriste u svim slučajevima kada proizvođač i prodavatelj iz druge članice EU sklope ugovor o prodaji robe za koji vrijedi obveza garancije s potrošačem koji ima uobičajeno prebivalište u Sloveniji, pri čemu posluju u Sloveniji ili usmjeravaju (npr. oglašivanjem) svoje djelatnosti i na potrošače s uobičajenim prebivalištem u Sloveniji.

Takvo uređenje vjerojatno nije diskriminatorno jer vrijedi jednako za sve one koji posluju sa slovenskim potrošačima. Neovisno o tome kako se to uređenje provodi u praksi, nema sumnje da slovenska obvezna garancija za strane prodavatelje i proizvođače znači dodatno opterećenje koje nemaju u svojoj državi članici, što ukazuje na ograničenje slobodnog kretanja robe. Sudska praksa Suda Europske Zajednice u vezi s tim pitanjem još ne postoji, a najbliža je možda presuda u slučaju *Alsthom* koja se odnosi na izvozna ograničenja i propis koji strane mogu izmijeniti odabirom prava.⁶³ Unatoč tome da obvezna garancija u načelu može značiti prepreku trgovanju, sukladno sudskoj praksi Suda EZ-a ne radi se o mjeri s jednakim učinkom kao što je to uvozno ograničenje, ako je mjera opravdana općim interesom u koji potpada i zaštita potrošača.⁶⁴ Zasigurno je zato stroža zaštita potrošača u vezi s ugovorom o prodaji barem načelno dopuštena. Ipak, postoji i drugo mišljenje prema kojem je europski zakonodavac razloge koji bi mogli opravdati strože nacionalno pravilo koje predstavlja prepreku trgovanju već uzeo u obzir u Direktivi, a ostali su razlozi posljedično tome isključeni.⁶⁵

Čak i ako uzmemo u obzir da pravno uređenje ugovora između trgovačkih društava i potrošača (B2C) radi zaštite potrošača mogu do određene mjere predstavljati prepreku slobodnom kretanju robe, nije moguće naći opravdanje za onaj dio uređenja obvezne garancije koji se odnosi na ugovore o prodaji između poduzeća (B2B). Među gospodarskim subjektima koji nastupaju na tržištu radi dobitka, kognitivna garancijska zaštita kupca označava ne samo neopravdano i nerazmjerno zadiranje u ugovornu autonomiju koja

62 Više: Damjan Možina, „Internet in varstvo potrošnikov v mednarodnem zasebnem pravu“, *Pravnik* 4-5/2000, str. 321 i d.

63 Presuda Suda EZ-a od 24.1.1991., C-339/89, Recueil, str. I-107 (*Alsthom Atlantique v. Sulzer*). Sud je odlučio da odgovornost trgovaca za skrivene nedostatke prema francuskom pravu nema namjeru niti djeluje kao izvozno ograničenje dok strane istovremeno mogu slobodno birati pravo za takav ugovor.

64 Thomas Pfeiffer, Komentar članka 8 Direktive, u: *Anwaltkommentar BGB*, r. br. 12, str. 4222. Vidi i presudu Suda EZ-a od 20.2.1979. u slučaju 120/87, Recueil, str. 649 (*Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*).

65 Stefan Grundmann, Komentar članka 8, u: M. C. Bianca, S. Grundmann (ur.), *nav. delo*, str. 274.

je u suprotnosti sa slovenskim Ustavom (recimo sa slobodom gospodarske inicijative, čl. 74), već i kršenje načela slobodnog kretanja robe. Iz istih razloga su u kontekstu europskoga prava (barem) u odnosima između trgovačkih društava (B2B) sporne i odredbe da garant mora osigurati ovlaštenu servis i izvođenje servisnih usluga, k tomu mora i još tri godine po isteku garancijskog razdoblja „osigurati“ održavanje, rezervne dijelove i priključne uređaje.⁶⁶

4. Smislenost supostojanja obvezne garancije i obvezne odgovornosti za stvarne nedostatke

Postavlja se pitanje je li istodobno postojanje dvaju kogentnih sustava zaštite istoga interesa uistinu smisleno, to jest da li u stvarnosti potrošači imaju koristi od njega. Razmotrimo najprije preklapanje zaštite na temelju dvogodišnje kogentne odgovornosti za stvarne nedostatke i jednogodišnje kogentne garancije za tehničku robu.

Odgovornost za stvarne nedostatke traje dvije godine i vrijedi za najrazličitiju robu, dok garancija traje samo jednu godinu i vrijedi samo za tehničku robu utvrđenu pravilnikom. Odgovornost za stvarne nedostatke u trajanju od jedne godine vrijedi i za rabljenu robu (između trgovačkih društava i potrošača – B2C), dok garancija za rabljenu tehničku robu ne vrijedi. Pri tome je potrebno ponovno naglasiti da „mana“ u funkcioniranju, to jest garancijski slučaj, u pravilu znači i stvarni nedostatak (jamstveni slučaj) jer su trajnost i ispravno funkcioniranje i pitanje kakvoće. Istina je da pri stvarnom nedostatku kupac mora dokazati njegovo postojanje u trenutku izručenja, dok se na manu može pozivati bez obzira na stanje stvari prilikom izručenja, ali je zbog dokazne presumpcije o postojanju nedostataka koji se pojave u prvih šest mjeseci ta razlika jako relativizirana.

Zahtjevi temeljem garancije su sadržajno u potpunosti jednaki zahtjevima temeljem stvarnih nedostataka, s razlikom da pri garanciji postoji hijerarhija zahtjeva (najprije popravak, zatim zamjena, onda odstupanje ili sniženje), koja podsjeća na Direktivu. Tu hijerarhiju slovenski zakonodavac pri zahtjevima temeljem stvarnih nedostataka nije implementirao. Kao prednost izvršenja garancije čini se prvenstveno mogućnost zahtjeva ne samo protiv ugovorne strane (prodavatelja), već i protiv proizvođača, iako je većina proizvođača čiju robu kupuju slovenski potrošači vjerojatno u inozemstvu pa se potrošači u praksi najprije obraćaju (domaćim) prodavateljima. Više prividna no stvarna prednost je i odsutnost zahtjeva za notifikacijom

⁶⁶ Vidi st. 1 i 4 čl. 16 te st. 1 čl. 18 (tč. 7) ZOZP. Ove dvije odredbe, za čije je kršenje predviđena prekršajna kazna, takoreći nije moguće izvršiti. Odredbe zahtijevaju „osiguravanje“ servisa i rezervnih dijelova, ali ne govore niti mogu išta reći o cijeni. Garant se tako može izvući ukoliko dokaže da na zalihima ima npr. barem jedan rezervni dio (iako po takvoj cijeni da ga nitko pri zdravoj pameti ne i kupio).

(prijekorom) kakva postoji pri odgovornosti za stvarne nedostatke jer kupac, u pravilu, notifikaciju izvrši istodobno sa zahtijevanjem popravka ili zamjene. Kod stvarnih nedostataka potrošač (u okviru načela razmjernosti) bira između popravka i zamjene, ili, ako ih ne može zahtijevati ili nisu izvršeni, odstupa ili snižava cijenu, dok pri garanciji kupac mora najprije zahtijevati popravak, a zamjenu može zahtijevati tek ako garant u roku od 45 dana ne ostvari zahtjev za popravak; za zamjenu robe ima garant na raspolaganju sljedećih 45 dana. To znači, ukoliko garant ne ispuni garancijski zahtjev, kupac mora čekati gotovo tri mjeseca prije no što može odstupiti od ugovora ili dati robu na popravak na drugom mjestu, a na teret garanta.

Uređenje prema kojem su prodavatelj i proizvođač sukladno zakonu odgovorni godinu dana za ispravno funkcioniranje tehničkih proizvoda, a za stvarne nedostatke (istih) proizvoda dvije godine od izručenja, jednostavno nije konzistentno. Po tome prodavatelj temeljem istoga zakona npr. godinu dana odgovara za funkcioniranje automobila, ali dvije godine za to da nije imao stvarnih nedostataka prilikom prijelaza rizika. To se teško može nazvati uređenim sustavom zaštite kupaca.

Korisnost obvezne garancije za slovenske potrošače tek je prividna, njezin smisao glede opisanog nedostatka i prikrivanja dugotrajnijom odgovornosti za stvarne nedostatke može se vidjeti prije svega u tome da potrošači svoja prava temeljem odgovornosti za stvarne nedostatke ne poznaju, dok su se iz povijesnih razloga dobro privikli na „garanciju“. Nepoznavanje postojećih prava slab je argument za daljnje postojanje dvaju kognitivnih sustava zaštite kupaca. Osim toga su (dobrovoljne) garancije za tehničku robu na području prodaje potrošačima u Europi tako uobičajene da ukidanje obvezne garancije u Sloveniji ne bi značilo promjene za slovenske potrošače jer će strani proizvođači u Sloveniji i dalje nuditi jednake (dobrovoljne) garancije kakve nude ne drugim europskim tržištima.

Održavanje kognitivne garancijske zaštite kupaca osim kognitivnog jamstva ima i svoju cijenu. Obvezna garancija i s njom povezane formalnosti u stvarnosti znače prvenstveno opterećenje za proizvođače i prodavače na slovenskom tržištu koji nemaju u drugim državama EU. Prodavači odnosno proizvođači će na dodatno opterećenje po svoj prilici reagirati na dva načina: dodatne troškove će prebaciti na slovenske potrošače ili neće poslovati sa slovenskim potrošačima. Do potonjega bi vjerojatno moglo doći jedino ako bi tržišna inspekcija novčanim kaznama dosljedno kažnjavala strane ponuđače koji slovenskim potrošačima ne izdaju garancijski list propisanog sadržaja i na slovenskom jeziku, to jest ne ispune garancijske zahtjeve. Kako sustavan nadzor tržišne inspekcije nad poštivanjem pravila obvezne garancije u stvari nije izvodljiv, posljedica obvezne garancije za slovenske potrošače je prije svega činjenica da dodatne troškove koje uzrokuje prodavateljima i proizvođačima moraju plaćati u cijeni tehničke robe koju kupuju.

Istovremeno postojanje dvaju sustava kogentne zaštite potrošača pri ugovorima o prodaji stvara nepotrebnu zbrku. I pravnici često ne razumiju suptilne razlike između garancije i jamstva, a potrošačima mogućnost izbora između jamstvenih i garancijskih sankcija, obzirom na predstavljene argumente, osobito dulje jamstvene rokove, u stvarnosti nije od koristi. Bilo bi puno bolje kada bi umjesto dva, djelomično se preklapajuća sustava s teško razumljivim razlikama, imali samo jedan jasan i razumljiv sustav kogentne zaštite kupaca.

VI Zaključci

U socijalističkoj Jugoslaviji, gdje je djelovanje tržišnih načela bilo ograničeno, obvezna jednogodišnja garancija za ispravno funkcioniranje tehničke robe bila je smisljena mjera zaštite kupaca, a postojala je u kombinaciji s dispozitivnom šestomjesečnom odgovornošću prodavatelja za stvarne nedostatke. Europska Direktiva o prodaji robe široke potrošnje predviđa drukčiji sustav: obveznu dvogodišnju odgovornost za stvarne nedostatke, nadograđenu eventualnom dobrovoljnom garancijom. Slovenski zakonodavac je pri implementaciji Direktive taj sustav jednostavno dodao postojećem „jugoslavenskom“ pravnom uređenju. Posljedica nepromišljenog podvostručenja zaštite interesa kupaca je samo naizgled poboljšani pravni položaj potrošača. Druge europske države ne poznaju obveznu garanciju uz kogentnu odgovornost za stvarne nedostatke. Održavanje dodatnog kogentnog sustava zaštite kupaca znači dodatno opterećenje proizvođača i prodavatelja na slovenskom tržištu kakvo ne postoji u drugim državama članicama. To dodatno opterećenje preko viših cijena u stvarnosti plaćaju slovenski potrošači. Primjereniji od dva, međusobno povezana i djelomično se preklapajuća instituta, bio bi samo jedan konzistentan i razumljiv sustav kogentne zaštite potrošača pri ugovorima o prodaji – odgovornost za nedostatke nadograđena eventualnom dobrovoljnom garancijom. Jedino dobrovoljna garancija može vršiti svoj legitiman cilj – poticati konkurenciju u korist potrošača. Slovensko se pravo svakako mora prilagoditi europskome uređenju, a ne obratno, te bi stoga trebalo ukinuti institut obvezne garancije. Obvezna garancija u odnosima između trgovačkih društava znači i neopravdano zadiranje u ugovornu autonomiju i u suprotnosti je s načelom slobodnog kretanja robe na europskom unutarnjem tržištu.

Damjan MOŽINA, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Ljubljana

GUARANTEE FOR PROPER FUNCTIONING OF THE SOLD GOOD IN YUGOSLAV AND EUROPEAN LAW

Summary

The classical mechanism of protection of the buyer in a sales contract is the liability of the seller for material defects of the goods. Later, another institute of the protection of the buyer has evolved, based on explicit promises of the seller with regard to the quality of the goods (guarantee). Whereas in countries with market economies the guarantee has developed as a voluntary (commercial) guarantee, the development in former socialist countries was different: a guarantee was deemed mandatory in certain cases. The article presents the development of the guarantee for proper functioning in Yugoslav law and its relation to the seller's liability for material defects. Thereupon, the approach of the European law towards the protection of the buyer is described (Directive 1999/44/EC on consumer sales and guarantees): it is based on mandatory liability for material defects, combined with the possibility of additional voluntary guarantee. The article continues with the experience of Slovenia, which has retained the "Yugoslav" approach to buyer protection to which it has, when joining the EU, simply added the "European" system. The author strives to confirm the thesis that a simultaneous existence of two mandatory systems aimed at protection of the same interest of the buyer is not sensible and partly violates European law.

Key words: *contract of sale, protection of the buyer, liability for material defects, guarantee for proper functioning, commercial guarantee, mandatory guarantee.*

др *Владимир САВКОВИЋ*
доцент Правног факултета Универзитета Црне Горе

РЕЖИМ ОДГОВОРНОСТИ БРОДАРА ЗА ГУБИТАК, ОШТЕЋЕЊЕ ИЛИ КАШЊЕЊЕ У ИСПОРУЦИ РОБЕ У КОНВЕНЦИЈИ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРЕВОЗУ РОБЕ У ЦЈЕЛИНИ ИЛИ ДЈЕЛИМИЧНО МОРСКИМ ПУТЕМ

Резиме

Након читаве деценије преговора, 11. децембра 2008. године усвојен је од стране Генералне скупштинине Уједињених нација финални текст Конвенције о уговорима о међународном превозу роба дјелимично или у цјелини морским путем. Овај међународни правни инструмент, како је наглашено и у самом тексту Резолуције Генералне скупштинине УН-а чије је усвајање претходило изласавању Конвенције, његови творци су осмислили као начин да превазиђу недостатак униформности postoјеће регулаторног оквира за међународни транспорт робе морем, односно чињеницу да исти није угодљив са савременом транспортном праксом, која данас укључује контейнеризацију, организацију превоза на принципима „од врата до врата“ и употребу електронских транспортних докумената. Ипак, примарни предмет овим радом учињене анализе није био сагледавање шанси за стицање на снагу ове Конвенције, па ни шанси за њен успјех на плану унификације међународног транспорта робе морем уопште. Овдје је, наиме, учињен покушај да се у најбитнијим цртама сагледа и изложи Конвенцијом установљени систем одговорности бродара за губитак, оштећење или кашњење у испоруци робе, прије свега, евидентне новине које би у том погледу Конвенција могла донијети.

Кључне речи: бродар, уговор о превозу робе, штења, основ одговорности.

I Уводна разматрања

Иако је превоз робе морским путем, историјски посматрано, први облик транспорта са израженом међународном компонентом, иако је и даље ријеч о економски најзначајнијем виду међународног превоза роба, данас исти, захваљујући вјековној борби за боље уговорне позиције између бродара и корисника, тј. наручилаца превоза, још увијек карактерише незадовољавајући степен хармонизованости националних правних оквира. Очекивано, најпроблематичнији сегмент постојећих националних оквира и међународних правних инструмената у том смислу је управо дио којим се прописује режим одговорности бродара за губитак, оштећење или кашњење у испоруци робе. Наиме, борба за повољнију правну позицију између бродара, на једној страни, односно наручилаца, корисника превоза, на другој страни, посебно од друге половине 19. вијека,¹ не само да није престајала, већ је добијала на свом интензитету. У периоду који обухвата другу половину 19. и значајан дио прве половине 20. вијека, наслањајући се на принцип слободе уговарања, удружења бродара су успјела да стекну и одрже повлашћену правну позицију у уговорним односима са корисницима својих услуга. Наиме, тадашњи уговори, односно теретнице издате на бази закључених уговора садржале су бројне клаузуле којима је лимитирана висина одговорности, укидани поједини основи, а у одређеним случајевима и унапријед ослобађан бродар од било какве одговорности. Приликом уговарања оваквих услова бродарима су на руку ишле и друге околности, прије свих, монополски положај њихових удружења, као и либерално тумачење принципа слободе уговарања, посебно од стране европских судова.² Међутим,

1 У другој половини 19. вијека биљежимо прве значајније организоване покушаје бродара чији бродови саобраћају на кључним поморским путевима тог времена да у оквиру својих *ad hoc* удружења успоставе јединствене услове превоза на тим линијама и на тај начин стекну повољнију правну позицију у типским уговорима који су представљали нормативни изражај договорених услова превоза. У том смислу неке од најпознатијих су Калкута конференција и Трансатланска конференција из 1875. и 1868. године (види: Jose Angelo, Estrella Faria, „Uniform Law for International Transport at UNCITRAL: New Times, New Players, and New Rules“, *Texas International Law Journal*, прољеће 2009. године, стр. 278-280) Наравно, у очекиваном одговору на овакве акције, велике компаније које су користиле услуге превоза стимулисале су и подржавале оне превознике који нијесу, из разноразних разлога, били спремни учествовати у раду тих конференција, чиме су међусобни односи већине превозилаца и картела великих компанија, које су се налазиле у улози наручилаца превоза, додатно заоштравали.

2 За разлику од европских судова, односно законодавних власти тог доба, под притиском бројних извозних компанија, па и саме судске праксе те државе, Конгрес САД-а је 1883. године усвојио Поморски законик (*Harter Act*), федерални закон којим је установљен минимум одговорности бродара код уговора о превозу робе

временом су отпори оваквој пракси уговарања били све јачи. Посебно у земљама, односно на територијама које су представљале значајне сировинске базе тог времена.³ Увидјевши, након Првог свјетског рата, да се неће још дуго моћи опирати оправданим захтјевима за ублажавањем њиховог монополског положаја, утицајни британски бродовласници су сами преузели иницијативу на плану глобалног рјешавања овог питања, покушавајући да контролом самог процеса и у датим околностима задрже за себе најбољи могући третман. Резултат ових дешавања је усвајање под окриљем Међународног поморског комитета (*Comitee Maritime International – CMI*), на дипломатској конференцији у Бриселу, 1924. године, Међународне конвенције о изједначавању неких правила о теретници (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading*, у даљем тексту: Бриселска конвенција).⁴

Иако је Бриселском конвенцијом у значајној мјери ограничена могућност бродарима да избјегавају одговорност у погледу сигурности терета и времена испоруке код уговора о превозу робе морем, неспорна је чињеница да је успостављени режим одговорности бродара за губитак, оштећење или закашњење у испоруци терета још увијек фаворизовао бродаре, а не кориснике њихових услуга. Ипак, захваљујући томе што га је до пред сам почетак Другог свјетског рата прихватио, тј. потписао и ратификовао највећи број поморски значајних држава свијета, овај правни инструмент постигао је свој основни циљ, а то је значајан степен уједначености правила о одговорности бродара код уговора о међународном превозу робе, макар у том тренутку развоја међународног поморског транспорта роба.

Убрзани индустријски развој након Другог свјетског рата довео је до читавог низа промјена у функционисању поморског превоза и у поморској индустрији уопште. Иако није била једина, кључна промјена у смислу стварања потребе за осавременавањем постојећег текста Бри-

морем који је укључивао америчке луке. Тим је прописом направљена релативна равнотежа између интереса корисника превоза, на једној, те организатора тог превоза, на другој страни. Коначно, значај овог прописа је и тај што је утро пут, истина, знатно касније, другим сличним законима, као и међународним правним инструментима усвојеним у првој половини 20. вијека, који су представљали прве покушаје рјешавања овог питања на глобалном плану.

3 Под термином „територије“ подразумијевамо земље које данас, не укључујући Велику Британију, највећу поморску силу тога доба, чине земље Комонвелта.

4 Бриселска конвенција усвојила највећи број рјешења тзв. „Хашких правила“, која никада нијесу широко прихваћена, а која су донијета под окриљем Удружења за међународно право са сједиштем у Хагу 1921. године. То је и разлог због којег се и Бриселска конвенција неријетко у литератури означава термином „Хашка правила“. Више: Пејовић Часлав, *Превозне исправе у поморској иловидби*, Цетиње, 1992, стр. 27–30.

селске конвенције о теретници била је увођење и интензиван развој контејнерског превоза роба, истина, не само у воденом, већ и друмском, жељезничком и превозу роба ваздушним путем. Наиме, користећи се том Конвенцијом успостављеним системом ограничења одговорности бродара по јединици терета за потребе утврђивања висине евентуалне одговорности, бродари су редовно третирали контејнер, у који су могле стати велике количине робе, неријетко и десетине ранијих јединица превоза, управо као самосталну јединицу превоза, доводећи на тај начин кориснике својих услуга у крајње неравноправан уговорни положај. Увидјевши овај и друге недостатке Бриселске Конвенције о теретници, земље чланице, поново у оквиру Међународног поморског комитета, усвојиле су на Дипломатској конференцији у Бриселу, 1968. године, Протокол о измјенама Међународне конвенције о изједначавању неких правила о теретници (*Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading*, у даљем тексту: Хашко-Визбијска правила).⁵ Овај правни инструмент није у старту доживио исти успјех као и Бриселска конвенција чији је текст требало да измијени, па је на снагу ступио тек 1977. године када га је ратификовала десета држава, с тим што га је до данас, ипак, ратификовало тридесетак држава, потписница Бриселске конвенције.

Хашко-Визбијска правила нијесу задовољила апетите држава у развоју. Иста су посматрана као израз наставка политике доминације старих поморских сила, оличене у Бриселској конвенцији. Политички притисак у то вријеме добро организованих држава у развоју каналисан је кроз механизме њима најприступачнијег међународног форума, Организације Уједињених нација, тј. Конференције Уједињених нација за трговину и развој (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*). Увидјевши снагу уједињених земаља у развоју на једној страни, као и свој интерес да учешћем у самом процесу преговарања и писања нових прописа утичу на то да се смањи број радикалних рјешења, на другој страни, старе поморске силе, тј. развијене западне државе узеле су учешћа у писању нове Конвенције под окриљем тада новоформиране Комисије Уједињених нација за међународно трговачко право (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*). Након дугогодишњих преговора, као резултат истих, на Дипломатској конференцији у Хамбургу, 1978. године, усвојена је Конвенција о превозу робе морем, познатија под називом Хамбуршка правила. Ова Конвенција, иако је у њеној изради, поред бројних земаља у развоју,

5 Данас се измијењени текст Бриселске Конвенције о теретници најчешће назива Хашко-Визбијским правилима, а за сам назив је заслужна чињеница да су кључне измјене Бриселске Конвенције о теретници озваничене овим Протоколом договорене, тј. усаглашене у Визбију, градићу у Шкотској.

учествовао и највећи број тадашњих и садашњих поморских трговачких сила, међутим, на снагу је ступила тек 1992. године и данас је ратификована од стране 34 државе чланице, од којих су већина некадашње „земље трећег свијета“,⁶ које нијесу потписнице Хашко-Визбијских правила. Разлог томе је што се на ову Конвенцију од стране развијених индустријских земаља од почетка гледало као на радикалан корак, који није довео до изједначавања позиција, већ је положај бродара учинио неравноправним у односу на положај друге уговорне стране, наручиоца превоза. Стога је њихово учешће у изради и усвајању Хамбуршких правила, како је већ речено, имало за циљ само то да текст буде што мање радикалан, а не да исти и у њиховим законодавствима замијени правни режим превоза робе морем успостављен Хашко-Визбијским правилима.

У кратким цртама описан слијед догађаја на плану развоја међународних инструмената регулисања превоза робе морем условио је то да се крајем 20. и почетком 21. вијека национални регулаторни оквири превоза роба морским путем карактеришу најмањим степеном усаглашености, од свих који регулишу различите гране превоза. Коначно, то је учинило неспорним и потребу за усвајањем новог, најшире прихваћеног инструмента који би овај проблем ријешило у скорој будућности. Када се, при том, има у виду и неопходност уподобљавања постојећих међународних правних инструмената и националних регулаторних оквира са новонасталим околностима изазваним развојем и снажном експанзијом мултимодалног транспорта, те са све јачим упливом савремених електронских технологија у међународни правни промет уопште, постаје јасније зашто је и како, 2009. године, дошло до настанка и усвајања Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународном превозу роба дјелимично или у цјелини морским путем, познатије под називом „Ротердамска правила“ (*United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, у даљем тексту: Конвенција).⁷ Управо ће анализа овог правног инструмента,

6 Тешко да би данас, након свих догађања у посљедње двије деценије, без извјесне ограде, могли прихватити глобалну подјелу држава која је изњедрила термин „земље трећег свијета“, као заједнички назив за неразвијене државе које су представљале економске колоније развијеног запада. Блока социјалистичких држава више нема, а неке од кључних држава које су прије у другој половини 20. вијека носиле епитет „земља трећег свијета“, попут Бразила и Индије, данас су глобални економски цинови.

7 Након читаве деценије преговора, финални текст Конвенције о уговорима о међународном превозу роба дјелимично или у цјелини морским путем усвојен је 11. децембра 2008. године од стране Генералне скупштине Уједињених нација. Конвенцију су, до овог тренутка, потписале 23 државе чланице УН-а, а ратификовала ју је једино Шпанија. Конвенција ће ступити на снагу годину дана од

прије свега, у дијелу који се односи на постављени систем одговорности бродара за губитак, оштећење или закашњење у испоруци терета, бити предмет наших даљих разматрања.

II Одговорност бродара за губитак, оштећење или кашњење у испоруци робе

Прије него се окренемо анализи појединих одредаба у склопу Конвенцијом успостављеног система одговорности бродара и других превозилаца у склопу уговорене превозне релације,⁸ у циљу сагледавања значаја и суштинског утицаја тих одредаба на правну позицију лица код уговора о превозу робе морем, потребно је осврнути се и на поље примјене ове Конвенције. Иако је конкретан режим одговорности превасходан предмет нашег интересовања, у ширем смислу, поред одредаба које регулишу непосредне основе одговорности или ослобађања од исте, природу и лимит одговорности бродара, односно превозиоца, дио истог су и одредбе које прецизирају поље његове примјене, тј. код којих правних односа се исти има примјењивати. Коначно, ријеч је и о једном од најинтригантнијих питања која се у најширој стручној јавности проблематизују у погледу овог међународног правног инструмента, а с обзиром на потенцијални значај који му се с правом придаје, од уговора те стручне јавности на ово питање ће у великој мјери зависити и успјех саме Конвенције.

Не улазећи у анализу сврсисходности појединих рјешења, на једној страни, можемо констатовати како је општом формулацијом у члану 5 Конвенције утврђен веома широк спектар уговорних односа на које се иста има примјењивати, чак и шири од оног установљених конвенцијама

ратификације од стране 20. државе потписнице. Више података о томе је доступно на званичној интернет адреси Комисије Уједињених нација за међународно трговачко право: <http://www.uncitral.org> (посљедњи пут посјеђена у јануару 2011. године).

- 8 Примјена ове Конвенције, у што ћемо имати прилике да се увјеримо у даљим анализама, није ограничена само на превоз робе морским путем, већ је установљена могућност примјене режима одговорности из ње и на друге сегменте јединствене превозне релације, тј. на превозиоце и из осталих грана превоза. Ипак, имајући у виду чињеницу да је ријеч о Конвенцији која прописује режим одговорности превасходно за бродаре, који се, као што ћемо видјети, више у форми изузетка има примјењивати и на друге превозиоце у склопу уговорене јединствене превозне релације, у даљем тексту наставићемо да користимо термин бродар приликом означавања субјеката на које се односи прописани режим одговорности, иако исти под одређеним околностима, тј. при испуњености одређених претпоставки може бити примјењен и на друмског, жељезничког или превозиоца у ваздушном саобраћају.

које је требало да замијени, док је, на другој страни, бројним изузецима од тако широко утврђеног поља примјене, прописаним у члановима 6, 80. и 81 Конвенције, реални опсег њене примјене значајно сужен.

Конкретно, у покушају да испрате трендове и потребе савременог правног промета којег карактерише превоз различитих роба „од врата, до врата“, творци Конвенције су предвидјели њену примјену, не само на класичне уговоре о превозу робе морем,⁹ већ су је формулацијом из члана 5 проширили и на уговоре о међународном превозу који, поред осталих облика транспорта, укључују и транспорт робе морским путем,¹⁰ тиме знатно проширивши потенцијални опсег њене примјене. Међутим, како смо већ напоменули, у даљем тексту Конвенције тај опсег примјене је, како изричито, тако и посредно, знатно сужен. Наиме, чланом 6 Конвенције, слично Хашко-Визбијским правилима, у правилу, искључена је њена примјена на бродарске уговоре (енгл. *charter parties*), док се код уговора линијске пловидбе (енгл. *liner transportation*), који се често изједначавају са возарским уговорима, одредбе Конвенције, уз одређене изузетке, имају примјењивати. Једна од позитивних страна јесте и та што је чланом 7, независно од изузетака прописаних чланом 6 Конвенције, установљена њена обавезна примјена у погледу односа бродара и осталих лица из уговора обухваћених општом формулацијом из одредбе члана 5. Изумимајући ситуације када се у тој правној позицији нађе сам наручилац као уговорна страна, ријеч је о примаоцу, лицима у чијем се власништву налази преносиви транспортни документ и лицима која имају право да, у складу са чланом 50 и 51 Конвенције, дају бродару накнадне инструкције у погледу робе која је предмет превоза.¹¹ Међутим, кључни проблем Конвенције у контексту опсега њене примјене јесте чланом 80 ставом 1 прописана могућност одступања од обавезне примјене правила Конвенције која се односе на одговорност, односно

9 Како је то случај са Хашко-Визбијским (чл. 10) и Хамбуршким правилима (чл. 2), која, поред тога, додатно ограничавају своју примјену на уговоре уз које је издата теретница.

10 Члан 5 прописује да ће се Конвенција примјењивати на уговоре о превозу робе код којих су мјесто пријема робе и мјесто испоруке у различитим државама, као и под условом да су лука укрцаја и лука искрцаја предметне робе у различитим државама, а све под условом да се једно од наведених мјеста налази у држави уговорници.

11 Одредба из члана 7 представља знатан помак у односу на Хамбуршка и Хашко-Визбијска правила, имајући у виду да су иста овај вид заштите легитимних интереса „трећих лица“ из уговора о превозу робе морем обезбјеђивала само у случају да је издата теретница пренијета на та лица. Више: Berlingieri Francesco, „Comparative analysis of the Hague – Visby Rules, The Hamburg Rules and The Rotterdam Rules“, доступно на званичној Интернет адреси UNCITRAL-a: http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf (последњи пут посјећена у јануару 2011. године), стр. 4–5.

међусобна права и обавезе наручиоца и бродара. Ова могућност, под утицајем њихове правне доктрине, односно делегације САД на самим преговорима,¹² предвиђена је код „уговора о превозу којима је уговорен превоз одређене количине терета у серији од више пошиљки, а за утврђени временски период“.¹³ Неспорно је да ова дефиниција обухвата и неке уговоре који претходно нијесу већ изузети од примјене одредаба Конвенције поменутих чланом 6, те да се тиме ствара могућност за додатно сужавање поља њене примјене. Истина, у даљем тексту члана 80, тј. одредбама из става 2 и 5 предвиђени су детаљни услови под којима уопште може доћи до дерогације одредаба Конвенције код ове врсте уговора. Њима се, суштински, прописује процедура која ће обезбиједити да на поменутих дерогацију постоји недвосмислен пристанак наручиоца превоза или неког од осталих лица из уговора која нијесу и уговорне стране.¹⁴ Коначно, ставом 4 овог члана прописано је да, чак и када су задовољени услови из става 2 и 5, примјена одређених одредаба Конвенције не може бити избјегнута, тј. Конвенција не може бити дерогирана том у дијелу. Ријеч је о неким од кључних правила која регулишу међусобне односи бродара и наручиоца превоза.¹⁵

У погледу временског периода у којем се примјењује Конвенцијом утврђени режим одговорности, треба напоменути да се формулацијом из члана 12 период примјене утврђеног режима одговорности потенцијално проширује на период од пријема, па до испоруке, тј. предаје робе у

12 Више о развоју правног оквира за уговоре о превозу робе морем у САД-у, начину настанка доктрине која је изњедрила посебан третман ове врсте уговора у праву САД-а и самом процесу укључивања тог концепта у текст Конвенције: Proshanto K. Mukherjee, Abhinayan Basu Bal, „A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Pererspective“, доступно на Интернет адреси: <http://www.rotterdamrules2009.com/cms/uploads/Def.%20tekst%20Abhinayan%20Basu%20Bal%20%20Volume%20Contract%20Final.pdf> (посљедњи пут посјећена у јануару 2011. године), стр. 5-10.

13 Члан 1 став 3 Конвенције садржи дефиницију ове врсте уговора (енгл. *volume contracts*). Одредбом из овог става додатно је прецизирано како се одређеном количином терета, у смислу дате дефиниције, сматра и ситуација када је уговором утврђен минимум, максимум или конкретна количина терета.

14 Ова чињеница, можемо примијетити, ипак, сама по себи имплицира да је простором за дерогацију одредаба Конвенције из члана 80 став 1 Конвенције, прије свега, остављена могућност бродарима да, користећи се оваквим уговорима или, пак, самом могућношћу њиховог закључења, постигну повољнију правну позицију.

15 У питању су одредбе из члана 14 Конвенције, који се односи на спремност брода за пловидбу, одредбе из члана 29 и 32, које се односе на обавезу наручиоца превоза, тј. пошиљаоца да обавијести бродара или друго лице које обавља за њега радње превоза о свим битним карактеристикама робе, начину њеног чувања, посебно када је ријеч о опасној роби, те одредбе чл. 61, које се односе на ситуације у којој је штета резултат намјере или грубе непажње бродара, у којима је суспендована примјена правила којима се ограничава одговорност бродара.

уговору назначеном примоцу, дакле, на све фазе јединствене превозне релације, што је значајно проширење временског опсега примјене Конвенције. На другој страни, значај одредбе из члана 12 релативизиран је даљим прописивањем, у чл. 26 и чл. 82, ситуација у којима се даје предност примјени конвенција које регулишу друге гране превоза, тј. режима одговорности прописаних њима. Не улазећи у детаље тих рјешења, на овом мјесту истичемо да се одредбама поменутих чланова сукоб закона у овој области покушава избјећи тиме што се, у принципу, код штета насталих у осталим, непоморским фазама јединственог превозног пута даје предност конвенцијама које регулишу те гране превоза, наравно, у оним ситуацијама у којима је одредбама истих већ установљен, тј. постоји неспоран основ за њихову примјену.¹⁶

Основни постулат одговорности бродара прописан је чланом 17 Конвенције. Одговорност бродара је неспорно уговорног карактера, а по својој правној природи је субјективне природе, тј. базирана је на кривици бродара из уговора на које се примјењује текст Конвенције. Међутим, за разлику од режима одговорности установљених Хашко-Визбијским и Хамбуршким правилима, која прецизно установљавају построжени концепт субјективне одговорности, субјективну одговорност са претпостављеном кривицом, чини се да Конвенција одступа у одређеној мјери од тог концепта. Наиме, у ставу 1 члана 17 Конвенције прописује се одговорност бродара, односно превозиоца под условом да лице које тражи накнаду штете докаже да се иста, односно да су се околности које су је условиле или су јој допринијеле догодиле за вријеме док је у складу са одредбама Конвенције постојала директна одговорност бродара, односно превозиоца за исту, што је изричита одредба коју не сријећемо код Хамбуршких, односно Хашко-Визбијских правила.¹⁷ Тиме је направљен корак ка пребацивању почетног терета доказивања са бродара на субјекта који је претрпио штету услед губитка, оштећења или закашњења у испоруци робе. Другим ријечима, уношењем наведене одредбе у текст Конвенције дошло је до дјелимичног ублажавања стро-

16 Одредбом члана 26 става 1 тачке 1 прописано је да ће се примјени режима одговорности установљеног другим Конвенцијама дати предност за случај да би се те Конвенције могле применивати на уговоре који би, да није постојећег који обухвата све фазе превоза, били закључени у погледу конкретне, непоморске превозне релације јединственог транспортног пута на којој се догодио губитак, оштећење робе, односно околност која је узроковала кашњење у испоруци. Више о проблему разграничавања поља примјене ове Конвенције и конвенција које регулишу остале гране превоза: Tomotaka Fujita, „The Comprehensive Coverage of the New Convention: Performing Parties and the Multimodal Implications“, *Texas International Law Journal*, пролеће 2009. године, стр. 356–366.

17 Ово, међутим, не значи да арбитражна и судска пракса у примјени ове двије конвенције није ишла управо у смјеру наметања тог терета самом тужиоцу.

го постављеног начела субјективне одговорности са претпостављеном кривицом.

У даљем тексту Конвенције, у ставовима 2 и 3 члана 17 утврђени су општи и појединачни основи за ослобађање бродара од одговорности у случајевима када је испуњен услов из става 1, тј. када се његова кривица претпоставља. Ове одредбе промовишу нормативна рјешења која концепцијски не одступају значајније од раније инаугурисаних Хашко-Визбијским и посебно Хамбуршким правилима, као, ипак, савременијим у том дијелу. Наиме, у ставу 2 члана 17 утврђен је општи основ за ослобођење од одговорности који бродару, тј. превозиоцу дозвољава ослобађање од одговорности у случају да докаже како за узрок, односно један од узрока штете није могуће окривити њега односно било које од лица за чије је радње одговоран у складу са одредбама Конвенције, с тим да треба напоменути како је дефиницијом датом у члану 18 Конвенције, којим је нормативно изражен принцип одговорности бродара за друга лица, круг тих лица значајно проширен у односу на претходне међународне правне инструменте у овој области.¹⁸ У ставу 3 члана 17 побројани су посебни основи за ослобођење бродара од одговорности, чија бројност, међутим, чини ову Конвенцију сличнијом управо у том контексту често критикованим Хашко-Визбијским правилима, него Хамбуршким правилима.¹⁹ Тиме је, макар у односу на режим одговорности установљен Хамбуршким правилима, олакшан положај бродара у погледу „избјегавања“ сопствене одговорности за евентуалну штету. Наиме, у правилу, бродару је лакше доказати постојање неке специфичне околности из става 3, па самим тим и Конвенцијом импутираног узрочно-последичног односа између исте и настале штете, него то да су од стране његове и лица чије услуге користи у поступку извршења уговорних обавеза преузете све потребне мјере да до штете не дође, односно да докаже како ослобађајући основи, тј. околности из става 3 Конвенције нијесу проузроковане његовом кривицом.

Надаље, ставом 4 члана 17 терет доказивања враћа се на тужиоца, тј. лице које је претрпјело штету. Конкретно, прописано је како ће,

18 Бродар је у складу са овим чланом одговоран за штету насталу кршењем његових обавеза из Конвенције и у ситуацијама када су те обавезе прекршене чињењем или нечињењем лица чије услуге користи у извршењу својих обавеза. Датом дефиницијом су, пак, у круг лица за чије радње може одговарати бродар из уговора о превозу укључена „сва лица која обављају или се обавезу да ће обавити било коју радњу у правцу испуњења обавеза бродара из уговора о превозу, под условом да те особе поступају, директно или индиректно, на захтјев превозиоца или под његовим надзором или контролом“ (чл. 18 ст. 1 тач. 4 Конвенције).

19 С тим да је, очекивано, изостављена тзв. „навигациона грешка“ као деценијама најкритикованији основ за ослобођење од одговорности од свих установљених Хашко-Визбијским правилима.

независно од тога што је тужени бродар успио да докаже да су губитак, оштећење или закашњење у испоруци терета узроковани једном од околности које су наведене у ставу 3, уколико тужилац докаже да је до настанка тих околности дошло кривицом бродара или неког од лица чије услуге користи у поступку извршења својих уговорних обавеза, за штету бити одговоран бродар. Истим ставом прописано је и то да тужилац може засновати одговорност бродара и уколико докаже како је штета узрокована неким другим околностима, другачијим од оних из става 3, уз додатни услов да бродар не може доказати како те околности нијесу узроковане његовом или кривицом лица чије услуге користи у циљу извршења уговорних обавеза.

Конечно, одредбама из става 5 члана 17, сматрамо, потврђено је отежаваће позиције тужиоца, односно побољшање правне позиције туженог бродара у евентуалном спору из уговора на које се примјењује Конвенција. Прописано је, наиме, да ће, независно од одредбе из става 3 Конвенције, бродар бити одговоран за штету уколико тужилац докаже да су оштећење, губитак или закашњење у испоруци вјероватно настали као резултат неспремности брода за пловидбу, неодговарајуће – необучене посаде, неодговарајућег опремања и снабдијевања брода или чињенице да складишни простор и други дјелови брода у којима се налазила роба чији је превоз уговорен нијесу били адекватно припремљени за пријем, превоз и чување робе, уз услов да тај бродар није у могућности да докаже како штета није условљена неким од наведених околности или, пак, да је показао дужну пажњу у предузимању радњи неопходних да не дође до настанка тих околности, у складу са својом обавезом из члана 14 Конвенције.²⁰ Прво, на овај начин је терет доказивања наведених околности и узрочно-последичне везе са насталом штетом поново стављен на страну тужиоца, што је, када су ове околности у питању, посебно проблематично, јер је постојање истих, а посебно вјероватноћу узрочно-последичне везе са насталом штетом веома тешко доказати из позиције неког ко читаво вријеме трајања уговора нема готово никакав или уопште нема контакт са бродом. Друго, чак и када би наведене околности учинио извјесним, а узрочно-последичну везу, „вјероватном“,²¹ тужилац не би био сигуран да ће остварити свој тужбени захтјев, јер, тек тада, тужени бродар долази у позицију да мора

20 Чланом 14 Конвенције прописана је обавеза бродара да, прије отпочињања, на почетку и током трајања превоза морским путем покаже дужну пажњу у погледу оспособљавања брода за пловидбу, ангажовања оспособљене посаде, опремања и одржавања брода, као и у погледу адекватног припремања одговарајућих дјелова брода за укрцај, превоз и чување преузете робе.

21 Можемо претпоставити да је уношењем термина „вјероватно“ учињен покушај ублажавања степена извјесности који треба доказати у погледу узрочно-последичне везе између у члану 14 наведених околности и настале штете, те да је то израз

доказати да је с дужном пажњом предузео све неопходне радње да до настанка околности из члана 14 не дође. Треће, можемо примјетити и чињеницу да су везивањем обавезе доказивања дужне пажње у смислу избјегавања горе наведених околности из члана 14 Конвенције, на регулаторном плану, њени творци у значајној мјери редуцирали ситуације у којима тужени бродар мора доказати, тиме и показати дужну пажњу у реализацији уговорних обавеза.²²

Ротердамским правилима, као и Хашко-Визбијским и Хамбуршким правилима прије њих, успостављен је систем ограничене одговорности бродара за губитак, оштећење или закашњење у испоруци терета, што је, наравно, једна од кључних и деценијама неспорних карактеристика ове врсте одговорности. Подробнијим увидом у одредбе Конвенције које регулишу ово питање можемо установити да у овом дијелу, ипак, нијесу направљене суштинске – концепцијске измјене у односу на режиме ограничења одговорности из ранијих, горе поменутих конвенција. Наиме, иако је одредбом из члана 59 Конвенције утврђено ограничење одговорности превозиоца за штету проистеклу из кршења његових обавеза утврђених Конвенцијом, а не само за штету на и у вези са робом која је предмет уговора о превозу, како је то дефинисано Хашко-Визбијским и Хамбуршким правилима, чињеница остаје да су у погледу одговорности бродара за губитак, оштећење и закашњење у испоруци робе, која је кључни предмет нашег интересовања на овом мјесту, суштински остали непромијењени раније установљени модели обрачуна лимита одговорности, те да је само његова висина усклађена са актуелним економским тренутком.

У члану 59 Конвенције установљен је увећан лимит одговорности бродара по пакету (јединици терета), који је утврђен на 875 специјалних права вучења код Међународног монетарног фонда – ММФ-а. Ограничење по тежини увећано је на 3 специјална права вучења по килограму терета. У погледу одговорности бродара за закашњење у испоруци, чак, није ни дошло помјерања лимита установљеног Хамбуршким правилима,²³ те је, дакле, он остао на позицији од 2,5 пута вриједности возарине која се односи на робу испоручену са закашњењем, што је утврђено чланом 60 Конвенције.

Коначно, ни када је ријеч о случајевима у којима је могуће пробити лимит одговорности бродара за штету насталу губитком, оштећењем

настојања твораца Конвенције да, макар дјелимично, ублаже отежану позицију тужиоца у арбитражном или судском поступку.

22 У односу, примјера ради, на Хамбуршка правила (чл. 5 ст. 1). Док је, на другој страни, ово рјешење суштински слично оном из Хашко-Визбијских правила.

23 Хашко-Визбијска правила нијесу прописивала лимит одговорности бродара за закашњење у испоруци.

или закашњењем у испоруци терета Конвенција није донијела значајније новине.

Као што је то случај са Хамбрушким правилима прије ње, ни овом Конвенцијом није установљена могућност једностраног декларисања вриједности пошиљке од стране пошиљаоца, као основа за превазилажење прописаног лимита одговорности, што је, као могућност, било предвиђено Хашко-Визбијским правилима. На другој страни, очекивано, чланом 61 установљена је неограничена одговорност превозиоца за штету насталу његовом кривицом или грубом непажњом. Обзиром да је Конвенцијом дата формулација у члану 61 таква да се право позивања на лимит утврђен чланом 59 и чланом 60 не признаје оним лицима која се позивају на њега, а за која тужилац докаже да су својим чињењем или нечињењем, намјерно или грубом непажњом изазвала штету, чини се, ипак, да према одредбама Конвенције бродар не може одговарати изнад лимита у случају да је штета намјерно или грубом непажњом изазвана од стране лица чије услуге користи у циљу извршења својих уговорних обавеза. С тим што се, наравно, таквим рјешењем нелимитирана одговорност тих лица према наручиоцу превоза самом Конвенцијом не доводи у питање.²⁴

III Закључак

Сам концепт одговорности бродара за губитак, оштећење или закашњење у испоруци робе неће претрпјети револуционарне измјене уколико Конвенција Уједињених нација о међународном превозу робе у цјелини или дјелимично морским путем једног дана ступи на снагу. Ипак, и поред чињенице да одговорност бродар остаје субјективна са претпостављеном кривицом, можемо примијетити тенденцију да се терет доказивања, укупно посматрано, благо помјера према лицу које је претрпјело штету усљед губитка, оштећења или закашњења у испоруци робе, тј. према потенцијалном тужиоцу у евентуалном спору. Да ли је ова тенденција резултат усклађивања са технолошким напретком који неспорно олакшава доказне поступке или, пак, новог односа снага на међународној сцени, условљеног, примјера ради, окончањем хладног рата, тешко је рећи. Уз то, на ширем плану, треба истаћи да су горе наведена ограничења у примјени Конвенције, посебно она из члана 80 („*volume contracts*“ – концепт), довела у питање и њен потенцијални значај на плану унификације режима одговорности бродара и превозиоца уопште за губитак, оштећење или закашњење у испоруци робе

24 Одговорност ових лица установљена је и нормативно разрађена у члану 19 Конвенције.

у међународном транспорту, па можда и саму њену ратификацију од довољног броја чланица Уједињених нација.

На другој страни, у прилог ове Конвенције, чини се, посебно треба истаћи проширење круга лица за чије је радње одговоран бродар, а које је учињено у члану 18 Конвенције. Тиме ће ова Конвенција, уколико и када ступи на снагу, донијети значајно побољшање на плану примјене и имплементације начела правне извјесности у дијелу који се, прије свега, односи на положај пошиљаоца из уговора о превозу робе. Чињеницу да се одредбама Конвенције проширује њена примјена са уговора о међународном превозу робе морем на оне уговоре који укључују исти треба посматрати као позитивну. Истина, обзиром да не обухвата све, већ само оне уговоре о међународном мултимодалном превозу робе који обухватају и транспорт морским путем, неосноване су тврдње да се овом Конвенцијом покушава и уопште може замијенити неуспјела Конвенција Уједињених нација о међународном мултимодалном превозу, из 1980. године (*United Nations Convention on International Multimodal Transport of Good*). Међутим, имајући у виду да су њени творци за свој циљ прије имали то да попуне постојеће празнине, тј. омогуће њену примјену у оним ситуацијама када се конвенције које регулишу искључиво једну, посебну грану превоза не могу примијенити, него ли да исте дерогирају, Конвенцију можемо посматрати и као потенцијално позитиван допринос у овом дијелу.

Конечно, како је Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународном превозу робе у цјелини или дјелимично морским путем тек однедавно усвојена, тешко је говорити о томе да ли ће у неком средњем року ступити на снагу или ће доживјети несретну судбину неких ранијих међународних инструмената. Већ сада су, међутим, очигледни значајни отпори њеној ратификацији, и то не само од дијела стручне јавности или појединаца и удружења који су животно везани за међународни поморски транспорт роба, па тиме и непосредно заинтересовани за одговарајући регулаторни оквир, већ и од појединаца и удружења „наслоњених“ на друге облике међународног транспорта, у чију регулацију Конвенција која је предмет наше анализе неспорно покушава заћи.²⁵ Толики број „непријатеља“, већ у самом старту, свакако не представља наговјештај њеног успјеха.

25 Ово посебно када су у питању удружења и појединци који се баве регулаторним оквиром међународног друмског превоза робе, што је и разумљиво, када се у виду има недоречена формулација из члана 82 става 1 тачке (б) Конвенције, која рјешава питање односа те и конвенција које регулишу међународни друмски транспорт робе. Тако је Предсједник Комисије за правна питања Међународне уније друмског транспорта, *Isabelle Bon-Garcin*, нагласила да „под изговором о стандардизирању поморских прописа, Ротердамска правила демотирају јединство постојећих про-

Vladimir SAVKOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Montenegro

CARRIER RESPONSIBILITY FOR THE DAMAGE, LOSS OR DELAY IN DELIVERY OF GOODS IN THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOOD WHOLLY OR PARTLY BY THE SEA

Summary

After a whole decade of negotiations, on December 11th, 2008, United Nations General Assembly adopted the final text of the Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, the so-called "Rotterdam Rules". This international legal instrument, as emphasized in the in the accompanying UN Resolution, has been envisaged as mechanism to overcome the lack of uniformity of the present regulatory regimes of international transport of goods by the sea, as well as the mechanism to adapt present legal regimes to modernized transport practices that are including, for decades now, container transport, "door to door" transport organization, use of electronic transport documents etc. This article, however, does not aim to analyze the whole Convention, nor its chances for the success in bringing uniformity to legal regimes regulating international contracts of carriage of goods by the sea. It tries to analyze the changes that the eventual coming into force of this Convention would bring to the so far prevailing regime of the carrier contract based responsibility for the loss or damage of the goods, as well as for the delay in their delivery. In the end of the analyses, we come to a conclusion that, despite of some obvious differences between old regimes and the one this Convention is trying to establish, still, no major changes will happen in this field of law once the Convention eventually enter into force.

Key words: convention, shipper, carrier, responsibility, transport of goods by the sea, damage.

писа који регулишу drumski transport od Atlantika do Pacifika, te stvaraju neravnotežnost između transporta kopno-more i transporta isključivo kopno...“ Доступно на интернет адреси: http://www.komorabih.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=344:roterdamska-pravila-ugroava-ju-transportnu-industriju&catid=73:vijesti-transport-i-komunikacije&Itemid=128 (последњи пут посјеђено у јануару 2011. године).

УДК 005.591.45:347.736 ; 346.545/.546(73)

мр *Ивана РАКИЋ*
стипендиста Министарства за науку и технолошки развој
докторант Правног факултета Универзитета у Београду

УПОТРЕБА АРГУМЕНТА ДРУШТВА У ФИНАНСИЈСКИМ ТЕШКОЋАМА У КОНТРОЛИ КОНЦЕНТРАЦИЈА У ПРАВУ СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА

Резиме

У раду се анализирају развој аргумената друштва у финансијским тешкоћама (failing firm defence) и услови за његову примену у пракси контроле концентрација у праву Сједињених Америчких Држава. Реч је о инстинктивној праву конкуренције који се користи као оправдање за концентрацију чији један од учесника је друштво у финансијским тешкоћама и на основу које се концентрација може одобрити упркос томе што се њеним спровођењем значајно умањује конкуренција.

Концентрација се може одобрити само ако ће због предстојеће престанка друштва у финансијским тешкоћама његова имовина изаћи са тржишта и ако због концентрације потрошачи неће бити у лошијој ситуацији него што би били уколико би концентрација била забрањена. Зато се од учесника у концентрацији тражи да докажу да друштво у финансијским тешкоћама није у могућности да испуњава своје финансијске обавезе, да није могућа успешна реорганизација друштва и да није могућа алтернативна кувина која би представљала мању опасност по конкуренцију.

Кључне речи: *друштво у тешкоћама, контрола концентрација, право конкуренције, право САД.*

I Уводне напомене

У поступку контроле концентрација, аргумент друштва у финансијским тешкоћама (енгл. *failing firm defence*) употребљава се као оправдање за концентрације које могу значајно угрозити конкуренцију, а чијим спровођењем се врши повезивање са друштвом које иначе не би могло да опстане на тржишту зато што се због финансијских тешкоћа налази пред стечајем. Спровођењем концентрације се у ствари спасава друштво у финансијским тешкоћама, будући да се ради о друштву које ће престати да постоји уколико концентрација не буде спроведена.

Приликом одлучивања о концентрацији полази се од тога да ће, и у случају спровођења концентрације и у случају стечаја, друштво у тешкоћама нестати са тржишта, због чега ће се број конкурената свакако смањити, а конкуренција нарушити због погоршања тржишне структуре. Пошто ће конкуренција бити нарушена без обзира на спровођење концентрације, сматра се да не постоји узрочно-последична веза између концентрације и нарушавања конкуренције, па се концентрација може одобрити. Заправо, претпоставља се да опстанак друштва у тешкоћама има мање негативне последице по конкуренцију него излазак друштва и његове имовине са тржишта, па се зато могуће умањење конкуренције због концентрације и може оправдати штетним ефектима престанка друштва у тешкоћама.

Забрана концентрације се може негативно одразити на конкуренцију, јер би, као последица затварања друштва због финансијских тешкоћа, са тржишта нестао један конкурент, а конкурентски притисци са којима се суочавају преостали учесници на тржишту би били ослабљени. Истовремено се због изласка друштва са тржишта може изгубити његова имовина, па би конкуренција била умањена због негативног утицаја који на промену тржишне структуре има губитак имовине, односно капацитета друштва. Због тога се приликом оцене концентрације мора водити рачуна и о томе да ли ће се затварањем друштва у тешкоћама изгубити његова имовина. Отуда се сматра да примена аргумента друштва у финансијским тешкоћама може бити ефикасна ако омогућава друштву у тешкоћама и његовим повериоцима да избегну високе трошкове стечаја и ако се његовом применом задржава вредна имовина која би нестала са тржишта уколико концентрација не би била спроведена.¹

Оцени концентрација чији учесници се позивају на аргумент друштва у тешкоћама приступа се иначе врло опрезно, јер је оцена так-

1 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Saint Paul, 2005, стр. 552.

вих концентрација изузетно сложена и разликује се од уобичајене оцене када се упоређују конкурентске структуре у моменту нотификације (*pre-merger situation*) и након спровођења концентрације (*post-merger situation*). Наиме, уколико се учесници позивају на овај аргумент, оцена концентрације подразумева анализу тржишне структуре која би настала као последица спровођења концентрације, односно забране концентрације (енгл. *counterfactual, "but-for" analysis*) и њено поређење са структуром која би настала након спровођења концентрације. То значи да је потребно анализирати и друге могућности, као што су престанак друштва (стечај, ликвидација – *post-failure situation*) или његово преузимање од стране неког другог учесника на тржишту.

Надлежни орган мора истовремено да процени негативне последице које на конкуренцију имају и спровођење концентрације и престанак друштва у тешкоћама (забрана концентрације), јер се у оба случаја мења тржишна структура и умањује конкуренција због смањења броја тржишних учесника. Иако би концентрација могла бити одобрена због штетних ефеката забране концентрације, односно затварања друштва, надлежни орган се суочава са проблемом приликом оцене такве концентрације, јер конкуренција може бити нарушена и у случају спровођења концентрације, због стицања или јачања тржишне моћи учесника у концентрацији.

Пошто промена тржишне структуре негативно утиче на конкуренцију без обзира на спровођење концентрације, надлежни орган може одобрити концентрацију само ако процени да ће се забраном концентрације и нестанком друштва у тешкоћама тржишна структура више погоршати него у случају спровођења концентрације. То значи да ће се концентрација одобрити ако њено спровођење има повољније или бар неутралне ефекте на конкуренцију, односно ако ће се њеним спровођењем тржишна структура погоршати бар у истој мери у којој би била погоршана када концентрација не би била спроведена. Зато се сматра да узрок погоршања тржишне структуре и умањења конкуренције није сама концентрација, већ нестанак друштва у тешкоћама са тржишта и губитак његове имовине. Ако би се, међутим, утврдило да излазак друштва са тржишта и његове имовине има повољнији ефекат на конкуренцију од спровођења концентрације, концентрација се мора забранити.

С обзиром на то да се аргумент друштва у финансијским тешкоћама може прихватити само ако се утврди да ће друштво и његова имовина нестати са тржишта ако концентрација не буде реализована, примена аргумента има велики значај, који нарочито долази до изражаја у време (светске) економске кризе. Његовим прихватањем се омогућава

реализовање концентрације којом се спасава друштво у финансијским тешкоћама и тако спречава настајање негативних последица изазваних затварањем друштва – чувају се радна места, задржава се имовина која би иначе изашла са тржишта, а истовремено се доприноси увећању економске ефикасности. Ипак, приликом одлучивања о прихватању аргумента, надлежни орган не узима у обзир користи од спровођења концентрације за друштвену заједницу, као ни допринос концентрације увећању ефикасности, јер аргумент се може прихватити само ако су испуњени прецизно одређени услови за његову примену. Уколико није испуњен неки од предвиђених услова, концентрација се не може оправдати аргументом друштва у финансијским тешкоћама, али се користи од спровођења концентрације и спасавања друштва могу узети у обзир приликом свеобухватне анализе утицаја концентрације на конкуренцију.

Аргумент друштва у финансијским тешкоћама настао је у судској пракси Сједињених Америчких Држава, када је 1930. године Врховни суд употребио аргумент приликом одлучивања у случају *International Shoe*.² Судови су током дугогодишње праксе унапређивали услове за примену аргумента, а Министарство правде и Савезна трговинска комисија су доношењем смерница о хоризонталним концентрацијама изричито прописивали услове за примену аргумента, по узору на судску праксу. Иако нису обавезне за Министарство правде и Савезну трговинску комисију, смернице о концентрацијама одражавају праксу ових органа и утичу на одлучивање судова, тако да значајно доприносе правној сигурности учесника на тржишту.³

Нове Смернице, донете 19. августа 2010. године,⁴ не уносе суштинске промене у погледу услова за прихватање аргумента, пошто је само у процесном смислу олакшано доказивање испуњености услова за примену аргумента. Смернице су задржале строге услове за прихватање аргумента, иако је било притисака да се у условима економске кризе ови услови ублаже како би се угроженим привредним друштвима омогућило да се повезивањем са другим друштвима одрже на тржишту. Наиме, досадашња пракса је показала да амерички органи примењују строге

2 *International Shoe Co. v. FTC*, vol. 280 U.S. Supreme Court, стр. 291 (1930). У упоредном праву, аргумент је прихваћен много касније и то углавном по угледу на праксу америчких органа или органа ЕУ. Вид. више Organisation for Economic Co-operation and Development, *Failing Firm Defence* – OECD Roundtables on competition policy, Paris, 1996, стр. 33–95.

3 Аргумент друштва у финансијским тешкоћама се углавном употребљава као оправдање за хоризонталне концентрације, али општеприхваћен став је да се може применити и у одбрани вертикалних и конгломератских концентрација.

4 US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines (2010), <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>, 4. март 2011.

услове за примену аргумента, због чега је веома мало концентрација одобрено његовим прихватањем. Не очекује се да ће се таква пракса променити за време економске кризе, пошто је Антимонополско одељење Министарства правде заузело став да економска криза неће утицати на доследну примену права конкуренције и да нема разлога да се ублаже критеријуми за оцену концентрација чији учесници се позивају на аргумент друштва у тешкоћама.⁵

II Судска пракса

1. Случај *International Shoe Co. v. FTC*

Аргумент друштва у финансијским тешкоћама први пут је употребљен у случају *International Shoe Co. v. FTC*, који се односио на повезивање два произвођача ципела – друштва *International Shoe* и друштва *McElwain*. Врховни суд је своје мишљење засновао на два одлучујућа чиниоца и није прихватио одлуку Савезне трговинске комисије којом је концентрација била забрањена. Пре свега, Суд је сматрао да друштва *International Shoe* и *McElwain* нису били конкуренти, тако да није било основа да се концентрација забрани зато што значајно умањује конкуренцију, јер између друштава није ни постојала конкуренција. Затим, Суд је закључио да је због финансијске ситуације друштва *McElwain* у време преузимања била неопходна његова ликвидација или продаја, па се у потпуности могла искључити будућа конкуренција или њено ограничавање.⁶

Анализом финансијског стања друштва *McElwain* утврђено је да је због опадања цена и продаје, огромних залиха, нагомиланих губитака и дугова, немогућности испуњавања обавеза и наплате бројних потраживања, друштво постало инсолвентно и да је испунило услове за покретање стечајног поступка. Због таквих околности и немогућности опоравка, друштво се суочавало са затварањем, а једини начин да се избегне финансијска пропаст био је да се друштво директно прода друштву *International Shoe*, као једином могућем купцу.⁷

На основу свега Суд је закључио да куповина акција друштва које се налази у тешкоћама не угрожава конкуренцију уколико се ради о друштву са толико исцрпљеним средствима и са толико slabим из-

5 Вид. Carl Shapiro, „*Competition Policy in Distressed Industries*“, U.S. Department of Justice, 2009, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245857.pdf>, 4. март 2011; Ken Heyer, Sheldon Kimmel, „*Merger Review of Firms in Financial Distress*“, Economic Analysis Group Discussion Paper, 09–1 March 2009, <http://www.justice.gov/atr/public/eag/244098.pdf>, 4. март 2011.

6 Вид. *International Shoe Co. v. FTC*, 280 (1930) U.S. 291, 294–300.

7 Вид. *International Shoe Co. v. FTC*, 299–302.

гледима за опоравак да је суочено са озбиљном могућношћу одласка у стечај, и уколико друштво таквим пословањем наноси штету акционарима и заједницама у којим су смештена постројења друштва. При томе, уколико не постоји други потенцијални купац друштва у тешкоћама, мора се узети у обзир и та чињеница.⁸

У теорији се сматра да је аргумент вероватно био употребљен због заштите поверилаца, власника или акционара малих предузећа и запослених у тим предузећима, односно да би се омогућила дистрибутивна правда.⁹ Овакво мишљење се може прихватити, јер иако је Суд процњивао утицај који преузимање друштва у тешкоћама има на конкуренцију, он је посебно истакао да интереси акционара и друштвене заједнице могу бити повређени уколико друштво изађе са тржишта. У прилог оваквом тумачењу може се навести и чињеница да је одлука донета за време Велике економске кризе, када су негативне последице затварања привредних друштава много више дошле до изражаја. Међутим, није јасно из којих разлога је Конгрес касније, приликом усвајања Селер-Кифоверовог закона против концентрација (*Celler-Kefauver Antimerger Act of 1950*), изричито потврдио употребу аргумента.¹⁰ Могућа објашњења су да је то учињено због тога што се сматра да нестанак толико слабог друштва не може угрозити конкуренцију, или да би се заштитили интереси поверилаца и власника друштва и запослених у друштву, или можда да би се применом аргумента допринело увећању економске ефикасности.¹¹

2. Случај *Citizen Publishing Co. v. United States*

Услови за примену аргумента друштва у тешкоћама пооштрени су у случају *Citizen Publishing Co. v. United States*,¹² када је Врховни суд

8 Вид. *International Shoe Co. v. FTC*, 302–303.

9 Н. Hovenkamp, *нав. дело*, стр. 551–552; Irene R. Diamant, „The Failing Company Doctrine since General Dynamics: More Than Excess Baggage“, *Fordham Law Review*, Vol. 47, бр. 5/1979, стр. 886.

10 Усвајањем овог закона измењен је чл. 7 Клејтоновог закона из 1914. године који регулише концентрације које значајно умањују конкуренцију (*Clayton Antitrust Act of 1914*, section 7). О расправи која се водила приликом усвајања ових измена вид. Martin F. Connor, „Section 7 of the Clayton Act: The ‘Failing Company’ Myth“, *Georgetown Law Journal*, Vol. 49, бр. 1/1960, стр. 96–98; Roger G. Kaplan, „All the King’s Horses and All the King’s Men: The Failing Company Doctrine as a Conditional Defense to Section 7 of the Clayton Act“, *Hofstra Law Review*, Vol. 4, бр. 3/1976, стр. 673–676.

11 Вид. Bok C. Derek, „Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics“, *Harvard Law Review*, Vol. 74, бр. 2/1960, стр. 340; Paul M. Laurenza, „Section 7 of the Clayton Act and the Failing Company: An Updated Perspective“, *Virginia Law Review*, Vol. 65, бр. 5/1979, стр. 951–952.

12 *Citizen Publishing Co. v. United States*, vol. 394 (1969) U.S. Supreme Court, стр. 131.

одбио примену аргумента, јер је сматрао да учесници у концентрацији нису доказали да испуњавају услове за примену аргумента предвиђених у одлуци Суда. На аргумент су се позвала два дневна листа – друштво *Citizen Publishing* и друштво *Star Publishing*, како би оправдали преузимање друштва *Star Publishing* на основу раније закљученог уговора о заједничком пословању. У овом случају, друштво у тешкоћама било је друштво *Citizen Publishing*, преузималац контроле над друштвом *Star*.

Суд је, пре свега, прихватио став Окружног суда да се друштво *Citizen* није налазило на ивици затварања и да није било вероватно да би обуставило пословање или продало имовину да уговор о заједничком пословању није био закључен. Врховни суд је утврдио да није било наговештаја да су власници друштва *Citizen* размишљали о ликвидацији друштва – они нису никада тежили да продају друштво, а није било доказа да се закључењем уговора о заједничком пословању друштво „хватало за последњу сламку“. Друштво *Citizen* би у ствари наставило да представља претњу за друштво *Star* које је због тога и пристало да закључи уговор са друштвом *Citizen*.¹³

Суд је затим навео да се за примену аргумента мора утврдити да је преузималац контроле над друштвом у тешкоћама једини постојећи купац. Уколико би друга лица била заинтересована, део конкурентног система би био сачуван, а не изгубљен због монополског положаја.¹⁴ То значи да се могућност алтернативне куповине мора проверити како би се утврдило да ли је концентрација најбоље решење за конкуренцију. Ипак, Суд је сматрао да нису учињени никакви напори да се друштво *Citizen* прода, тако да овај услов није био испуњен.

На крају, анализирајући пословну праксу после 1930. године, Суд је утврдио да су привредна друштва успешно спроводила поступак реорганизације у стечајном поступку или у складу са Законом о стечају (*Bankruptcy Act*) и да су често након реорганизације постала снажна конкурентна друштва. Због тога је захтевао да се за примену аргумента мора утврдити да су изгледи за реорганизацију друштва *Citizen* слаби или да такви изгледи не постоје. Међутим, учесници у концентрацији нису доказали да испуњавају ни овај услов.¹⁵

Доносећи овакву одлуку, Суд је предвидео строже услове за примену аргумента у односу на случај *International Shoe Co. v. FTC* и на тај начин ограничио његову примену. Наиме, изричито је постављен услов да преузималац друштва у тешкоћама мора бити једини постојећи ку-

13 Вид. *Citizen Publishing Co. v. United States*, 137.

14 Вид. *Citizen Publishing Co. v. United States*, 138.

15 Вид. *Citizen Publishing Co. v. United States*, 138-139.

пац, односно да се морају учинити одређени напори да се пронађе други потенцијални купац.¹⁶ Затим, Суд је нагласио да примена аргумента зависи од могућности успешног спровођења реорганизације и захтевао је да се докаже да је таква могућност мала или да је нема. На крају, Суд је предвидео да је терет доказа на ономе ко се позива на аргумент, што значи да учесници у концентрацији морају активно учествовати у одбрани концентрације и доказати да су испуњени сви услови за примену аргумента.

3. Случај *United States v. General Dynamics Corp.*

Приликом одлучивања у случају *United States v. General Dynamics Corp.*,¹⁷ Врховни суд је одобрио спровођење концентрације на основу свеобухватне анализе утицаја концентрације на конкуренцију, иако није користио аргумент друштва у тешкоћама. Пресуда је ипак значајна, јер је Суд поновио услове за примену аргумента и одлучивао о преузимању друштва које због одређених финансијских проблема не може више успешно да послује на тржишту, а које ипак не испуњава услове да се позове на аргумент друштва у тешкоћама (енгл. *flailing firm, weak competitor*).

Спровођењем концентрације, привредна друштва *Material Service* и *General Dynamics* су преузела контролу над друштвом *United Electric Coal*, које се бавило производњом и продајом угља. У време преузимања и у време доношење пресуде, друштво *United Electric Coal* је било профитабилно и ефикасно, али није било снажан конкурент на тржишту, зато што је његова производња зависила од располагања природним ресурсом. Његове резерве угља су биле толико мале да је Суд сматрао да је то значајно ослабило способност друштва да у будућности конкурише осталим произвођачима угља на тржишту. Могућност друштва да утиче на цену угља била је ограничена зато што су резерве угља биле исцрпљене, а друштво је већ било обавезано дугорочним уговорима закљученим са великим купцима.¹⁸

16 У теорији се сматра да овај услов не би требало уско тумачити, јер такво тумачење може довести до бесмислених одлука у којима се аргумент одбија, а концентрација забрањује само зато што учесник у концентрацији нији *једини* могући купац, иако је предложена концентрација најповољније решење за конкуренцију. Зато би од преузимаоца друштва у тешкоћама требало тражити да докаже да његова куповина представља најмању опасност по конкуренцију. У пракси се овај услов због тога и тумачио на предложени начин. Вид. Richard E. Low, „The Failing Company Doctrine Revisited“, *Fordham Law Review*, Vol. 38, бр. 1/1969, стр. 26; P. M. Laurenza, *нав. чланак*, стр. 956.

17 *United States v. General Dynamics Corp.*, vol. 415 (1974) U.S. Supreme Court, стр. 486.

18 Вид. *United States v. General Dynamics Corp.*, 493.

С друге стране, Влада је тврдила да се ослањањем на наводе о оскудним резервама угља заправо користи аргумент друштва у тешкоћама, а који се у овом случају не може прихватити. За примену аргумента потребно је испунити строго одређене услове, а друштво *United Electric Coal* уопште није испуњавало те услове, јер је било здраво и успешно друштво и није се налазило на ивици одласка у стечај.¹⁹

Међутим, Суд је сматрао да тврдње Владе нису значајне, пошто је Окружни суд одобрио концентрацију на основу свеобухватне анализе утицаја концентрације на конкуренцију, а не на основу аргумента друштва у тешкоћама. Окружни суд је утврдио да концентрација не умањује конкуренцију, јер је због недовољних резерви угља ослабљен положај друштва *United Electric Coal* на тржишту, па оно више није способно да на дуги рок успешно конкурише другим произвођачима, чак и ако би остало на тржишту. На крају, Врховни суд је потврдио да је примена аргумента друштва у тешкоћама у овом случају једноставно неприкладна и да неиспуњавање предуслова за његову примену не умањује вредност ваљане анализе коју је Окружни суд спровео.²⁰

Позивајући се на дотадашњу праксу, Врховни суд је истовремено указао да се примена аргумента заснива на претпоставци да опстанак друштва у тешкоћама има мање негативне последице по конкуренцију него потпуни нестанак друштва са тржишта. То је у извесном смислу примена принципа „да се од два зла изабере мање“, према којем се могуће угрожавање конкуренције због концентрације сматра погоднијим у односу на штетне ефекте које може изазвати престанак друштва у тешкоћама.²¹ Оваквим приступом, Суд није намеравао да ублажи услове за примену аргумента нити да на било који начин утиче на његову примену, већ је само признао да негативне последице могу настати и због спровођења концентрације и због престанка друштва у тешкоћама.²² Он је заправо потврдио услове за примену аргумента, с обзиром на то да је сматрао да за примену аргумента није довољно доказати да је будућа конкурентна способност друштва значајно ослабљена, ако је оно истовремено финансијски стабилно.

Ипак, будући да је одобрио концентрацију, Врховни суд је на овај начин установио нови аргумент који за оправдање концентрације могу користити друштва која нису у финансијским тешкоћама, а нису више ни снажни конкуренти на тржишту (енгл. *flailing firm defence*). Реч је о аргументу који може користити друштво које због финансијских про-

19 Вид. *United States v. General Dynamics Corp.*, 506-507.

20 Вид. *United States v. General Dynamics Corp.*, 508.

21 Вид. *United States v. General Dynamics Corp.*, 507.

22 Р. М. Laurenza, *нав. чланак*, стр. 962.

блема, као и друштво у тешкоћама, није више у стању да опстане на тржишту као независан привредни субјект. Међутим, за разлику од аргумента друштва у тешкоћама, који се првенствено користи због штетних ефеката затварања друштва, овај аргумент се користи приликом уобичајеног утврђивања да ли концентрација има негативан утицај на конкуренцију.²³

III Смернице о хоризонталним концентрацијама

Министарство правде је 1968. године донело прве Смернице о концентрацијама (*1968 Merger Guidelines*), којима је изричито у своју праксу увело аргумент друштва у финансијским тешкоћама. Услови за примену аргумента су преузети из судске праксе, с тим што је прецизирано да ће се сматрати да је друштво у тешкоћама само оно друштво које је без разумних изгледа да остане одрживо на тржишту. Неће се сматрати да се друштво налази у тешкоћама само зато што је у претходном периоду било непрофитабилно, зато што је изгубило своју тржишну позицију или није успело да одржи своју конкурентност, зато што има лошу управу, или ако није у потпуности искористило могућност да самостално савлада све тешкоће.

Према овим Смерницама, Министарство неће забранити концентрацију ако су ресурси једног од учесника у концентрацији толико исцрпљени, а изгледи за опоравак друштва толико слаби да се оно суочава са јасном могућношћу одласка у стечај, и ако је друштво у тешкоћама у доброј вери учинило напоре да пронађе разумну понуду за преузимање друштва коју би упутио други учесник на тржишту са намером да друштво у тешкоћама задржи на тржишту и која би више била у складу са сврхом чл. 7 Клејтоновог закона.

Смернице о концентрацијама из 1982. године делимично су измениле услове за примену аргумента, јер су на Смернице утицале промене у постојећој пракси. Смернице су опет предвиделе строге услове за примену аргумента, а исти услови су били предвиђени и у Смерницама из 1984. године. Према овим смерницама, Министарство је могло да одобри концентрацију само ако учесници докажу да испуњавају следеће услове: 1) немогућност испуњавања финансијских обавеза у блиској будућности; 2) немогућност успешног спровођења реорганизације у складу са Законом о стечају; 3) непостојање алтернативне понуде за преузимање друштва која би омогућила да се друштво задржи на тржишту и која би представљала мању опасност за конкуренцију.

23 I. R. Diamant, *нав. чланак*, стр. 885.

Смерницама о хоризонталним концентрацијама из 1992. године (1992 *Horizontal Merger Guidelines*), које су заједнички донели Министарство правде и Савезна трговинска комисија, прописани су строжи услови за примену аргумента, јер је уведен додатни захтев да се докаже да ће имовина друштва у тешкоћама изаћи са релевантног тржишта уколико концентрација не буде спроведена. Због тога се и услов у вези са алтернативном куповином сада односи на непостајање других понуда за преузимање имовине друштва у тешкоћама које би омогућиле да се та имовина задржи на тржишту.²⁴

Овај услов је изричито предвиђен зато што се показало да је за примену аргумента потребно утврдити да предложена концентрација има најмање негативне последице по конкуренцију, а да би се то утврдило мора се одбацити могућност да имовина остане на тржишту уколико концентрација не буде спроведена. Заправо, потребно је утврдити да ли би други привредни субјекти могли да стекну имовину у стечајном или ликвидационом поступку. Уколико таква могућност постоји, концентрацију не треба одобрити, јер се претпоставља да ће конкурентска структура бити више погоршана након концентрације него након затварања друштва. Ефекти таквог стицања имовине слични су ефектима које има преузимање друштва у тешкоћама од стране другог привредног субјекта (а не учесника у концентрацији), па постојање алтернативног купца имовине значи боље решење за конкуренцију од концентрације.

Могућност да се имовина друштва, у потпуности или делимично, стекне у стечајном или ликвидационом поступку значи да ће се она вратити на тржиште продајом најбољем понуђачу или да ће се распоредити на више тржишних учесника (а не само на преузимаоца друштва), који би тада били у прилици да успешније конкуришу један другом. На тај начин би и нови привредни субјекти могли да уђу на тржиште и заузму место друштва у тешкоћама, што би значило да се број тржишних учесника неће смањити, а може се чак и повећати. У таквој ситуацији, конкурентска структура после концентрације била би лошија од структуре након стечаја или ликвидације, тако да би одобрење концентрације имало штетне ефекте на конкуренцију. Дакле, ако се утврди да имовина друштва неће изаћи са тржишта уколико концентрација не буде спроведена, концентрацију не треба одобрити, јер је тржишна структура која настаје као последица затварања друштва конкурентнија од структуре која произлази из концентрације. Пошто погоршање тржишне структуре не би било исто у случају спровођења концентрације и услучају њене

24 Вид. 1992 *Horizontal Merger Guidelines*, чл. 5. Смернице су измењене 1997. године, али су услови за примену аргумента остали исти.

забране, сматра се да је узрок погоршања тржишне структуре у овом случају концентрација, а не затварање друштва и стицање имовине од стране других учесника на тржишту.

С друге стране, уколико се утврди да ће имовина друштва нестати са тржишта, концентрацију треба одобрити, јер би се због губитка имовине променили тржишни услови, и то на штету потрошача. Наиме, излазак имовине са тржишта би значео потпуни губитак капацитета друштва и његов дефинитиван нестанак са тржишта, због чега би се тржишна структура погоршала, а конкуренција значајно умањила. То значи да се може очекивати да ће тржишни услови после концентрације бити повољнији од услова који би настали када би концентрација била забрањена и имовина друштва у тешкоћама изашла са тржишта. Концентрацију тада треба одобрити, јер се тржишна структура мање нарушава у случају концентрације него у случају забране, а спровођење концентрације потрошачима више користи него могуће затварање друштва.

Зато је неопходно да надлежни орган утврди да ли ће имовина друштва у тешкоћама изаћи са тржишта, јер приликом оцене концентрације није важно одговорити на питање шта ће бити са *друштвом у тешкоћама*, него шта ће бити са његовом имовином уколико концентрација не буде спроведена.²⁵ На ово питање је нарочито битно одговорити ако друштво поседује вредну и разноврсну имовину коју на различите начине могу користити бројни привредни субјекти (нпр. постројења, опрему, индустријску својину, робне марке и др.). Отуда се може прихватити мишљење да је развој аргумента друштва у тешкоћама борба да се одговори на питање који од два нежељена исхода толерисати – губитак имовине или повећање концентрације на тржишту.²⁶

1. Смернице из 2010. године

Нове Смернице нису суштински измениле услове за примену аргумента друштва у тешкоћама, пошто је само изостављен захтев да учесници у концентрацији докажу да ће имовина друштва у тешкоћама изаћи са тржишта уколико концентрација не буде спроведена. Ипак, овај услов је задржан као основна претпоставка за примену аргумента, јер се концентрација може одобрити само ако ће због предстојећег престанка друштва његова имовина изаћи са релевантног тржишта и ако због концентрације потрошачи неће бити у лошијој ситуацији него

25 Н. Hovenkamp, *нав. дело*, стр. 552.

26 Edward O. Correia, „Re-Examining the Failing Company Defense“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 64, бр. 3/1996, стр. 683.

што би били уколико би концентрација била забрањена. Ако учесници у концентрацији докажу да испуњавају прописане услове, сматраће се да је ова претпоставка тачна, па се концентрација може одобрити.

Изостављањем захтева у вези са нестанком имовине са тржишта олакшано је доказивање испуњености услова за примену аргумента, што значи да су услови предвиђени новим Смерницама ублажени у односу на Смернице из 1992. године. Ипак, пошто су преостали услови остали исти, може се рећи да и даље важе строги критеријуми за примену аргумента друштва у тешкоћама. Према Смерницама (поглавље 11), да би се концентрација оправдала овим аргументом, учесници у концентрацији морају испунити три услова, које је веома тешко доказати.

Прво, учесници у концентрацији морају доказати да друштво у тешкоћама неће бити у могућности да испуни своје финансијске обавезе у блиској будућности. То практично значи да друштво мора доказати да је неспособно за плаћање, иако не мора увек бити тако. Могуће је и да друштво не испуњава услове за покретање стечајног поступка, али да је његово финансијско стање такво да се налази у непосредној опасности од финансијског колапса или да се са сигурношћу може очекивати да ће друштво постати инсолвентно.

С друге стране, сама чињеница да друштво остварује губитке не значи да је оно заиста „друштво у тешкоћама“;²⁷ односно да има такве финансијске проблеме који су релевантни за примену аргумента друштва у тешкоћама. Потребно је нпр. испитати да ли ће се губици понављати и да ли се могу надокнадити; да ли се могу остварити нови приходи; да ли је неуспешно пословање резултат лошег управљања друштвом и др. Недовољно је при томе указати на пад продаје и оствареног профита, или на смањење тржишног удела и угледа код потрошача. Због тога се у сваком случају мора спровести анализа свих аспеката пословања друштва, која обухвата процену ликвидности, солвентности, профитабилности и конкурентности друштва.

Друго, учесници у концентрацији морају доказати да није могуће спровести успешну реорганизацију друштва у складу са главом 11 Закона о стечају (*Bankruptcy Act*). Испуњавање овог услова неопходно је да би се показало да ће друштво заиста отићи у стечај и да ће изаћи са тржишта уколико концентрација не буде спроведена. То је потврда да се друштво не налази у пролазним тешкоћама и да није одрживо на дуги рок. На овај начин се проверава да ли се друштво у тешкоћама спасава концентрацијом и да ли је то једини начин да друштво превазиђе тешкоће, пошто се управа друштва лакше одлучује да прода друштво него да реши своје финансијске проблеме. Истовремено, оваквим услов-

27 С. Shapiro, *нав. чланак*, стр. 21.

љавањем се води рачуна и о томе шта ће бити са имовином друштва у тешкоћама. Уколико се реорганизација може спровести, имовина ће остати на тржишту, тако да се негира основна претпоставка да ће имовина друштва у тешкоћама изаћи са тржишта уколико концентрација не буде спроведена.²⁸

Треће, потребно је доказати да је друштво у тешкоћама неуспешно настојало да у доброј вери пронађе разумне алтернативне понуде којима би се сва имовина друштва задржала на релевантном тржишту и које би представљале мању опасност по конкуренцију од предложене концентрације. Постављање овог услова се сматра једним од најбољих начина да се заштити конкуренција,²⁹ јер се води рачуна о томе да ли је предложена концентрација решење које има најмањи негативни утицај на конкуренцију. Пошто се ради о концентрацији која би могла значајно умањити конкуренцију, она се мора забранити ако алтернативне понуде представљају повољније решење за конкуренцију.

Да би се утврдило непостојање алтернативних понуда, није довољно да друштво у тешкоћама само изрази своје намере о продаји, већ мора активно учествовати у проналажењу потенцијалних купаца и показати да ниједан од контактираних тржишних учесника није заинтересован за куповину или да није у могућности да упути понуду. У том смислу се морају навести тржишни учесници са којима је контактирано, околности под којима су вођени преговори, резултати тих преговора и сл. Уколико се ипак утврди да постоје алтернативни купци, потребно је доказати да они неће задржати имовину на тржишту или да њихове понуде представљају већу опасност за конкуренцију од предложене концентрације.

У теорији се оваквом условљавању упућује приговор да је доказивање испуњености услова тешко и да изискује значајне трошкове и доста времена. Приговор се нарочито односи на други и трећи услов, пошто је нпр. изузетно тешко предвидети исход реорганизације, а поставља се и питање како ће учесници у концентрацији доказати да успешна реорганизација *није* могућа.³⁰ Осим тога, изражене су критике да се само води рачуна о негативном утицају концентрације на конкуренцију, а не и о њеним позитивним ефектима када концентрација доприноси увећању економске ефикасности. Наиме, спровођење концентрације некада може бити ефикасније од њене забране и од преузимања имовине друштва од стране других привредних субјеката, али се таква концентрација не може одобрити ако је утврђено да није испуњен неки од прописаних

28 E. O. Correia, *нав. чланак*, стр. 693.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*, стр. 692.

услова. Према овим критикама, не узимају се у обзир степен ефикасности спровођења реорганизације и трошкови и време које она изискује, а истраживања показују да мало друштва успева да до краја спроведе реорганизацију или да се након реорганизације (успешно) одржи на тржишту.³¹ Такође се не води рачуна о томе да ли алтернативна понуда доприноси увећању ефикасности, пошто се од потенцијалних купаца тражи само да понуде цену која је виша од ликвидационе вредности имовине и да задрже имовину на тржишту.³²

Овакве критике треба ипак пажљиво размотрити, зато што је опасно одобрити концентрацију која није најбоље решење за конкуренцију, само зато што је њено спровођење ефикасније од других могућности. Надлежни орган је тада суочен са ризиком да направи грешку типа II, ако се касније испостави да је због концентрације конкуренција значајно умањена. Примена аргумента друштва у тешкоћама се заснива на непостојању узрочне везе између концентрације и погоршања тржишне структуре, па се у овом случају концентрација не би могла оправдати аргументом, јер је управо концентрација узрок нарушавања тржишне структуре. С друге стране, пошто се оваквим условљавањем спречавају оне концентрације које увећавају економску ефикасност, учесници у концентрацији могу као оправдање концентрације користити аргумент економске ефикасности (*efficiency defence*), али као засебан аргумент, а не приликом одлучивања о аргументу друштва у тешкоћама.

IV *Failing division defence*

Судска пракса и смернице о концентрацијама су признавале могућност да се на аргумент друштва у тешкоћама позове и друштво у тешкоћама које припада групи друштва, а не група у целини (*failing division defence*). Проширење примене аргумента на друштво које припада групи друштва оправдава се економским разлозима, пошто би негирање ове могућности приморало матично друштво или да задржи филијалу и да она настави да послује са губицима или да ту филијалу затвори, иако би након концентрације друго друштво успешно управљало филијалом.³³

Судови су, међутим, изузетно ретко имали прилику да примене овај аргумент, а нису били вољни и да га прихвате због страха да би

31 *Ibid.*

32 Према Смерницама, под разумном алтернативном понудом сматра се понуда за куповину имовине по цени вишој од ликвидационе вредности имовине.

33 Thomas J. Campbell, „Efficiency of the Failing Company Defense“, *Texas Law Review*, Vol. 63, бр. 2/1984, стр. 255.

честа примена аргумента подстакла привредна друштва да манипулишу подацима како би испунили строге услове за примену аргумента. Поред тога, судови су у таквим ситуацијама користили аргументе које је Врховни суд користио у случају *United States v. General Dynamics Corp.*³⁴

Смерницама о концентрацијама су утврђени посебно строги услови за примену овог аргумента, јер би се у супротном било која концентрација која се односи на напуштање непрофитабилне делатности могла оправдати наводима продавца (контролног друштва) да ће затворити своје зависно друштво које послује у тој области уколико концентрација не буде спроведена. Сматра се да престанак зависног друштва не сме бити последица стратешке одлуке контролног друштва да напусти одређену делатност свог пословања, ако је истовремено цела група финансијски стабилна и не налази се у финансијским тешкоћама. Контролно друштво мора бити приморано да то учини само због финансијских тешкоћа зависног друштва. То значи да је за примену аргумента друштва у тешкоћама које припада групи друштава потребно анализирати финансијско стање зависног друштва и да ли се *оно* налази у тешкоћама, а не група у целини.

Према Смерницама из 2010. године (поглавље 11), тврдње да ће имовина зависног друштва у блиској будућности изаћи са тржишта могу се прихватити ако учесници у концентрацији докажу да су испунили два услова.

Прво, потребно је доказати да зависно друштво има сталне негативне токове готовине из пословних активности и да се ти токови не могу економски оправдати користима као што су повећање продаје и побољшање угледа код клијената. Због могућности манипулисања подацима о алокацији трошкова и прихода и подацима о међусобним трансакцијама између друштава у оквиру групе и саме групе, докази о негативним токовима готовине не смеју се заснивати искључиво на плановима управе друштва, јер они могу бити припремљени само са намером да се покаже да друштво има негативне токове или да ће ускоро изаћи са тржишта.

Друго, потребно је доказати да су у доброј вери учињени напори да се пронађу други понуђачи који би задржали имовину зависног друштва на тржишту и чија куповина би представљала мању опасност за конкуренцију од предложене концентрације.

34 Вид. више: Amanda L. Wait, „Surviving the Shipwreck: A Proposal to Revive the Failing Division Defense“, *William and Mary Law Review*, Vol. 45, бр. 1/2003, стр. 448–453.

V Закључак

Аргумент друштва у финансијским тешкоћама има значајну улогу у праву конкуренције САД, без обзира на то што се аргумент ретко употребљава и што је мало концентрација одобрено његовим прихватањем. У условима економске кризе, његова примена нарочито долази до изражаја, јер се може очекивати да се повећа број концентрација чији учесници ће бити друштва у тешкоћама, као и број концентрација чији учесници ће покушати да економску кризу искористе као изговор за неуспешно пословање или као повод да се позову на аргумент друштва у тешкоћама.

Оцена концентрације чији један од учесника је друштво у тешкоћама мора се извршити врло пажљиво, јер спровођење концентрације која је одобрена на основу аргумента може значајно умањити конкуренцију. Разумљиво је отуда зашто су услови за примену аргумента изузетно строги и прецизно одређени. Њихово прописивање је усмерено ка томе да се покаже да је друштво заиста у таквим тешкоћама да је спровођење концентрације једини начин да се тешкоће превазиђу и да се имовина друштва задржи на тржишту, а да истовремено представља најмању опасност за конкуренцију. Од овакве праксе се не одступа ни за време кризе, иако су нове Смернице ублажиле услове за примену аргумента. Оне ће у одређеној мери олакшати доказивање испуњености ових услова, али то не значи да ће се пракса америчких органа променити, јер су услови били строги и пре Смерница из 1992. године, када је уведен услов о изласку имовине са тржишта, а који је сада изостављен.

Mag. Ivana RAKIĆ

Postgraduate Student, Faculty of Law University of Belgrade

Scholar of Ministry of Science and Technological Development

THE APPLICATION OF THE FAILING FIRM DEFENCE IN THE CONTROL OF CONCENTRATIONS IN THE UNITED STATES OF AMERICA

Summary

The article deals with the history of the failing firm defence and with conditions for its application in the control of concentrations in US law. The failing

firm argument is a time-honoured defence in assessment of an anticompetitive concentration when merging party is failing firm due to financial difficulties.

The argument allows the competition authority to permit the concentration if imminent failure of failing firm would cause the assets of that firm to exit the relevant market and if customers are not worse off after the concentration than they would have been had the concentration been enjoined. Thereby the parties must demonstrate that the failing firm is unable to meet its financial obligations, that it would not be able to reorganize successfully and that there is no alternative offer that poses a less severe danger to competition.

Key words: *failing firm defence, control of concentrations, competition law, US law.*

УДК 347.736

Немања НИКОЛИЋ
специјалиста за корпоративно управљање
правник саветник у консултантској кући *Adventis Corporate Advisory*

PREPACK: АМЕРИЧКО И СРПСКО РЕШЕЊЕ

Резиме

У овом раду аутор разматра питање унапред припремљене реорганизације уз компаративни приказ америчкој и српској решења. Аутор даје краћи историјат овој институцији, објашњава појам и вредности у односу на извансудско реструктурирање и редовну стечајну реорганизацију, и приказује различите типове унапред припремљених планова реорганизације. Аутор се посебно осврће на питање надлежности одговарајуће комисијској органа за доношење одлуке о унапред припремљеној реорганизацији, као и на проблем овлашћеној односноци унапред припремљеног плана реорганизације у српском праву.

Кључне речи: унапред припремљени план реорганизације, *prepack*, извансудско реструктурирање, реорганизација у стечају.

I Историјат

Унапред припремљена реорганизација (енгл. *prepack*, *preplan*, *prepackaged bankruptcy*) као алтернатива класичној заштити дужника¹

¹ Покретање стечајног поступка по правилима Поглавља 11 Стечајног закона се често назива *заштитом* (енгл. *Chapter 11 protection*, *to file for Chapter 11 protection*), с обзиром да се односи дужника и поверилаца од тренутка отварања стечајног поступка уређују императивним правилима и под надзором федералног суда, те је дужник заштићен од предузимања радњи поверилаца у циљу наплате потраживања

по правилима Поглавља 11 Стечајног закона (енгл. *Bankruptcy Code, Chapter 11*), фигурише као решење у америчком Стечајном закону од његовог доношења 1978. године. Наиме, члан 1126 Стечајног закона, који носи назив „Прихватање плана“ (енгл. „*Acceptance of plan*“), у ставу (b) прописује да ће се план реорганизације сматрати усвојеним (прихваћеним) или одбијеним уколико су повериоци прихватили или одбили план пре покретања стечајног поступка, под условом да је дужник поштовао правила обелодањивања (енгл. *disclosure*) приликом тражења подршке поверилаца за план реорганизације (енгл. *solicitation*). Међутим, ова варијанта извансудског прихватања плана реорганизације (коју је помало стидљиво понудио закон) није ниједном искоришћена од стране америчких компанија пуних осам година по доношењу овог закона, све до 1986. године и компаније за истраживање нафте и природног гаса из државе Луизијана под називом *Crystal Oil Company*. Ова компанија је била прва која је својим повериоцима предложила извансудски договор о плану реорганизације уместо класичног (и релативно дуготрајног) поступка по *Chapter 11* правилима, а све са циљем убрзавања читавог процеса како би се поступак пред судом спровео што ефикасније и јефтиније за све заинтересоване стране. Повериоци су ову иницијативу дужника подржали, гласали за план, и тек након тога је *Crystal Oil* поднео предлог за покретање стечајног поступка, истовремено подносећи суду и план реорганизације.² То је било рођење унапред спаковане реорганизације.

Током 90-их година прошлог века, *prepack* је чинио 9,2% свих стечајних поступака, а у 2000. години 6,8% свих стечајних поступака у САД.³ Међутим, само у 2009. години (другој години од почетка економске кризе у Америци), *prepack* је био избор за укупно 30 од 164 отворене корпорације (чијим се хартијама од вредности јавно тргује) у стечају,

на аутономној основи, док сам дужник задржава контролу над бизнисом, односно постаје тзв. *debtor in possession*. Дословни превод овог израза био би (стечајни) дужник у *посегу*, што подразумева ситуацију у којој је компанија формалноправно у стечају (реорганизацији), али менаџмент и даље има релативну контролу над управљањем и пословањем (додуше под надзором суда). За разлику од *Chapter 11* правила која уређују искључиво стечајну реорганизацију, банкротство је уређено *Chapter 7* правилима, док се *Chapter 13* америчког закона односи на индивидуални стечај (над имовином физичких лица).

2 *Crystal Oil* компанија је предлог за покретање стечајног поступка (заједно са унапред припремљеним планом реорганизације) поднела суду 1. октобра 1986. године, а већ 31. децембра (3 месеца касније) изашла из стечаја са потврђеним планом. Види: Grant W. Newton, *Bankruptcy And Insolvency Accounting: Practice And Procedure*, Volume 1, 7th edition, New York, 2009, стр. 120–121.

3 Patrick A. Gaughan, *Mergers, acquisitions, and corporate restructurings*, 3rd edition, New York, 2002, стр. 462.

што представља 18% свих стечајних поступака који су покренути над великим отвореним корпорацијама у тој години.⁴ Међу тих 30 великих корпорација су и *General Motors* и *Chrysler*, симболи америчке посрнуле аутомобилске индустрије.

II Појам

У САД се под појмом *prepackaged bankruptcy* (или једноставно *prepack*) подразумева хибрид два уобичијена метода реорганизације (реструктурирања) компанија у финансијским проблемима: 1) неформалне реорганизације, односно извансудских преговора дужника и поверилаца о реструктурирању дуга (тзв. *out-of-court restructuring*), и 2) формалне реорганизације, односно стечајног поступка по правилима Поглавља 11 (енгл. *bankruptcy proceeding*). *Prepack* би ваљало посматрати као „административну екстензију неформалне реорганизације“⁵ која омогућава постизање споразума између дужника и потребне већине поверилаца изван суда, након чега следи покретање стечајног поступка по *Chapter 11* правилима са циљем „озваничења“ и имплементације таквог споразума.⁶ Суштински посматрано, концепт унапред спаковане реорганизације претпоставља „врло проактивног дужника са добро дефинисаним бизнис планом и излазном стратегијом“.⁷ С обзиром да је класични стечајни поступак често дугострајан, скуп, те да ствара несигурност за све стејкхолдере (кредиторе, инвеститоре, запослене, потрошаче), унапред припремљена реорганизација се издваја као врло корисна алтернатива која минимизира уобичајене ризике стечајног поступка.⁸ Дакле, амерички *Bankruptcy Code* даје могућност дужнику да без било

4 Податак преузет из билтена америчке адвокатске канцеларије Cooley, Godward, Kronish LLP под називом „Current Developments in Bankruptcies and Workouts to Keep You Ahead of the Curve“, *Absolute Priority*, Winter 2010, стр. 8.

5 John McConnell, Henri Servaes, „The economics of pre-packaged bankruptcy“, у: Jagdeep S. Bhandari, Lawrence Alan Weiss (уредници), *Corporate bankruptcy: economic and legal perspectives*, Cambridge, 1996, стр. 322–323.

6 Gerard McCormack, *Corporate rescue law – an Anglo-American perspective (Corporations, Globalisation and the Law)*, Northampton, 2008, стр. 104.

7 Thomas J. Salerno, Jordan A. Kroop, Craig D. Hansen, *Executive Guide to Corporate Bankruptcy*, Washington, D.C., 2010, стр. 39.

8 David E. Vance, *Corporate Restructuring: From Cause Analysis to Execution*, 1st edition, Heidelberg, 2009, стр. 256. Уколико се не постигне договор са повериоцима, дужник се може суочити са тзв. стечајним поступком у слободном паду (енгл. *free-fall bankruptcy*), у коме се неколико или велики број носилаца правног интереса боре једни са другима око права приоритета у намирењу у оквиру плана реорганизације. Уколико реорганизација пропадне, ликвидација (банкротство) по правилима Поглавља 7 Стечајног закона је неминовна. Види више о томе у: William Maxwell,

каквог учешћа суда припреми план реорганизације и проследи га повериоцима заједно са изјавом о свим релевантним информацијама (енгл. *disclosure statement*), те да тиме унапред обезбеди подршку за план, и тек тада поднесе предлог за покретање стечајног поступка.

У Србији је унапред припремљена реорганизација први пут понуђена тржишним актерима у Закону о стечајном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 84/04 и 85/05). Наиме, чланом 127 став 2 овог Закона било је прописано да се „план реорганизације може поднети истовремено са подношењем предлога за покретање стечајног поступка, под условом да су испуњени остали услови из овог закона“. Ово решење је на први поглед врло слично америчком решењу из члана 1126(b) *Bankruptcy Code*-а, пре свега по шкртости уређења овог института. Међутим, оно није дало никакве резултате у пракси.⁹

До свеобухватног уређења института унапред припремљене реорганизације долази тек доношењем Закона о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009) и пратећих подзаконских прописа.

III Предности *prepack*-а

Институт *prepack*-а, као хибридна творевина, комбинује најбоље карактеристике два модела реорганизације: неформалне извансудске, и формалне реорганизације по правилима Поглавља 11 америчког Стечајног закона, дајући резултат који карактеришу одређене предности (пре свега са аспекта дужника) у односу на оба модела. Предности *prepack*-а у односу на редовну стечајну реорганизацију огледају се у брзини и уштеди, бизнис дужника трпи мање поремећаја, и дужник има много више контроле над читавим процесом. Предности у односу на неформалну извансудску реорганизацију огледају се у пореским уштедама, али можда најважније у редуцији *holdout* проблема (проблем кочења, проблем задржавања), и то кроз тзв. *cramdown*, односно наметање плана реорганизације несагласним повериоцима.

1. Брзина

Кад је реч о брзини, пре свега се мисли на период који дужник проведе у стечајном поступку (од тренутка подношења предлога за покретање стечајног поступка па до усвајања плана). Тај временски пе-

Mark Shenkman (eds.), *Leveraged Financial Markets: A comprehensive guide to high-yield bonds, loans and other instruments*, New York, 2010, стр. 376.

9 Више о разлозима за непримену види код: Слободан Спасић, „Pre pack као шанса за српску привреду“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2010, Београд, 2010, стр. 244.

риод је драматично краћи код *prepack*-а у односу на редовну стечајну реорганизацију. Велики број компанија које су одабрале *prepack*, у стечају су биле између 30 и 45 дана, док апсолутни рекорд држи *Blue Bird Corp.* чији је унапред припремљени план реорганизације потврђен у року од 33 сата од тренутка подношења предлога за покретање стечајног поступка и самог плана.¹⁰ Међутим, не треба сметнути с ума чињеницу да преговори дужника и поверилаца који претходе поступку пред судом могу бити исцрпни и дуготрајни.

2. Уштеда

Прилично је уврежено мишљење да је *prepack* јефтинији од редовне стечајне реорганизације, пре свега мерећи трошкове оба модела са аспекта времена које дужник проведе у стечајном поступку (директни трошкови). С обзиром да је временски период који дужник проведе у стечају знатно краћи уколико се базира на *prepack*-у, трошкови стечајног поступка (пре свега накнаде ангажованих стручних лица: адвоката, консултаната, рачуновођа, итд.) који имају приоритет у наплати, очигледно су знатно нижи него код редовне стечајне реорганизације. Међутим, код оваквог приступа често се занемарују трошкови које подносилац *prepack*-а има у предстечајној фази (индиректни трошкови), а који се односе на израду плана реорганизације и неретко мукотрпне преговоре с повериоцима који могу трајати месецима. Дакле, кад се узму у обзир и предстечајни трошкови подносиоца *prepack*-а – укупни трошкови оба модела реорганизације се приближавају.¹¹

Кад је реч о пореским обавезама, *prepack* је свакако јефтинија варијанта за дужника од извансудског реструктурирања. На пример, у извансудском реструктурирању које за резултат има конверзију потра-

10 *Blue Bird* корпорација, произвођач школских аутобуса, покушала је да изван суда реструктурира свој дуг од 211 милиона долара, међутим један од поверилаца је блокирао поступак. Последично, ова корпорација је у јануару 2006. године стечајном суду у Невади поднела предлог за покретање стечајног поступка и унапред припремљени план реорганизације, и исти је потврђен од стечајног судије у року од 33 сата. Више о том случају: Grant W. Newton, *Bankruptcy and Insolvency Accounting: Forms and Exhibits*, Volume 2, 7th edition, New Jersey, 2009, стр. 87–96.

11 Тако: Stephen J. Lubben, „What we ‘know’ about Chapter 11 cost is wrong“, *Seton Hall Public Law Research*, Paper No. 1718047, Newark, 2010, стр. 44–45, 54; „Трошак стечајног поступка у случају редовне реорганизације по правилима Поглавља 11 креће се у просеку око 2,5% укупне имовине стечајног дужника. *Prepack* случајеви су јефтинији, међутим на основу доступних анализа не може се са сигурношћу утврдити колико се од уштеде *prepack*-а изгуби на предстечајне трошкове стручних лица.“ Види: Stephen J. Lubben, „The direct costs of corporate reorganizations: An empirical examination of professional fees in large Chapter 11 cases“, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 74, 2000, стр. 550.

живања поверилаца у капитал дужника, при чему се учешће оригиналних власника капитала смањи на испод 50% основног капитала дужника, дужник може изгубити право да пријави оперативни губитак у својој пореској пријави, што може имати негативне последице на ликвидност у будућем периоду.¹² Ово правило не важи у стечајном поступку. С друге стране, уколико извансудско реструктурирање за резултат има репрограм дуга према повериоцима, при чему се нпр. оригинални дуг од 1.000 долара замени за нови дуг од 700 долара, разлика од 300 долара се третира као опорезива добит. Међутим, у стечајном поступку (укључујући и *prepack*), ова разлика се не посматра као добит која подлеже опорезивању.¹³

3. Редукција *holdout* проблема

Кад компанија западне у финансијске тешкоће, реструктурирање (дуга) је један од очекиваних сценарија. Међутим, реструктурирање није „чаробни штапић“, и много тога може кренути по злу, пре свега из разлога што исход самог поступка зависи од спремности поверилаца да чине уступке и својевољно се одрекну дела потраживања или динамике наплате, или пак да пристану на специјалне мере попут конверзије потраживања у капитал дужника (енгл. *debt to equity swap*) и сл. За дужнике који имају велики број поверилаца са међусобно различитим интересима, преговори у „предсудској“ фази могу бити толико исцрпни да дужник буде приморан да потражи заштиту пред судом у класичном стечајном поступку пре него што обезбеди потребну већину за изгласавање неког плана реструктурирања.¹⁴ До таквог исхода долази због поверилаца који нису спремни на било какве концесије, већ очекују потпуну наплату свог потраживања. Овакав став појединих поверилаца може резултирати блокадом целог поступка, и тада стечај (банкротство или реорганизација) фигурише као једина опција. У том случају је реч о тзв. *holdout* проблему (задржавање, кочење, блокада).

Финансијски посрнуле компаније често нуде повериоцима опцију замене доспелих потраживања (најчешће по основу емитованих обвезница) за нове пакете потраживања (нову емисију обвезница) ниже номиналне вредности, дужих рокова доспелости или нижих каматних стопа.¹⁵ Међутим, код задуживања компанија емитовањем дужничких

12 P. A. Gaughan, *нав. дело*, стр. 464.

13 Eugene F. Brigham, Philip R. Daves, *Intermediate Financial Management*, 10th edition, Mason, 2009, стр. 880.

14 Joseph W. Bartlett, Esq Bartlett, *Equity Finance: Venture Capital, Buyouts, Restructurings and Reorganizations*, Volume 1, 2nd edition, New York, 1995, стр. 95.

15 Stuart C. Gilson, Edward I. Altman, *Creating Value Through Corporate Restructuring: Case Studies in Bankruptcies, Buyouts and Breakups*, Hoboken, N.J., 2010, стр. 54–55.

хартија од вредности, што је јако чест облик финансирања компанија у Америци, *holdout* проблем је нарочито акутан због гласачких процедура које се морају испоштовати приликом *реуоварања* (репрограма), као и због чињенице да је јако дисперзован круг ималаца јавно емитованих обвезница (поверилаца).¹⁶ Амерички *Trust Indenture Act* из 1939. године прописује да било какав репрограм (измена износа главнице или каматних стопа или рокова доспелости) доспелог „јавног“ дуга (јавно емитованих дужничких хартија од вредности) захтева *једногласности* свих поверилаца.¹⁷ Проблем једногласности може бити деструктиван по исход извансудског реструктурирања, с обзиром да ће у таквој ситуацији мањина несагласних поверилаца (купаца обвезница) вероватно покушати да извуче максимум за себе неприхватањем дужникове понуде на репрограм дуга.¹⁸ Уколико је број *holdout* поверилаца (*free riders, rogue creditors*) релативно мали (нпр. мањи од 5% од укупног броја свих поверилаца), дужник ће вероватно бити у стању да их исплати у потпуности, под претпоставком да огромна већина осталих пристане на концесије. Међутим, *holdout* повериоци који непристајањем на репрограм извуку пуну наплату свог потраживања, стварају снажан подстицај и за остале да *задржавају*, односно *блокирају* процес, а све у нади да ће довољан број других поверилаца пристати на лошије услове у циљу постизања функционалног споразума (плана реструктурирања).

По мишљењу неких аутора, постоје два основна разлога за конфликт поверилаца који доводи до неуспеха извансудског реструктурирања: 1) *проблем координације* међу повериоцима исте класе, и 2) *проблем трансфера богатства* (наплатне масе) између различитих класа поверилаца.¹⁹ Резултат проблема координације је блокада поступка реструктурирања од стране „слепих путника“ који не желе да учине никакав уступак. Што је већи број дисперзованих поверилаца у оквиру исте класе – то је и проблем координације већи, те самим тим и вероватноћа неуспеха читавог процеса.²⁰ Проблем трансфера богатства (или наплатне масе) се јавља у

16 Edward I. Altman (ed.), *Bankruptcy & distressed restructurings: analytical issues and investment opportunities*, Washington, D.C., 1999, стр. 125–129.

17 Bjørn Espen Eckbo (ed.), *Handbook of corporate finance: empirical corporate finance*, Volume 2, 1st edition, Amsterdam, 2008, стр. 244.

18 Andrew G. Haldane, *Fixing financial crises in the twenty-first century*, London, 2004, стр. 122–123.

19 Тако: Philipp Jostarndt, *Financial distress, corporate restructuring and firm survival: an empirical analysis of German panel data*, Wiesbaden, 2007, стр. 81.

20 Овај аутор истиче да је извансудско реструктурирање много једноставније уколико дужник дугује банкама, а не дисперзованим купцима обвезница. Дуг према банци је концентрисанији и мање хетероген од других форми дуга, што редукује *holdout* проблем и доприноси координацији поверилаца у случају инсолвентности дужника. Види: P. Jostarndt, *нав. дело*, стр. 82.

ситуацији кад предложени план реструктурирања алоцира средства за намирење поверилаца на начин који је повољнији за једну класу у односу на неку другу (нпр. план реструктурирања предвиди да се у првом кораку измире добављачи, а тек након тога власници обвезница).

Кад *holdout* повериоци блокирају поступак извансудског реструктурирања, *prepack* ступа на сцену као спасоносно решење захваљујући стечајним правилима која пружају могућност „натрпавања“ (енгл. *to cram down*), односно наметања плана реорганизације несагласним повериоцима у оквиру класе, па чак и читавој несагласној класи. У првом случају, план реорганизације се несагласним повериоцима унутар једне класе намеће гласовима већине поверилаца те класе.²¹ У другом случају, могуће је чак наметнути план реорганизације (од стране стечајног суда) и читавој класи поверилаца, под условом да је та несагласна класа нижа у рангу, и да сам план реорганизације испуњава услове изводљивости, правичности и равноправности (енгл. *feasible, fair and equitable*).

4. Предности унапред припремљеног плана реорганизације у српском праву

Кад је реч о предностима унапред припремљене у односу на редовну реорганизацију у Србији, у овом тренутку не постоје компаративне анализе базиране на подацима из праксе (пре свега у контексту трошкова оба поступка), с обзиром да је реч о релативно младим институтима у нашем стечајном праву. Међутим, неке предности унапред припремљене реорганизације у односу на извансудску реорганизацију (реструктурирање) су очигледне, нарочито у погледу наметања плана реорганизације мањини несагласних у оквиру класе поверилаца, али и пратеће забране извршења. Да би се план реорганизације сматрао усвојеним у једној класи поверилаца, потребно је да за њега гласају повериоци који имају обичну већину потраживања од укупних потраживања поверилаца у тој класи.²² С обзиром да усвојени план реорганизације постаје извршна исправа и обавезује и мањину која за план није гласала, ово суштински значи да мањина несагласних поверилаца губи право на принудно извршење у циљу намирења свог потраживања, што је за дужника изузетно олакшавајућа околност.

21 По америчком закону, план се сматра прихваћеним од стране једне класе поверилаца уколико за њега гласа најмање половина поверилаца који држе најмање две трећине од укупних потраживања те класе.

22 Закон о стечају, чл. 165 ст. 9 (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009). С друге стране, амерички *Bankruptcy Code* у члану 1126(с) прописује да ће се план реорганизације сматрати усвојеним у једној класи уколико за њега гласа најмање 50% поверилаца који имају најмање две трећине од укупних потраживања поверилаца у тој класи. Евидентно је да српски законодавац иде корак даље у односу на америчког, прописујући лакше услове за усвајање плана реорганизације.

V Типови *prepack-a*

1. *Prevoted prepack* (унапред изгласан план реорганизације)

Prevoted prepack подразумева ситуацију у којој се, заједно са подношењем предлога за отварање стечајног поступка према Поглављу 11 америчког Стечајног закона, стечајном суду подноси и план реорганизације који је унапред изгласан од стране потребне већине поверилаца сваке класе. То значи да дужник суду истовремено подноси предлог за покретање поступка, план реорганизације и *војуњене гласачке листиће поверилаца* (енгл. *ballot*). Једини услов који закон намеће у овом случају, а који је довољан да стечајни судија потврди овако изгласан план на рочишту, јесте „да је позив дужника повериоцима (да се изјасне о плану) упућен у складу са било којим примењивим ванстечајним прописом који уређује адекватност обелодањивања информација у вези са таквим позивом, а уколико таквог примењивог прописа нема, гласови поверилаца ће производити дејство само уколико је дужник повериоцима учинио доступним све релевантне (адекватне) информације пре гласања“.²³ Суштина ове одредбе америчког Стечајног закона састоји се у начелу обелодањивања информација (енгл. *disclosure*) као механизму заштите поверилаца у поступку гласања о плану. Амерички законодавац је у том смислу оптирао за упућујућу норму према којој је извансудско гласање поверилаца правно ваљано уколико је позив на гласање повериоцима упућен у складу са неким другим прописом који уређује ово питање,²⁴ или пак уколико је дужник повериоцима учинио доступним (обелоданио) све релевантне информације (пре свега финансијске извештаје).

Врло слично решење садржи и српски Закон о стечају који захтева „податке о поступку припреме плана реорганизације, укључујући и податке о послатим обавештењима, доступности информација повериоцима и току преговора“ као обавезан елемент садржине унапред припремљеног плана реорганизације.²⁵

Кад је реч о подношењу суду *унапред изгласаног* плана реорганизације у нашој земљи, потребно је нагласити да српски Закону о стечају и пратећи подзаконски акти дају ову могућност, и то кроз примену института *гласања писаним путем*, где се суду уз план реорганизације подносе и гласачки листићи поверилаца са овереним потписима овлашћених

23 *Bankruptcy Code*, Chapter 11, чл. 1126, ст. (b), тачке 1) и 2).

24 Обелодањивање информација је правно перфектно (односно у складу са неким другим примењивим ванстечајним прописом) уколико ивештаји дужника упућени повериоцима пре гласања о плану задовољавају правила о обелодањивању информација америчке Комисије за хартије од вредности (енгл. *Securities and Exchange Commission*).

25 Закон о стечају, чл. 156 ст. 3 тачка 4).

лица.²⁶ Међутим, гласачке листиће поверилаца треба разликовати од *поштинских изјава већинских поверилаца сваке планом предвиђене класе да су сагласни са садржином плана и сиремни да гласају за његово усвајање*,²⁷ што је обавезни елемент садржине плана реорганизације.²⁸ Ове потписане изјаве поверилаца представљају само формални елемент садржине плана, али немају обавезујуће дејство, нити су замена за гласање о плану на рочишту.²⁹ Међутим, изјаве поверилаца ће имати обавезујуће дејство, односно сматраће се гласачким листићима, уколико су кумулативно испуњена два услова:³⁰

а) *материјалног услов*: изјава мора да садржи одредбу којом поверилац изричито изјављује да се изјава има сматрати гласачким листићем,

б) *формалног услов*: потпис овлашћеног лица на изјави мора бити оверен.

Притом треба напоменути да се глас повериоца дат писаним путем пре рочишта за гласање о плану може ставити ван снаге пре потврђивања усвајања плана од стране стечајног судије, и то тако што ће поверилац о томе писаним путем обавестити суд и подносиоца плана најкасније три дана пре одржавања рочишта за гласање, или ће то учинити на самом рочишту.³¹ На рочишту за гласање о плану, а пре почетка гласања, стечајни судија пребројава гласове поверилаца дате писаним путем, и о резултату обавештава све присутне.³²

2. *Postvoted prepack* (план реорганизације изгласан на рочишту)

Насупрот унапред изгласаном плану, тзв. *postvoted prepack* подразумева изгласавање плана реорганизације на рочишту. Дакле, у том

26 Закон о стечају, чл. 165 ст. 2.

27 Закон о стечају, чл. 156 ст. 3 тачка 2).

28 Уколико план не садржи неки законом прописани елемент, стечајни судија ће *ex officio* или по примедби заинтересованог лица дати подносиоцу додатни рок од 8 дана да недостатак отклони (под условом да је отклоњиве природе). Уколико подносилац то не учини ни у додатном року, или су недостаци неотклоњиви, судија ће такав план (и предлог) одбацити закључком – Закон о стечају, чл. 158.

29 Уколико се поверилац не појави на рочишту за гласање о плану – узеће се као да није ни гласао, без обзира на изјаву.

30 Правилник о начину спровођења реорганизације унапред припремљеним планом реорганизације и садржини тог плана (*Службени гласник РС*, бр. 37/2010), чл. 3, ст. 6 и 7.

31 Правилник о начину спровођења реорганизације унапред припремљеним планом реорганизације и садржини тог плана, чл. 3 ст. 8.

32 Закон о стечају, чл. 165 ст. 8. Закон гласање писаним путем назива још и *гласањем у одсуству*.

случају дужник не подноси попуњене гласачке листиће поверилаца суду, већ до изјашњавања поверилаца о плану долази на рочишту пред судом. То значи да повериоци који гласају за план морају присуствовати рочишту за гласање, било лично или преко пуномоћника.

3. „Комбиновано“ изјашњавање поверилаца

„Чист“ *prevoted prepack* (унапред изгласани план) би постојао у случају да сви повериоци који гласају – свој глас дају писаним путем. Тада би судија на рочишту најпре пребројао гласове, и уколико постоји прописана већина за усвајање плана – констатовао да је план усвојен. Насупрот томе, „чист“ *postvoted prepack* (план изгласан на рочишту) би постојао у случају да ниједан поверилац није дао глас писаним путем, већ да се план усвоји гласањем на рочишту, што имплицира физичко присуство поверилаца (или њихових пуномоћника). И најзад, у ситуацији „комбинованог“ изјашњавања поверилаца о плану, један део поверилаца би гласао писаним путем пре одржавања рочишта, а други део на самом рочишту.³³

VI Који орган доноси одлуку о *prepack*-у?

Пре уласка у било какве званичне преговоре са повериоцима на тему плана реорганизације (који свакако конзумирају ресурсе компаније без обзира да ли ће исход бити позитиван или негативан), сасвим је логично да се надлежни орган дужника најпре изјасни да је унапред припремљена реорганизација пут којим треба ићи. Иако носи елементе алеаторности (с обзиром да се не зна да ли ће дужник успети да сакупи неопходну већину за изгласавање плана и какве ће мере тај план да садржи, па најзад и да ли ће план изгласан од стране поверилаца уопште бити реализован до краја или ће дужник завршити у банкротству), оваква једна одлука надлежног органа свакако представља основ за мобилизацију ресурса у том правцу (нпр. ангажовање стручних лица за израду плана или процену вредности компаније, извештај ревизора и сл.). Међутим, прво питање које се овде поставља јесте који је орган надлежан за доношење овакве одлуке.

Најпре треба нагласити да у нашем правном систему не постоји ниједна императивна одредба која доношење одлуке о *prepack*-у ставља

33 Поставља се питање да ли ће стечајни судија наложити гласање о плану на рочишту уколико претходним пребројавањем гласова поверилаца датих писаним путем утврди да постоји прописана већина за усвајање плана у свакој од класа. У том случају гласање присутних поверилаца неће променити исход ни на који начин, те би стечајни судија могао одмах да констатује усвајање плана.

у делокруг неког компанијског органа. То не чини Закон о привредним друштвима као општи компанијски закон (пре свега из разлога што овај закон другачије дефинише појам реорганизације),³⁴ нити то чини Закон о стечају. Ипак, чини се да је најприродније да одлуку о плану реорганизације донесу власници капитала (како *a priori*, пре уласка у било какве преговоре са повериоцима, тако и *a posteriori*, под претпоставком да је обезбеђен довољан број гласова поверилаца за усвајање плана па финалну верзију плана треба потврдити на скупштини пре подношења стечајном суду).

У случају акционарског друштва, а под претпоставком да предложени план реорганизације међу мерама за реализацију наводи статусну промену, промену правне форме или располагање имовином велике вредности, потпуно је неспорно да одлуку о плану мора донети скупштина акционара прописаном већином.³⁵ Међутим, претпостављајући да се план реорганизације искључиво фокусира на варијанте реструктурирања дуга које не дотичу питања из делокруга скупштине акционара, нема правне препреке да пуноважну одлуку о *prepack*-у (као циљу коме треба тежити, али и као о финалном документу који се подноси суду) донесе и неки други компанијски орган (нпр. управни одбор или генерални директор), без изношења овог питања на скупштину, па чак и да покрену стечајни поступак без знања власника капитала. У зависности од мера за реализацију плана, власници капитала би евентуално могли да издејствују одбацивање предлога за покретање стечајног поступка и плана у складу са чланом 158 ст. 3 тачка 1) Закона о стечају, али само у случају да план садржи мере о којима је морала да се изјасни скупштина у складу са законом или интерним актима друштва (што не би важило у случају да план реорганизације предвиђа нпр. репрограм дуга кроз отплату у ратама, измену рокова доспелости, каматних стопа или других услова, о чему се у принципу не одлучује на скупштини).

Дакле, питање надлежности компанијског органа за доношење одлуке о *prepack*-у у овом тренутку није уређено императивном одредбом, ти би га ваљало уређивати интерним компанијским актима. Свакако вреди поменути да се предложени нацрт измена и допуна Закона

34 Према члану 377 Закона о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004) под појмом реорганизације се подразумева статусна промена и промена правне форме.

35 Закона о привредним друштвима, чл. 290 ст. 1 тачка 2). У противном би се одлука могла побијати у складу са чл. 302 Закона о привредним друштвима. Кад је реч о друштву са ограниченом одговорношћу, делокруг скупштине чланова такође претпоставља одлучивање о овим питањима, али закон оставља могућност да се оснивачким актом или уговором чланова друштва другачије одреди (види чл. 137 Закона о привредним друштвима).

о привредним друштвима (који је још увек у фази јавне расправе) ипак осврће на ово питање.³⁶

VII Овлашћени подносилац унапред припремљеног плана

Иако се Закон о стечају не изјашњава експлицитно ко може бити овлашћени подносилац унапред припремљеног плана реорганизације, језичким тумачењем члана 158 Закона о стечају може се закључити да је то искључиво стечајни дужник, с обзиром да закон у овом члану помиње само стечајног дужника у контексту подношења унапред припремљеног плана. Међутим, у истом овом члану закон показује одређену неконзистентност. Наиме, у ставу 3 тачка 3) наведеног члана стоји да стечајни судија може одбацити предлог за покретање стечајног поступка и предлог унапред припремљеног плана реорганизације уколико, између осталог, нису поштоване одредбе закона о овлашћеним подносиоцима (*множина*). Одредба закона која говори о овлашћеним подносиоцима плана реорганизације јесте први став члана 161, у коме се као овлашћени подносиоци наводе следећа лица: стечајни дужник, стечајни управник, различни повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику, као и лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника. На овом месту треба нагласити да је важеће члана 161 који говори о овлашћеним подносиоцима плана реорганизације *искључено* у случају подношења *унапред припремљеног* плана реорганизације, а на основу члана 160 став 6.³⁷

Повезујући све напред наведено, може се закључити следеће: или је законодавац направио омашку у члану 158 ст. 3 тачка 3) говорећи о овлашћеним подносиоцима унапред припремљеног плана у множини, или члан 161 став 1 ипак важи и за *prepack* као изузетак („осим ако је овим законом *дружачије* *и*ројисано“). Ипак, узимајући у обзир природу самог института унапред припремљеног плана реорганизације, начина на који се он припрема, чињенице да у периоду припреме и израде унапред припремљеног плана реорганизације стечајни поступак још увек није покренут (те се стечајни управник елиминише као

36 Према члану 329 ст. 1 тачка 13) *Друје верзије Нацрта закона о привредним друштвима*, скупштина акционарског друштва одлучује о подношењу предлога за стечај друштва. Нацрт закона преузет са званичног сајта Министарства економије и регионалног развоја: <http://www.merr.gov.rs/sr/c/programi-i-projekti/javna-rasprava-nacrt-zakona-o-privrednim-drustvima/344>.

37 Закон о стечају, чл. 160 ст. 6: „Одредбе овог закона којима се уређују реорганизација и план реорганизације, осим одредаба чл. 161. до 164. овог закона, примењују се и на поступак стечаја покренут у складу са унапред припремљеним планом реорганизације, осим ако је овим законом другачије прописано.“

потенцијални подносилац плана), посебних елемената које садржи само унапред припремљени, а не и „редовни“ план реорганизације (изјава дужника о веродостојности података и информација, подаци о послатим обавештењима и доступности информација повериоцима у току преговора, ванредни извештај ревизора), долази се до закључка да је само *стечајни дужник* тај који подноси унапред припремљени план реорганизације суду, с обзиром да је његов интерес да се „извуче“ из дугова и настави пословање највећи, те из тог разлога он и иницира цео процес. Евентуално би се могло прихватити да су овлашћени подносиоци унапред припремљеног плана реорганизације и *лица која су власници најмање 30% капиталa стечајног дужника*, полазећи од претпоставке да су власници капитала инсолвентног субјекта, као резидуални носиоци ризика, најзаинтересованији за одржање стечајног животног у животу. Ипак треба сачекати и видети како ће се судска пракса поставити према овом питању, и да ли ће нпр. одбацити унапред припремљени план реорганизације у случају да га формалноправно поднесу разлучни повериоци (у договору са дужником, а рецимо у циљу пребацивања обавезе плаћања предујма у претходном поступку са стечајног дужника чији је рачун блокиран на солвентне разлучне повериоце као формалне предлагаче).

VIII Уместо закључка

Prepack свакако представља велики корак напред у циљу омогућавања финансијски посрнулим привредним играчима да преживе тешке тренутке своје егзистенције. Ово решење, како у Америци тако и у Србији, али и свим другим земљама које уз мање или веће разлике познају овај правни институт, ствара предуслове за лакше превазилажење кризних периода, очување радних места, наплату пореза од стране државе, опстанак на привредној сцени других играча чије пословање зависи од угрожених субјеката, па најзад, у случају великих мултинационалних компанија, и очување читавих економија.³⁸ Међутим, не треба испустити из вида и концепт заштите поверилаца, с обзиром да *prepack* често игра на танкој линији између успешне реорганизације дужника и оштећења интереса поверилаца. Поставља се питање да ли је оправдано спашавање „*too-big-to-fail*“ компанија уколико се на тај начин оштети читав низ поверилаца, и то комбинацијом државне интервенције и неких правила стечајног поступка као што је *cramdown*. Какогод, чини се да *prepack* представља још један у низу изнуђених лекова за системске болести модерне економије. Ипак, у

38 Позитиван пример је *General Motors*.

случају Србије, унапред припремљени план реорганизације као да даје ветар у леђа „полу-инвалидним“ привредним субјектима и њиховим пословођама да покажу више иницијативе и сами се побрину за свој опстанак, кад предуслови за исти уопште постоје.

Nemanja NIKOLIĆ
Specialist for Corporate Governance
Legal Advisor, Adventis Corporate Advisory

PREPACK: AMERICAN AND SERBIAN SOLUTION

Summary

In this article the author analyzes the problem of prepackaged bankruptcy (prepack) in a comparative illustration of American and Serbian solutions. The author gives a short history of this institute, explains the notion and advantages of prepack compared to out-of-court restructuring and regular bankruptcy reorganization, and describes different types of prepacks. The author also analyzes the problem of authority of a respective company body to make a decision about prepackaged bankruptcy, as well as the question of authority to file a prepack under Serbian law.

Key words: *prepackaged bankruptcy, prepack, out-of-court restructuring, bankruptcy reorganization.*

УДК 338.242.2 ; 316.334.2/.4 ; 346.545/.546

Милушин СТЕФАНОВИЋ
помоћник директора трезора, контролор трговања ХОВ,
Агробанка а.д. Београд

ПРАВНИ ОКВИР СОЦИЈАЛНЕ ТРЖИШНЕ ПРИВРЕДЕ

Резиме

У овом чланку аутор се бави дефиницијом и анализом социјалне тржишне привреде као економско-политичкој модела заснованој на идејама социјалне правде и владавине права који данас представља водећи принцип у реулисању привредних односа у земљама Европске уније. Аутор врши специфичну анализу појединих правних институција који представљају окосницу оваквој привредној уређења са аспекта домаће правној система и даје препоруке за даљи развој ових институција којим би се домаће привредно уређење приближило идеалу социјалне државе.

Кључне речи: тржишна привреда, конкуренција, картел, заштитна монопољача, радни односи, социјална права, синдикал, социјална привредна, увоз, субвенције, дотације.

Социјална тржишна привреда (нем. *soziale Marktwirtschaft*)¹ је модел економског уређења настао у Савезној Републици Немачкој (Западна Немачка) непосредно након Другог светског рата. Овај модел данас представља окосницу економског уређења Европске уније и већине земаља чланица. Лисабонски споразум као акт најближи уставу Европске уније већ у члану 2 предвиђа развој Европе утемељен на избалансираним привредном расту и стабилности цена и високо конкурентној социјалној тржишној економији која тежи пуној запослености и социјалном напре-

1 Сам израз сковао је немачки професор економије Алфред Милер Армак.

тку. Концепт социјалне тржишне привреде као политичке, економске и правне мисли темељи се на политичкој филозофији Ордолиберализма насталој на Фрајбуршком универзитету (Фрајбуршка школа). Теорија Ордолиберализма заснована је на концепту стварања одговарајућег правног окружења као подлоге економским процесима у чијем центру је одржавање високог степена конкуренције у складу са принципима слободног тржишта.² Слободније речено, социјална тржишна економија представља својеврсни средњи пут економског уређења који одбацује подједнако и социјалистички и либерално-капиталистички модел комбинујући приватно власништво над капиталом и слободно тржиште са обимним мерама државе усмереним на стварање фер конкуренције, ниске инфлације, стандардизованих радних услова и општег друштвеног благостања.³ Овакво економско уређење садржи основне елементе тржишне привреде као што су приватна својина, слобода унутрашње и спољне трговине и слободно формирање цена чији се негативни ефекти компензују елементима социјалне заштите и тржишне контроле, у првом реду заштитом права конкуренције, радног права, потрошачког права, пензијско-инвалидским и здравственим осигурањем и заштитом домаћег тржишта од иностраних утицаја.⁴ Иако ови принципи представљају тековину немачког економског развоја након Првог и Другог светског рата и уопште развоја економског уређења у Европи, они су данас општеприхваћене смернице у већини модерних друштава. Идеја да друштво створи и осигура функционисање социјалног уређења које ће одговорати његовим неекономским потребама изводљива је једино ако се елементи правног система као што су уређење тржишта капитала, радне снаге, конкуренције и организације привредних друштава истовремено усмере ка остварењу економских и социјалних циљева уз што мањи конфликт између њих.⁵ Међутим, оно што и данас карактерише немачки и уопште европски модел социјалне тржишне економије је ослањање на јасно утврђен правни оквир и институте. У својој основи, социјална тржишна привреда јесте правнополитички програм, који на основама тржишне конкуренције повезује слободно предузетништво са социјалним напретком који се темељи на привредној продуктивности.⁶

2 Edward N. Megay, „Anti-Pluralist Liberalism: The German Neoliberals“, *Political Science Quarterly*, Vol. 85, No. 3.

3 Види: Rolf Hasse, Hermann Schneider, Klaus Weigelt (eds.), *Social market economy: history, principles and implementation*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

4 Види: Dominik H. Enste, *Soziale Marktwirtschaft aus ordnungspolitischer Sicht*, Roman Herzog Institut, 2006.

5 Хајнц Ламперт, „Социјално уређење“, *Лексикон социјалне тржишне привреде*, Конрад-Аденауер-Стифтунг, Београд, 2005.

6 Дитрих Дикертман, Виктор Вилперт Пил, „Социјална тржишна привреда: економске основе и начин функционисања“, *Лексикон социјалне тржишне привреде*, Конрад-Аденауер-Стифтунг, Београд, 2005.

Модел социјалне тржишне привреде ослања се на јасан правни оквир дефинисан у уставу, законским и другим општим актима у контрасту са административним *ad-hoc* регулацијама и за свој полазну основу има идеју владавине права.⁷ *Ratio legis* овакве доктрине утемељен је на разлици између постављања оквирних услова и директног интервенционизма ради остваривања економско-политичких циљева и закључку да је повећање процесне активности државе праћено порастом бирократске регулативе економских односа чиме се слободан простор индивидуалних економских одлука ограничава заједно са иновацијама и флексибилношћу типичним за тржишну привреду.⁸

Начело супсидијарности, као један од главних аспеката социјалне тржишне привреде, налаже да се самосталност појединца заштити од уплитања државе: оно што је појединац у стању да учини сам или у оквиру свог личног окружења, не спада у делокруг задатака државних институција. Сходно овоме држава се обавезује на оријентисање својих привредних активности ка осигурању високе стопе запослености, стабилности цена, спољнотрговинском балансу, као и сталном привредном расту.⁹ Који дакле правни институти омогућавају развој економских односа у складу са оваквим принципима? У ужем смислу, под социјалним уређењем подразумева се скуп норми и института за регулацију положаја појединца и групација економски условљених приходом, имовином и професијом, као и њихов међусобни однос.¹⁰ У овом ужем тумачењу регулација економског уређења обухвата правне институте као што су социјално (пензијско-инвалидско и здравствено) осигурање, колективно преговарање, синдикално удруживање и уопште уређење радних односа. Да би правни институти засновани на социјалној правди могли да функционишу потребна је снажна економска основа чији предуслов је слобода тржишта и предузетништва заснована на приватној својини.¹¹ Стога, у ширем смислу, под социјалним привредним уређењем подразумевамо правне институте који ће допринети општем благостању и просперитету друштва кроз економски

7 Bundesrepublik Detchland, Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, Social and Ecological Market Economy Principles in German Development Policy, доступно на адреси: http://www.bmz.de/en/publications/type_of_publication/strategies/konzept158.pdf.

8 Ханс Јерг Тиме, „Политика правног уређења – политика процеса“, *Лексикон социјалне тржишне привреде*, Оскар Аденауер стифтунг, Београд, 2005.

9 Д. Дикертман, В. В. Пил, *нав. чланак*.

10 Х. Ламперт, *нав. чланак*.

11 Hans Pottering, Bernard Vogel, Joseph Daul, Wilfried Martens, Cees Veerman, *Guidelines for Prosperity, Social Justice and Sustainable Economic Activity*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, доступно на адреси: http://www.kas.de/wf/doc/kas_17025-544-2-30.pdf?101201102148.

развој и стабилност. У оваквом ширем тумачењу регулисање економског уређења подразумева новије правне институте директно усмерене на заштиту права конкуренције и права потрошача, стабилност тржишта и права инвеститора и ограничења робно-новчаног промета. Темелј социјалне тржишне привреде представља слободно тржиште схваћено првенствено кроз слободу избора професије и слободу приступа и упражњавања приватне економске активности.¹² Јасно је да приватна својина и слобода тржишта представљају само различите аспекте једне те исте друштвене појаве, односно да је одређујућа карактеристика права својине¹³ садржана у овлашћењу да се нешто отуђи и њему комплементарном овлашћењу да се нешто прибави могућа једино у условима слободне понуде и потражње на тржишту. Стога, институти специфични за социјалну тржишну привреду одрживи су једино у условима слободног тржишта заснованог на приватној својини.

І Заштита права конкуренције

Право својине може постојати једино ако постоји надређени ентитет који ће ово право да дефинише и брани. Данас су приватна својина и слобода тржишта институти изричито гарантовани у уставу великог броја земаља. Неограничено право својине и тржишне слободе ипак нису сами по себи никакав гарант економског развоја и друштвеног просперитета, а још мање социјалне државе. Слобода индивидуалног деловања ограничава се тамо где њено остваривање на непримерен начин ограничава слободу трећих лица. Ничим спутано функционисање тржишних односа води ка укрупњавању власништва над средствима производње и ограничавању конкуренције. Монопол као доминација једног субјекта на тржишту одређених роба и услуга најчешће се формира у јавном интересу кроз монопол јавних предузећа за робу и услуге које су од опште друштвеног значаја, као што је производња и дистрибуција електричне енергије, фиксна телефонија, нафтна индустрија и слично. Монопол ван ових привредних грана се релативно лако препознаје, а његова злоупотреба може брзо да се сузбије.¹⁴ Далеко чешћи и опаснији вид нарушавања тржишне конкуренције представља картелско повезивање привредних субјеката. Картел је споразум између тржишних актера којим се ограничава или потпуно отклања међусобна конкуренција и стиче доминантан положај са циљем да контролисањем већег дела при-

12 Устав Швајцарске Конфедерације из 2000. године (нем. *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*), Поглавље 1, члан 27.

13 У смислу *usus, fructus, abusus*.

14 Дobar пример за ово је казнена политика ЕУ према америчкој корпорацији *Microsoft* због злоупотребе монополског положаја на тржишту оперативних система.

вредних активности одређени субјекти наметну услове привређивања другим учесницима на тржишту и тако остваре профит. У ужем смислу, картел је уговор, неформални договор или устаљена пракса између одређених привредних субјеката који има за циљ да ограничи или сузбије конкуренцију привредних субјеката која нису део таквог уговора, договора или праксе. Формирањем картела тржишна економија се претвара у договорну економију и губи своју основну функцију алокације ресурса путем цена формираних на основу слободне понуде и потражње. Ове појаве у крајњој линији воде ка привредној стагнацији, паду производње и запослености и инфлацији. Тржиште захваћено картелима је болесно тржиште. У складу са тим, језгро политике заштите конкуренције од 80-их година XX века на овамо је борба против договорног формирања цена од стране картела.¹⁵ Договорно формирање цена може се одредити као уговор, договор или пракса међу учесницима на једној страни тржишта да продају или купују робу или услугу искључиво по договореној цени или да одржавају такве тржишне услове који контролом понуде и тражње одржавају ниво цена на задатом нивоу. Заштита конкуренције представља један од темеља постојања социјалне државе и демократије уопште. Без тржишне утакмице не може бити ни страначке утакмице, а демократија се претвара у празну шкољку чисте форме испуњене интересима крупних тржишних актера. Сама суштина либералне демократије, долазак на власт странака путем политичког такмичења, за подлогу има тржишну привреду која је и сама заснована на утакмици.¹⁶ Основни циљ заштите права конкуренције је промоција економског благостања, схваћеног као економски концепт ефикасности.¹⁷ Социјална тржишна економија у првом реду се ослања на снажан привредни развој утемељен на функцији тржишта, ако ове функције нема, односно ако је тржиште проткано картелским договарањем, нема ни социјалне тржишне економије.

У сузбијању монополског и картелског понашања у свету се сусрећу две велике законодавне праксе, америчко антитруст законодавство и заштита конкуренције ЕУ. У САД је заштита конкуренције у добром делу криминализована па тако, на федералном нивоу, Управа за заштиту конкуренције министарства правде може подносити кривичне пријаве, а Комисија за трговину грађанске тужбе због нарушавања конкуренције, док на нивоу савезних држава главну реч имају јавни

15 Michael E. DeBow, „What’s Wrong with Price Fixing: Responding to the New Critics of Antitrust“, доступно на: <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv12n2/reg12n2-debow.html>.

16 Богољуб Милосављевић, Драгољуб М. Поповић, *Уставно право*, Правни факултет Унион, Београд, 2008, стр. 201.

17 Richard A. Posner, *Antitrust law*, Second Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, стр. 9.

тужиоци. На приватном плану америчко антитруст законодавство омогућава тужбе за накнаду штете привредним субјектима и потрошачима по принципу троструке накнаде штете која је причињена превеликом или премалом ценом неке робе или услуга проистеклом из картелског понашања. Тако, Врховни суд САД изричито наводи у образложењу једне своје пресуде да се Конгрес САД (законодавац) у сврху спровођења антитруст закона није определио за прекршајно кажњавање кршиоца закона, већ је принципом троструке накнаде штете охрабрио све субјекте који су претрпели штету због нарушавања конкуренције да служе као приватни јавни тужиоци.¹⁸ Такође, антитруст законодавство предвиђа контролу спајања и припајања привредних друштава како би се спречила концентрација тржишне моћи. Заштита конкуренције у ЕУ се ослања на Европску комисију која има широка истражна овлашћења налик полицијским на основу којих може да кажњава субјекте који нарушавају право конкуренције високим новчаним казнама које иду и до 10% годишњег обрта. Главно истражно средство Европске комисије названо „политика милости“¹⁹ састоји се у аболицији оних чланова картела који добровољно пруже информације и помогну у истрази против осталих чланова картела. Налик на истрагу и суђење организованом криминалу, Комисија има право да по принципу „ти си први“ понуди опраштање или ублажавање казне оним члановима картела који први помогну у кажњавању осталих. Механизам је јасан, прва компанија која пружи помоћ у истрази против картела бива у потпуности ослобођена казне, осталим компанијама које помогну у истрази казна бива сразмерно редукована. Већина успешно решених случајева борбе против нарушавања конкуренције у ЕУ пример је примене „политике милости“. Међутим, и поред доказане успешности у европском законодавству је актуелизовано питање увођења америчког принципа троструке накнаде штете као подстицај приватној борби против монопола и картела. Као резултат оваквих расправа Европска комисија је изгубила монопол у борби против нарушавања конкуренције, а приватним тужиоцима је омогућено да у грађанским парницама захтевају накнаду штете од стране прекршиоца закона о заштити конкуренције.

Заштита конкуренције у Републици Србији дефинисана је Законом о заштити конкуренције донетим 2005. и ревидираним 2009. године. Закон је донет по узору на законодавство ЕУ и примењује готово све институте уобичајене у борби против нарушавања конкуренције. Иначе, законска решења о заштити конкуренције су углавном идентична у свим земљама региона, док се процедурална правила знатно разликују. Наш закон предвиђа санкционисање повреде права конкуренције кроз јавноправни

18 *Hawaii v. Standard Oil Co. of Cal.*, 405 U.S. 251, 262 (1972).

19 *Leniency policy*.

поступак пред Комисијом за заштиту конкуренције и путем парничне тужбе за накнаду штете проузроковане повредом конкуренције ако је она утврђена решењем Комисије. Такође, Закон предвиђа обавезну претходну контролу концентрације (припајања и спајања) тржишних субјеката од стране Комисије и овлашћује Комисију да спроведе накнадне мере деконцентрације путем поделе или продаје тржишних субјеката. Од новог закона се у условима високо монополизованог и картелизованог српског тржишта очекивало много, међутим његов реални домаћај закључно са 2010. годином остао је скроман. Иако закон у потпуности примењује европске институте у борби против повреде права конкуренције његова процедурална правила очигледно нису у складу са друштвено-политичком стварношћу у земљи. У одговору на питање неадекватности вероватно лежи акценат на јавноправној иницијативи за покретање поступка, слабости институција, некомпатибилност са заштитом потрошача, проблематика судске контроле, недостатак пратећих подзаконских аката и генерално плиткост домаћег тржишта. Комисија за заштиту конкуренције, за разлику од многих других јавноправних тела, не финансира се из буџета већ из сопствених прихода од накнада и казни,²⁰ што оставља утисак да важност заштите конкуренције не завређује средства намењена буџетским корисницима. Закон предвиђа да су странке у поступку пред комисијом учесници на тржишту који су поднели пријаву концентрације и учесници против којих је покренут испитни поступак, док својство странке немају подносиоци иницијативе за испитивање повреде конкуренције. Оваквим регулисањем успостављен је монопол Комисије у борби за заштиту конкуренције што није у складу са модерним тенденцијама, а поготову није примерено једном младом и институционално слабом телу какво је Комисија за заштиту конкуренције. Уместо једног тела потребан је шири фронт у борби за заштиту конкуренције састављен од повезаних али међусобно независних актера. Супстанцијални проблем у заштити конкуренције код нас је тај што Закон у потпуности примењује европска решења али у земљи која није чланица ЕУ. Тако, Европска комисија дели надлежност за спровођење закона о заштити конкуренције са националним телима сваке земље чланице, на тај начин формирајући Европску мрежу за заштиту конкуренције²¹ основану у циљу сарадње и међусобног надзора. Међутим, домаћа Комисија за заштиту конкуренције не дели надлежност ни са ким, нити је надзире неко друго тело за заштиту конкуренције. Осим тога већина аката Комисије о кажњавању прекршилаца Закона је у судској контроли по-

20 Закон о заштити конкуренције (Сл. гласник РС, бр. 51/2009), чл. 31.

21 *European Competition Network*.

водом управног спора поништена као незаконита или се спорови одуговлаче у познатој традицији домаћег правосуђа. Пракса судова у оцени законитости решења о кажњавању због повреде права конкуренције је конзервативна и скептична, не само у Србији већ и у низу других земаља. Због тога је у поступку примене Закона о заштити конкуренције превасходно потребна сарадња, односно признање самих актера повреде права конкуренције који се применом „политике милости“, коју предвиђа и наш Закон, подстичу на сарадњу зарад смањена или ослобођења од казне. Међутим, да би „политика милости“ функционисала неко прво мора бити ригорозно кажњен, што се у Србији до сада није догодило.

Специфична ситуација на српском тржишту налаже да се размотри примена посебних института у заштити права конкуренције које осим у европском треба тражити и у англо-америчком праву. Један од таквих института је „супер-жалба“ коју срећемо у правном систему Велике Британије.²² „Супер-жалба“ омогућава да регистроване организације за заштиту потрошача могу изјавити жалбу комисији за заштиту конкуренције да одређена појава или комбинација појава на тржишту роба и услуга причињавају или могу да причине значајну штету интересима потрошача. Ако се узме у обзир ширина појма интереси потрошача²³ који заправо упућује на Закон о заштити потрошача јасно је да овај институт пружа преко потребну директну везу између Закона о заштити конкуренције и Закона о заштити потрошача и омогућава синергију ова два вида заштите. Према закону Велике Британије Комисија (ОФТ) је у обавези да у року од 90 дана од примања жалбе јавно објави одговор у коме ће навести свој предлог у вези решавања проблема наведеног у жалби, а нарочито да ли је одлучила да предузме неку меру или не и која ће то мера бити, као и образложење датог одговора. На овај начин питања везана за заштиту права потрошача и права конкуренције постају део јавне, медијске расправе што знатно доприноси лустрацији рада надлежних органа и уопште ставу владе према заштити права потрошача и конкуренције. Успех овакве процедуре у Великој Британији довео је до јавне дискусије о проблемима потрошача и омогућио Комисији за заштиту конкуренције формални поступак за сарадњу са организацијама за заштиту потрошача.²⁴

Закон о заштити потрошача је по узору на законодавство ЕУ саставни део домаћег правног поретка. Међутим, постојање закона само по себи не значи да постоји развијена свест о правима потрошача, нити њиховој заштити, што упућује на потребу за постојањем

22 Британски Закон о заштити конкуренције (Enterprise Act 2002), секција 11.

23 Закон о заштити потрошача (Сл. гласник РС, бр. 73/2010) чл. 3.

24 Phil Evans, „Making Competition Real: EU Supercomplaints“, *Consumer Policy Review*, no. 15, 2005, стр. 191.

организација које би радиле на подизању свести грађана о њиховим правима, обезбеђивању ресурса за континуирано праћење токова тржишта и стварање аналитичке грађе о промету роба и услуга са нагласком на дефинисање жаришта проблема.²⁵ Наш Закон о заштити потрошача одређује организације за заштиту потрошача наводећи њихов делокруг и обавезу Министарства трговине да води евиденцију о њима. Међутим, да би организација потрошача, којих у Србији има неколико, остварила своје редовне функције потребна су значајна средства, поготово ако остваривање тих функција треба да резултује горе описаном „супер-жалбом“ Комисији за заштиту конкуренције. Финансирање организација предвиђено Законом у виду чланарина, вршења делатности, спонзорства и сличних извора не представља у садашњим условима довољну основицу за та средства. Једно од могућих решења, усвојено у правном систему САД, било би додељивање организацијама потрошача одређеног дела средстава остварених наплатом казни по основу кршења Закона о заштити конкуренције. Такође, овлашћење организација потрошача за подношење „супер-жалбе“ могу се проширити и на друге организације као што су удружења произвођача или пружалаца услуга, с обзиром на евидентно постојање злоупотребе картелских споразума и доминантног положаја подједнако на страни тржишне потражње и понуде. Применом оваквих решења створио би се значајно шири фронт у борби против нарушавања конкуренције састављен од организација на челу са Комисијом за заштиту конкуренције које би кроз међусобну сарадњу и подстицај могле да остваре далеко већи степен заштите права конкуренције него што је то данас случај.

II Рад и социјална права

Основни циљ тржишне привреде са социјалним предзнаком у сфери радних односа је тежња ка пуној запослености. Право на рад као уставом загарантовано право чија садржина обухвата слободан избор професије и приступ запослењу представља један од основних начина за интеграцију људске јединке у друштво. Рад и социјална права сачињавају нераскидиву целину, па тако основна социјална права као што су здравствена заштита, пензијско-инвалидско осигурање и осигурање за случај незапослености могу да се користе само на основу сопственог рада, рада другог лица (родитеља, старатеља, супружника или другог сродника) или статуса регистрованог незапосленог лица. У друштвено-политичкој ситуацији модерног доба важи правило да социјална права могу бити остварена само на основу рада или у вези са радом. При том се рад не схвата само у смислу радног односа, већ под-

25 Удружење за заштиту потрошача Војводине, доступно на: <http://potrosac.info/o-nama/>.

разумева и школовање, предузетништво, бављење уметношћу, спортом, земљорадњом, сточарством, уживање пензије или статус регистрованог незапосленог лица. У оваквом ширем смислу, рад подразумева друштвену улогу коју правни поредак предвиђа за појединца. Ван ових улога појединац престаје да буде члан друштва у смислу уживања социјалних права, осим ако уживање тих права не надокнађује из сопствених средстава (добровољно здравствено и пио осигурање). Због тога, првенствени циљ социјалне тржишне привреде и социјалне државе уопште јесте да омогући уживање социјалних права по основу или у вези са радом. У пракси ово значи остварење принципа пуне запослености одређеног негативном дефиницијом као одсуство незапослености, односно свођење незапослених регистрованих у националној служби за запошљавање и запослених у сивој зони на друштвено прихватљив број. Правни институти који омогућавају овакав друштвено-политички циљ спадају у грану радног права и подразумевају скуп норми које регулишу однос између радника и послодавца, односно у ширем, социолошком смислу однос између рада и капитала као друштвених појава. Основу радног права данас чини с једне стране матични Закон о раду, а са друге низ аутономних општинских аката чија је основа Закон о раду, као што су колективни и индивидуални уговори о раду.

Матични закон у области рада (Закон о раду) донет је 2005. године и имплементира већину европских решења у овој области. У складу са тековинама тржишне економије закон омогућава флексибилно обављање рада код послодавца путем неколико врста радног односа и обављања рада ван радног односа, ограничено радно време, заштиту појединих категорија запослених (омладине, трудних жена), синдикално организовање и колективно уговарање, као и контролу примене закона путем инспекције. Као нормативни акт Закон представља полазну основу за даљи развој радног права путем колективних уговора и других општинских аката. У том смислу Закон подразумева основна радна права као минимални стандард за обављање рада, док је његова ширира социјална сврха да послужи као платформа за даљу разраду радних права путем колективног преговарања. Предуслов колективног преговарања је постојање синдиката и њихова репрезентативност, односно својство да представљају већину запослених у једном привредном друштву или на нивоу гране привредних друштава. Развој синдикалне културе представља шири циљ данашње регулативе радног права. У складу са тим смисао радног законодавства је да колективни уговори, споразуми унутар друштва или индивидуални уговори о раду могу донети само повољније услове рада од оних дефинисаних у закону, односно да се у преговорима запослених и послодавца даље развијају радна права. Основни циљ социјалне тржишне привреде у области рада представља очување минималних радних права дефинисаних у зако-

ну и подстицање њиховог развоја путем синдикалног организовања и колективног преговарања. Заштитом и развојем колективних радних права остварују се општи облигаторни стандарди заштите чија сврха је да у условима незапослености и приликом надметања радника за радна места код индивидуалних уговора о раду, спрече дампинг праксу у којој би радници зарад добијања или очувања радних места одустајали од заштите својих права и пристајали на нижи квалитет тих права.²⁶ Дампиншка пракса у радним односима представља одлику земаља са израженим и дуготрајним проблемом незапослености. Осим што делује ерозивно на опште стање људских права у једној земљи, непоштовање и снижавање квалитета радних права има озбиљан утицај и на само тржиште, односно на конкуренцију међу тржишним субјектима. Тако, тржишни субјекти у којима се остварује најнижи ниво радних права, односно у којима се не поштује минимум радних права оствариће најмање трошкове у процесу производње и тиме већу конкурентност на тржишту. Овакво понашање ствара ланчану реакцију чији резултат је опадање људских права на нивоу целог друштва. Други резултат дампиншке праксе у радним односима је прогресивно повећање саме незапослености јер привредни субјекти остварују већи учинак са мањом радном снагом снижавајући критеријуме основних радних права као што су дужина радног времена, право на годишњи одмор и одсуство, право на законит отказ, заштиту појединих категорија лица и др.

Ради заштите радних права установљени су индивидуални и колективни инструменти. Појединац се ради заштите својих права може обратити инспекцији рада при Министарству рада путем пријаве. Отежавајућу околност приликом овакве заштите представља недостатак анонимности пријаве што за резултат има да се она користи само у крајњим случајевима незаконитог отказа уговора о раду. Ако би се омогућио одређени степен анонимности пријаве инспекцији рада и на тај начин остварила заштита радника који врше пријаву од касније ретрибуције послодавца, инспекцијска заштита радних права остварила би се на много ширем и превентивнијем нивоу. Колективна заштита радних права остаје основни вид заштите и развоја права радника путем организовања у независне синдикате и колективног преговарања. Међутим, синдикално организовање захтева свест о неопходности оваквог удруживања и независности тако створених организација. Ова свест проистекла је у првом реду из еволуције радних односа у земљама које имају дугу традицију тржишне привреде (капитализма) у чијем оквиру се развијао однос између две социјалне групе, радника и власника капитала. Привредно уређење саздано у потпуности на тржишној

26 Гернот Фриц, „Радно право“, *Лексикон социјалне тржишне привреде*, Конрад Аденауер Стифтинг, Београд, 2005.

економији постало је стварност у Србији тек од демократских промена 2000. године, а изричито је дефинисано тек у Уставу из 2006. године. С обзиром на ово, еволуција односа између радника и власника капитала је у почетној фази, а култура синдикалног организовања и независности синдиката на релативно ниском нивоу. Закон о раду предвиђа добар полазни оквир за организовање синдиката гарантујући заштиту од отказа представницима синдиката чак и годину дана након престанка њихове функције. Међутим, мере социјалне политике морају далеко више ићи у смеру подстицања синдикалног организовања и осигурања независности синдиката. Многи синдикати данас представљају само продужену руку менаџмента компаније или су чак и директно основани од стране менаџмента зарад остваривања циљева који немају везе са заштитом и унапређењем радничких права. Конкретни кораци у овом смеру подразумевали би законску регулативу која предвиђа тајност гласања о избору синдикалних представника, организовање синдикалних скупова ван просторија послодавца, забрану присуства представника менаџмента на синдикалним скуповима и слична решења. Другим мерама треба остварити подстицај синдикалном организовању путем олакшица у пореским обавезама и доприносима обрачунатим на лични доходак за чланове синдиката.

III Заштита домаћег тржишта од иностраног утицаја

Однос између увоза, извоза и домаће производње, односно спољнотрговински баланс, представља важно питање нарочито у економији транзиционих земаља. Социјална тржишна привреда подразумева ограничавање слободе предузетништва у сфери спољне трговине ради заштите домаћег тржишта. Однос увоза и извоза исказан кроз платни биланс према иностранству представља сигуран показатељ производно-потрошачке оријентације друштва. Ако плаћање увоза није покривено наплатом извоза, односно агрегатна потрошња у земљи превазилази агрегатну производњу, вишак те потрошње се надокнађује из увоза. Оваква ситуација указује да потенцијал привреде није искоришћен у мери довољној да се задовоље домаће потребе, као и да одређени степен незапослености проузрокује потрошњу непокривену производњом. Повећани увоз има спирални ефекат на привреду, резултирајући одливом средстава од потрошње у инострану уместо у домаћу индустрију, штедњу или инвестиције, што резултира даљим слабљењем производње, смањењем запослености, притиском на домаћу валуту и растом спољног дуга. Узрочна веза између повећаног увоза и штете за домаћу индустрију представља појаву која озбиљно и трајно нарушава потенцијал привреде као темеља социјалног благостања.

Такође, већи увоз од извоза може бити вештачки генерисан путем интересних група организованих у картеле који нарушавањем права конкуренције потенцирају увозну робу над домаћом. Ако постоји интересно удруживање, односно истоветност интересних група које сачињавају увозници, великопродајни и малопродајни дистрибутери, онда повећање увоза настало као резултат договора између ових интересних група представља вештачку творевину која је посебно опасна по привреду једне земље. Додамо ли овоме још и праксу увоза субвенционисане робе, дампиншке цене и често политичке везе увозничког лобија са владајућим структурама, добија се резултат у виду гушења домаће привреде, аграра, извоза и регионалног развоја уз општи пад запослености. Ови ефекти као крајњи резултат имају потпуну дисфункцију социјалне државе. С обзиром на ово адекватно ограничавање увоза представља један од главних циљева социјалне тришне привреде и то циљ чије се остварење или неостварење рефлектује на друге циљеве као што су запосленост, монетарна стабилност, смањење инфлације и регионални развој. Важно је подвући да неадекватан увоз има широк и диверзификован спектар негативних ефеката. Тако, развој и јачање извоза у првом реду зависи од афирмације одређеног производа на домаћем тржишту што је за транзициону привреду изузетно тешко уз неограничену увозну конкуренцију. Исто тако, регионални развој добрим делом се темељи на заштити и субвенционисању локалне привреде што у многоме бива поткопано неадекватним увозом. Домаћа пољопривредна производња ако је скромно субвенционисана (као наша) може нарочито да трпи од увоза пољопривредних производа субвенционисаних од стране иностраних влада. Сврха ограничавања увоза никако није да се увоз неке робе или услуга забрани или физички ограничи, што и не би било могуће у условима међународне трговине регулисане мултилатералним споразумима, већ да се одговарајућом политиком царина и других мера увоз иностране робе и услуга уклопи у привредне токове који омогућавају раст домаће производње и запослености.

Инструменти ограничавања увоза предвиђени су међународним споразумом ГАТТ²⁷ и правилима Светске трговинске организације. Ове мере подразумевају две категорије ограничења. Прву категорију чине компензационе и антидампиншке мере. Компензационе мере служе као заштита од увоза субвенционисане робе и за циљ имају увођење таквог царинског намета који ће компензовати субвенцију дату у земљи порекла иностране робе. Ове мере од нарочитог су значаја за заштиту домаће пољопривредне производње у условима немогућности њеног већег субвенционисања. Компензационом мером омогућава се да субвенционисана инострана роба не буде конкурентнија од домаће.

27 *General Agreement on Tariffs and Trade.*

Антидампиншке мере подразумевају заштиту домаћег тржишта од робе коју њен инострани извозник или дистрибутер намерно продаје по ценама испод економских са циљем да уништи или знатно ослаби домаћу производњу исте такве или сличне робе, а зарад остваривања доминантног положаја на тржишту. Исто као компензационе, антидампиншке мере састоје се од повећаног царинског или другог намета са циљем да потре вештачку конкурентност увозне робе. Другу категорију чине мере заштите од прекомерног увоза које се уводе онда када услед непредвиђеног развоја околности дође до повећаног увоза поједине робе у тој мери да се наноси или прети озбиљна штета домаћој производњи исте, сличне или непосредно конкурентне робе са циљем отклањања или спречавања такве штете.²⁸ Дакле, другом категоријом заштитних мера покривени су случајеви када се не ради или није могуће доказати да се ради о иностраном субвенционисању увозне робе или дампиншкој пракси. Ове мере састоје се у количинском ограничењу увоза и увођењу додатних увозних дажбина. За разлику од компензационих и антидампиншких мера које се примењују према роби или услузи потеклој из специфичне земље или од специфичног извозника, мере заштите од прекомерног увоза примењују се према специфичној врсти робе или услуге без обзира на њено порекло, дакле *erga omnes*.²⁹ Све наведене мере део су домаћег Закона о спољнотрговинском пословању који већ у првом члану изричито предвиђа своју усклађеност са правилима СТО и прописима ЕУ. Међутим, у примени закона долази до низа препрека које у пракси релативизују домет ових института. У првом реду, с обзиром да у покретању поступка поводом изрицања свих наведених мера министарство има дискреционо право, није тешко замислити да лобирање одређених интересних група врло ефикасно може да спречи њихову примену. Такође, као и код заштите конкуренције, акценат на покретању поступка је по службеној дужности од стране министарства. Закон, додуше, код компензационих и антидампиншких мера предвиђа могућност покретања поступка на основу писменог захтева домаћих произвођача али прописује да то могу бити само они произвођачи чија укупна производња представља више од 25% домаће производње робе чија се заштита тражи.³⁰ Ако се узме у обзир тешкоће приликом оцене тржишног учешћа, неповезаност и неорганизованост произвођача, овај критеријум представља значајну отежавајућу околност за покретање поступка за увођење компензаторних и антидампиншких мера. Да би

28 Види: Закон о спољнотрговинском пословању (Сл. гласник РС, бр. 36/2009), чл. 56; ГАТТ, члан 9, Споразум о заштитним мерама СТО, чл. 2.

29 Милена Ђорђевић, „Мере заштите од прекомерног увоза“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2007.

30 Закон о спољнотрговинском пословању, чл. 40, ст. 2.

се омогућила ефикасна политика ограничења увоза, основни услов је да постоји могућност неспутаног подношења захтева за покретање поступка од стране лица чија је привредна делатност угрожена. Слично као и код заштите права конкуренције, добар корак у вођењу политике ограничења увоза био би отварање могућности домаћим произвођачима, односно њиховим организацијама, да јавним путем у виду одређене „супер-жалбе“ укажу министарству на негативне ефекте увоза неке робе и поставе питање шта министарство намерава поводом тога да учини. Такође, Закон не одређује максималан рок трајања поступка за изрицање ових мера што отвара могућности за одуговлачење. Неадекватан увоз пољопривредних производа који су субвенционисани, дампирани или на други начин штетни за домаћу пољопривреду представља посебно опасан проблем за економију сваке земље. Будући да се модерна аграрна политика већине земаља своди на то да се путем субвенционисања домаћим пољопривредницима поклања тржиште отето пољопривредницима у другим земљама,³¹ није тешко предвидети да ће негативним утицајима увоза пољопривредних производа нарочито бити изложене земље са скромнијом политиком субвенција и заосталом агро технологијом. С обзиром на ово, мере заштите домаће пољопривреде морају бити уско усклађене са политиком субвенционисања и робних резерви.

Примена мера за заштиту домаће привреде од иностраних утицаја данас је у Србији готово непостојећа, а увоз најразличитије робе и услуга, што због слабости домаће производње, јачине увозне дистрибуције и либералног спољнотрговинског режима, представља једну од најуноснијих делатности на домаћем тржишту. Владајући принцип у домаћој привреди је да се не производи оно што може да се увезе. Овај принцип вештачки је проширен до крајњих граница, тако да у последње време подразумева и најосновније прехранбене производе. Оваква пракса довела је до катастрофалних привредних ефеката чији резултат у ширем смислу представља потпуно потрошачки оријентисана привреда са мало или ни мало производње. Да би се домаћа привреда вратила на ноге, осим страних и домаћих инвестиција, потребан је и њен конзистентни протекционизам. Оваква политика захтева низ законодавних измена које би у првом реду омогућиле покретање поступка за увођење заштитних мера по захтеву угрожених произвођача без обзира на њихово тржишно учешће, укидање дискреционог права министарства, ограничавање трајања поступка по поднетом захтеву и подстицање организовања произвођача ради заједничког наступа.

31 Стефан Тангерман, „Аграрна политика“, *Лексикон социјалне тржишне привреде*, Конрад Аденаур Стифтунг, Београд, 2005.

Milutin STEFANOVIĆ, Master of Law
Deputy Head of Treasury, Securities Trading Controller, Agrobanka a.d.,
Belgrade

LEGAL FRAMEWORK OF SOCIAL MARKET ECONOMY

Summary

In this article the author deals with definition and analysis of social market economy as the model of economic policy based on ideas of social justice and rule of law which is currently the leading principle in economic regulation in countries of European Union. Author is performing a specific analysis of particular institutions of law (antitrust law, consumer protection law, labour law and foreign exchange law) which constitute the skeleton of this kind of economic regulation from the aspect of domestic legal system and giving reference for further development of these institutes with aim to move domestic economic environment closer to the ideal of social state.

Key words: *market economy, competition, cartel, consumer protection, social rights, labour law, foreign trade, union, import, subvention, damping.*

мр Синиша С. ДОМАЗЕТ
докторант на Правном факултету у Нишу

МАТЕРИЈАЛНА СЕЛЕКТИВНОСТ МЕРЕ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ КАО УСЛОВ ЗА ПРИМЕНУ ЧЛАНА 107(1) УГОВОРА О ФУНКЦИОНИСАЊУ ЕУ*

Резиме

Аутор овој чланка се руководи са два различита метода. Први од њих је позитивно-правни метод који је намењен анализи позитивних правила у праву конкуренције ЕУ у вези са државном помоћи. Други од њих је правно-логички метод индукције и дедукције, који је примењен у решавању многих правних и логичких проблема који се могу јојавити као резултат веома асистирактивној и често неодређеној појма материјалне селективности (највише изражене код опорезивања компанија). Селективан (овлашћен) процес према неким компанијама или производњи одређених роба/услуга одређених услуга у односу на компаније које се налазе у идентичној правној и фактичкој ситуацији предуслов је за примену одредаба о државној помоћи. У вези са селективношћу приликом доделе државне помоћи се јављају бројне недоумице. Нарочито је то случај уколико говоримо о материјалној селективности. То често од институција Уније захтева решавање врло осетљивих и сложених питања која нису увек економске или правне природе. Ако се процени да се неке компаније фаворизују на уштрб других, тада ће се применити

* Рад је настао као резултат активности на пројекту који је финансиран од стране Министарства науке: III 47009 – Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ – *Interdisciplinary Research: No. III 47 009 – European integration and socio-economic changes in the economy of Serbia on its EU financed by Ministry of Science and Technology in 2011–2014 period.*

одредбе о државној помоћи. Обрнуто, државе чланице ће избећи примену норми о државној помоћи уколико је реч о мери од омишће важности за привреду државе чланице у целини. Проблем може представљати и околности да неке мере државне помоћи можда на први поглед нису селективне (селективне) карактера, али се касније испостави уједно.

Кључне речи: ЕУ, право конкуренције, државна помоћ, селективност.

I Увод

Државна помоћ у праву конкуренције Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) је *a priori* недопуштена. О томе говори члан 107(1) Уговора о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ) који предвиђа: „Уколико Уговорима није сујројно иредвиђено, било која помоћ дата од стране државе чланице или кроз државне изворе у било којој форми уопште која нарушава или прети да наруши (*distort*) конкуренцију фаворизовањем неких предузећа или производње неких роба ће, уколико утиче на трговину између држава чланица, бити инкомпатибилна са унутрашњим тржиштем.“

За боље разумевање члана 107(1) УФЕУ потребно је разјаснити онај део који се односи на фаворизовање неких компанија или производње неких роба. То је јако важно учинити, будући да такво поступање представља својеврсни предуслов за примену одредаба о државној помоћи. Уколико применимо језичко тумачење, можемо закључити да овај део члана 107(1) УФЕУ претпоставља постојање селективности мере државне помоћи, односно давање предности само одређеним привредним субјектима.¹ Селективност се, дакле, спроводи на два различита начина: 1) фаворизовање неких компанија и 2) фаворизовање производње неких роба. Који год од наведених облика државе чланице примене у пракси, то може бити веома штетно по конкуренцију на унутрашњем тржишту, јер се на тај начин учесници на тржишту неоправдано стављају у неравноправан положај.

О селективном приступу можемо говорити само онда када државе чланице фаворизују компаније које послују у истом или сродном сектору привреде. Дакле, посматрање не можемо ограничити само на привредне субјекте које послују у истом сектору. Компаније врло често обављају у исто време више различитих делатности које могу бити међусобно повезане и сродне. Стога је неопходно претходно утврдити

1 Alison Jones, Brenda Sufrin, *State Aid*, 2008, стр. 17.

да ли је реч о компанијама из истог или сродног сектора привреде, како би се уопште могло говорити о постојању селективности приликом доделе државне помоћи.

Уколико се наведена дилема отклони, поставља се питање како утврдити егзактно да ли се у датој ситуацији ради о селективности или не? Разлог лежи у томе што је понекад заиста тешко проценити да ли се компаније које послују у истом или сродном сектору привреде и под (релативно) сличним условима третирају неједнако. Уколико би се утврдило да се компаније третирају неједнако, односно да неки привредни субјекти имају одређене повластице од стране државе, у тој ситуацији би се могло говорити о постојању државне помоћи.

С друге стране, као својеврсна супротност селективном прилазу приликом доделе државне помоћи јавља се *генерални (ојшии) йри-сйуй*. Овај приступ би карактерисале мере помоћи од стране државе чланице које би се примењивале на *све* компаније или *целокуйан* сектор националне привреде. У случају да се држава чланица определи за таква приступ, тада се неће радити о државној помоћи у смислу члана 107(1) УФЕУ. То је логичан след ствари, јер се у овом случају привредни субјекти из истог или сродног сектора третирају на једнак начин.

Ипак, пракса је показала да је могуће утврдити постојање селективности чак и онда када је држава спровела мере помоћи које су генералног карактера, као и да се не мора увек радити о селективном приступу у ситуацији када је држава доделила помоћ само одређеним (а не свим) привредним субјектима. То је доказ да се селективност не може посматрати црно-бело, већ да су у стварности могуће различите „варијације“ између ова два супротстављена пола.

На крају, анализа случајева из праксе показује да се селективност може јавити у два основна облика: 1) *материјална селективност* и 2) *географска селективност*. У тексту који следи, нагласак ће бити стављен на материјалну селективност, будући да се она у пракси јавља много чешће у односу на географску.

II Материјална селективност

Кад говоримо о материјалној селективности, овај вид селективности карактерише фаворизовање одређених привредних субјеката или фаворизовање производње неких роба, док се географска селективност изражава кроз омогућавање предности одређеним регионима унутар територије једне државе чланице. Чланом 107(1) УФЕУ није ближе разјашњено шта се подразумева под појмом материјалне селектив-

ности, али је то учињено у пракси Европске Комисије (у даљем тексту: Комисија) и Суда правде ЕУ² (у даљем тексту: Суд).

Чини да је Суд ово питање разрешио у својој одлуци у случају *Adria-Wien*,³ где је заузео став да националне мере којима се предвиђају пореске олакшице на гас и електричну енергију не представљају државну помоћ уколико се примењују на све компаније на националној територији без обзира на делатност којом се баве. Истовремено, Суд је у својој одлуци навео и да националне мере којима се предвиђају пореске олакшице на гас и електричну енергију само у случају компанија чија се активност састоји примарно у производњи роба морају бити третиране као државна помоћ у смислу некадашњег члана 87(1) Уговора о Европској Заједници (односно, члана 107(1) УФЕУ).

Из овакве одлуке Суда се може закључити да се у овом случају ради о селективности, односно државној помоћи, јер су овде олакшице дате само одређеној групи предузећа, а не свим. У овом случају компанија *Adria-Wien Pipeline GmbH* чија се делатност састојала у изградњи и постављању нафтовода није остварила олакшице предвиђене на основу аустријских прописа, него су поменуте погодности биле резервисане за компаније из друге области привреде. Суд је у својој одлуци (у тачки 41) нагласио да је за примену норми о државној помоћи ирелевантно да ли је ситуација претпостављеног корисника мере боља или лошија у поређењу са ситуацијом у складу са законом под који је предузеће потпадало. Релевантно је да ли је, у складу са посебним законским режимом, мера државе (Аустрије) таква да фаворизује нека предузећа или производњу неких роба у поређењу са другим предузећима која су у правној и фактичкој ситуацији која је упоредива у светлу циљева којима се тежило у складу са односном мером. Такође, из одлуке се видело да је за Суд био ирелевантан и број предузећа која су корисници олакшица, као и разноврсност и величина сектора привреде којој односни субјекти припадају.

Из свега овога се може закључити да је за примену члана 107(1) УФЕУ неопходно да дата мера има селективан карактер и да приликом одлучивања неће бити од важности велики број субјеката који су мером обухваћени као ни величина сектора у којем послују. Да би се избегла примена одредаба о државној помоћи, потребно је да се ради о мери од општег значаја за економију државе чланице у целини, као и да пред-

2 Раније је коришћен назив Европски суд правде. Сада је у употреби назив „Суд правде ЕУ“ у складу са Лисабонским споразумом; ми ћемо у овом раду ради лакшег сналажења користити ознаку „Суд“ као заједничку ознаку за Европски суд правде и Суд правде ЕУ.

3 Case C-143/99, *Adria-Wien Pipeline and others v. Finanzlandesdirektion für Kärnten* [2001] ECR I-8365, т. 56.

метна мера буде општег карактера. Наравно, потребно је да Комисија и Суд у сваком појединачном случају испитају ефекат дате мере, како би се избегле ситуације да мере на први поглед испуњавају наведене услове, а да је њихов ефекат такав да фаворизују одређена предузећа на уштрб других. Тако је на пример било у случају *Commission v. France*,⁴ где се мера француске државе састојала у повлашћеним условима за извоз. Француска је покушала да своју меру оправда чињеницом да је она била доступна свим предузећима. Ипак, Комисија је утврдила да су ове повластице биле у пракси доступне само оним предузећима која су била у стању да реализују извозне послове. Дакле, овде је мера била општег карактера и требала је да (барем привидно) донесе економску корист држави као целини, али је њен ефекат био другачији, односно само неке компаније су имале могућност да из ње извуку економске користи. Стога је Комисија заузела исправан став да се овде ради о државној помоћи.

III Материјална селективност и опорезивање компанија

У пракси се проблем селективности приликом доношења неке мере у великом броју случајева везивао за питање опорезивања предузећа. Различите мере државе у области пореске политике могу одређене привредне субјекте да ставе у економски бољу позицију у односу на њихове конкуренте, па се оне стога могу подвести под члан 107(1) УФЕУ. Јасно је да се и у овом случају морају испунити одређени услови предвиђени поменутиим чланом.

Пре свега, мера у питању мора омогућити корисницима одређена преимућства, односно предности, а оне се могу манифестовати кроз смањења пореске основице, делимично или потпуно ослобађање од плаћања пореза, одлагање плаћања пореског дуга и слично. Друго, предност предузећима мора бити обезбеђена од стране државе, односно из државних извора, о чему је већ било речи. Треће, предметна мера мора бити такве природе да нарушава конкуренцију, односно неповољно утиче на трговину међу државама чланицама и најзад, четврто, мера мора бити селективна у смислу да фаворизује одређена предузећа или производњу одређене робе.

Наравно, пореске мере неће увек потпадати под члан 107(1) УФЕУ и тако представљати државну помоћ. То је и логично, јер државе чланице имају право да опорезују добит предузећа, односно приход физичких лица и тако попуне властите буџете. Али, оне не могу увек да користе мере пореске политике онако како њима одговара. Због тога је постављено питање када ће овакви „захвати“ бити допуштени са аспек-

4 Cases 6,11/69, *Commission v. France* [1969] ECR 523.

та норми о државној помоћи. У пракси Комисије и Суда се искристалисао (већ поменути) став да ће то бити случај када се ради о мери која је општа по обиму и која користи економији као целини. У вези с тим, Комисија је издала *Обавештење о примени правила о државној помоћи на мере које се односе на директно одређивање пословања*⁵ којим је покушала да детаљније образложи своје ставове у вези с овим питањима (у даљем тексту: *Обавештење*).

Тако, у *Обавештењу* се наводи да пореске мере које су отворене за све учеснике на тржишту државе чланице представљају, у основи, опште мере. Услов за то је да оне морају бити доступне свим компанијама на једнакој основи како правно, тако и фактички.⁶ То значи да се не сме десити ситуација да држава заобилазним путем сузи ширину ове мере и сведе је тако на неке компаније. Тада се не би више радило о мери општег карактера, већ о класичном примеру државне помоћи. На пример, државе чланице могу да издвоје групу компанија или производа и обезбеде им пореске олакшице. Ту би се радило о мери државне помоћи која је директно селективна. Друго, мера државне помоћи може омогућити одређени степен дискреције пореским властима које би меру помоћи спроводиле на селективан начин. Треће, селективност пореске мере може да се обезбеди и преко *de facto* или скривених користи, где је мера помоћи израђена на општи начин али само јединствена или мања група пореских обвезника може профитирати од ње у пракси.⁷

С друге стране, неке мере су *a priori* проглашене допуштеним и стога оне неће потпадати под норме о државној помоћи. То су, у складу са *Обавештењем*, пореске мере чисто техничке природе, као и мере које следе циљеве опште економске политике кроз смањење пореског терета у односу на неке производне трошкове. У потоњу групу мера спадају нарочито мере у вези са истраживањем и развојем, заштитом животне средине, обуци запослених и слично.⁸ Овакво решење је ло-

5 *Commission Notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation* [1998] OJ C384/3. Ми смо у овом раду појам „Notice“ превели као *Обавештење*. О томе види: Влада Републике Србије (Канцеларија за европске интеграције), *Приручник за увођење правних аката Европске уније*, Београд, 2009, стр. 15.

6 *Обавештење*, тачка 13.

7 Jurjan Wouda Kuipers, Vanesa Hernández Guerrero, „Fiscal State Aid-The European Commission on a Mission“, *International Tax Journal*, Nr. 7-8/2008, стр. 35. О томе види још: Carlo Pinto, *Tax Competition and EU law*, Kluwer Law International, 2003; Wolfgang Schön, „Taxation and State Aid Law in the European Union“, *Common Market Law Review*, Nr. 5/1999, стр. 911-936; Hano E. Kube, „Competence Conflicts and Solutions: National Tax Exemptions and Transnational Controls“, *Columbia Journal of European Law*, Nr. 79/2002.

8 *Обавештење*, тачка 13.

гично, јер су поменуће области веома профитабилне и доносе корист целокупној економији државе чланице. Стога су различити видови пореских подстицаја добродошли, посебно у области заштите животне средине или подстицања запошљавања. Неке од пореских мера које би се могле применити у овом погледу су, на пример, смањење пореза на зараде у циљу подстицања запошљавања, пореска ослобођења на увоз „зелених“ технологија, подстицајне мере за набавку опреме за одређена истраживања и слично.

Несумњиво је да државне мере које имају оваква обележја неће потпадати под норме о државној помоћи, али од предузећа ће највише зависити да ли ће дате пореске мере искористити у најбољем интересу. За државу је важно да обезбеди да пореске мере буду отворене и доступне за све заинтересоване привредне субјекте, али ће крајњи исход зависити од њихове пословне умешности и способности менаџмента да искористи прилику која им се указала. У зависности од ових варијабли, могућа је ситуација да неки сектори привреде остваре много веће користи од других, поготово ако пореске мере имају већег ефекта у радно интензивним гранама економије државе чланице или су креиране у циљу подстицања инвестиција у одређене делатности. У овој ситуацији се неће (нужно) радити о државној помоћи у смислу члана 87(1) Уговора о ЕЗ (то јест, 107 УФЕУ).⁹

Наравно, уколико је мера државне помоћи такве природе да омогући предност појединим секторима привреде изузимајући поједине компаније од плаћања пореских обавеза које би у одсуству истих морале да сносе, она ће представљати државну помоћ у смислу члана 107(1) УФЕУ.

То се показало у ранијем случају *Italy v. Commission*,¹⁰ где је држава ослободила текстилну индустрију од плаћања одређених износа у циљу финансирања система породичног додатка. Држава је наводила да су социјална плаћања које сносе запослени у овој земљи виша него у другим државама чланицама, али Суд је сматрао да се овде радило о државној помоћи у смислу члана 87(1) Уговора о Европској Заједници (сада 107 (1) УФЕУ). Парцијално смањивање социјалних накнада у вези са системима породичног додатка је мера која је, према мишљењу Суда, усмерена ка изузимању предузећа из одређеног сектора привреде (текстилна индустрија) од плаћања која би била извршена у нормалним околностима примене општег система социјалне заштите, будући да за ово изузеће није постојало било какво оправдање на основама природе система у питању (тачка 15 одлуке Суда). Овакав став Суд је засновао

9 *Ibidem*, т. 14.

10 *Case 173/73, Italy v. Commission* [1974] ECR 709.

и на чињеници да су фондови у питању били финансирани кроз обавезне доприносе успостављене на основу државне регулативе, али и на сазнању да су средства расподељивана у складу са италијанским прописима. То је довело до закључка да се овде радило о државним изворима у складу са чланом 107(1) УФЕУ. Суд је исправно сматрао да у конкретном случају треба поћи од ефеката дате мере од стране државе, а не од њихових циљева или узрока. Битно је да се пође од стања конкуренције на унутрашњем тржишту пре усвајања мере у питању. Ово посебно с обзиром на то да су социјална плаћања од стране запослених била део шире категорије–трошкова радне снаге у текстилној индустрији, а они су у Италији били нижи у поређењу са другим државама чланицама у датом сектору. Управо је то био основ за закључак да би предметна мера италијанске владе довела до смањења производних трошкова (јер је трошак радне снаге део произвођачког трошка) и тако италијанску текстилну индустрију учинила конкурентнијом на унутрашњем тржишту. Ефекти такве мере би били изразито неповољни и негативно би утицали на трговину међу државама чланицама. Стога је Суд заузео исправан став да се овде радило о државној помоћи у смислу члана 107(1) УФЕУ.

Дакле, кад су пореске мере у питању, неопходно је да Комисија прво утврди какве су опште карактеристике пореског система у датој држави, а тек онда да ли је дата пореска мера (мера државне помоћи) оправдана имајући у виду основне принципе на којима је саздан дати порески систем. Уколико то не би био случај, тада би се могло говорити о постојању државне помоћи.¹¹

Такође, у пракси институција Уније се с правом заузео став да државну помоћ у смислу члана 107(1) УФЕУ представљају пореске мере које фаворизују извоз домаћих производа или пак одређене секторе привреде који су изложени иностраној конкуренцији. То је и логично, имајући у виду да је овде присутна селективност у додели помоћи у пуној мери. Слично је и са предузећима која имају статус јавних предузећа, уколико се према њима примене неке пореске олакшице, као што су изузеће од плаћања пореза на добит предузећа, локалних такси и слично. Ипак, треба пажљиво испитати да ли ће се у потоњем случају заиста радити о државној помоћи, будући да наведени субјекти могу (с обзиром на њихову улогу и функције које обављају) бити изузети од примене члана 107(1) УФЕУ.¹²

Дакле, у случају *Italy v. Commission* није постојало било какво оправдање за предузимање одређених мера од стране државе које би биле у складу са природом или општом шемом самог система у питању.

11 *Обавештење*, тачка 16.

12 *Обавештење*, тачка 19-20.

С друге стране, економска логика датих мера се у пуном обиму показала у случају *GIL Insurance*,¹³ када је држава применила вишу пореску стопу на премије осигурања за домаће осигурање уређаја организовано посредством произвођача уређаја. Слично је било и у случају *Tiercé Ladbroke*, у коме се држава определила за различит порески режим у погледу укупних опклада у Француској на француске и белгијске коњичке трке. У потоњем случају такав поступак државе је, према оцени Комисије, био оправдан имајући у виду специфичности правног режима и економске околности у којима се одвијао француски систем коњичких трка, за разлику од белгијског кога су карактерисали сасвим другачији услови.¹⁴ Тако је било и у случају *British Aggregates*, где је примењен селективан порески режим у циљу смањења коришћења необновљивих извора енергије и већег степена заштите животне средине, односно смањења негативних последица по животну средину. Суд прве инстанце (сада Општи суд) је стао на становиште да државе чланице имају право, с обзиром на непостојање усаглашености по овом питању, да уведу порезе у одређеним секторима заштите животне средине. Државе чланице, по мишљењу Суда, могу самостално да одреде приоритете у погледу заштите животне средине и да одреде које робе или услуге ће бити предмет пореза. Стога је заузет став да пореска мера у питању, иако је била усмерена на одређене робе или услуге, не мора нужно да значи да ће носиоци активности које нису обвезници плаћања пореза остварити користи од предности која им је селективно омогућена.¹⁵

У одређеним ситуацијама ће неки субјекти бити изузети од плаћања пореских обавеза, као што су фондације или удружења. Овакво решење је логично, јер сврха њиховог постојања није профитне, већ алтруистичке природе, па (стога) овде неће бити речи о државној помоћи. Слично се поступа и онда када се висина пореза одређује на фиксној основи, затим у погледу малих и средњих предузећа или пак, уколико се у датој држави чланици примењује прогресивно опорезивање. Ипак, постоје одређена спорења кад се ради о неопорезивању, односно повољнијем пореском третману компанија нерезидената у односу на резиденте.¹⁶

Дакле, суштина државне помоћи кад говоримо о опорезивању састоји се у омогућавању одређених економских преимућстава корисницима. Предност се може јавити у различитим облицима, као што су

13 Case C-308/01, *Gil Insurance Ltd v. Commissioners of Customs and Excise* [2004] ECR I-4777.

14 Case C-353/95P, *Tiercé Ladbroke v. Commission* [1997] ECR I-7007, т. 35.

15 Case T-210/02, *British Aggregates Association v. Commission of the European Communities* [2006] ECR II-2789, т. 115.

16 *Обавештење*, тачка 25-27.

смањење пореске основице, умањење износа пореске обавезе, давање пореског кредита и томе слично. Наравно, облици у којима ће помоћ овог вида бити додељена зависиће и од метода опорезивања при чему ће се, поред традиционалних метода који подразумевају да се опорезиви приход одреди на основу разлике између прихода и трошкова (расхода) компаније, примењивати и алтернативни модели као што је „*cost-plus* метод“ који је препоручен од стране ОЕCD-а.

Овај метод укључује трошкове претрпљене од стране испоручиоца робе или услуга у трансакцији између повезаних компанија и онда додавање овим трошковима трошкове плус маржу да би се постигла одговарајућа добит у светлу функција које обавља, претпостављеног ризика, тржишних услова и других чинилаца.¹⁷ Проблем у пракси се појавио онда када су државе чланице приликом коришћења поменутог метода изузеле одређене трошкове који су били блиско повезани са пословањем односних компанија и тако им омогућиле предност у односу на конкуренте коју не би имали у нормалним тржишним условима. На тај начин је дошло до вештачког умањења пореске основице и самим тим до смањења пореског терета који би корисници требало да снесе. У другим случајевима предност корисницима је била омогућена преко арбитражног одређивања маргина профита компанија корисника. Тако, у случају *Belgium v. Commission* и случају *Luxemburg v. Commission*, проблем је био у томе што су белгијске власти одредиле износ марже од 8% као мерило за пореску основицу компаније и то без обзира на врсту услуга које пружа или било која друга мерила која би осликавала економску реалност у којима су се корисници налазили. У потоњем случају пореска основица од стране холандских власти одређена је применом минималних маржи које су установљене законом.¹⁸ Из поменутих случајева са којима се Комисија сусрела у пракси, може се закључити да је приликом одређивања пореске основице неопходно узети у обзир стварне економске околности, а не неке замишљене прагове као мерило за утврђивање износа пореске обавезе. Не треба занемарити, ипак, да је некад у пракси прилично тешко прецизно утврдити пореску основицу и на основу ње износ пореза за потребе контроле државне помоћи. Стога се поменути прагови некад намећу као једино оправдано решење које свакако има своје мане.

Даље, овде је Комисија (по мишљењу аутора) исправно закључила да овакве пореске концесије (олакшице) доносе губитак прихода за

17 Commission of the european communitites, *Report on the implementation of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation*, Brussels, 2004, стр. 4.

18 Case *Belgium v. Commission* [2003] OJ L 282; Case *Luxemburg v. Commission* [2002] OJ L 170.

државни буџет. Истовремено, није се сложила са ставом Белгије да се у предметном случају радило о пореским подстицајима за стране инвеститоре које би допринеле повећању буџетских прихода. На тај начин не би био испуњен услов који поставља члан 107(1) УФЕУ у погледу државних извора. Комисија је заузела став да се поменути услов мора обавезно посматрати у светлу појединачног корисника, а не кроз призму индиректних користи предметне мере у погледу буџетских прихода. У супротном би државе чланице с лакоћом заобишле поменути услов с позивом на неопходност подстицања директних страних инвестиција. Поред свега, оваква пракса би могла врло неповољно да утиче на трговину међу државама чланицама, јер пореске олакшице умногоме олакшавају економски положај њиховим корисницима и тако их стављају у бољи положај у односу на друге компаније. То је посебно оправдано ако се ради о мултинационалним компанијама. Тако, у случају *Netherlands v. Commission*, Комисија је утврдила да је спорна помоћ ојачала економски положај компанија које припадају мултинационалној компанији и које су пословале на заједничком (сада унутрашњем) тржишту, па је то био повод да се с разлогом закључи да се ту ради о државној помоћи која је инкомпатибилна са заједничким (сада унутрашњим) тржиштем. Оваква оцена се не може довести у питање ни чињеницом да у другим државама чланицама постоји сличан или конкурентски порески систем, као што је показао горе поменути случај *Belgium v. Commission*. У овом случају је такође био изражен и принцип селективности, јер су позитивним прописима били предвиђени прагови у односу на приход, што је био очигледан доказ у прилог наведеној тези.

Поред овог примера, Комисија се са истоветном ситуацијом сусрела и у случају *Finland v. Commission*,¹⁹ где је утврђено да су пореске олакшице дате само оним осигуравајућим компанијама које послују кроз групу предузећа и којима је управљано од стране друштва са ограниченом одговорношћу које је пословало на Оландским острвима.²⁰ Поменуте компаније су плаћале нижи порез на добит предузећа који је у нормалним приликама износио 25%. За остваривање пореских олакшица била је неопходна, дакле, одређена економска снага а мере су се могле применити само према оним компанијама које су биле довољно велике. На овај начин су из „игре“ искључене друге осигуравајуће компаније које су припадале другим секторима привреде. Формација такве групе „заробљених“ компанија омогућава односној групи да, према мишљењу Комисије, оствари приход који ће јој омогућити да покрије фиксне трошкове и стекне профит. Дакле, овде се показало да неке државне мере могу да на први поглед немају рестриктивни карактер у смислу

19 Case *Finland v. Commission* [2002] OJ L 329.

20 Око ових острва постоји спор између Финске и Шведске.

члана 107(1) УФЕУ, али да се касније у пракси испостави да оне јесу селективног карактера.

С друге стране, у случају *Ireland v. Commission*,²¹ Комисија је утврдила да су ирске власти изузеле одређене категорије иностране добити од опорезивања уколико су ти приходи поново инвестирани у циљу запошљавања, што је било у супротности са правилима о избегавању двоструког опорезивања,²² путем пореског кредита. Овај метод је подразумевао искључење из националног пореза порез који је у иностранству већ био плаћен до износа вредности пореза који се обично сноси у Ирској за исти приход. У овој ситуацији је утврђено да се ради о селективном приступу јер порез није плаћан уопште, без обзира на вредност пореза плаћеног у иностранству. Тиме је омогућена предност компанијама корисницима, посебно у ситуацији када је порез који је плаћен у иностранству нижи него порез који би се за исти приход платио у Ирској. Дакле, овде се порез није уопште плаћао (као што би био случај у нормалним околностима), постојао је систем селективног приступа који би могао да утиче на трговину међу државама чланицама, а потицао је из државних извора. Стога је овде Комисија исправно закључила да се ради о државној помоћи у смислу члана 107(1) УФЕУ.

Треба на крају напоменути и да се Обавештење односило на директно опорезивање, али је касније Комисија објавила извештај о примени поменутог акта, чији принципи би се могли применити и на индиректно опорезивање. Ипак, Комисија је заузела став да би у вези са овим питањем било неопходно донети посебно упутство које би ближе разјаснило недоумице које би се у вези с овим могле појавити.²³

IV Закључак

Дакле, на основу свега реченог, може се закључити да се материјална селективност јавља у различитим облицима и подразумева фаворизовање одређених компанија или фаворизовање производње одређених роба. Практика је показала да се институције Уније неће приликом одлучивања о томе да ли се ради о материјалној селективности руководити бројем субјеката који су мером помоћи обухваћени, нити величином сектора у којем послују. Оне ће настојати да што прецизније

21 Case *Ireland v. Commission* [2003] OJ L 204.

22 О избегавању двоструког опорезивања и посредним порезима види: Гордана Илић-Попов, *Пореско право ЕУ*, 2004, стр. 61-102, 161-171.

23 Commission of the european communitites, *Report on the implementation of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation*, Brussels, 2004, стр. 20.

утврде *ефектаи* дате мере на тржишту. Уколико се процени да се неке компаније фаворизују на уштрб других, тада ће се применити одредбе о државној помоћи. Државе чланице ће избећи примену норми о државној помоћи уколико је реч о мери од *ојшше важности за йривреду* државе чланице у целини.

Проблем материјалне селективности се у великом броју случајева у пракси везивао за опорезивање компанија. Наравно, државе чланице имају право да спроводе одговарајућу пореску политику, али одређене пореске мере неће увек бити у сагласности са одредбама о државној помоћи. У складу са Обавештењем, пореске мере које су отворене за све учеснике на тржишту представљаће, у основи, опште мере. Услов за то је да оне буду доступне свим компанијама на једнаким основама како правно, тако и фактички. Институције Уније ће у сваком конкретном случају утврђивати какве су опште карактеристике пореског система државе чланице, да би потом донеле закључак о оправданости предметне мере. Ипак, на компанијама је да искористе могућности које им стоје на располагању, што ће зависити у великој мери од способности њиховог менаџмента и пословне умешности. Стога се неће радити о државној помоћи уколико неке компаније остваре веће користи од других, будући да помоћ није додељена на селективној основи.

Остаје недоумица да ли ће институције Уније бити у стању да у сваком конкретном случају исправно процене да ли је нека мера помоћи општег карактера или је карактерише материјална селективност. Исто важи и за правилно утврђивање пореске основице, где ће се често морати утврдити какве су биле стварне економске околности у ицљу утврђивања релевантних чињеница. Најзад, проблем може представљати и околност да неке мере државне помоћи можда на први поглед нису рестриктивног (селективног) карактера, али се касније испостави управо супротно.

Mag. Siniša S. DOMAZET

Postgraduate Student of Faculty of Law, University of Niš

MATERIAL SELECTIVITY MEASURES OF STATE AID AS A CONDITION FOR THE APPLICATION OF ARTICLE 107 (1) OF THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EU

Summary

The author of this article have availed himself of two different methods in his work. The first of them is the positive legal method, which is utilized to analyze the positive rules of EU competition law in area of State aid. The second one is legal and logical method of induction and deduction, which is applied in solving many legal and logical problems that may arise as a result of a very abstract and often indeterminate term of material selectivity (most pronounced in taxing companies). Selective (preferential) access to some companies or production of certain goods / provision of certain services in relation to companies that are in the identical legal and factual situation is a prerequisite for applying the provisions on state aid. With respect to selectivity in the allocation of state aid to many doubts arise. It is especially the case if we are talking about material selectivity. This often requires the institutions of the Union address a very sensitive and complex issues that are not always economic or legal nature. If it is assessed that some companies favor at the expense of others, then apply the provisions on state aid. Conversely, Member States will avoid the application of rules on state aid if it is a measure of general importance to the economy of a Member State as a whole. Can be a problem and the fact that some state aid measures may at first glance are not restricted (selective) character, but it later turns out just the opposite.

Key words: EU, competition law, state aid, selectivity.

УДК 346.545/.546(4-672EU) ; 339.137.2(4-672EU)

**Јована ЂУРИЧИЋ, мастер
студент докторских студија
сарадник у настави, Висока пословна школа струковних студија,
Нови Сад**

РАЗВОЈ ПОЈМА КОЛЕКТИВНЕ ДОМИНАЦИЈЕ ТУМАЧЕЊЕМ ЧЛАНА 82 УЕЗ У ПРАКСИ СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

У праву Европске уније, али и у већини националних правних система, забрањено је да привредни субјекти користе свој доминантни положај на ширењу других субјеката. Доминантни положај на тржиштима може да има једно предузеће, али није реткост да два или више независних предузећа међу којима постоје одређене економске везе, уживају заједно доминантан положај. Таква ситуација се назива колективна, заједничка или олигополистичка доминација. Појам колективне (олигополистичке) доминације значајно је дефинисати ако се има у виду да су олигополистичке тржишне структуре преовлађујућа појава у савременим тржишним привредама. Развој овог појма кроз праксу Суда Европске уније траје његово четвори деценије и можемо рећи да још увек није окончан. У овом раду извршена је анализа праксе Суда Европске уније ради одређивања фактора, који су кроз еволуцију развоја овог појма по схватању Суда били потребни да би се у конкретном случају могло закључити да на тржиштима постоји колективна доминација.

Кључне речи: конкуренција, доминантни положај, колективна доминација, олигопол.

I Увод

Дефинисање појма колективне доминације задатак је дела права конкуренције који се назива антимонополско право. Основна начела права конкуренције Европске уније садржана су у Римском уговору,¹ а детаљно су разрађена допунским прописима и богатом праксом Суда Европске уније. Ступањем на снагу Лисабонског уговора,² измењен је Римски уговор, али измене у области права конкуренције нису биле суштинског карактера. Материјалноправне одредбе које су раније биле нумерисане члановима 81-89, добиле су нову нумерацију те их данас препознајемо у Уговору о функционисању Европске уније (УФЕУ) под члановима 101-109. За овај рад посебан значај има бивши члан 82 Римског уговора, тј. члан 102 Уговора о функционисању Европске уније, који забрањује предузећима да користе свој доминантни положај на тржишту на штету других субјеката.³ Дакле, члан 82 не забрањује неком предузећу да има доминантан положај на тржишту, јер се у тај положај може доћи легитимним средствима конкуренције – нпр. производњом или продајом бољег производа – већ ствара услове за санкционисање оних предузећа која тај свој доминантни положај на тржишту злоупотребљавају. Злоупотребом доминантног положаја нарушава се конкуренција на тржишту. Надлежни органи Европске уније примењују одредбу овог члана када сматрају да је на тржишту Европске уније нарушена конкуренција злоупотребом доминантног положаја.

Улогу „пса чувара“ правног поретка Европске уније у области права конкуренције има Европска комисија (Комисија). Све одлуке Комисије могу се преиспитивати пред Судом Европске уније (у даљем тексту Судом ЕУ) по тужбама за поништај, што је предвиђено у члану 263 УФЕУ (бивши члан 230 УЕЗ). Ако Суд нађе да је тужба основана, прогласиће акт Комисије ништавим. Суд заправо одлучује о законитости акта Комисије и својом одлуком не може заменити спорни акт Комисије, већ једино може наложити Комисији да предузме потребне

1 Пун назив Римског уговора је Уговор о оснивању Европске економске заједнице, који је након доношења Уговора из Мастрихта 1992. године преименован у Уговор о оснивању Европске заједнице (УЕЗ).

2 Лисабонски уговор потписали су шефови држава и влада 13. децембра 2007. године, а ступио је на снагу 1. децембра 2009. године. Њиме су измењена два основна уговора – Уговор о Европској унији (УЕУ) и Уговор о оснивању Европске заједнице (УЕЗ). Након Лисабонског уговора Уговор о Европској унији задржао је исто име, а Уговор о оснивању Европске заједнице добио је нови назив – Уговор о функционисању Европске уније.

3 Члан 82 у првом ставу гласи: „Није у складу са заједничким тржиштем и забрањена је свака злоупотреба у коришћењу доминантног положаја на заједничком тржишту, или на његовом битном делу, од стране једног или више предузећа, уколико би то могло штетно утицати на трговину између држава чланица...“

мере да спроведе одлуку Суда.⁴ Изузетак од овог правила представљају одлуке којима Комисија изриче новчане казне предузећима. Уредбом 1/2003 предвиђено је да предузећа имају право да пред Судом ЕУ траже ревизију овакве одлуке. Надлежност Суда у овој врсти поступка је неограничена. Суд је овлашћен не само да поништи одлуку која је незаконита, него и да преиспита њену целисходност и да измени висину казне.⁵

Комисија и Суд ЕУ имали су кључну улогу у креирању појма колективне доминације јер прописи Европске уније не постављају јасна правила у одређивању обима овог појма. Пре излагања о колективној (олигополистичкој) доминацији на тржишту, нужно је одредити шта је то доминантни положај.

II Појам доминантног положаја

Доминантан положај на тржишту има оно предузеће које располаже довољном тржишном моћи да је у стању да спречава или ограничава конкуренцију.⁶ Велику тржишну моћ због недостатка конкуренције увек има монополиста, што указује на то да је монополски положај на тржишту увек доминантан. Да бисмо утврдили да ли предузеће има доминантни положај, неопходно је одредити два елемента: релевантно тржиште и удео предузећа у том тржишту.⁷ Ако је удео предузећа у релевантном тржишту екстремно висок, најчешће неће бити потребна било каква додатна анализа да бисмо закључили да оно има доминантан положај. У пракси се изузетно великим уделом сматра удео у тржишту одређеног производа од 70% и више.⁸ Као доња граница тржишног удела за утврђивање доминантног положаја помиње се удео од 25%. Комисија

4 Више о томе видети код: Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Крагујевац, 2006, стр. 482.

5 Више о томе видети код: Маја Станивуковић, *Појединац њред Судом европских заједница*, Београд, 2009, стр. 126–128.

6 Синиша Варга, *Конкуренцијско њраво Европске уније*, Нови Сад, 2006, стр. 36.

7 Тржишни удео је значајан фактор за дефинисање тржишне снаге, односно тржишне моћи (*market power*). Тржишна моћ је ступањ контроле који на неком тржишту има једно или више предузећа. То је способност предузећа или групе предузећа да повећавају цене, уз ограничење производње, и способност да их одржавају одређени временски период изнад нивоа, што доводи до тога да преовладавају услови који нису конкурентски и долази до повећања профита. Више о томе у: Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law: text, cases and materials*, Oxford, 2007, стр. 1012–1019.

8 У случају АКЗО (Предмет С–62/86 *AKZO Chemie BV v. Commission* [1991]) утврђено је да тржишни удео већи од 50% представља доказ о постојању доминантног положаја.

је први пут установила у предмету Континентал Кен⁹ да се предузећа налазе у доминантном положају „када имају моћ да се понашају независно, што их ставља у положај да делују без узимања у обзир њихових конкурената, купаца и снабдевача. То је положај у којем, због њиховог тржишног удела или тржишног удела комбинованог са доступношћу техничког знања, сировина или капитала, имају моћ да одреде цене или да контролишу производњу или дистрибуцију у значајном делу производње која је у питању.“¹⁰

Доминантан положај, дакле, може да има једно предузеће на тржишту,¹¹ али све чешће се јавља у пракси да два или више независних предузећа међу којима постоје одређене економске везе, уживају заједно доминантан положај. У том случају кажемо да на тржишту постоји колективна, заједничка или олигополистичка доминација (*collective or joint or oligopolistic dominance*).

Тржиште је олигополистичко када неколико предузећа има доминантан положај на тржишту. Тих неколико предузећа учествују у целокупној понуди те се олигопол најчешће дефинише као облик несавршене конкуренције у ком неколико великих продаваца заједнички доминира на тржишту, а маргинална група мањих продаваца се прилагођава њиховом понашању. Ти велики продавци називају се олигополистима, а положај који имају на тржишту колективна (олигополистичка) доминација.

III Примена правних норми на колективну доминацију

1. Почетак примене члана 82 на колективну доминацију

У првим фазама развоја права конкуренције у Европској унији, поставило се питање да ли члан 82 УЕЗ може да се примени на више од једног предузећа који злоупотребљавају колективно доминантан положај. Члан 82 говори да је забрањена злоупотреба у коришћењу доминантног положаја, од стране „једног или више предузећа“ (*one or more undertakings*), али спекулисало се о конкретној примени тог члана на више независних предузећа. Прва размишљања су била да се под појмом „једно или више предузећа“ схватају правна лица која су била

9 Одлука Комисије број 72/21/ЕЕЦ, донета 9. децембра 1971. године. Видети предмет 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission* [1973].

10 Преузето од: Петар Ђундић у: Родољуб Етински и други, *Основи права Европске уније*, Нови Сад, 2009, стр. 349.

11 Јединственим предузећем сматра се и друштво мајке и кћери, без обзира на њихову правну самосталност.

унутар исте корпорације или су представљала део једног привредног друштва. Касније је установљено да се члан 82 може применити када колективно доминантни положај има једно или више економски независних предузећа (*economically independent undertakings*).¹² Дакле, члан 82 може да се примени ради контролисања понашања монополиста, а такође и на злоупотребе од стране дуополиста и олигополиста који колективно „држе“ доминантан положај на тржишту.¹³ Први пример у ком је дошло до примене члана 82 на колективну доминацију, био је Случај произвођача шећера (*European Sugar Industry*), о ком је Комисија одлучивала 1973. године.¹⁴ Комисија је утврдила да је белгијски произвођач шећера (*Raffinerie Tirlemontoise*), независно од осталих произвођача шећера, злоупотребио свој доминантан положај на белгијско-луксембуршком тржишту, да је немачки произвођач шећера (*Südzucker Verkaufs-GmbH*) злоупотребио свој доминантни положај на тржишту северног дела Немачке, а да су холандски произвођачи шећера (*Suiker Unie* и *Centrale Suiker Maatschappij*) злоупотребили колективни доминантни положај на холандском тржишту. У делу одлуке који се односи на холандске произвођаче шећера, члан 82 је први пут примењен на више од једног предузећа.

Холандски произвођачи шећера заједно су имали тржишни удео на холандском тржишту од око 85%, а имали су и велики удео на тржишту Заједнице, односно Уније. Ова два предузећа блиско су сарађивала у скоро свим својим делатностима. У односу према осталим предузећима и дилерима, деловали су на јединствен начин и увек се се појављивали као једно друштво. Производили су шећер за целу Холандију и имали су способност да се понашају независно у односу на конкуренте, односно без узимања у обзир понашања својих конкурената.

Одлука Комисије нашла се на испитивању пред Судом ЕУ по тужби за поништај, коју је поднео један од холандских произвођача шећера

12 Међутим, поставља се питање да ли се атрибут „независни“ односи на независност према осталим конкурентима или независност једног привредног субјекта од другог у њиховом заједничком деловању. У првом случају би и међусобно зависни привредни субјекти могли испунити услов независности према осталим учесницима на тржишту, док би у својим међусобним односима зависили један од другог. У другом случају, у свом заједничком деловању привредни субјекти би морали бити независни једни од других, а тиме и независни од својих конкурената. Преузето од: Сања Шкорић, „Колективна доминација на тржишту“, *Право – теорија и пракса*, бр. 11–12/2009, стр. 105. Значајно је разрешити ову дилему због потребе за дефинисањем положаја повезаних учесника на тржишту. Они се сматрају једним учесником на тржишту, али није сасвим јасно да ли они могу имати колективни доминантни положај или само индивидуални доминантни положај на тржишту.

13 Више о томе видети у: Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law: text, cases and materials*, Oxford, 2004, стр. 827.

14 Одлука Комисије број 73/109/ЕЕС, донета 2. јануара 1973. године.

(*Suiker Unie*). Суд се није изјаснио о постојању колективне доминације, коју је Комисија утврдила, зато што је сматрао да није било злоупотребе тог положаја од стране ових предузећа ни у ком случају. Изгледало је као да Суд жели да онемогући контролisanje олигопола на основу члана 82 јер у овој одлуци није прихватио могућност примене овог члана на више од једног предузећа.¹⁵

2. Примена члана 82 на предузећа која чине део једног привредног друштва

Суд је први пут применио члан 82 на више предузећа у Случају Бодсон (*The Bodson case*),¹⁶ али су та предузећа била део једног привредног друштва. Суд је у овом случају усвојио тзв. природни (ужи) поглед на члан 82, по ком се овај члан може применити на више предузећа у оквиру исте корпорације или привредне јединице (*economic unit*), за разлику од ширег погледа на члан 82, који омогућава примену овог члана и на два или више независних предузећа, што би за резултат имало да антиконкурентско олигополистичко понашање може да се контролише на основу овог члана.¹⁷

3. Примена члана 82 на два или више независних предузећа

Комисија је 1988. године, након одлуке Суда да примени члан 82 на више предузећа у предмету Бодсон, била вероватно охрабрена да исто учини у својој одлуци у предмету Италијанског стакла (*Flat Glass*).¹⁸ Испитујући постојање колективног доминантног положаја, Комисија је утврдила да су произвођачи међусобно били повезани структурним везама (*structural links*) на плану производње. Размењивали су велике количине стакла на основу уговора, што им је омогућило да у понуди имају пуну палету производа, чак и оних које сами не производе. Два предузећа контролисала су више од 80% тржишта аутомобилског стакла у Италији, а сва три предузећа контролисала су заједно око 95% тог тржишта, док су на тржишту неаутомобилског стакла имала 79% заједнички тржишни удео. Корисници, ради одржавања редовних испорука, нису могли да се одрекну произвођача чије је седиште у

15 Више о томе видети у: Sigrid Stroux, *US and EC Oligopoly Control*, The Hague, 2004, стр. 90.

16 Предмет 30/87, *Corinne Bodson v. Pompes Funebres des Régions Libérées* [1988].

17 Ова подела на шире и уже схватање члана 82 преузета је од професора Виша (*Whish*), коју је представио у: Richard Whish, *Competition Law*, Oxford, 2003, стр. 520, а у овом раду наведена према: S. Stroux, *нав. дело*, стр. 91.

18 Одлука Комисије број 89/93/ЕЕС, донета 7. децембра 1988. године.

Италији. Комисија је закључила да су три поменута произвођача учествовала у чврстом олигополу, при чему су уживали такав степен независности од притиска конкуренције, да нису морали да воде рачуна о понашању других учесника на тржишту. Та предузећа представљала су себе на тржишту као јединственог субјекта (*single entity*), а не као три појединачна предузећа.

Комисији се чинило да постоји довољно аргумената да закључи да описано деловање предузећа представља злоупотребу колективног доминантног положаја, зато што с једне стране, ова предузећа деловањем „ограничавају муштеријама могућност да бирају изворе набавке и ограничавају другим произвођачима равнoг стакла из Заједнице пласман на тржиште“, и с друге стране, њихово деловање је „у супротности са прокламованим циљем из члана 3 тачка ф Уговора, о систему нарушене конкуренције у оквиру заједничког тржишта“. Стога је у 81. пасусу одлуке утврдила да су произвођачи равнoг стакла прекршили одредбу члана 82 УЕЗ злоупотребљавајући свој колективни доминантни положај „деловањем којим су лишили муштерије могућности да принуде добављаче да се такмиче у ценама и условима продаје и којим су ограничили пласмане одређивањем квота за аутомобилско стакло“.

Сва три произвођача поднели су тужбу за поништај одлуке Комисије новооснованом Првостепеном суду (*Court of First Instance*), који је почео са радом 1989. године.¹⁹ У поступку пред Судом учествовало је као умешач на страни произвођача Уједињено Краљевство, које је сматрало да није дошло до кршења члана 82 УЕЗ, како је то Комисија у својој одлуци установила. Уједињено Краљевство негирало је могућност да два или више економски независних предузећа могу да имају колективни доминантни положај на тржишту. Самим тим сматрало је да у овом случају није могло доћи до кршења члана 82 од стране произвођача равнoг стакла јер „два или више предузећа могу заједнички да имају доминантан положај на основу члана 82 само у изузетним околностима, наиме, само онда када конкретна предузећа треба сматрати једном привредном целином у којој појединачна предузећа не уживају истинску аутономију приликом одлучивања о свом деловању на тржишту и

19 Потписивањем Уговора из Лисабона заокружени су вишегодишњи преговори око институционалне реформе Европске уније. Европска унија добија нов институционални оквир, а целокупни правосудни систем Европске уније од сада носи назив Суд Европске уније, а чине га три суда: Суд (Суд правде) – некадашњи Суд Европских заједница (представља највишу инстанцу унутар Суда Европске уније); Суд опште надлежности – некадашњи Првостепени суд и Суд за службенике. Вид. више о томе у: „Промене које уводи Лисабонски уговор у области правосудног система уније“, Саопштење за новинаре Суда ЕЗ бр. 104/09 од 30. новембра 2009. године, доступно на адреси: http://www.pf.uns.ac.rs/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=82&Itemid=78.

у којој се не могу сматрати међусобно економски независним“. Тужиоци су негирали да су се представљали на тржишту „као једно правно лице, а не као појединци“. Међутим, нису оспоравали да је на тржишту равнoг стакла постојала значајна међузависност у области цена и услова продаје, што су правдали олигополистичком структуром тог тржишта.

Суд је у пресуди у овом случају оспорио аргумент који је истакло Уједињено Краљевство у вези са немогућношћу да два или више економски независних предузећа имају колективни доминантни положај на тржишту и први пут експлицитно прихватио да члан 82 може да се примени на два или више независних предузећа. „У начелу ништа не искључује могућност да два или више привредних правних лица (*two or more independent economic entities*) буду уједињени на одређеном тржишту таквим економским везама, које им омогућавају да заједно имају доминантан положај у односу на остале учеснике на истом тржишту.“²⁰ Као пример поменутих економских или привредних веза, Суд помиње у пресуди случај када на пример „два или више независних предузећа, споразумима или лиценцама, стекну технолошко вођство које им даје могућност да се у значајној мери понашају независно од својих конкурената, својих муштерија (*customers*) и коначно од својих потрошача“.²¹ Међутим, Суд није разјаснио у пресуди на шта се тачно мисли када каже да би требало предузећа да буду уједињена економским везама да би заједно имала доминантан положај у односу на остале учеснике на тржишту; да ли се мисли само на ситуацију у којој постоји споразум између предузећа или и на ситуацију у којој међу странама постоји економска међузависност, што је случај на олигополистичком тржишту.

На тржиштима на којима постоји олигопол може се уочити извесни паралелизам у понашању. Наиме, тих неколико предузећа, која доминирају на тржишту, међусобно се добро познају и свесни су да у погледу обима производње и доношењу одлука о висини цена имају утицај једни на друге. Зато се каже да између тих неколико продаваца постоји међузависност у доношењу стратешких одлука. Међузависност је природна последица олигополистичке структуре тржишта и има привидни легитимитет. Присутна је, дакле, код предузећа која имају колективну доминацију на тржишту, али дуго је постојала дилема да ли се међузависност може узети као довољан критеријум при доношењу закључка да на тржишту постоји колективна доминација. У низу касније решаваних случајева Суд је покушао да формира одређен став о овом питању.

20 Спојени предмети T-68/89, T-77/89 и T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA and Others v. Commission*, пасус 358. Превод на српски *Paragraf.lex*.

21 Суд се заправо позива на део пресуде из предмета 85/76, *Hoffmann-La Roche v. Commission*.

IV Колективна доминација предузећа у саставу поморских конференција

Постоји неколико случајева у пракси Суда ЕУ у којима се у улози субјеката оптужених да су имали колективни доминантни положај, јављају поморска предузећа. У овим случајевима јавља се нови критеријум, тј. нова економска веза (*economic link*) при чијем постојању се може доћи до закључка да у конкретном случају на тржишту постоји колективна доминација. Та веза представља споразум, који је помињан и у ранијој пракси, али у овим случајевима има потпуно нову димензију.

Убрзо након доношења пресуде у Случају италијанског стакла, Комисија је донела одлуку у предмету Француско-западно афрички комитет бродовласника (*The French-West African Shipowners' Committee case*).²² У одлуци донетој у овом случају, Комисија је установила кршење члана 82 УЕЗ и изрекла је високе казне бродовласницима који су учествовали у систему расподеле бродског терета (*cargo-sharing system*) на рутама између Француске и једанаест афричких држава. Случај је дошао пред Комисију због чињенице да су комитети бродовласника успостављали координацију у трговини поморским путем између Француске и једанаест западних и централних афричких држава. Иако су бродовласници на основу статута представљали засебна предузећа, они су били међусобно повезани на различитим нивоима на основу чланства у комитетима бродовласника. Комисија је утврдила да се дејство споразума којим је група бродовласника основала комитете који су покривали целокупно тржиште расподеле бродског терета између Француске и афричких држава, огледало у стварању колективног доминантног положаја. Њихово деловање било је усмерено ка елиминисању стварне конкуренције тако што су ограничавали могућност да предузећа која нису била чланице комитета врше снабдевања поморским путем, што је представљало злоупотребу доминантног положаја. Бродовласници су поред чланства у комитетима, били и чланови двеју поморских конференција (*shipping conferences*). То што су били организовани у оквиру ових кооперативних тела, стварало је међу њима суштинске везе, а последица тога је била да су усвојили исто понашање на тржишту.²³ Позивајући се на правило да везе потребне да би се утврдило постојање

22 Одлука Комисије број 92/262/ЕЕС [1992]. Резиме одлуке преузет од: S. Stroux, *нав. дело*, стр. 98.

23 Суд је у предмету C-393/92, *Municipality of Almelo and others v. NV Energiebedrijf IJsselmij*, у пасусу 42, први пут установио овај критеријум за утврђивање постојања колективне доминације, дефинишући га на следећи начин: „да би постојала колективна доминација, предузећа која се налазе у оквиру исте групе морају бити повезана на такав начин да су усвојила исто понашање на тржишту.“

колективне доминације, морају да имају за своје дејство усвајање истог понашања на тржишту, Комисија је закључила да су бродовласници имали колективни доминантни положај. Тај колективни доминантни положај злоупотребили су спречавајући предузећа која нису била чланице конференција да делују на тржишту и тако прекршили члан 82.

Пракса Суда ЕУ бележи још неколико случајева о поморским компанијама, који су имали значај у развоју појма колективне доминације. Случај Белгијске поморске компаније (*The Compagnie Maritime Belge case*) је један од њих. У овом запаженом случају, у коме се поново поставило питање да ли је дошло до кршења члана 82 УЕЗ од стране поморских предузећа, одлучивала је прво Комисија, потом Суд прве инстанце и на крају Суд правде, који је ову дуго чекану одлуку донео седам година након што је то учинила Комисија. Комисија је утврдила да су чланице линијске поморске конференције Цевал (*Cewal*) биле колективно доминантне у поморском превозу између лука Северне Европе и Заира, као и лука Северне Европе и САД/Канаде.²⁴ На овом тржишту постојале су три поморске конференције (*Cewal*²⁵, *Cowac*²⁶ и *Ukwal*²⁷), које су по мишљењу Комисије, склопиле антиконкурентске споразуме. Чланице Цевала биле су и међусобно повезане споразумом. Овај споразум стварао је блиске економске везе између чланица Цевала и због тога је за Комисију био кључан код утврђивања постојања колективног доминантног положаја. Након анализе Комисија је закључила да је дошло до злоупотребе заједничког доминантног положаја (*joint dominant position*) и самим тим до кршења члана 82. Пет поморских предузећа,²⁸ све чланице Цевала, поднела су тужбу за поништај одлуке Комисије Првостепеном суду. Суд је сматрао да тужиоци не дају довољно разумна објашњења за своје тврдње. Подсетио је да су се поморска предузећа удружила у једног заједничког субјекта – поморску конференцију Цевал те да су и представљали себе на тржишту као јединственог субјекта. На основу споразума који је сачинила Цевал конференција, а коме су све чланице конференције приступиле, примењивали су јединствене стопе бродарине и заједничке услове у погледу превоза робе, што указује на то да су усвојили јединствено понашање на тржишту. Суд је заправо потврдио став Комисије да је споразум између чланица Цевала

24 Одлука Комисије број 93/82/ЕЕС [1993].

25 Скраћеница за *Associated Central West African Lines*.

26 Скраћеница за *Continent West African Conference*.

27 *Shipping conference serving The UK/Ireland – West Africa route*.

28 *Compagnie maritime belge transports SA (CMBT)* и *Compagnie maritime belge SA (CMB)*, а затим и *Dafra-Lines A/S*, *Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. (DAL)* и *Nedlloyd Lijnen BV*.

представљао економску везу на основу које се може утврдити колективни доминантни положај у овом случају и да су деловањем на основу тог споразума чланице Цевала злоупотребиле колективни доминантни положај. Незадовољни одбијањем тужбе за поништајем одлуке Комисије, три поморска предузећа²⁹ поднела су жалбу Суду правде као последњој инстанци. Да би могао пресудити да ли постоји колективни доминантни положај на тржишту, Суд је настојао претходно да утврди да ли постоје економске везе које сведоче у конкретном случају да је реч о колективној доминацији, односно, да ли постоје економске везе између поменутих предузећа које им омогућавају да заједнички делују независно од својих конкурената, корисника и потрошача. У доношењу одлуке о постојању економских веза Суду је помогао општи правобранилац Фенли (*Fennelly*), који је у свом мишљењу поводом овог случаја навео да је Првостепени суд правилно закључио да „предузећа морају бити повезана на такав начин да су усвојила исто понашање на тржишту“, али исто тако је приметио да само усаглашено понашање не може бити довољно да би се утврдило постојање колективне доминације, већ је потребно да се испуне и други услови.³⁰ Суд је закључио да „колективни доминантни положај може произлазити из саме природе и циља споразума, из начина на који је примењен и из веза или фактора који имају за резултат већу повезаност између предузећа“. Али „постојање споразума (уговора) или других правних веза није неопходно за утврђивање постојања колективног доминантног положаја; такав закључак може се заснивати и на другим повезујућим факторима и зависио би од економске процене и посебно од процене структуре тржишта у питању“. Дакле, Суд долази до закључка да економске везе између предузећа морају да постоје да би се могло констатовати да та предузећа имају колективни доминантни положај, а те везе могу, мада не морају, представљати споразум, одлука или усаглашена пракса између ових предузећа.³¹ На основу овог става

29 *Compagnie maritime belge transports SA (CMBT), Compagnie maritime belge SA (CMB) и Dafra-Lines A/S.*

30 Мишљење опшег правобраниоца Фенлија (*Opinion of the Advocate General Fennelly*) од 29. октобра 1998. године.

31 У праву Европске уније постоји правило о забрани одређене категорије споразума, одлука и усаглашене праксе. То правило садржано је у члану 81 УЕЗ (члан 101 УФЕУ) и припада делу права конкуренције који називамо картелно право. Суд се у неколико случајева бавио питањем да ли дејства споразума и усаглашене праксе из члана 81 УЕЗ могу конституисати злоупотребу из члана 82 УЕЗ, односно да ли оба ова члана могу истовремено бити примењена на исте чињенице. Садржина ова два члана има доста сличности и подударности, с обзиром на то да су оба члана прописана с циљем заштите конкуренције, односно спречавања њеног нарушавања. Због тога се многи појмови из ових чланова, као што су предузеће, утицај на трговину међу државама чланицама, и други, тумаче јединствено. До кумулативне примене

Суда није било јасно да ли олигополистичка међузависност може бити довољна за утврђивање постојања колективног доминантног положаја јер је Суд за утврђивање таквог положаја тражио постојање економских веза, што је личило на то да захтева нешто више од просте олигополистичке међузависности.

Даље у пресуди Суд подсећа да „израз ‘једно или више предузећа’ из члана 82 Уговора подразумева да доминантни положај могу да имају два или више привредних друштава (*economic entities*),³² која су правно независна једна од других, под условом да са економске тачке гледишта она представљају себе као колективног субјекта или делују заједно на поједином тржишту као колективни субјект (*collective entity*)“.³³ Поменута линијска конференција може имати карактеристике колективног субјекта, који представља себе таквим на тржишту у односу са корисницима и конкурентима. Али то опет, сматра Суд, никако не говори о томе да линијска конференција има доминантан положај на поједином тржишту или да злоупотребљава тај положај, већ се то мора посебно утврдити.

О колективној доминацији предузећа у саставу поморских конференција расправљало се и у Случају Споразум трансатлантске конференције – ТАЦА (*The TACA case*).³⁴ Комисија је и у одлуци донетој у овом случају³⁵ истакла да учешће предузећа у споразумима линијске конференције ТАЦА представља везу између чланица, чије дејство се огледа у стварању колективног доминантног положаја предузећа. Тај положај чланице ТАЦЕ су по мишљењу Комисије злоупотребиле у периоду између 1994. и 1996. године, примењујући споразум којим се, као прво, ограничава доступност и садржина уговорних услуга и, као друго, мењају конкурентске структуре на тржишту на начин којим се

оба члана долази у случајевима колективних тржишних понашања на олигополистичким тржиштима под условом да постоје захтеви за примену оба члана, односно да је дошло до кршења оба члана истовремено. На примеру Белгијске поморске компаније можемо уочити кумулативну примену ова два члана.

32 Превод термина *economic entity* преузет из: „Глосар термина који се користе у политици конкуренције Европске уније – Антимонополско право и контрола концентрација“, стр. 15 (део у ком је дефинисан доминантан положај), превод проф. др Маје Станивуковић; где се сентенца „*two or more independent economic entities*“ преводи као „два или више независних привредних друштава“.

33 Овим ставом Суда чини нам се да је разјашњена дилема коју смо навели у одељку III, тачка 1 овог рада, о томе да ли се појам „независни“ односи на независност према осталим конкурентима или независност једног привредног субјекта од другог у њиховом заједничком деловању.

34 Спојени предмети T-191/98 и T-212/98 до T-214/98, *Atlantic Container Line and Others v Commission* [2003].

35 Одлука Комисије број 1999/243/EC.

учвршћује доминантан положај ТАЦЕ.³⁶ Чланови линијске конференције ТАЦЕ одбијали су да понуде појединачне уговоре корисницима, а услуге транспорта биле су нуђене само према условима који су били заједнички установљени од стране чланица конференције. Комисија им је изрекла високе казне за кршење члана 82 УЕЗ. Дванаест поморских предузећа, чланице ТАЦЕ, поднела су тужбу за поништај одлуке Комисије Првостепеном суду. Један од елемената на који су се поморска предузећа позивала у тужби био је став Комисије у вези са постојањем економских веза између чланица ТАЦЕ. Тужиоци су став да су ове везе биле довољно јаке и да су говориле о постојању колективне доминације, сматрали погрешним. Они су такође истакли да је Комисија пропустила да утврди најважнију чињеницу, а то је да ли су тужиоци усвојили „исто понашање на тржишту“, сматрајући да је то битно утврдити јер је Суд у ранијим пресудама усвајање истог понашања на тржишту узимао као доказ о постојању колективне доминације. Тужиоци су се позивали на свој тржишни удео и обрт на тржишту, који су имали у 1996. години и поредили га са обртом у тој години који су имале остале чланице ТАЦЕ, што је, по њиховом мишљењу показивало да нису деловали на релевантном тржишту као јединствени економски субјект. Међутим, Суд је у пресуди закључио да „с обзиром на њену природу и циљеве, линијска конференција... може бити описана као колективни субјект (*collective entity*), који тако представља себе на тржишту у односу према корисницима и конкурентима“.³⁷ Затим је подсетио да постојање колективног доминантног положаја претпоставља постојање економских веза између два или више предузећа, која су по дефиницији независна, и стога способна да конкуришу једна другима, а не постојање институционалних веза (*institutional links*) између поменутих предузећа, као што су нпр. везе које постоје између друштва мајке и друштва ћерке. Нагласио је да је приликом утврђивања постојања колективног доминантног положаја довољно уочити отклањање стварне конкуренције на тржишту и да није нужно да се елиминише целокупна конкуренција између поменутих предузећа.³⁸ Овим исказима Суд је скренуо пажњу на пропусте у раду Комисије те је у већем делу уважио аргументе тужилаца и поништио одлуку Комисије. Није се сложио с Комисијом да су поморска предузећа, чланице линијске конференције ТАЦЕ, злоупотребила свој колективни доминантни положај.

36 *Ibidem*, пасус 550.

37 Спојени предмети T-191/98 и T-212/98 до T-214/98, *Atlantic Container Line and Others v Commission* [2003], пасус 601.

38 Комисија је у својој одлуци у пасусу 522 такође навела да колективна доминација може постојати чак и ако између страна у споразуму постоји одређени степен конкуренције (*possible degree of competition*).

V Вертикална колективна доминација и индивидуална злоупотреба колективног доминантног положаја

Случај ирског шећера (*The Irish Sugar case*) представља још један корак у развоју појма колективне доминације. У њему се наине први пут помиње да колективни доминантни положај могу имати и предузећа која се налазе у вертикалном односу, као и могућност индивидуалне злоупотребе тог положаја, о чему Суд ЕУ није имао прилике раније да се изјасни. Комисија је испитивала да ли је предузеће Ајриш шугар (*Irish Sugar*) заједно са једним својим дистрибутером (*Sugar Distributors Ltd., SDL*) прекршило члан 82 УЕЗ тако што су злоупотребили вертикални доминантни положај који су имали на тржишту. Утврдила је да је Ајриш шугар (*Irish Sugar*) имао колективну доминацију на релевантном тржишту заједно са предузећем СДЛ (*SDL*) од 1985. године па све док није стекао власништво над свим преосталим деловима тог предузећа 1990. године.³⁹ У објашњењу свог закључка, Комисија између осталог помиње да су између ових предузећа постојале директне економске везе: СДЛ је куповао шећер искључиво од Ајриш шугара, а Ајриш шугар је плаћао у целости рекламу и рабате које је СДЛ обрачунавао индивидуалним потрошачима. Из ових економских веза види се јасан паралелизам у интересима Ајриш шугара и СДЛ-а. Даље у одлуци наводи аргументе који говоре у прилог тврдњи да је дошло до злоупотребе тог положаја. Наиме, да би сачувао тржиште само за себе, Ајриш шугар је по мишљењу Комисије прибегавао различитим злоупотребама у понашању и то у периоду од 1985. године па надаље. На пример, спречио је свог конкурента АСИ (*ASI*) да добије француски шећер који је поморским путем послат у Ирску путем државне поморско линијске компаније (*B&I*). Некада је недозвољено понашање постојало у заједничким делатностима Ајриш шугара и СДЛ, али и у овом случају циљ је био исти – заштита тржишта на ком је пословао Ајриш шугар. Ајриш шугар и СДЛ су заједнички одредили рабате за увоз и извоз. Примењивали су политику селективних или дискриминаторских цена на тржишту на ком је пословао Ајриш шугар, у циљу ограничења увоза шећера из Северне Ирске у периоду од 1985. до 1988. године. Дискриминација је постојала и код одређивања извозних рабата јер су примењивани различити услови на трансакције исте врсте. СДЛ се споразумео са једним трговцем на мало и једним трговцем на велико да уместо нове врсте шећера коју је почело да производи предузеће АСИ, набаве ипак шећер који им је нудио СДЛ. Све је то Комисија окарактерисала као злоупотребу доминантног положаја, при

39 Одлука Комисије број 97/624/ЕС, донета 14. маја 1997. године.

чему је та злоупотреба делимично вршена заједнички, а делимично, као што је то био случај са спречавањем превоза од стране Ајриш шугара или разменом производа од стране СДЛ, вршена је само од стране једног субјекта. Произвођач шећера и његов дистрибутер, незадовољни одлуком Комисије, поднели су тужбу за поништај ове одлуке Првостепеном суду. У пресуди, Суд је потврдио одлуку Комисије у делу који говори о постојању вертикалног колективног доминантног положаја.⁴⁰ Ајриш шугар је покушао да се одбрани тиме да економске везе између њега и његовог дистрибутера нису имале дејство на деловање два предузећа као да су јединствени економски субјект, тако да став Комисије о њиховој заједничкој доминацији у малопродаји и на тржишту шећера у индустрији, не може бити прихваћен. Суд је одговорио да чак и ако се прихвати став да ова два предузећа нису представљала себе као колективног субјекта на тржишту, то их не спречава да буду заједнички доминантна на тржишту (*jointly dominant*). Осим тога што треба да постоје блиске везе између предузећа, те везе по мишљењу Суда морају бити такве да могу да доведу до усвајања јединственог понашања на тржишту, а овај услов је био испуњен.

Одлуком у овом случају Комисија је проширила појам колективне доминације на вертикалне односе и прихватила могућност да доминантан положај може бити злоупотребљен од стране једног предузећа, односно индивидуално (*individually*).⁴¹ Овај проширен појам колективне доминације прихватио је и Првостепени суд, док се Суд правде, одлучујући по жалби на одлуку Првостепеног суда, није изјашњавао о могућности индивидуалне злоупотребе колективног доминантног положаја.⁴²

Случај ирског шећера (*The Irish Sugar case*) садржи важно одређење, а то је да нису све наводне злоупотребе учињене од стране оба предузећа. По мишљењу Суда злоупотреба не мора нужно да буде дело свих предузећа у питању. Стога, предузећа која имају колективни доминантни положај могу да заједничким или појединачним понашањем врше злоупотребе тог положаја. Тиме су отворена врата новим могућностима у контролисању олигопола.⁴³ Од доношења ове пресуде Комисија и Суд добили су могућност да контролишу антиконкурентско понашање чак и ако се то понашање може утврдити само код једног олигополисте.

40 Предмет Т-228/97, *Irish Sugar plc. v. Commission* [1999].

41 Комисија је пронашла седам појединачних злоупотреба од стране Ајриш шугара на тржишту гранулисаног шећера намењеног за малопродају и за индустрију у Ирској.

42 Предмет С-497/99Р, *Irish Sugar v. Commission* [2001].

43 S. Stroux, *нав. дело*, стр. 107.

VI Закључак

У овом раду представљени су најважнији закључци Комисије и Суда ЕУ о колективној (олигополистичкој) доминацији с освртом на члан 82 УЕЗ. У Случају Бодсон, Суд је први пут решио дилему о могућности примене члана 82 на више од једног предузећа. Овај случај био је прва формална потврда да се члан 82 може применити на више од једног предузећа, мада су та предузећа тада морала да представљају део јединственог економског субјекта. Од Случаја италијанског стакла, појам колективне доминације односи се и на независна предузећа која су повезана економским везама. Овај случај је значајан и због тога што се у њему поставило питање да ли економске везе које сведоче о постојању колективне доминације могу имати неку другу форму осим споразума. У каснијој пракси Суд је помињао само споразум као економску везу потребну за утврђивање постојања колективног доминантног положаја, а о другим облицима није говорио. Ово питање је коначно решено тек у Случају Генкор⁴⁴ у ком је Суд установио да економске везе које постоје између предузећа и имају за последицу колективну доминацију, могу поред споразума и других формалних структурних веза, имати и облик олигополистичке међузависности, што је представљало значајну прекретницу у контролисању олигополистичког понашања.

У случајевима о поморским компанијама Суд је показао да споразуми који повезују ова поморска предузећа као чланице у поморским удружењима (конференцијама) могу бити довољна основа за стварање колективног доминантног положаја. За разлику од споразума који су у ранијој пракси били критеријум при утврђивању постојања колективне доминације, који су закључивани са циљем остваривања одређених користи формирањем овог положаја, споразумима поморских предузећа циљ је био други, али дејство споразума поморских предузећа било је исто дејству оних раније поменутих. Поступајући у складу са тим споразумима, поморска предузећа вршила су у већини случајева злоупотребу колективног доминантног положаја, а анализом праксе Суда ЕУ видели смо на које све начине су то чинили.

Случај ирског шећера донео је новину у развоју појма колективне доминације. Од овог случаја, јасно је да колективна доминација може бити утврђена и ако се предузећа налазе у вертикалном односу и што је још важније, колективна доминација може бити злоупотребљена од стране само једног предузећа, дакле индивидуално.

44 Предмет T-102/96, *Gencor Limited v. the Commission* [1999]. Овај случај је један од примера из праксе Суда ЕУ у ком је питање колективне доминације решено на основу Уредбе о спајањима (*European Council Merger Regulation*), а не на основу члана 82 УЕЗ.

Ставови Комисије и Суда о колективној доминацији, који су наведени у овом раду, не представљају заокружену целину у којој нема више простора за дефинисање нових појмова или измену раније дефинисаних. Развој појма колективне доминације још увек траје. Видели смо да је Суд више пута покушао да прошири значење појмова из члана 82 УЕЗ како би успео да подведе одређена понашања на тржишту под појам колективне доминације, али посезао је и за другачијим мерама. Једна од њих је контрола понашања на тржишту на основу Уредбе о спајањима, чиме се постиже превенција антиконкурентског олигополистичког понашања у случајевима концентрације предузећа на тржишту. Суду је остављен простор за тумачење зато што су у одредбама права Европске уније постављена само основна правила о појму колективне доминације. Постоји могућност да органи ЕУ правним нормама детаљније регулишу ово важно питање из међународне праксе. До тада шароликост ситуација које могу да се јаве у пракси тумачи Суд Европске уније.

Jovana ĐURIČIĆ, Master of Law

Doctoral Candidate

**Teaching Assistant, Higher School of Professional Business Studies,
Novi Sad**

DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF COLLECTIVE DOMINANCE THROUGH INTERPRETATION OF ARTICLE 82 EEC TREATY IN THE COURT OF THE EUROPEAN UNION PRACTICE

Summary

When it comes to the EU law, and in the majority of national law systems, economic entities are forbidden to abuse their dominant positions at the cost of other entities. It is possible that only one undertaking is in the dominant position, yet, it often happens that dominant position is taken up by two or more independent undertakings, economically related. The situation is called collective or joint or oligopolistic domination. It is very important to define the concept of the collective domination if one takes in consideration the fact that modern market economies are flooded with these oligopolistic structures. The development of this concept through the practice of the Court of the European Union has lasted four decades and it has not been ended yet. This paper deals

with the analysis of European Court of Justice practice in order to determine all the factors which have been needed, according to the comprehension of the Court, to be able to conclude that there has been a collective domination on the market in an actual case.

Key words: *competition, dominant position, collective dominance, oligopoly.*

УДК 346.548(497.11) ; 366.542(497.11)

Дамир ШИТЕ
Finance Consulting доо, Суботица

ПОТРОШАЧ ANTE PORTAS

Резиме

Раг се бави йриказом неких од измена које нови Закон о зашћини йоћрошача уноси у однос йрћовац-йоћрошач.

У йрвом делу йисац се бави йићањем йравне йрансйланћације, са йосебним осйврћом на ућићај йрава ЕУ на наше новије йозићивно йраво, йе йоследићама које би нови некрйћички манир законодавца у йреузимању одредби йрава ЕУ моћао имаћи на наше друћйво.

У друћом делу йисац се бави конкретним решењима новој Закона о зашћини йоћрошача која, за разлику од досадашњеј схваћања односа ућоворних сйрана, йоћрошачу, као слабијој ућоворној сйрани, додељују сйаћус йривилећованој ућоварача и моћћим йоследићама до којих йаќва ућоворна йозићија йоћрошача може да доведе.

Кључне речи: *йоћрошач, йрћовац, Закон о зашћини йоћрошача, йраво ЕУ, йравна йрансйланћација.*

I Увод

Општепозната карактеристика уговорног односа трговца и потрошача је факћичка неједнакост тих двеју уговорних страна.

У прилог наведеној тврдњи се често наводи да је трговац извежбани професионалац који је наведени уговорни однос самостално конструисао, при чему се потрошачева „аутономија воље“ своди на слободу

избора трговца са којим ће одређени уговорни однос закључити (под претпоставком да такав избор на датом тржишту постоји), односно да дати уговор уопште закључи или не. Врло често је све остале одредбе наведеног уговорног односа виспреди трговац већ унапред великодушно уготовио.

Овакво стање ствари је готово неминовна животна чињеница, против које није могуће учинити скоро ништа, а да се не наруше вредности које су је изнедриле – као што је слобода потрошача да, у циљу задовољења својих најразноврснијих потреба, улази у уговорне односе по свом слободном избору, или са друге стране, принцип отвореног тржишта у коме се трговци међусобно утркују како би дошли до сваког новог потрошача.¹

Кад год наиђе на очигледну несразмеру у односу делова од којих је састављено, задатак је друштва да такве несразмере путем својих правних правила уреди како би фактичке *аномалије* свео на подношљиву меру.

Такав задатак ставља пред себе и наш најновији Закон о заштити потрошача, објављен у „Службеном гласнику РС“ бр. 73/2010, дана 12.10.2010. (у даљем тексту: ЗЗП), чија је примена почела 1. јануара ове године.

Није потребно нарочито извежбано око да се *prima facie* уочи како нови ЗЗП припада „новијој генерацији“ наших законских текстова. Оно по чему се ова „новија генерација“ наших закона разликује од пређашњих је свакако интересантна појава транслитерализације² одредби *acquis communautaire* у наше позитивно право.

1 Ваљало би приметити да ужурбани потрошачи, опет, врло често као муве без главе, хитају управо оним трговцима где се „цела ствар може решити“ у што краћем временском периоду, при чему је евидентна њихова не ретка непромишљеност, те олаки приступ адекватном информисању о сваком аспекту уговорног односа у који стреме да закораче.

2 Када преводиоци желе да објасне свој занат, они ће вам рећи како превођење *није* транслитерализација (замена одређене речи из полазног језика адекватним значењским паром у циљном језику), као ни парафразирање, већ нешто између та два: пренос „обавјести“ (како се иста „дојми“ у уху примаоца обавјести на изворном језику) у циљни језик, са тежњом да се код оба примаоца „обавјести“ провозира идентичан утисак (упореди: Владимир Ивир, *Теорија и техника превођења: уџбеник за њрву јодину њозивноуслереној образовања и васпишања средњеј сџуиња ѓреводиличке сџруке*, Карловачка гимназија, Сремски Карловци, 1978).

II Правни транспланти

1. Развој права

Термин правна трансплантација описује феномен „позајмљивања“ општих правних правила од других држава.

Пракса преписивања туђих нормативних решења није новијег датума и није резервисана само за наше поднебље. Нико озбиљан не оспорава далекосежни утицај које је римско право одиграло на уређење готово свих племена која су ономад прошла кроз „врата народа“, међу која се, свакако, и ми убрајамо. Иако за *actio Pauliana* још увек нисмо нашли адекватни назив на српском језику,³ нема правника у Србији који дати институт не би назвао и нашим и неопходним у нашем правном систему.

Двадесетих година XIX века, када се у Књажевини Србији приступило раду на законима, на наговор чувеног Димитрија Давидовића се за узор савременог српског грађанског права требао узети Наполеонов *Code civil des Français*. Касније, Горан Хаџић се приликом израде Српског грађанског законика из 1844. године, добрим делом ослања на решења Аустријског грађанског законика.⁴ Исти тај Српски грађански законик је био примењиван цео век након његовог настанка, па се, чак, добар део одлука судова друге Југославије заснивао на његовим одредбама захваљујући чувеном члану 4 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, из 1946. године.

2. Привредно право

Правна трансплантација је нарочито присутна у сфери привредног права, рецимо у случају законског уређења области попут заштите конкуренције, заштите потрошача, права интелектуалне својине, и овима слично.

Сматра се да „ресавска школа“ у сфери привредно-правне регулације ствара много мање контроверзи од преписивања у сфери уставног, управног или, рецимо, породичног права. Оваква тврдња, на први поглед, делује уверљиво, имајући на уму да захтеви за ефикасношћу, стабилношћу или тржишној предвидивости, као неким од основних начела у сфери привредног права, не задиру много у социолошку и кул-

3 Обрад Станојевић, *Римско право*, девето издање, Београд, 1997, стр. 10.

4 Осим Аустријског грађанског законика (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) из 1811. године, Хаџић се ослања и на *Закономправило* Растка Немањића, као и српско обичајно право.

турну димензију друштва у којима се примењују, како би то био случај са, рецимо, прописима у сфери породичног или наследног права.

Наведеној тврдњи се не може много приговорити и она заиста указује на озбиљну функционалну разлику између регулације у сфери привреде и других сегмената друштвеног живота.

Међутим, лично се не могу отргнути утиску да се инсистирањем на преписивачкој пракси, ако ништа друго, остварује ефекат суптилног уцењивања, имајући на уму да је глобално тржиште још увек у доброј мери под контролом западних друштава, те је, у неку руку, обавеза друштава у развоју⁵ да пригрле законска решења управо тих развијених држава (као и њихово тумачење права), не би ли на тај начин били прихватљиви(ји) актери на том истом тржишту.⁶

3. Транслитерализација – нови манир нашег законодавца

Преузимање правних правила од других држава или система држава (какав је случај са правом ЕУ) подразумева уређење одређеног друштвеног односа на начин на који је он уређен у тим ентитетима.

Као што је раније већ указано, пракса преписивања норми није новијег датума и може се рећи да је стара колико и само законодавство. Чак су и римски правници преузимали правне институте других народа.⁷

Да је ова пракса исто толико и наша колико и туђа, навели смо на примерима законодавства нововековне српске државе.

Међутим, за разлику од ранијих правних трансплантација, у последње време се у раду нашег законодавца открива један сасвим неочекиван манир „изражавања“. Наиме, законски текстови који се тренутно усвајају у Народној скупштини Републике Србије, врло често, нису

5 Говорећи на овогодишњем Светском економском форуму, који се сваког јануара традиционално одржава у Давосу, Нуријел Рубини (познат по томе што припада групи од неколицине економиста који су предвидели актуелну економску кризу) је „приметио да би израз ‚у развоју‘ требало заменити јер више не одговара величини и динамици Кине, Индије, Бразила, Вијетнама и других“. На истом скупу су економије Кине и Индије наступиле као економије у узлету – преузето од Ивана Јанковић, „Рецепти за последице кризе“, *НИН*, бр. 3136, од 3.2.2011, стр. 69.

6 Истини за вољу, још увек није јасно каква је улога друштвима у развоју намењена од стране западних испицијената, али се иста може релативно лако утврдити уколико се узму у обзир постулати на којима тржишна економија почива.

7 „Под утицајем овог правног система (*ius gentium*), чије норме почињу да продиру и у *ius civile*, римско грађанско право је постало мање формалистичко и апстрактно. Оно усваја институте других народа, међу којима литерарне контракте, хипотеку, начело опште хаварије (*lex Rhodia de iactu* – закон са острва Родоса о избаченим стварима са брода).“ О. Станојевић, *нав. дело*, стр. 50.

ништа друго до транслитеровани текстови норми права ЕУ, који се (без неке нарочите анализе утицаја који би могли да остваре) калеме у наш правни систем, остављајући у потпуности по страни социолошке, културне и све друге утицаје које правна правила, с обзиром на то да су она, колико год то нестварно звучало, саставни део друштва ком припадају, могу и сасвим сигурно хоће остварити у друштву у коме се примењују.

Дакле, основни проблем транслитерованих законских текстова је тај да он у потпуности изоставља из вида да правна норма поред оне семантичке, у себи неминовно носи и културну, социолошку, историјску, и свакако политичку димензију деловања. Овај недостатак транслитерованих норми је нарочито изражен у нашем новом Закону о заштити потрошача.

III Закон о заштити потрошача

1. Привилеговани уговарач

Нови Закон о заштити потрошача у наш правни систем уводи до сада непознати институт, који ћемо за потребе овог штива назвати положај „привилегованог уговарача“.

а) Уговорне стране ио ЗОО

По нашем досадашњем схватању односа страна у облигационом односу (на основу члана 11 Закона о облигационим односима), дати однос је без обзира на „формат“ његових страна, био равноправан. Након што је утврдио начелни став о њиховој равноправности, ЗОО није занемаривао фактичку разлику снага између уговорних страна које ми данас називамо *трговац* и *потрошач*.

Тако је ЗОО низом својих како општих начела, тако и конкретним одредбама, уређивао однос те две уговорне стране на начин на који се слабијој уговорној страни (односно потрошачу), осигурава третман у складу њеним вештинама и снагом, остављајући јој довољно маневарског простора да у случају да је на недозвољен начин била „увучена“ у уговорни однос са трговцем, од истог имала начина да се ослободи.⁸

При одређењу дејства ћутања понуђеног на закључење уговора, чл. 42 ЗОО утврђује да ћутање понуђеног не значи и прихватање понуде. Оваквом одредбом ЗОО штити потрошача од прилично распрострањене праксе међу трговцима да у својим понудама наведу тобож обавезујућу

8 Види: Марко Ђурђевић, „Заштита потрошача према општим правилима о закључењу уговора“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 271–286.

клаузулу по којој се на њихову једнострану понуду ћутање понуђеног (потрошача) сматра прихватањем понуде.

Својим одредбама о манама воље, ЗОО је заштитио потрошача од уговора који, иако закључен, не одражава на прави начин вољу коју је исти исказао у тренутку када је спорни уговор закључио.

У случају када се уговор закључује на основу унапред припремљеног образаца или формулара, ЗОО полази од становишта *in dubio contra stipulatorem* (чл. 100 ЗОО).

Исто тако, потрошач је у сваком тренутку властан да затражи да се утврде ништавим оне одредбе општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, односно да од суда затражи да одбије примену појединих одредби општих услова које је лишавају права да стави приговоре, на основу којих губи права из уговора или губи рокове, или су иначе неправичне и претерано строге према њој (чл. 143 ЗОО).

Када законодавац једној уговорној страни стави на располагање могућност да по закљученом уговорном односу ништи поједине одредбе тог односа због тога што су исте *иpоштивне самом циљу закљученог уговора, добрим пословним обичајима, неправичне или иpеишерано сипроје иpема њој*, не могу се отргнути утиску да јој је тиме дао бланко могућност да да машти на вољу и оспори готово све што жели јер је растегљивост наведених формулација евидентна сама по себи.

Међутим, и поред очигледне фаворизације слабије уговорне стране, коју ми данас зовемо потрошач, Закон о облигационим односима не чини грешку да јој *ipso iure* успостави правни положај привилегованог уговарача, и тако наруши основне принципе облигационих односа, како их наше право „одвајкада“ разуме.

б) Потрошач и Закон о заштити потрошача

За разлику од полазног начела равноправности страна у облигационом односу (како је то утврђено поменутиим чл. 11 ЗОО), наш нови Закон о заштити потрошача (ЗЗП) не дефинише начелни положај потрошача према другим субјектима са којима долази у правни однос (који је по природи ствари готово увек облигациони), а нарочито не дефинише однос *потрошача и иpивоца*, као своја два „антипода“.

У свом првом члану нови ЗЗП за свој предмет одређује искључиво уређење а) основних права потрошача, б) услова и средстава заштите потрошача, в) права и обавеза колективног организовања потрошача (удружења и савези), г) успостављање система вансудског решавања

потрошачких спорова и д) права и обавезе државних органа у области заштите потрошача. Овако побројани каталог области које ЗЗП уређује као да намерно „прећуткује“ питање односа потрошача и трговца иако, чини се, управо тај однос ЗЗП жели да регулише.

На основу наведеног долазимо до закључка да се начелни однос потрошача и трговца по ЗЗП-у може разумети само посредно, на основу конкретних одредби којима ЗЗП тај однос уређује.

У циљу илустрације тог односа позабавимо се једним конкретним примером. Међу уводним одредбама Закона (чл. 3 ст. 4 ЗЗП) налазимо ону по којој понуда за закључење уговора коју потрошач даје трговцу не обавезује потрошача да понуду одржи, осим ако законом није другачије прописано, чиме се досадашње одредбе ЗОО-а о дејству и року обавезивања понуде (чланови 36 и 37 ЗОО) у случају закључења тзв. *поптрошачких уговора* ниште поменутом одредбом ЗЗП-а као својеврсног *lex specialis*-а, а потрошач као једна од уговорних страна се снабдева одређеним привилегијама у том уговорном односу.⁹

Овакво решење доводи до неколико недоумица. На пример, поставља се питање да ли наведеном одредбом ЗЗП-а утврђено право потрошача по коме је властан да ничим изазван своју понуду изнету трговцу повуче, и даље овлашћује трговца да, у складу са чл. 30 ст. 2 ЗОО захтева накнаду штете од потрошача (уколико се утврди да је потрошач водио преговоре за закључење уговора без намере да сам уговор закључи), или се то право трговца потиरे на основу потрошачевог права да га понуда за закључење уговора дата трговцу не обавезује да дату понуду и одржи.

Такође, поставља се питање да ли ово ново право потрошача овлашћује да своју вољу изјављује *неозбиљно*, или се на њега још увек односи одредба чл. 28 ст. 2 ЗОО да воља за закључење уговора мора бити учињена озбиљно. Чини се да наведена одредба ЗЗП-а потрошачу дозвољава *неозбиљности* приликом изражавања намере за закључење уговора, као и *неодговорности* за *штећу* коју својим таквим држањем причини трговцу јер његово новоустановљено право не произлази из било какве доложне радње трговца већ је потрошачу дато као својеврсна сталешка привилегија која произлази из његовог статусног положаја.

в) Критика формалне једнакости њед законом

У духу коректности мора се напоменути да нису ретки гласови који све чешће нападају нормативна устројства савремених друштава

9 Види: Радован Д. Вукадиновић, „*Pacta non sunt servanda* и право на повлачење потрошачког уговора у праву ЕУ“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 257–270.

тврдећи да је једнакост пред законом само пуки формализам који не узима у обзир имовинске, културне, полне и друге разлике међу људима, тражећи да се у наше правне системе уведу и критеријуми засновани на управо наведеним разликама у друштву.¹⁰

Наравно, наведени ставови су се и раније могли чути међу мислиоцима, па је тако још Маркс својевремено критиковао формалну једнакост пред законом, чији став је најпластичније реформулисао и чувени нобеловац А. Франс, познат по реченици да закон у својој великодушности „забрањује и богатима и сиромашнима да спавају под мостовима, просе по улицама и краду хлеб“.¹¹ Другим речима, чини се да неке савремене тенденције развоја права, сликовито речено, од богиње правде Јустиције траже да скине повез са очију захтевајући од Ње да приликом одмеравања правде узме у обзир „сталешку припадност“ страна у спору које су се пред Њом нашле.

Транзициона друштва, попут нашег, су чини се нарочито пријамчива за наведене ставове. Наиме, не тако давно се и код нас презирао грађанско-правни формализам као рецидив буржоазије (тог класног непријатеља радничке класе), који је, тада, замењен државном бирократијом снабдевенем великим дискреционим овлашћењима у циљу стварања идеалног друштва, а све под геслом: „није важна форма, важна је суштина ствари“. Тако се стварањем правне категорије *привилегованој уговарача* (у циљу задовољења „стања на терену“), долази до продужетка раније борбе суштине над формом, па је и у чисто процедуралном смислу, по писцу овог рада, такав захват, у циљу елементарне једнакости свих пред законом, недопустив.

Овакво уређење односа *попрошача* и *привоца* је пут за стварање нашминканог „апартхејда“ по коме ће се одређеним субјектима права признавати „урођена“ надмоћ у односу на друге правне субјекте са којима ступа у правне односе. Управо се такав концепт правде уводи у наш правни систем стварањем привилегованог уговарача кроз институцију *попрошача* који је, захваљујући „сталежу“ коме припада, ослобођен обавезе, како ћемо управо видети, да доказује своје наводе пред судом, већ се исти *a priori* прихватају као тачни.

Остаје нам да се надамо да потрошачи неће нарочито често, као у популарној причи, викати да долази вук.

10 Види: Слободан Дивјак, „Деструкција легализма“, *НИН*, бр. 3138, од 17.2.2011, стр. 60.

11 *La majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain.* Anatole France: *Le Lys Rouge*, поглавље VII.

2. Презумпција кривице

Осим позиције „привилегованог уговарача“, још једна од радикалних новина коју ЗЗП уводи у наш правни систем је пребацивање терета доказивања о постојању одређених пропуста у односу трговца и потрошача на трговца, уместо досадашње праксе да онај ко одређену тврдњу изнесе мора и да је докаже.

У овом раду ћемо се позабавити са два таква случаја: пропусти у обавештавању потрошача и пропусти у сфери непоштеног пословања.

а) Обавештавање потрошача

У сфери која се бави обавештавањем потрошача нови ЗЗП тактивно прописује дужности трговца у сфери истицања цене, издавања рачуна, дужности обавештавања пре закључења уговора, обавештавања о евентуалним додатним трошковима и о начину плаћања.

Члан 16 ЗПП-а, у свом првом ставу, у девет тачака наводи врсте информација о којима је трговац дужан да на јасан и разумљив начин обавести потрошача, те у ставу 4 истог члана прописује да у случају да трговац и потрошач закључе уговор, подаци које је трговац саопштио потрошачу постају саставни део закљученог уговора. Терет доказивања извршења обавезе обавештавања потрошача о наведеним подацима сноси трговац.

Оваквом одредбом нови ЗЗП потрошачу даје за право да (без икакве обавезе да ту своју трдњу докаже) истакне приговор да је трговац пропустио да га обавести о подацима наведеним у чл. 16 ст. 1 ЗПП-а, и да уколико трговац није на нарочити начин осигурао доказе да такву тврдњу потрошача побије, исти сноси последице до којих такав пропуст доводи.

Последњи став чл. 16 ЗЗП-а утврђује да у случају да трговац није у могућности да докаже да је испунио своју обавезу обавештавања потрошача, потрошач има право да захтева поништење уговора, независно од тога да ли је трговац имао намеру да га пропуштањем обавештавања наведе на закључење уговора. Оваквом одредбом нови ЗЗП уводи још један основ рушљивости уговора (поред оних набројаних у чл. 111 ЗОО – када га је закључила страна ограничено пословно способна и кад је било мана у погледу воље страна). На овај начин ЗЗП осигурава потрошачу могућност да исходује поништење уговора који је закључила са трговцем, и последице које прате поништење (чл. 113 ЗОО), без тога да је трговац имао намеру да потрошача преваром или на неки

други забрањен начин наведе на закључење спорног уговора. Оваквим решењем нови ЗЗП обесмишљаје начело пословања у доброј вери (*bona fide*) између трговца и потрошача, те једну друштвену аномалију замењује другом.

б) *Непоштено пословање*

Одредбе новог Закона о заштити потрошача којима се уређује питање непоштеног пословања представљају готово у целини транслитеровани текст Директиве 2005/29/ЕЗ, од 11. маја 2005. године.¹² Осим што се налазе у уводним одредбама Закона (у чл. 5 ЗЗП-а у ком се објашњава значење појединих његових израза, преузето из чл. 2 Директиве), одредбе наведене Директиве се превасходно могу пронаћи у глави III Закона (чл. 19–27 ЗЗП-а) насловљеној Непоштено пословање.

Интересантно је приметити да је приликом припреме текста ЗЗП-а предлагач волшебно изоставио одредбу чл. 3 ст. 2 Директиве 2005/29/ЕЗ, која се бави питањем опсега деловања саме Директиве, а по којој је она „без предрасуда у односу на уговорно право, нарочито правила о пуноважности, закључењу или дејству уговора“¹³ (превод писца).

Члан 19 ст. 1 ЗЗП-а прописује забрану непоштеног пословања. У другом ставу истог члана ЗЗП прописује да трговац сноси терет доказивања тачности података у вези са производом који је дао пре, за време и након закључења уговора. На крају би требало још нагласити, да када описује обмањујуће пословање (чл. 21 ЗЗП), Закон прописује да оно обухвата и стварање општег утиска којим се просечни потрошач наводи да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, без обзира на тачност обавештења која су му дата.

С обзиром да је на основу чл. 19 ЗЗП-а терет доказивања о тачности података у вези са производом на трговцу, чак и да трговац успе да докаже да су подаци које је изнео тачни, поставља се питање да ли ће успети да оповргне наводе потрошача да је дате податке изнео на начин којим је створио општу слику код просечног потрошача да исти донесе економску одлуку коју иначе не би донео. Уколико му то не пође за руком, трговац је, чак и када је потрошачу дао тачне податке о производу, пословао непоштено.

12 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council, 'Unfair Commercial Practices Directive', *Official Journal of the European Union*, No. L 149/22, June 11th, 2005

13 *This Directive is without prejudice to contract law and, in particular, to the rules on the validity, formation or effect of a contract.* Article 3.2, Directive 2005/29/EC.

3. Критика новог Закона о заштити потрошача

Наш нови Закон о заштити потрошача, како је то већ речено, припада групи транслитерованих правних правила, чији је основни недостатак занемаривање утицаја док ког може доћи услед неравнотеже између *садржаја њравне норме и друштвене стварности*.¹⁴

Уколико се позабавимо само двема горе наведеним новинама које нови ЗЗП уводи у наш правни систем – институт привилегованог уговараца и презумпцију кривице трговца – апстрахујући их у нашу друштвену стварност, не могу се отргнути утиску да ће утицај таквих законских решења резултирати погубно како на трговце тако (истина посредно) и на потрошаче.

Директиве ЕУ које су популарном *copy-paste* техником доспеле у наш нови ЗЗП су настајале дужи период времена, као реакција држава чланица ЕУ на друштвене односе које је, по мишљењу нормативног апарата ЕУ, требало уредити на начин на које то дате директиве чине. Међутим, надам се да није неопходно доказивати да друштвена реалност држава чланица ЕУ (или бар оних њених „гласнијих“ делова) и наше државе стоје у готово дијаметрално супротном односу када се у обзир узме положај главних субјеката чије односе ЗЗП регулише.

а) Трговци

Иако је назначајнији субјект ЗЗП-а свакако потрошач, овом приликом ћемо кренути од положаја трговца. Данас је, чак и онима који немају ни основна знања о економији, јасно да је наша привреда у изразито неповољном положају. Основни проблеми са којим се она сусреће су свакако неликвидност и неконкурентност.

ЗЗП у својој „перцепцији“ трговца има привредни субјект снабдевен јаким апаратом заштите својих интереса, кроз тим стручњака у сфери маркетинга, права, економије, те таквом *трговцу* супротставља *потрошача*. Свако иоле интеллигентан зна да то никако није случај са привредним субјектима у Србији. Са изузетком једног малог броја изразито „јаких“ привредних друштава, наш просечан „трговац“ је власник друштва са ограниченом одговорношћу, са уписаним основним капиталом од 500 евра (и уплаћеним основним капиталом од 250 евра), претежном делатношћу у сфери трговине и услуга, превасходно окренут

14 „Да би усвојене правне норме могле дуго да трају, морају задовољити низ услова. Међу тим условима, свакако је и тај да правна правила, односно њихов садржај, морају бити у сагласности с конкретном друштвеном стварношћу, односно она морају уважавати, како би се то рекло, социолошке чињенице.“ Слободан Вуковић, *Корупција и владавина њрава*, Београд, 2003, стр. 47.

унутрашњем, и то најчешће локалном тржишту, са вишом, високом или средњом стручном спремом. Пре упуштања у „приватни бизнис“ је дуго година радио исти или сличан посао у неком од државних-друштвених предузећа или наставља породични приватни посао. Запошљава до десетак радника, од којих већи број на одређено време, са минималном зарадом и средњом стручном спремом. Најважније од свега је да наш просечни трговац, услед опште неликвидности, врло тешко послује и у циљу свог опстанка на тржишту у обавези је да трошкове свог пословања сведе на апсолутни минимум.

б) *Потрошач*

Основна разлика између потрошача у земљама ЕУ и Србији је да је наш просечни „потрошач“ (онај са извесним примањима) пензионер који има породичну улогу „касе узајамне помоћи“ за своју децу и унуке чија примања у највећој мери зависе од припадности странци која је тренутно на власти (и док је на власти). Код оних „аполитичних“ је извесност стабилног запослења нешто већа од извесности да добију на лутрији. Примања са којима располаже нису довољна да намири ни половину својих потреба.

Исто тако, на своју велику несрећу, наш потрошач је у свом развојном путу морао да изнађе најразноврснија решења у циљу превазилажења великих друштвених поремећаја као што су били ратни распад друге Југославије, економска блокада треће Југославије која је резултирала систематским настојањима власти на измештању легалних токова протока робе на нелегално тржиште (па је цела држава постала једна велика „бувља пијаца“), те након петооктобарских промена постепено стварање козачко-феудалне државне управе, чија је основна преокупација продаја „породичног сребра“ у циљу куповине резултата следећих избора.

Наш потрошач никако не одговара перцепцији коју о њему има ЗЗП, јер га исти, у суштини, доживљава као „немислећи вишећелијски организам“¹⁵, што наш потрошач свакако није.

Све наведено говори у прилог чињеници да се доследном применом новог ЗЗП-а врло брзо можемо доћи до ситуације да ће у нашој друштвеној стварности појавити ново радно место – „професионални потрошач“ – чији ће радни задаци бити изражавање намере за закључење потрошачког уговора, очекивање исплативог пропуста од стране тргов-

15 Надена кованица није мој изум, већ сам је имао прилике чути на неком од излагања младих беседника студената Правног факултета Универзитета у Београду. Моје похвале аутору.

ца, судско (или вансудско) издејствовање новчане користи од таквих пропуста (која се утврђује на основу кратке *cost-benefit* анализе о исплативости реституције и/или накнаде евентуалне штете), а у случају да до исплативог пропуста трговца не дође, позивање на чињеницу да понуда коју је дао трговцу на закључење уговора, потрошача не обавезује да ту понуду и одржи.

IV Закључак

Преузимање напредних законских решења од других држава или правних система је свакако један од начина развоја права. Најпластичнији позитиван пример такве праксе је свакако утицај римског права на касније правне системе.

Наш законодавац се често користио овом праксом и кроз историју, на мање или више успешан начин, успео да прилагоди нормативна решења других народа захтевима своје друштвене реалности. Оно што је, вероватно, најупечатљивија пропратна појава припреме оних дуговечнијих закона у нашем правном систему је свакако дужи период времена који је био неопходан за њихово стварање. Да се предлози закона више не припремају на начин на који то законима приличи видимо и из чињенице да је, рецимо, управо на неким од јавних расправа организованих пред доношење новог Закона о заштити потрошача, главна преокупација државних секретара била оправдавање преводилачких лапсуса који су се поткрали у текст предлога Закона.

Законски текстови се не могу припремати на начин на који лоши студенти припремају своје семинарске радове, па *copy-paste* техником некритички пребацују целе пасусе у своје „елаборате на задату тему“. Бар то није био манир, рецимо, Михаила Константиновића при изради Скица за законик о облигацијама и уговорима, из којих је касније настао наш Закон о облигационим односима. О томе толико.

Нови Закон о заштити потрошача уопште не узима у обзир друштвену реалност коју жели да уреди. Однос трговац-потрошач у Србији ни најмање не подсећа на исти тај однос у земљама ЕУ. Успостављањем класне неједнакости између трговца и потрошача се, у одсуству других извора прихода, омогућује отварање сезоне „лова на плен“ којим ће потрошачи загушити трговце који су већ махом неспособни да се носе са својим текућим обавезама. Стварање нове обавезе опреза према потрошачу у условима опште неликвидности и отежаног пословања својственог плитким тржиштима као што је наше, ће само довести до ликвидације или тзв. „аутоматског стечаја“ великог броја малих при-

вредних друштава (који и даље збирно чине највећег послодавца у Србији), што ће, неминовно, довести до губитка радних места.

Имајући на уму Бентамово правилно запажање да за правнике-практичаре нема и не може бити разлике између права какво *јесће* и какво оно *ићеба да буде*,¹⁶ доследном применом одредби новог ЗЗП-а ћемо доћи у ситуацију по којој је могуће кажњавати трговца не због његовог пословања на недопуштен или забрањен начин, већ услед његове немогућности доказивања да је увек и у свему удовољио захтевима ЗЗП-а (без обзира да ли је дате услове заиста и испунио) и без обзира да ли је у свом односу са потрошачем настукао на непоштен начин.

У таквом врзину колу су можда потрошачи заштићени од трговца, али очигледно не и од себе самих. Наиме, потрошач је потрошач само док има новца који може да „потроши“. Дакле, без сталног прихода нема ни потрошача.

Законска презумпција наивности и простодушности једног целог „сталежа“ у друштву – staleжа потрошача – у односу на препреденог трговца, се на нашим просторима није видело још од како смо кокетирали са диктатуром пролетаријата и недодирљивошћу самоуправљача.

Можда карикирано, али стичем утисак како би неки нови Светоније могао да забележи како се приликом сусрета са потрошачем наши трговци свом „антиподу“ морају обраћати речима: *Ave Consumptore, morituri te salutant!*

Damir ŠITE

In-House Counsel at Finance Consulting DOO, Subotica

CONSUMER ANTE PORTAS

Summary

The article attempts to present some of the provisions altering the relationship between the trader and the consumer, as stipulated by the new Serbian Consumer Protection Act.

In the first part, the author deals with the issues related to legal transplantation, with special insight on the influence of the EU law on Serbian modern legislation practices and the possible consequences of non-critique implementation of EU law provisions on Serbian society.

16 Jeremy Bentham, „A Commentary on Mr Humphreys’ Real Property Code“, *The Works of Jeremy Benhtam*, Volume V, Edinburgh, 1843, стр. 389.

In the second part the author highlights several examples from the new Serbian Consumer Protection Act which (contrary to current understanding of the contract parties' position) establishes a privileged contractor capacity for the consumer, as the weaker party, examining some possible consequences that such position might lead to.

Key words: *consumer, trader, Consumer Protection Act, EU law, legal transplantation.*

ПРИЛОЗИ

др Душан ПОПОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ХРОНИКА ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

I Усвојене нове уредбе ЕУ о групном изузећу хоризонталних споразума и смернице о хоризонталним споразумима

Европска комисија усвојила је 14. децембра 2010. године две уредбе о групном изузећу хоризонталних споразума, као и одговарајуће смернице о хоризонталним споразумима. Уредбе су ступиле на снагу 1. јануара 2011. године. Током прелазног периода у трајању од две године, споразуми који су испуњавали услове за изузеће прописане уредбама бр. 2658/2000 и 2659/2000, које су биле на снази до краја 2010. године, а који нису сагласни новоусвојеним уредбама, биће изузети од забране рестриктивних споразума све док испуњавају услове за изузеће прописане „старим“ уредбама.

Новоусвојена уредба бр. 1217/2010 о групном изузећу споразума о истраживању и развоју¹ се од уредбе бр. 2659/2000 разликује пре свега по пољу примене, које је проширено тако да укључи и тзв. истраживање по наруџби, где једна страна само финансира активности на пољу истраживања и развоја које друга страна предузима. Захваљујући томе, обе стране у једном истраживачком пројекту могу уживати групно изузеће на основу ове уредбе, иако само једна страна продаје у ЕУ производе у вези са којима је закључен уговор, на основу искључиве лиценце. Најчешће друга страна има право да продаје такве производе ван граница Европске уније. Када је реч о новоусвојеној уредби бр. 1218/2010 о групном изузећу споразума о специјализацији²

1 *Сл. лист ЕУ*, бр. L335 од 18. децембра 2010. године, стр. 36.

2 *Сл. лист ЕУ*, бр. L335 од 18. децембра 2010. године, стр. 43.

ваља истаћи да ће се она примењивати чак и случају да једна од страна само делимично престане са производњом одређеног производа, тј. мањи обим производње. То ће, на пример, омогућити учеснику споразума о специјализацији који има две фабрике у којима производи одређени производ, да затвори једну, евентуално је да у закуп, и да ипак буде изузет од забране рестриктивних споразума. Поред тога, у случају да је споразум о специјализацији закључен у вези са полупроизводом који ће једна или више уговорних страна користити за производњу финалног производа на „силазном“ тржишту,³ уредбом се прописује додатни критеријум – удео на „силазном“ тржишту не сме премашити 20%. Уколико би се уредбом прописали максимални удели само у односу на тржиште полупроизвода, занемарио би се неспорни утицај који би споразум о специјализацији имао и на „силазно“ тржиште, на коме је полупроизвод неопходан за производњу финалног производа.

Европска комисија усвојила је и смернице о хоризонталним споразумима,⁴ које су посебно значајне за учеснике на тржишту, јер садрже бројне примере примене правила конкуренције ЕУ на хоризонталне споразуме. Нове смернице су писане посебно имајући у виду прелазак на систем „самопроцењивања“ споразума од стране лица која су га закључила, тј. напуштања система обавезне нотификације рестриктивних споразума. С обзиром на значајан задатак који имају учесници у таквим споразумима – да процене да ли је споразум забрањен у смислу чл. 101, ст. 1 Уговора о функционисању ЕУ, односно да ли су испуњени услови за изузеће у смислу чл. 101, ст. 3 Уговора односно одговарајуће уредбе о блок-изузећу – смернице треба да понуде јасне критеријуме за „самопроцењивање“. У смернице о хоризонталним споразумима унето је ново поглавље о размени информација, а поглавље о стандардизацији је значајно измењено. Правилима о стандардизацији жели се постићи да поступак успостављања индустријских стандарда буде у складу са начелима слободне конкуренције, као и да крајњи корисници, када индустријски стандард буде усвојен, имају једнак приступ заштићеној технологији. То се постиже прописивањем тзв. FRAND услова (енг. *fair, reasonable, non-discriminatory*). Правила о стандардизацији су и уведена јер је у пракси примењено коришћење различитих тактика од стране титулара патената. Често привредна друштва не откривају да су титулари патената све док читав сектор не постане завистан од заштићеног проналаска, а потом одбијају да закључе уговоре о лиценци или потражују изузетно високе накнаде за коришћење заштићеног проналаска. Како Европска комисија не би оспоравала споразум о стандардизацији, уговорне стране би требало да поштују одређене

3 Тржиште на нижем, следећем ступњу производног или дистрибутивног ланца.

4 *Сл. лист ЕУ*, бр. С11 од 14. јануара 2011. године, стр. 1.

критеријуме, наведене у Смерницама: 1) поступак усвајања новог индустријског стандарда мора бити слободан и отворен за све учеснике на тржишту; 2) мора постојати такав степен транспарентности који омогућава заинтересованим странама да се информишу о будућим активностима, онима које су већ обављене и онима које су у току, а нарочито о чињеници да ли будући индустријски стандард подразумева коришћење заштићеног проналаска; 3) мора се водити уједначена политика заштите интелектуалне својине, што подразумева да сви титулари права интелектуалне својине који желе да њихова заштићена технологија постане део индустријског стандарда морају да се обавежу да ће одобравати лиценце под недискриминаторним условима (FRAND условима). У Смерницама је истакнуто да једнострано *ex ante* откривање најрестриктивнијих услова под којима ће бити одобрена лиценца у случају да одређени заштићени проналазак постане индустријски стандард *по правилу* није штетно по слободну конкуренцију (в. тачку 299 Смерница). После бројних негативних коментара изнетих током јавне расправе о предлогу Смерница, Европска комисија изричито је у тачки 279 навела да непридржавање критеријума изнетих у Смерницама у вези са споразумима о увођењу новог индустријског стандарда не производи претпоставку да споразум нарушава конкуренцију у смислу чл. 101, ст. 1 Уговора о функционисању ЕУ. То, међутим, значи да уговорне стране треба да приступе „самопроцењивању“ споразума, тј. треба да оцене да ли споразум нарушава конкуренцију у смислу чл. 101, ст. 1 Уговора и, ако је то случај, да ли су испуњени услови за изузеће у смислу чл. 101, ст. 3 Уговора. У тачки 279 Смерница, Европска комисија подсећа да постоје различити модели успостављања индустријских стандарда и да је конкуренција између тих модела пожељна. У том смислу, организације за стандардизацију могу усвојити другачија правила од оних описаних у Смерницама, под условом да не нарушавају слободну конкуренцију.

Смернице садрже ново поглавље о размени информација у коме се размена индивидуализованих информација о будућој, планираној цени или количини одређеног производа означава као понашање подобно да доводе до ограничавања конкуренције на тржишту. Такве размене могу довести до негативних последица по потрошаче, јер оне омогућавају конкурентима да повећају цене без ризика од смањења тржишног удела, нити од започињања „рата ценама“ током периода прилагођавања новим ценама. У новом поглављу се наводе и примери размене информација приликом којих не долази до ограничавања конкуренције (нпр. када се информације размењују у статистичке сврхе или ради поређења). Европска комисија навела је критеријуме према којима учесници на тржишту треба да оцене да ли размена информација доводи или не доводи до ограничавања конкуренције (нпр. стратешки карактер информација,

тржишни удео, индивидуализованост размењених информација, актуелност информација, јавни или приватни карактер информација, јавна или нејавна размена информација). Европска комисија наводи да бројни критеријуми утичу на оцену оваквог понашања учесника на тржишту, те да ће оцена о његовом утицају на конкуренцију на релевантном тржишту умногосте зависити од околности случаја.

II Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије одредила меру заштите конкуренције због злоупотребе доминантног положаја на тржишту откупа сировог млека

Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије донела је решење о одређивању мере заштите конкуренције акционарским друштвима „Млекара“ из Суботице и „Имлек“ из Београда због злоупотребе доминантног положаја. Комисија за заштиту конкуренције је, наиме, још 22. маја 2009. године донела решење којим је утврђена злоупотреба доминантног положаја на тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Србије наметањем неправедних услова пословања и применом неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту.⁵ Поступак због злоупотребе доминантног положаја водио се по Закону о заштити конкуренције из 2005. године.⁶ Управни суд одбио је 22. октобра 2010. године тужбу акционарских друштава „Млекара“ из Суботице и „Имлек“ из Београда и потврдио решење Комисије за заштиту конкуренције.⁷ Комисија је, после одлуке Управног суда, покренула по службеној дужности поступак ради одређивања управне мере сходно чл. 57 Закона о заштити конкуренције из 2009. године.⁸ Комисија је оправдала покретање поступка за одређивање мере заштите конкуренције по закону из 2009. године, који је у међувремену ступио на снагу, наводећи да је покретање прекршајног поступка било немогуће спровести услед непостојања регулаторних и институционалних предуслова, пошто је Закон из 2005. године престао да важи. Према Комисији, неспорно је да се поступак по утврђеној повреди мора окончати, јер циљ Закона

5 Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије, решење бр. 5/0–02–135/09–18. Подсетимо да је Комисија за заштиту конкуренције покренула поступак против млекара у саставу Денјуб фудс групе још 2007. године. Комисија је решењем од 25. јануара 2008. године утврдила постојање доминантног положаја. Међутим, Врховни суд Републике Србије поништио је то решење Комисије. Комисија је потом покренула нови поступак, а решење донето у том, другом поступку Управни суд је потврдио.

6 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 79/2005.

7 Управни суд, пресуда бр. 15 У бр. 10130/10.

8 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 51/2009.

није само утврђивање повреде већ и примена управних мера. Комисија се даље позвала на начело казног права према ком се казна одређује према пропису који је важио у време кад је дело учињено, изузев када је каснији пропис повољнији за учиниоца. Комисија је оценила да је управно-казнена мера (мера заштите конкуренције) из чл. 68 Закона из 2009. године повољнија од прекршајне одговорности, предвиђене Законом из 2005. године, из следећих разлога: према Закону из 2009. године, одговорно лице није прекршајно одговорно; важећим Законом прописана је само горња граница од 10 % код одмеравања новчаног износа мере заштите конкуренције, док је Законом из 2005. године прописана и доња граница од 1 %; важећим Законом није прописана обавеза изрицања заштитне мере у облику одузимања предмета и забране вршења одређених послова, док то јесте обавеза код примене Закона из 2005. године; према важећем Закону Комисија не може одредити рок за наплату мере заштите у краћем трајању од три месеца, док би по Закону из 2005. године тај рок био општи рок од осам дана када прекршајно решење постаје извршно. Комисија се у свом решењу позива и на одлуке Вишег прекршајног суда који је нашао да Закон о заштити конкуренције из 2009. године представља блажи пропис за учиниоце у коме радња повреде конкуренције није прописана као прекршај. Комисија даље наводи да је била обавезна да покрене поступак изрицања управне мере, сходно чл. 38, ст. 3 важећег Закона, а да је неважно у ком временском периоду је покренут поступак. У решењу Комисије се, најзад, закључује да се не може никако претпоставити да је законодавац имао намеру да одустане од принципа законитости у том смислу да није предвидео никакву санкцију за учињена дела у прелазном периоду, односно у започетим, а неокончаним поступцима, до почетка примене новог Закона.

Пошто се на тржишту откупа сировог млека од примарних произвођача млекарне појављују као купци, та њихова активност не доноси никакав приход. Стога је Комисија као релевантни приход друштва узела онај остварен продајом различитих врста млека и млечних производа произведених од откупљеног сировог млека. Сходно Уредби о критеријумима за одређивање висине износа мере, Комисија је висину износа одредила узимајући у обзир тежину, последице и трајање повреде конкуренције. Комисија је утврдила да је мера трајала најмање три године (од априла 2005. године до марта 2008. године), те да су радње предузимане према великом броју примарних произвођача на читавој територији Србије. Комисија је утврдила следеће околности као олакшавајуће: није било поврата, није било подстрекавања других учесника на вршење радњи повреде конкуренције, радње које представљају повреду конкуренције су обустављене и пре правоснаж-

ности решења, млекаре су добровољно сарађивале са Комисијом током поступка. Комисија је стала на становиште да је појам повезаних учесника на тржишту који се у смислу Закона сматрају једним учесником – материјалноправне а не процесноправне природе, те је номинално одредила новчани износ који терети свако од друштава. Утврђена је мера заштите конкуренције у висини од 1,92% од укупно оствареног прихода, што за „Имлек“ износи 254.885.759 дин., а за акционарско друштво „Млекара“ из Суботице 51.262.576 дин. Млекаре су најавиле покретање управног спора због повреде уставног начела ретроактивне примене закона. Подсетимо да је чланом 74 Закона о заштити конкуренције из 2009. године прописано да се на поступке који су започети до дана почетка примене овог закона примењују прописи по којима су започети.

мр Љубинка КОВАЧЕВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Нови стандарди Савета Европе о заштити узбуњивача

Однос између послодавца и запосленог почива на узајамној лојалности, што се изражава кроз њихову обавезу сарадње и обавезу верности запосленог послодавцу и послодавца запосленом. Потоња обавеза настаје као последица примене начела савесности и поштења и представља допунску обавезу која служи испуњењу главних обавеза из радног односа. Обавеза верности запосленог послодавцу, нарочито, обухвата обавезу уздржавања од сваке активности која би могла да наштети послодавцу, односно обавезу запосленог да предузме сваку радњу која доприноси заштити послодавчевих интереса.¹ У том смислу је могуће уочити више обавеза запосленог које доприносе нормалном извршавању престације рада, од обавештавања о околностима значајним за примену уговора о раду, преко уздржавања од конкуренције, до чувања пословне тајне. Овим обавезама придружује се и обавеза запосленог да се уздржи од јавног изношења података који могу да нанесу штету пословању или угледу његовог послодавца. С тим у вези, може се поставити питање да ли запослени повређује обавезу верности и онда када обелодани такве податке, ради заустављања незаконитог поступања свог послодаваца.

Такво оглашавање запосленог или другог лица у циљу заштите јавног интереса се у англосаксонској литератури, означава термином „whistleblowing“ (буквално: дување у пиштаљку). Овај термин из енглеског језика користи се и на другим говорним подручјима, док је у нашем

1 Paul Durand, André Vitu, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, Paris, 1950, стр. 586.

језику, чини се, прихватљивија његова замена изразом „узбуњивање“.² У упоредном праву није прихваћена јасна концепција узбуњивања, нити постоји нека општеприхваћена дефиниција овог појма, већ се под њим, најчешће, подразумева поступак појединца који, у јавном интересу, открива неку информацију ради обелодањивања различитих врста незаконитих поступања, укључујући проневеру, корупцију, опасно понашање и друге повреде правних прописа. Већина европских држава нема свеобухватне прописе о заштити узбуњивача, већ се узбуњивачима гарантује само ограничена заштита, примера ради, само у погледу откривања незаконитих поступања у јавном сектору (нпр. у румунском и холандском праву), или само у погледу откривања корупције (као што је то случај у француском праву, које одговарајућу заштиту обезбеђује само запосленима код приватних лица), премда се у неким државама, и поред правних празнина, заштита обезбеђује захваљајући судовима и њиховом тумачењу општих правила кривичног и радног законодавства.³ Заштита узбуњивача има за циљ јачање одговорности и оснаживање борбе против корупције и других незаконитих поступања, због чега се лица која су упозната са таквим поступцима охрабрују да устану у одбрану јавног интереса. Остваривање тог циља претпоставља стварање услова да се глас узбуњивача чује без опасности да он због тога претрпи штетне последице, због чега је у пракси Европског суда за људска права, заштита узбуњивача квалификована као један аспект гаранције слободе изражавања.⁴

Заштита узбуњивача није уређена на целовит начин ни на међународном нивоу. Један аспект заштите од одмазде уређен је Конвенцијом Међународне организације рада број 158, која забрањује да се „подношење притужбе или учешће у поступцима против послодавца који се односе на наводне повреде закона или подзаконских аката или обраћање надлежним државним органима“ квалификује као оправдан отказни разлог.⁵ Са друге стране, најзначајније међународне конвенције

2 За слично решење опредељују се и француски аутори, користећи термин *alerte professionnelle* – „професионална узбуна“ (Cédric Jacquélet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 2008, стр. 28). У том смислу нам се чини прихватљивим да се за означавање лица које се оглашава у јавности ради заустављања незаконитог поступања другог лица користи израз „узбуњивач“, иако се, паралелно са њим, у литератури употребљавају и други изрази, попут израза „инсајдер“ и „звиждач у пиштаљку“ (или „whistle-blower“).

3 Committee on Legal Affairs and Human Rights, *The protection of “whistle-blowers”* – Report, 14 September 2009, Doc. 12006, став 23.

4 Вид. пресуду Европског суда за људска права у случају Гуја (*Guja*) против Молдавије од 12. фебруара 2008. године (поднесак бр. 14277/04).

5 Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/84), члан 5 тачка с).

о борби против копруције обавезују државе уговорнице да обезбеде одговарајућу законску заштиту лицима која у доброј намери пријаве надлежним субјектима било коју чињеницу која се односи на постојање корупције. Поред Конвенције Уједињених нација против корупције,⁶ такву обавезу предвиђа и Грађанскоправна конвенција Савета Европе о корупцији, гарантујући заштиту од било које неоправдане санкције за посленима, који имају основаног разлога да сумњају у корупцију и који, у доброј вери, своју сумњу пријаве одговорним лицима или органима.⁷ То, међутим, није и једини акт Савета Европе којим се уређује предметно питање. Под окриљем ове организације, недавно су усвојене и смернице за обезбеђивање целовите заштите узбуњивача у јавном и приватном сектору, које су садржане у *Резолуцији Савета Европе о заштити узбуњивача*⁸ и истоименој *Прейоруци*.⁹

Овим актима упућен је позив државама чланицама Савета Европе да преиспитају домаће законодавство у циљу обезбеђивања *свеобухватне заштите узбуњивача у приватном и јавном сектору*, укључујући војску и специјалне службе. Такву заштиту ваља обезбедити лицима која у доброј вери обелодане „различите врсте незаконитих радњи, укључујући све озбиљне повреде људских права које угрожавају или утичу на живот, здравље, слободу или било који други легитиман интерес појединаца као субјеката услуга јавне управе или пореских обвезника, односно као акционара, запослених или клијената приватних компанија“.¹⁰ Од држава се очекује да усвоје одговарајућа правна правила у области радног, кривичног, кривичног процесног и права медија, и да обезбеде редован надзор над примном ових правила од стране независног тела. Оне су, осим тога, позване да предузму мере за борбу против корупције у складу са Грађанскоправном конвенцијом о корупцији, као и да унапреде однос друштва према узбуњивању, који мора бити ослобођен баласта повезивања са нелојалношћу и издајом.

6 Вид. Конвенцију Уједињених нација против корупције (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 12/2005), члан 33.

7 Грађанскоправна конвенција о корупцији (*Службени гласник РС*, бр. 102/07), члан 9. Одређену заштиту узбуњивачима гарантује и Кривичноправна конвенција Савета Европе о корупцији (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/02 и *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/05), обавезујући државе уговорнице да обезбеде делотворну заштиту сведоцима који дају изјаве које се односе на корупцију (члан 22 тачка б). Ова обавеза подразумева заштиту свих лица која поседују информацију од значаја за кривични поступак који се односи на корупцију, укључујући и узбуњиваче (*Explanatory Report on the Criminal Law Convention on Corruption of 27 January 1999*, став 111).

8 Resolution 1729 (2010) on a protection of “whistle-blowers” adopted by the Parliamentary Assembly on 29 April 2010 (17th Sitting).

9 Recommendation 1916 (2010) on a protection of “whistle-blowers” adopted by the Parliamentary Assembly on 29 April 2010 (17th Sitting).

10 Resolution 1729 (2010) on a protection of “whistle-blowers”, тачка 6.1.1.

У области *радної законодавства*, унапређење законске заштите узбуњивача, пре свега, треба да обезбеди заштиту „од некоректног отпуштања и других облика одмазде у вези са радним односом“. Одговарајућа *кривичнојравна заштити*, нарочито, подразумева заштиту узбуњивача од гоњења за клевету и повреду службене или пословне тајне, као и заштиту сведока, док се пред *йравом медија* као најважнији задатак поставља стварање услова за делотворну заштиту новинарских извора. Од законодаваца се, при том, очекује да осигурају „безбедну алтернативу ћутању“, због чега узбуњивачи, најпре, морају бити заштићени у оквиру *интерној сисџема узбуњивања*, који се успоставља на нивоу одређеног државног органа, привредног друштва или друге организације и користи се тек ако одређени проблем не може да се реши на уобичајени начин (нпр. зато што постоји ризик од лажног осуђивања или опасност од злоупотребе и манипулације пријављеним информацијама).¹¹ Али, узбуњивачи имају право на заштиту и онда када су принуђени да користе *сйољашиње канале узбуњивања*, зато што интерни систем узбуњивања не постоји или неправилно функционише или се, с обзиром на природу проблема који је узбуњивач покренуо, не може очекивати да ће правилно функционисати (нпр. обраћање агенцији за борбу против корупције, поверенику за информације од јавног значаја, заштитнику грађана, органу унутрашњих послова, медијима).

Право на законску заштиту имају само узбуњивачи који поступају *bona fide*, како се могу квалификовати лица која су имала основани разлог да верују да су обелодањене информације истините (чак и ако би се касније установило супротно), под условом да нису имала намеру да на основу узбуњивања остваре неки незаконити или неморалан циљ.¹²

11 Committee on Legal Affairs and Human Rights, *The protection of "whistle-blowers" – Report*, 14 September 2009, Doc. 12006, став 116, тачка ј. Државе су позване да подстакну доносиоце одлука у државним органима и привредним друштвима да успоставе интерне системе узбуњивања, који ће омогућити ваљано испитивање информација о могућим проблемима у овим срединама, као и благовремено упознавање руководства са релевантним информацијама, што нужно не искључује заобилажење уобичајене хијерархије у случајевима када је то неопходно (Resolution 1729 /2010/ on a protection of "whistle-blowers", тачка 6.2.1). Уп. са *OECD Principles of Corporate Governance*, IV E.

12 С тим у вези ваља приметити да се у једном делу литературе узбуњивање, по правилу, везује само за случајеве у којима узбуњивач није непосредно или лично погођен незаконитом радњом коју обелодањује (није лично заинтересован за исход истраге), већ упозорава на опасност која угрожава друга лица. Други аутори, с правом, критикују овај став, сматрајући да запослени-узбуњивач мора имати право на заштиту увек када упозорава јавност на незаконито поступање послодавца, укључујући и случајеве у којима откривање информација има и приватну димензију, као што је то, нпр. случај са притужбом да послодавац не обезбеђује безбедне и здраве услове рада својим запосленима. David Lewis, „Whistleblowing

Кључни аспект заштите узбуњивача у оквиру унутрашњег и спољашњег система узбуњивања чини њихова *заштити од сваке одмазде*. То значи да су лица на које се односе притужбе поднете у оквиру интерног система узбуњивања дужна да се уздрже од неоправданог отпуштања, узнемиравања, кажњавања или дискриминаторског поступања према узбуњивачу. Стога се од држава очекује да законом уреде механизам за испитивање притужбе узбуњивача, уз утврђивање послодавчеве обавезе да предузме потребне корективне и привремене мере и да обезбеди новчану накнаду у случају да последице мера одмазде не могу да се отклоне на одговарајући начин. Заштита од одмазде подразумева и прописивање негативних последица за оне који врше одмазду, али и обезбеђивање одговарајуће заштите од злонамерних оптужби узбуњивача. У области радних односа, заштита од одмазде обухвата и послодавчеву обавезу да докаже да било која мера која је предузета на штету узбуњивача није била мотивисана разлозима који се односе на узбуњивање.

Усвајање приказаних аката Савета Европе може се оценити као значајан подстицај за уређивање заштите узбуњивача у државама чланицама ове регионалне организације. У том смислу, смернице из Резолуције о заштити узбуњивача могу да послуже и као инспирација или модел домаћем законодавцу приликом уређивања предметне материје. У Републици Србији, прва посебна правила о заштити узбуњивача усвојена су 2009. године, иако су одређени аспекти заштите били уређени одредбама Законика о кривичном поступку (заштиту сведока). Те године је новелом Закона о државним службеницима зајемчена заштита државних службеника и намештеника који писмено обавесте непосредно претпостављеног или руководиоца да су, у вези са обављањем послова, дошли до сазнања да је функционер, државни службеник или намештеник у државном органу у којем раде извршио радње корупције.¹³ Са друге стране, новела Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја од 2009. године, поред откривања информација о корупцији, гарантује заштиту и у погледу откривања информација које указују на прекорачење овлашћења, нерационално располагање јавним средствима и незаконити акт или поступање органа власти.¹⁴ Уз шири круга информација, овај закон „покрива“ и шири круг заштићених лица, у који, „раме уз раме“ са запосленима, улазе и јавни функционери, лица која на основу уговора обављају послове за орган власти, лица

at work: On what principles should legislation be based?“, *Industrial Law Journal*, бр. 2/2001, стр. 191.

13 Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 и 104/09), члан 23а.

14 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја (*Службени гласник РС*, бр. 120/04, 54/07, 104/09 и 36/10), члан 38 ст. 4–8.

којима орган власти пружа услуге, као и лица са својством странке у поступку пред органом власти.¹⁵ Иако гарантују заштиту ширем кругу лица, и то у погледу информација које се не односе само на корупцију, већ и на друге неправилности у раду органа власти, одредбе Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја обезбеђују само ограничени обим заштите. Ово, преваходно, стога што је законска заштита резервисана само за обелодањивање информација које су доступне свима без ограничења (тј. за обелодањивање информација за које се не може ограничити слободан приступ), што може имати за последицу ускраћивање заштите државним службеницима, намештеницима, функционерима и другим лицима која открију поверљиве и друге информације предвиђене одредбама чл. 9 и 14 Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја. Поред тога што значајно ограничава заштиту узбуњивача, ово решење је, у делу који се односи на државне службенике и намештенике, неусклађено са одредбама Закона о државним службеницима, будући да потоњи закон утврђује *исобну дужности* запослених у државним органима да обавесте надлежна лица о сумњи постојања корупције. Уочене примедбе нису отклоњене ни новелом Закона о Агенцији за борбу против корупције од 2010. године, којом је зајемчена заштита лица која Агенцији за борбу против корупције у доброј намери пријаве постојање корупције у органу у коме раде.¹⁶ Према је и у овом случају, заштита ограничена само на обелодањивање корупције, одговарајуће решење може се разумети као помак у заштити узбуњивача у јавном сектору, будући да се примењује не само на запослене у органима Републике Србије, већ и на запослене у органима аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе и органима јавних предузећа, установа и других организација чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, односно у органима привредних друштава чији је оснивач, односно члан Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Узбуњивачима који користе ову врсту спољашњег система узбуњивања зајемчена је анонимност и неопходна помоћ Агенције, али је

15 Наведена лица не могу бити позвана на одговорност, нити трпети штетне последице због откривања информација од јавног значаја, под условом да су испуњена три кумалитивно одређена услова: а) ако су имала разлога да верују у тачност информације; б) ако нису тражила нити примила неку корист у вези са омогућавањем приступа информацији; в) ако су пре откривања информације, обавестила надлежно лице у органу власти о неправилностима, а оно није предузело мере за решавање неправилности. Законодавац предвиђа и могућност награђивања узбуњивача, док узбуњивачима који су позвани на одговорност или су претрпели какву штету због откривања информација од јавног значаја припада право на накнаду штете.

16 Закон о Агенцији за борбу против корупције (*Службени гласник РС*, бр. 97/08 и 53/10), члан 56 ст. 2–5.

уређивање поступка пружања помоћи препуштено директору Агенције. И поред овог напретка, чини се да свеобухватна и делотворна заштита лица која се, у циљу заштите јавног интереса у најширем смислу, одлуче да пријаве незаконита поступања претпоставља отклањање уочених недостатака. Испуњавање тог задатка, најпре, подразумева редефинисање подручја заштите, што, у складу са смерницама Савета Европе, укључује проширивање заштите на приватни сектор. Законску заштиту би, истовремено, ваљало проширити на све случајеве обелодањивања незаконитих радњи које озбиљно повређују или угрожавају легитимне интересе грађана као корисника услуга јавне управе, пореских обвезника, акционара, запослених или потрошача. У тако одређеном оквиру заштите, ваљало би прецизније одредити околности и услове под којима узбуњивач има право на заштиту (посебно степен сумње), уредити поступак пријављивања и испитивања релевантних информација (начин пријављивања /анонимно или поверљиво/, врста система узбуњивања /интерни или спољашњи систем/, ваљано и благовремено испитивање притужби узбуњивача, заштита идентитета узбуњивача и др.), те увести одговарајуће механизме заштите од одмазде.¹⁷

17 Уп. са: The Council of Europe's Group of States against Corruption, Addendum to the Compliance Report on the Republic of Serbia, adopted by GRECO at its 47th plenary meeting (Strasbourg, 7–11 June 2010), тач. 47–52.

мр *Нашаша* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО ОСИГУРАЊА

I На дневном реду у свету и код нас

1. Сектор осигурања остао стабилан упркос економској кризи¹

Према подацима које је за 2009. годину објавила Европска федерација за осигурање и реосигурање, сектор осигурања у Европи остао је стабилан. У односу на 2008. годину, раст сектора са износом од 1.057 милијарди евра је задржао стопу од 2,9%. „Индустрија осигурања остаје фактор стабилизације у економији“, рекла је *Michaela Koller*, генерални директор ове асоцијације. Премије животних осигурања, које износе 60% укупних премија, износиле су 647 милијарди евра. У неким земљама се јасно показало да су „апетит“ за штедњу посебно подстакли производи осигурања са гарантованим повраћајем. По први пут у последњој деценији, премије у неживотном сектору су умерено опале са 417 на 409 милијарди. То је у великој мери резултат понашања клијената у кризи који раскидају уговоре о осигурању или смањују покриће у циљу смањења трошкова. 2009. године на осигурање је просечно *per capita* потрошено 1.791 евра, и то: 1.097 евра на животно, а 694 евра на неживотно осигурање. 171 милијарда евра је потрошена на здравствено осигурање.

1 European insurance sector remains stable despite economic turbulence, Press Release 23 November 2010. Доступно на адреси: www.cea.eu.

2. Упозорење клијентима путем SMS порука²

О значају превенције у области осигурања од одговорности има-лаца моторних возила сведочи податак да је код аустријских друштава осигурања *Uniqa*, *Raiffeisen Versicherung* и *Salzburger Landes-Versicherung* око 370.000 клијената претплаћено на SMS поруке због правовременог обавештавања о условима на путу. Садржина поменутих порука углавном се односи на упозорење о употреби зимских гума и надовезује се на *web* странице ових друштава осигурања, на којима се могу наћи савети о сигурнијој вожњи у зимским месецима. Ова новина представља део акције, која се у последњих неколико година спроводи међу аустријским осигуравајућим друштвима и којом се испољава свест осигуравача о потреби заједничког предузимања превентивних мера. Тако је група *Uniqa* још 2004. године упозоравала грађане и општине о опасности од поплава и невремена, да би 2008. године исту праксу увео и *Raiffeisen Versicherung*.

3. Нове саобраћајне дозволе са чипом од јануара 2011.³

Почетком 2011. године почеће издавање нових саобраћајних дозвола у Аустрији, које ће важити поред постојећих „папирних“ дозвола. Реч је о чип-картицама које ће израђивати Државна штампариа по најсавременијим сигурносним стандардима. На чип ће бити пренети сви подаци из старих дозвола, а име имаоца дозволе, број и најважнији подаци о возилу биће видљиви голим оком. Иако у европским земљама већ неко време постоји тренд издавања електронских возачких дозвола, здравствених књижица и личних карата, старе саобраћајне дозволе остају да важе тако да грађани којима поседовање чип картица није неопходно, могу да избегну трошкове везане за промену старе и издавање нове саобраћајне дозволе.

4. Одговор Европске федерације за осигурање и реосигурање Европској комисији поводом измена Директиве о медијацији у осигурању⁴

Европска Комисија послала је захтев федерацији за осигурање и реосигурање да се изјасни о предложеној измени Директиве о медијацији

2 AssCompact, 12/2010, стр. 10.

3 Versicherungsrundschau, 11/2010, стр. 10.

4 CEA Response to the European Commissions' Consultation on the Review of the Insurance Mediation Directive (IMD), Position Paper, 28 February 2011. Доступно на адреси: www.cea.eu.

у осигурању. Кључни ставови европске асоцијације осигурања поводом предложених измена су:

- 1) поштовање разлика на европском тржишту осигурања и остваривање ефекта хармонизације у мери у којој се не нарушава различитост дистрибуције производа осигурања;
- 2) усвајање пропорционалног приступа у погледу начина дистрибуције осигурања;
- 3) јачање правила пословног понашања и то: а) продаја осигурања мора да се заснива на фер третману клијената, б) онај који продаје услугу мора да понуди савет на захтев или на сопствену иницијативу ако околности случаја указују да постоји потреба за тим, као резултат информација које је открио клијент, в) клијент мора бити информисан о типу услуге која му се пружа, г) када се пружа савет, он мора бити заснован на анализи потреба клијента, као и информација које је доставио, д) свако ко нуди информације или савете о производима осигурања мора разумети и бити у стању да објасни кључне карактеристике производа, ђ) пре него што се уговор закључи, клијенту мора бити пружена информација о производу осигурања на основу које може донети информисану одлуку, е) ако се даје дефиниција осигурања, кључно је да она одражава природу осигурања, ж) продаја производа осигурања без давања савета такође је могућа;
- 4) управљање сукобима интереса и транспарентност накнада;
- 5) промовисање јединственог тржишта.

5. Животно осигурање остаје атрактиван производ – смањење максималне каматне стопе има мало утицаја на његов промет⁵

Немачко Савезно министарство финансија (*Bundesministerium für Finanzen*) смањује максималну каматну стопу за животна осигурања од 1. јануара 2012. године на 1,75%. „Залагали смо се за умерено подешавање максималне каматне стопе до 2%“, рекао је *Jörg von Fürstenerth*, председник Извршног одбора *GDV*. Поменуто смањење каматне стопе примењиваће се само на уговоре који буду закључени од 1. јануара 2012. Дакле, за постојеће купце животног осигурања, ништа се не мења. У саопштењу поводом измена максималне каматне стопе је истакнуто да

5 Lebensversicherung bleibt attraktives Vorsorgeprodukt – Absenkung des Höchstrechnungszinses hat kaum Einfluss auf die Ablaufleistung, Pressemeldung, 22.2.2011. Доступно на адреси: www.gdv.de.

профитабилност животног осигурања не зависи од максималне каматне стопе. Укупна камата у животног осигурању је у просеку 4,8% и састоји се из три компоненте: 1) максималне каматне стопе која одређује колика камата се плаћа на извршење уговора сваке године, без обзира на стање на тржишту капитала; 2) текућих вишкова и 3) завршног суфицита. Разлог зашто максимална каматна стопа, чак и ако је повећана, не утиче много на животно осигурање је што купци традиционалног осигурања живота знају да оно, упркос кризи финансијског тржишта, пружа велику сигурност. Већу сигурност и предвидивост не пружа ниједан производ.

6. Кодекс понашања за продају услуга осигурања: осигуравачи штите интересе потрошача⁶

У привреди осигурања високи стандарди квалитета производа осигурања су од кључног значаја за њихову продају. Ови стандарди су јако поштовани у пракси и по угледу на њих постоји иницијатива да се исти уведу и примењују у целокупном сектору финансијских услуга. Ниска стопа жалби Омбудсману осигурања указује на генерално висок степен задовољства клијената осигурања осигуравачима и њиховим агентима. Тако је у Немачкој стопа жалби у 2009. години износила само 0,006% свих уговора о осигурању. Стога су немачки осигуравачи поставили као циљ јачање поверења клијената у квалитет посредовања у осигурању. Исти је почео да се остварује усвајањем од стране *GDV* Кодекса понашања, који се састоји од десет директива које регулишу поступање друштава осигурања и њихових посредника. Основна правила садржана у Кодексу понашања су: 1) јасни и разумљиви производи осигурања – подаци о могућим будућим кретањима заснивају се на стандардизованим и фер поступцима; 2) поштовање интереса купаца како приликом организације продаје, тако и приликом саветовања и посредовања; 3) саветовање купаца према њиховим потребама; 4) документација о саветовању се предаје при завршетку; 5) саветовање купаца и након закључења уговора; 6) приликом закључења, као и отказивања уговора о осигурању уважавају се интереси купаца; 7) недвосмислено и јасно представљање посредника, агената и саветника купцу; 8) повећање значаја квалификација посредника; 9) приликом уговарања додатне накнаде за посредника осигурања посебно се води рачуна да то не буде на штету купаца и 10) могућност обраћања купаца постојећем омбудсману осигурања.

Велики број немачких друштава осигурања и друштава за посредовање у осигурању је прихватио поменути кодекс: *AachenMünchener*

6 *Verhaltenskodex für den Vertrieb: Versicherer stärken Verbraucherinteressen, Pressemitteilung 23.12.2010.* Доступно на адреси: www.gdv.de.

Lebensversicherung AG, AachenMünchener Versicherung AG, ADLER Versicherung AG, AGILA Haustierversicherung AG, Allianz Beratungs- und Vertriebs-AG, Allianz Deutschland AG, Allianz Lebensversicherungs-AG, Allianz Pensionskasse AG, ALLWEST Allgemeine Westfälische Sterbegeldkasse VvaG, ALTE LEIPZIGER Lebensversicherung A. G, ARAG Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-AG, ASSTEL Lebensversicherung AG, итд.

7. Улога пола код одређивања премија осигурања⁷

Коришћење пола као фактора од значаја за висину премије је тренутно предмет дискусије у Европској унији. Европска федерација осигураваача и реосигураваача се изјаснила у прилог задржавања пола као критеријума код одређивања премија осигурања и упозорила на последице које могу настати ако се он занемари. Као прво, узимање у обзир пола као критеријума висине премије осигурања не представља начин испољавања дискриминације, већ је то део процеса селекције ризика. Европска федерација осигурања се противи било ком облику дискриминације, али подржава вредновање услуга осигурања према објективним и статистичким подацима. Коришћење статистике је неопходно у многим наукама, а једна од њих је свакако актуарска наука. Будући да се ризик може примити у осигурање само ако на основу актуарске анализе произлази да он не води негативној селекцији, европско удружење осигураваача сматра да у области осигурања – из разлога техничке организације делатности осигурања – мора бити задржано уважавање разлике између полова.

Европско удружење осигураваача истиче да би забрана коришћења пола код одређивања премија била штетна по потрошаче осигурања. Осим што би водила негативној селекцији, моралном hazardу и повећању маргине ризика, она би могла довести и до повећања премија и повлачења одређених производа осигурања са тржишта. То би, у крајњој линији, могло проузроковати додатне административне и оперативне трошкове, који би по логици ствари били преваљени на потрошаче и који би утицали на смањење флексибилности и конкурентности тржишта и смањења могућности потрошача да бирају производ осигурања.

Европско удружење осигураваача такође скреће пажњу на све негативне ефекте које би могло изазвати ретроактивно имплементирање правила о непримени пола као критеријума висине премије осигурања. Ако се тако нешто дозволи, осигураници одређених уговора могли би

⁷ The use of gender in insurance pricing, February 2011, доступно на адреси: www.cea.eu.

бити суочени са значајним повећањем математичких резерви, што би у великој броју случајева довело до повећања премија и немогућности испуњења нових обавеза. Најзад, експеримент са некорисћењем пола као критеријума висине премије осигурања сигурно ће довести до тужби и стварања правне несигурности, која највише штети самом тржишту осигурања и води кризи.

8. Усвојени домаћи услови осигурања од одговорности чланова корпоративних органа

Наше право се тек однедавно убраја у групу права у којима је осигурање од одговорности директора и уопште чланова корпоративних органа позитивноправна категорија. Иако оно није изричито поменуто међу врстама осигурања у Закону о осигурању, два друштва осигурања у својој понуди имају ово осигурање. Иако поменути посебни услови по многим питањима знатно заостају за оним што се може назвати трендом у овој врсти осигурања,⁸ само њихово доношење говори о буђењу наше праксе осигурања и све већој потражњи за овим осигурањем великог привредног значаја.

9. Усвојен нови српски Закон о заштити потрошача

Крајем 2010. године Србија је добила нови Закон о заштити потрошача.⁹ Будући да савремено право осигурања обележава тренд примене прописа потрошачког законодавства и на уговор о осигурању, овај закон је значајан за материју осигурања у мери у којој се његове одредбе могу применити на уговор о осигурању. Наиме, у складу са водећим европским трендовима, директно осигурање се, у зависности од обележја ризика и уговорних страна, може сматрати потрошачким или комерцијалним уговором. Према новом Закону о заштити потрошача, потрошачем се сматра физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности, а потрошачки уговор је сваки уговор закључен између потрошача и трговца. Дакле, сви уговори о осигурању које закључују физичка лица, који нису у вези са потребама њихове

8 Довољно је рећи да посебни услови једног осигураваача усвајају принцип настанка штетног догађаја као осигурани случај, што у овој грани осигурања није уобичајено. Усвајање таквог решења – које има упориште у закону, али које није прилагођено врсти послова осигурања – сигурно ће утицати на смањење капацитета тржишта овог осигурања и смањити могућности реосигурања вишка ризика. В. чл. 7 Посебних услова *Delta Generali*.

9 *Сл. гласник РС*, бр. 73/2010.

пословне делатности могу се подвести под одредбе Закона о заштити потрошача. То значи да, поред заштите коју пружа Закон о облигационим односима, потрошачи услуга осигурања сада могу рачунати и на сва правила заштитног карактера предвиђена Законом о заштити потрошача. Само нека од тих правила су: обавештавање потрошача, забрана непоштеног пословања, заштита у остваривању права из уговора који садрже неправичне одредбе, немогућност потрошача да се унапред одрекне својих права, ништавост одредби уговора супротних закону закључених на штету потрошача, итд.

10. Савремена технологија у функцији успешне продаје осигурања у Хрватској¹⁰

Нове могућности које је отворио развој технологије незауостављиво мењају однос и позицију осигураника, агената, агенција и друштава. Искористити предности које доносе нове технологије је тајна успеха, а сваки нови продајни канал или нови канал комуникације је конкурентска предност осигуравајућег друштва и улагање у будућност пословања. Све чешће сусрећемо се с појмовима као што су: продаја путем интернета, *call* центри, киоск продаја осигурања и мобилна продаја. Као последица развоја рачунарско-информативне технологије све више се намеће потреба за дефиницијом и поделом канала продаје. У Хрватској осигуравачи у Интернету виде прилику за максимизацију мобилности, уштеду времена и средстава потребних за „опремање“ агента и агенција, смањење комуникацијских трошкова и повећање присутности на тржишту. Занимљиво је да око 80% особа у Хрватској има мобилни телефон, а 53% старијих од 15 година служи се Интернетом. Сваке године се ови проценти повећавају, па би осигуравачи морали бити спремни и за овакав тип продаје.

Тако је једно истраживање у Хрватској показало да осигураници преферирају личну продају. Продаја путем интернета такође је нашла своје место у дистрибуцији осигурања, али у знатно мањој мери него што је то очекивано. Развој нових канала продаје као што је продаја осигурања путем интернета значајно смањује трошкове осигураватеља, а оно што је свакако битно споменути јест да се развојем интернетских продајних центара директно утиче на привлачење нових корисника и задржавање постојећих. Но, чак 57% испитаника сматра куповину преко интернета изузетно несигурном. Потрошачи желе личну услугу и личну комуникацију с агентима, што у временима масовног развоја технологије и конкуренције представља врло значајну информацију и подстицај за агенте продаје осигурања.

10 Токови осигурања, бр. X/2010.

II Речник и појмови осигурања

Подизање одштетног захтева као осигурани случај („*claims-made*“)

Иако Закон о облигационим односима познаје само један – и из угла наше праксе осигурања до недавно искључиви – начин одређења осигураног случаја у свим врстама осигурања, у Преднацрту Грађанског Законика Србије се, у складу са модерним тенденцијама, предлаже новина везана управо за осигурани случај. Наиме, поред штетног догађаја као већ познатог начина дефинисања осигураног случаја, Преднацрт уводи и подизање захтева као осигурани случај, али само као диспозитивну норму.

Уговорне клаузуле познате под америчким називом „*claims-made*“, прихваћене у неким европским државама, настале су као резултат потребе да се ризик временски ограничи и тако омогући прихватање и оних ризика, који су иначе неприхватљиви за осигураваче. Реч је, најчешће, о догађајима чије се последице могу остваривати неограничено дуго након проузроковања штете (на пр: последице зрачења, последице загађења животне средине, последице штета од неисправних производа, итд.). Оне покривају штете које осигураник трпи услед подизања одштетних захтева против њега у току периода осигурања. За дејство покрића у овом случају, дакле, није важно када се штета догодила, већ када је одштетни захтев подигнут. Међутим, основни недостатак оваквог начина дефинисања осигураног случаја је што неистичањем одштетног захтева у одређеном периоду (обично је то период важења уговора о осигурању) престаје осигуравајућа заштита оштећеном лицу и пре застарелости његове тужбе из грађанске одговорности према осигуранику. Стога су судови неблагонаклони према оваквим клаузулама и сматрају их неважећим код уговора о осигурању са слабијом страном, јер осигуравајућа заштита треба да постоји за све време у коме постоји одговорност осигураника за проузроковану штету трећем лицу. Једино где се овакве клаузуле могу прихватити је када је штетник економски јак субјект од кога оштећени може наплати накнаду штете и после евентуалног губитка права према осигуравачу. Уколико се усвоји предложена новина Преднацрта, мора се водити рачуна рачуна о разумној мери дужине временског периода у коме се одштетни захтев може поднети. Ово зато да би се тај период што је могуће више приближио законском року застарелости.

ПРАВНА ПРАКСА

Гордана АЈНШИЛЕР ПОПОВИЋ
судија Привредног апелационог суда

РЕШЕЊЕ НЕКИХ ПРОБЛЕМА У СПРОВОЂЕЊУ ПОСТУПКА СТЕЧАЈА У СЛУЧАЈУ ДУГОТРАЈНЕ НЕСПОСОБНОСТИ ПЛАЋАЊА

Новину Закона о стечају представља посебни поступак у случају дуготрајне неспособности за плаћање, који је регулисан одредбама чланова од 150 до 154 Закона о стечају.

Чланом 150 Закона о стечају предвиђено је да је Организација која спроводи поступак принудне наплате, у обавези да једном месечно и то последњег дана у месецу, са пресеком стања на тај дан, свим судовима, надлежним за спровођење стечајног поступка, достави обавештење о правним лицима са њихове територије која су трајније неспособна за плаћање, јер су потпуно обуставила сва плаћања у периоду од најмање једне године. Од наведене обавезе изузета су правна лица која су у поступку реструктурирања у складу са прописима који уређују поступак приватизације.

Наведена обавештења често садрже многе пропусте и судска пракса је морала решити дилему судова како поступати у тим ситуацијама, па је на питање:

„Како поступити са обавештењима када НБС достави податке за лице које као такво нема статус правног лица? Да ли се ово обавештење може уподобити предлогу и са њим поступати сходно чл. 57 Закона о стечају? – на седници одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда, усвојен одговор:

„...Уколико достављено обавештење организације која спроводи поступак принудне наплате не садржи податке означене у одредбама

чл. 150 став 1 у вези чл. 56 став 2 тач. 1, 3, 4 и 6 Закона о стечају, стечајни судија не би могао да донесе решење из чл. 150. ст. 4. Закона о стечају, већ би без потребе да налаже подносиоцу уређење или дојуну обавештења (јер се и не ради о предлогу као иницијалном акту), службеном белешком констатиовао да поступање по истом није могуће као и разлоге за такву оцену.“

Стечајни судија по пријему наведеног обавештења, уколико је исто сходно изнетом потпуно и уредно, по службеној дужности доноси решење о покретању претходног стечајног поступка, који има за циљ да утврди постојање правног интереса стечајног повериоца или дужника за спровођење поступка стечајног. Наведеним решењем о покретању претходног поступка, стечајни судија, одређује висину предујма и рок од 60 дана од дана објављивања решења у коме повериоци или стечајни дужник могу тражити спровођење стечајног поступка уз полагање предујма. Наведено решење према одредбама Закона објављује се на огласној табли суда и против њега није дозвољена жалба. Закон о стечају не предвиђа обавезу доставе наведеног решења АПР-у, па се у пракси поставило и то питање потребе такве доставе. Да би се уједначила пракса Привредни апелациони суд је усвојио следећи одговор:

„Одредбама члана 150 став 4 Закона о стечају, прописано је да по пријему обавештења из става 1 истој члана, стечајни судија по службеној дужности доноси решење о покретању претходног стечајног поступка у коме се утврђује и постојање правног интереса повериоца за спровођење стечајног поступка.

Чланом 151 став 2 Закона о стечају је прописано да се решење из члана 150 став 4 истој закона објављује на огласној табли суда и против њега није дозвољена жалба.

Одредбама члана 10 став 3 Закона о стечају прописано је да све огласе, решења и други акти за које је овим законом прописано да се објављују на огласној табли суда, суд истој дана, одмах по доношењу предметног акта, доставља регистру привредних субјеката, односно другом одговарајућем регистру, који је дужан да такав оглас, решење или други акт истој дана, и по одмах по пријему, објави на својој интернет страни или на други одговарајући начин уколико тај регистар нема своју интернет страни.

Имајући у виду циљане одредбе суд је у обавези да и решење о покретању претходног стечајног поступка, донето у смислу одредаба чл. 150 став 4 Закона о стечају, и када њиме није одређена мера обезбеђења, достави Агенцији за привредне регистре, сходно одредби чл. 10 Закона о стечају, јер се ради о примени начела јавности и информисаности, чије је јавно утврђење у овим одредбама Закона о стечају а

чија примена није искључена одредбама члава X Закона о стечају, којим је уређен посебан поступак стечаја у случају дуготрајне неспособности за плаћање.“

У пракси је било дилеме и да ли се наведено решење обавезно доставља стечајном дужнику, посебно из разлога што на исто није дозвољена жалба, а имајући у виду да се ради о дуготрајно инсолвентним лицима које је најчешће немогуће наћи на адреси која је као адреса њиховог седишта уписана у регистар код АПР-а, што ствара посебне проблеме у погледу могућности доставе истог. Судска пракса је кроз одлуке изнела јединствен став да се решење мора доставити и стечајном дужнику. Тако је у одлуци Привредног апелационог суда Пвж. 592/10 од 16.8.2010. године изнето:

„...Према изричитим одредбама члана 151 став 2 Закона о стечају, суд је дужан да наведено решење истакне на ојласној табли суда, а у смислу члана 10 Закона о стечају сва решења која се истичу на ојласној табли суда морају се доставити истога дана и Агенцији за привредне регистре како би она исте објавила на свом сајту. На наведено начин испуњава се начело информисаности и јавности. Наведено начело пре свега значи повериоце стечајног дужника и служи њиховом блаовременом обавештавању да је окренути преходни стечајни поступак над правним лицем које је њихов дужник, а све у циљу њиховог упознавања са том чињеницом и доношења одлуке да ли ће улажити предујам у висини коју решењем по окретању преходног стечајног поступка одмери суд и тиме омогућиће спровођење стечајног поступка као и у циљу упозорења поверилаца да уколико предујам не буде улаћен наступају законске последице у смислу члана 153 Закона о стечају, односно суд доноси решење којим се утврђује истојање стечајног разлога, и стечајни поступак отвара и затвара истим решењем. Истога објавом наведеног решења на ојласној табли суда и доставом у АПР ради објаве на сајту наведене Агенције, испуњено је начело јавности и информисаности. Међутим да би се омогућило расправљање странкама о чијим се правима и стању у поступку стечаја одлучује, наведено решење неопходно је доставити и стечајном дужнику доставом на адресу која је као адреса седишта уписана у регистар АПР, а уколико таква достава не буде могућа, достављање стечајном дужнику може се извршити приближањем одлуке-решења на ојласну таблу суда, чиме ће се сходном применом одредаба Закона о парничном поступку по истеку рока од 8 дана смањити да је исто достављено стечајном дужнику. Наведено уредно достављање решења о окретању преходног стечајног поступка стечајном дужнику предуслов је којим се њему омогућава да расправља у наведеном поступку, односно да одлучи да ли ће извршити улажу предујма који је одмерен цитираним решењем и тиме омогућиће

расправљање о постојању стечајног разлога, или ће због изостанка улагача предујма, стечајни постојак над истим лицем бити само оговорен и уз констатацију да не постоји интерес за његово спровођење закључен на основу члана 153 Закона о стечају. Стога решење о прекршању претходног стечајног постојка било је неопходно на наведени начин доставити стечајном дужнику и тиме му омогућити расправљање.

Како је првостепен суд према стању у списима пројектно да то учини, начињена је апсолутно битна повреда из члана 361 став 2 тачка 7 Закона о парничном постојку јер се основано у жалби наводи да је пројектовањем уредне доставе решења о прекршању претходног стечајног постојка самом стечајном дужнику ускраћено право и могућност расправљања пред судом, односно право и могућност да улагачом предујма обезбеди расправљање о постојању стечајног разлога.“

Пракса је наметнула и питање како у току претходног поступка заштити имовину стечајног дужника (ако је он има), и како запосленима омогућити да остваре права из рада, односно ко ће им закључити радне књижице и обавити друге неопходне радње. Становиште судова је да се у ситуацијама када стечајни судија процени да је потребно, управо због заштите имовине или закључења радних књижица или слично, у претходном поступку може одредити мера обезбеђења одређивањем привременог стечајног управника који би се старао за наведено.

Пракса, међутим, још није решила јако спорно питање права стечајног управника на накнаду трошкова и награду за рад у тој фази поступка, као и ко би био дужан да је истим накнади односно исплати, уколико има права на њих.

Према Закону о стечају, ако у законском року од 60 дана, буде уплаћен одмерен предујам, стечајни судија без одлагања заказује рочиште ради расправљања о постојању стечајног разлога и отварања стечајног поступка у ком се случају даљи поступак одвија према одредбама Закона о стечају које регулишу редовни поступак стечаја. То је ситуација у којој се прелази на примену општи норми о спровођењу стечајног поступка.

Уколико, међутим, предујам не буде уплаћен у наведеном року, по самом закону ће се сматрати да не постоји правни интерес поверилаца и стечајног дужника за спровођење стечајног поступка, у ком случају се решењем истовремено утврђује испуњеност стечајног разлога, трајније неспособности плаћања; отвара стечајни поступак над дужником; утврђује да не постоји интерес поверилаца и стечајног дужника за спровођење стечајног поступка и истим решењем одмах закључује исти стечајни поступак. Закон прописује да се наведено решење објављује на огласној табли суда и доставља регистру привредних субјеката.

Судска пракса је међутим заузела становиште да се исто решење, такође мора доставити и стечајном дужнику и то на идентични начин као и решење о покретању претходног стечајног поступка, јер је он странка у поступку о чијим се правима и статусу у истом одлучује.

Жалбу против решења из члана 153 став 2 Закона о стечају могу изјавити стечајни дужник и поверилац, па се стога у пракси формирало и мишљење да поверилац уз жалбу против наведеног решења мора суду доставити и доказе о постојању свог потраживања према стечајном дужнику (веродостојне или извршне исправе које указују на постојање и висину дуга), јер на наведени начин чини вероватним свој статус повериоца, а то значи и легитимацију за подношење жалбе.

Стечајни судија ће ценити вероватност потраживања на основу наведених доказа, па уколико оцени да жалилац није доставио доказе који чине вероватним његово потраживање, а тиме и његово својство повериоца, жалба ће се одбацити као недозвољена, јер је поднета од стране неовлашћеног лица.

Рок за жалбу је 30 дана од дана објаве решења на огласној табли суда. На наведени начин се, међутим, лако може оценити благовременост жалбе повериоца али не и жалбе стечајног дужника.

Како се решење мора према ставу праксе, доставити и стечајном дужнику – поставља се питање како ценити благовременост његове евентуално уложене жалбе на наведено решење.

У судској пракси је кроз одлуке заузето мишљење да је код оцене благовремености жалбе стечајног дужника, потребно увек применити критеријуме који су за стечајног дужника повољнији, па ће тако благовремена бити и жалба која је уложена по протеку рока од 30 дана од дана објављивања решења из члана 153 Закона о стечају на огласној табли суда, уколико је иста поднета у општем року за жалбу у стечајном поступку – 8 дана, од дана уручења истог решења стечајном дужнику.

У случају доношења решења из члана 153 Закона о стечају поступак са имовином стечајног дужника предвиђен је чланом 154 Закона о стечају. Цитираним чланом предвиђено је да решење донето у смислу члана 153 став 1 Закона о стечају, по својој правноснажности представља основ за брисање привредног субјекта из регистра привредних субјеката, те да потом имовина стечајног дужника прелази у својину Републике Србије, чиме се не дира у раније стечена права обезбеђења и приоритетног намирења поверилаца на предметној имовини. Република Србија међутим не одговара за обавезе стечајног дужника. Предвиђено је и да Република Србија може ступити уместо стечајног дужника у парницу која се води по његовој тужби за наплату потраживања или предају ствари, а да се имовином управља и располаже према Законима који регулишу поступање са имовином Републике Србије.

У погледу форме наведеног решења, према судској пракси довољно је да суд у решењу наведе да имовина стечајног дужника по правноснажности истог, прелази у имовину Републике Србије без набрајања о којој се конкретної имовини ради. Наведено је неминовно јер суд у том тренутку и нема поузданих сазнања о укупној имовини стечајног дужника и ближним подацима који је опредељују, а основ промене власника наведене имовине је сам Закон о стечају, па је стога решење суда само деклараторне природе.

Важно је нагласити да се наведеним нормама којима се имовина стечајног дужника, по закључењу стечаја преноси у имовину Републике Србије, оспорава уставност, о чему ће вероватно морати да се изјасни и Уставни суд Србије.

Важно је за судску праксу и питање поступања судова у случају да је дошло до деблокаде рачуна стечајног дужника односно лица о коме је организација која врши принудну наплату доставила обавештење, и то после доношења решења о покретању претходног стечајног поступка, а пре доношења решења о отварању истог. Привредни апелациони суд је ради решења спорне ситуације усвојио следећи одговор:

„У пословику стечаја који се покреће по службеној дужности а сходно одредбама чл. 150 до 155 Закона о стечају, поред одлука тројисаних одредбама чл. 152 и 153 Закона о стечају, моју се доносили и друге одлуке а јавно ујорилише за то послови у ошћим одредбама Закона о стечају јер њихова примена није искључена одредбама главе X Закона о стечају којима је уређен посебан пословиак стечаја услед дуготрајне неспособности за плаћање.

Своја имајући у виду наведено, ако је стечајни дужник деблокирао рачун, нису испуњени законски услови, па суд неће донети решење о отварању и зајварању стечајној пословику, из члана 153 Закона о стечају.“

За оцену испуњености услова за стечај због дуготрајне неспособности плаћања, важно је решити и ситуацију у којој је у току законом предвиђеног периода дуготрајне блокаде рачуна, дошло до прекида исте односно рачун је био привремено деблокиран и са истог су вршена одређена плаћања. Према судској пракси блокада рачуна дужника мора бити непрекидна и сваки прекид исте води оцени да нису испуњени законски услови за стечај због дуготрајне неспособности плаћања. У наведеном смислу усвојен је и одговор Привредног апелационог суда.

Поступак стечаја због дуготрајне немогућности плаћања, представља потпуну новину уведена Законом о стечају, којом се желело регулисати ситуација у којој већ дужи период постоје привредни субјекти који суштински не послују, а нико на њима не покреће стечај, те они

тако егзистирају само у привредним регистрима. Описани пут је у ствари начин да се, уколико за то има воље и интереса самог стечајног дужника и поверилаца стечајни поступак спроведе и закључи, а уколико наведене воље и намере, а пре свега интереса, нема, односно уколико нико није спреман на предујам трошкова стечајног поступка, наведени стечајни дужник по спровођењу специфичног, законом прописаног, брзог поступка буде брисан из регистра привредних субјеката, а имовина таквог правног субјекта ће постати имовина Републике Србије.

Судска пракса је за сада решила само неке од многобројних дилема које су се појавиле у примени цитираних норми односно у спровођењу посебног поступка стечаја због дуготрајне немогућности плаћања стечајног дужника, а многи од проблема тек чекају своја решења.

Милица ЂОСОВИЋ-КИТИЋ
секретар Суда части при Привредној комори Београда

ИЗВОД ИЗ ПРАКСЕ СУДА ЧАСТИ ПРИ ПРИВРЕДНОЈ КОМОРИ БЕОГРАДА

1. Привредни субјект који упути понуду потрошачу, која не садржи довољно података за доношење исправне одлуке приликом закључивања уговора о куповини, поступа супротно начелу савесности и поштења из члана 11 и члану 53 Кодекса пословне етике („Сл. гласник РС“, бр. 1/06).

Образложење

Против окривљеног привредног друштва покренут је поступак због тога што је приликом продаје трактора, пропустило да укаже потрошачу да предметни трактор има индијски мењач и диференцијал, и да не може да обавља пољопривредну радњу скупљања сена, као и да нема све делове наведене у шеми трактора.

Окривљени се бранио тако што је истакао да је приликом продаје спорног трактора предао оштећеном предрачун, фискални рачун, гаранцију и упутство за руковање трактором, као и шему која садржи упутство са деловима, те да оштећени није имао примедби приликом куповине. Спорни трактор је класичан трактор, али уместо погона преко мењача има директан погон прикључном вратилу, из разлога што је домаћи произвођач уградио у трактор одређене делове из Индије, због немогућности набавке тих делова у земљи. Тврди да спорни трактор има функцију да скупља сено али претходно трактор мора да стане да би укључио прикључно вратило, а оштећени тражи трактор са погоном преко мењача.

Суд је утврдио да је окривљени знао да су у спорни трактор уграђени делови пореклом из Индије, и да је функционисање трактора измењено код извођења одређених пољопривредних радњи. Овај недостатак окривљени је прећутао, па је оштећени, који је био у уверењу да купује класичан домаћи производ, што је произлазило и из пратеће документације, закључио уговор о куповини трактора.

Накнадно оштећени је сазнао да трактор има битан недостатак у обављању једне од пољопривредних радњи, за који да је знао приликом куповине, исти не би купио.

Суд је окривљеног огласио кривим јер је поступио супротно начелу савесности и поштења и добрим пословним обичајима јер је обмануо потрошача прикривањем података о купљеној роби који су од суштинског значаја за доношење одлуке о куповини, па га је огласио кривим и изрекао адекватну меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 72/10 од 11.11.2010. године)

2. Привредни субјект дужан је да испуни обавезе из гарантног листа у погледу рока за обезбеђење сервиса за продату робу, у оном трајању који је означен у гаранцији, у супротном чини повреду одредаба Кодекса пословне етике („Сл. гласник РС“, бр. 1/06).

Образложење

Окривљени је продао пеглу марке „Ariete“ 4263 и издао „гаранцију“ којом потрошачу пружа могућност сервисира у овлашћеном сервису у трајању од седам година од дана куповине, у случају да квар настане.

Предметна пегла се покварила у року у коме је гарантовано право на сервисирање, па се оштећена обратила овлашћеном сервису у гарантном року због неисправности купљене робе.

Окривљени је на рекламацију и захтев за поправку, одговорио тако што је констатовао да је пегла неисправна и небезбедна за употребу, да не поседује делове за поправку, односно да би делове морао да набави од увозника, и да би поправка доста коштала.

Оштећена незадовољна оваквим одговором, обратила се тржишној инспекцији, а затим Суду части, пред којим је покренут поступак.

Окривљени, у поступку пред судом није оспоравао наводе у оптужном предлогу и правдао своје понашање тиме да би цена поправке била скупља од вредност купљене ствари због цене коштања делова, којих он нема у сервису.

Одбрану окривљеног Суд није прихватио из разлога што је окривљени као власник сервиса био дужан да изврши поправку пред-

метне пегле у гарантном року, а уколико резевних делова није имао, био је дужан да их обезбеди, што није учинио па је такво понашање, по налажењу суда, и довело до тога да предметну пеглу није било могуће сервисирати у року који је утврђен у гаранцији.

Суд је нашао да је окривљени учинио повреду из члана 56 Кодекса пословне етике јер није извршио обавезно сервисирање купљене пегле и није сарађивао са оштећеном као потрошачем на начин који би омогућио лако доступан и ефикасан поступак за решавање рекламације, па је га је огласио кривим.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 77/09 од 11.3.2010. године)

3. Привредни субјект који у јавним средствима информисања огласи да пружа водоинсталатерске услуге, без навођења назива радње или ближих ознака предузетника, осим броја телефона и да услугу пружа 24 часа, а затим понуду не учини јасном и прецизном у погледу цене услуге коју треба да изврши, поступа супротно члану 55 Кодекса пословне етике.

Образложење

Окривљени је у дневном лису „Политика“ објавио оглас да пружа водоинсталатерске услуге, поправку и замену инсталације, у трајању од 24 часа и навео број телефона на који се потенцијални корисници услуга могу да јаве.

Оштећена је позвала окривљеног-водоинсталатера на мобилни телефон из огласа, ради пружања услуге машинског одгушења водоводне инсталације у стану. Окривљени је дошао договореног дана, извршио услугу одгушења канализације, коју је наплатио 15.000,00 динара, издао „нота“ рачун, без потписа, печата и назива радње.

Оштећена је сматрала да је цена услуге висока али није била у могућности да интервенише код надлежних органа, јер није имала податке о власнику радње, односно није имала податке на основу којих би сазнала идентитет предузетника који је услугу извршио.

На основу утврђених чињеница суд је нашао да је окривљени у обављању своје делатности, односно пружању услуге пропустио да пружи јасну информацију о свом идентитету корисницима услуга, на тај начин што није у огласу навео назив радње, односно његово име као предузетника, а што је супротно члану 55 став 1 Кодекса пословне етике, којим је прописана обавеза привредног субјекта да пружи квалитетну, јасну и веродостојну информацију потенцијалним корисницима својих услуга и производа.

Такође, окривљени није учинио јасну и прецизну понуду у односу на цену услуге, пре отпочињања радова, није издао рачун са потписом и печатом назива радње, чиме је учинио повреду пословног морала из члана 55 став 2 и става 3 Кодекса.

Суд је нашао да је окривљени одговоран за поступање супротно пословном моралу, огласио га кривим и изрекао адекватну меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 131/09 од 24.2.2010. године)

4. Привредни субјект који се бави организацијом туристичких путовања, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, када одбије да плати трошкове болничког лечења кориснику туристичког путовања, мада је у аранжман било укључено и групно путничко здравствено осигурање, које је организатор путовања пре кретања на пут закључио са осигуравајућом компанијом из Београда.

Образложење

Против окривљеног покренут је поступак због тога што није регулисао плаћање трошкова болничког лечења оштећеној у Праги у Грчкој, иако је уплатом аранжмана било укључено и групно путничко здравствено осигурање преко осигуравајуће компаније из Београда.

Окривљени је у поступку пред судом оспоравао наводе у оптужном предлогу, наводећи да су нетачни јер здравствено осигурање није укључено у аранжман, обзиром да по Закону о туризму, осигурање путника није обавеза окривљеног, већ обавеза сваког корисника путовања, па самим тим лична обавеза оштећеног као путника. Такође, бранио се наводећи да је оштећена била збринута у амбуланти након повреде, коју је обезбедио окривљени и да је водич одмах по сазнању да је дошло до повреде, све време до збринњавања оштећене пружао неопходне услуге, укључујући и ангажовање такси превоза.

Суд је несумљиво утврдио да је окривљени закључио уговор са осигуравајућом компанијом из Београда, тако што је закључио групну полису здравственог путничког осигурања, по којој су путници за Прагу у Грчкој били корисници осигурања, укључујући и право на одштету.

Полиса осигурања се није из тог разлога, налазила код путника, већ код представника окривљеног, па је окривљени био дужан да исту презентује здравственој установи у Грчкој, поводом наступања осигураног случаја-повређивања оштећене, како би оштећена на тај начин

остварила права покривена путничким здравственим осигурањем. Како то окривљени није учинио, оштећена је морала сама да сноси трошкове лечења, иако је окривљеном платила и за услугу путничког здравственог осигурања.

Суд је нашао да је окривљени као организатор путовања био дужан да се стара о правима и интересима путника, у смислу члана 863 Закона о облигационим односима, сагласно добрим пословним обичајима у овој области, коју обавезу у односу на оштећену није извршио, јер јој није омогућио остварење права по основу путничког здравственог осигурања. Суд није прихватио наводе у одбрани откривљеног, да та услуга није била укључена у цену аранжмана, јер је то једна од услуга коју је на себе преузео окривљени закључивањем групне полисе осигурања, коју услугу је оштећена платила, а која јој није пружена.

Како је понашање окривљеног супротно добрим пословним обичајима и пословном моралу, односно окривљени је био дужан да као организатор путовања и давалац услуга у тој области, оштећеној као кориснику услуге пружи услуге савесно и у складу са правилима стуке, што он није учинио, па је оглашен кривим и изречена му је адекватна мера друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 71/10 од 18.11.2010. године)

5. Продавац који испоручи робу, супротно квалитету и особинама узорка који је приказан на промоцији којој је потрошач непосредно присуствовао и због којих се определио да исту купи, па одбије оправдан приговор саобразности продате робе и узорка чини повреду пословног морала.

Образложење

Окривљено привредно друштво је на основу уговора који је закључило са оштећеном, ван пословних просторија, испоручило ћебе – покривач које по својим особинама и квалитету није одговарало ћебету које је као узорак приказано на презентацији у просторијама једног ресторана у Београду, где је презентација одржана.

Окривљени је оспоравао наводе у оптужном предлогу тврдећи да је испоручио оштећеној ћебе које одговара узорку, да поседује извештаје о квалитету за увезену робу која је у њиховој понуди и да је контролу квалитета извршила надлежна, специјализована установа за испитивање квалитета.

Суд је на основу изведених доказа утврдио да је оштећена пре куповине била на презентацији производа окривљеног правног лица, на

којој је било презентирано, поред осталих производа, и ћебе које је купила, да је исто држала у рукама и лично се уверила да се ради о вуненом ћебету, што је определило оштећену да га купи, односно закључи уговор о куповини. Договор је био да одмах на име капаре плати износ од 2.000,00 динара, а остатак износа плати на рате преко пензијског чека.

Ћебе је оштећеној испоручено сутрадан по презентацији, али је оштећена, обзиром да је била дугогодишњи текстилни радник и да је упозната са квалитетом материјала, приметила да се не ради о 100% природној аустралијској вуни како је речено, већ да је ћебе од јамболије и да је пресвучено обичним дезенираним платном, уместо кашмиром. Оштећена је у више наврата покушавала да ступи у контакт телефоном са промотером али безуспешно, па је изјавила рекламацију.

Суд је утврдио да на испорученом ћебету није било декларације, и да је дописано да је наводно спорно ћебете те марке, чији је назив био исписан руком на енглеском језику. Окривљени није предложио ниједан доказ из кога би се утврдило, на несумљив начин да испоручено ћебе по квалитету и особинама одговара узорку, а из извештаја о испитивању квалитета није се могло са сигурношћу утврдити да се извештаји о квалитету односе на ћебе које је продато и предато оштећеној под видом да је ћебе одговарајуће марке из уговора. Суд је посебно ценио да се по испоруци робе, промотер окривљеног није јављао на позиве оштећене као и да је у уговору окривљени уписао податке о седишту који нису идентични подацима који су уписани у Регистар привредних субјеката при АПР-у.

Суд је нашао да је окривљени учинио повреду пословног морала јер робу коју је испоручио није била саобразна узорку показаном на презентацији, па га је огласило кривим и изрекао му адекватну меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 54/10 од 11.11.2010. године)

6. Привредни субјект који приликом закључења уговора о продаји робе, упише погрешну адресу седишта, односно пребивалишта, која не одговара податку уписаном у регистар привредних друштава и предузетника код Агенције за привредне регистре РС, поступа супротно правилима пословног морала из члана 10 Кодекса пословне етике.

Образложење

Окривљено правно лице учинило је повреду добих пословних обичаја и пословног морала према пословним партнерима и потроша-

чима јер је на закљученом уговору који је за предмет имао продају робе, назначено да се седиште окривљеног правног лица налази на адреси са које се трајно преселио.

Пре закључења предметног уговора извршена је промена решењем Агенције за привредне регистре у погледу седишта окривљеног.

Окривљено правно лице је у својој одбрани навело да је измена података у погледу његовог седишта извршена у Агенцији за привредне регистре и да су подаци о томе били објављени на интернет страници АПР-а, чиме су учињени доступним трећим лицима.

Суд части при Привредној комори Београда нашао да окривљено правно лице не ослобађају одговорности наводи у одбрани, обзиром да је моментом извршене промене у регистру привредних субјеката, окривљени био у обавези да уреди свој меморандум и своја акта, како не би доводило у заблуду пословне партнере и потрошаче.

На описани начин окривљени је повредио начело законитости пословања из члана 10 Кодекса пословне етике којим је прописано да пословање привредног субјекта мора бити усклађено са важећим законима и прописима РС и да је дужан да их поштује на свим територијама на којима послује, што је у складу са етичким понашањем у пословним активностима.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 54/10 од 11.11.2010. године)

7. Продавац који стави у неравноправан положај потрошаче на тај начин што у своја два различита продајна објекта, продаје исти артикал по различитим ценама, поступа супротно Кодексу пословне етике и законским прописима.

Образложење

Окривљено правно лице је у своја два малопродајна објекта продавало изворску воду паковану у амбалажу од по 5 литара, по различитим ценама, односно у продавници која се налазила на пијаци по вишој цени за 13 динара, од цене у другој продавници на другој локацији. Оптужним предлогом тужиоца Суда части покренут је поступак против окривљеног због стављања у неравноправан положај потрошача.

Окривљени се у својој одбрани правдавао техничким проблемима са системом веза и компјутерском опремом, чињеницом да су се у то време нивелације цена вршиле ручно, те неискуством запосленог који је био задужен за нивелацију.

Суд је на основу изведених доказа утврдио да су наводи оптужбе доказани као тачни, па је нашао да је окривљени на описани начин учи-

нио повреду Кодекса пословне етике из члана 51 став 2, дискиминишући потрошаче у погледу цене спорног арикла, продајући га истовремено по различитим ценама у својим продајним објектима у Београду, и на тај начин поступио супротно начелу законитости пословања, и такође повреду позитивних прописа у области нивелације цена, па га је огласио кривим.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 93/10 од 19.1.2011. године)

8. Привредни субјект који учини понуду набавке и уградње уређаја, из тачно одређене земље, одређене марке и конкретних обележја те марке коју је потрошач тражио, па испоручи и угради други уређај под видом да је истоветан нарученом, и при том уградњу изврши супротно правилима стукe, поступа супротно начелу савесности и поштења из члана 11 и одредбама из члана 53 став 1 Кодеса пословне етике.

Образложење

Окривљени је упутио понуду оштећеном за испоруку и монтажу једног клима уређаја. Оштећени је захтевао да набави и угради клима уређај произведен у Јапану, ознака: AWY 24 EBA-W/RO 24 EB, што је окривљени обећао, па је посао закључен.

Окривљени је у уговореном року монтирао клима уређај који је оштећени платио, али гарантни лист није добио са испорученом робом, већ накнадно након интервенције оштећеног и подношења пријаве тржишној инспекцији.

Оштећени је уочио да није добио уређај који је био у понуди, односно који је платио, јер спољна јединица клима уређаја има ознаку 24 E, уместо ознаке 24 EB.

У поступку вештачењем утврђено је да монтажа клима уређаја није изведена према правилима стукe која налажу да вод за довођење кондезата из унутрашње јединице у сваком делу има константан пад ка отвору за пражњење кондезата, односно да је постављен такозвани контра пад.

Такође суд је утврдио да се разлика у ознаци EB и E односи на два различита уређаја са истим експлоатационим карактером и разлика је у типу компресора који се уграђује и који може бити различит у погледу године производње и сличних разлика.

Суд је нашао, на основу изведених доказа да је оштећени стриктно поручио најновији клима уређај произведен у Јапану, и да је након не-

колико дана окривљени уградио климу са спољном јединицом која није уговорена, односно није била идентична понуђеној. Такође, окривљени клима уређај није правилно инсталирао, па је као такав неупотребљив.

Како је окривљени на описани начин обмануо оштећеног давањем лажних информација о клима уређају који је понудио а затим исти погрешно монтирао, супротно правилима струке, чиме је оштећеног изложио малтретирању и губљењу времена, суд га је огласио одговорним јер је поступио начелу савесности и поштења из члана 11 и одредбама из члана 53 став 1 Кодеса пословне етике.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 135/08 од 9.6.2010. године)

9. Привредно друштво за пружање телекомуникационих услуга чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала када једнострано прекрши опште услове Уговора о претплати на услуге ГСМ дигиталне мобилне телефонске мреже, закљученим са корисником услуга тако што га не обавести о свакој промени обрачуна месечних рачуна за пружену услугу као и о датуму примене промењеног начина обрачуна.

Образложење

Против окривљеног покренут је поступак због тога што је прекршио опште услове Уговора о претплати на услуге ГСМ дигиталне мобилне телефонске мреже.

Окривљени је негирао све наводе из оптужног предлога истичући да је општим условима Уговора о претплати на услуге ГСМ дигиталне мобилне телефоније регулисан начин промене цена и услуга и да се све информације о начину тарифирања могу добити преко интернет адресе или непосредно у пословницама.

Суд је утврдио да је окривљени једнострано, прекршио опште услове Уговора о претплати на услуге јавне ГСМ дигиталне мобилне телефоније који је закључио са оштећеним као корисником услуге, да је извршио промену обрачуна месечних рата за последња три месеца у 2009. години, да о измени обрачуна ни на који начин није обавестио оштећеног, иако је био у обавези на основу одредби општих услова Уговора, (који прописује да окривљени има право да врши измене општих услова Уговора у складу са својом пословном политиком али и обавезу да о томе обавести кориснике услуга) и да није на инсистирање и захтев оштећеног, доставио копију одлуке са датумом почетка примене измењеног обрачуна.

Суд части огласио је окривљеног кривим због непоштовања обавеза из уговора, непословности, при чему је имао у виду да је користио право јаче стране у спорном уговорном односу, па га је огласио кривим и изрекао адекватну меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 23/10 од 16.6.2010. године)

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – са леве стране; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

a) *Терминологија у ујоредном праву*

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

a) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, стр. 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о сјечајном уопштујуку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e édition, Paris, 2001, стр. 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, стр. 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. дело* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 102.

R. Goode, *нав. дело*, стр. 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се наводи пун наслов књиге курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, стр. 107.

2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и њивреда*, бр. 1-4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и њивреда*, бр. 1-4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.
Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.
- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.
Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗРПС, чл. 25.
- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:
пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.
Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.
- ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције (www.seio.gov.rs).

4. Извори са Интернета

- а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:
име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курсивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.
Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21.10.2008, стр. 18.
- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

организације која је припремила текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.

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 : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343