

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LIV

Број
1-3

2016

САДРЖАЈ

ОСНОВНА ТЕМА

1. **Љубодраг ПЉАКИЋ**
Озакоњење објекта или стицање својине на грађевинском
земљишту 5
2. **Вук ОГЊАНОВИЋ**
Стање тржишта хартија од вредности – озбиљно ограничење за
рационално пословање привредних друштава 16
3. **Здравко ПЕТРОВИЋ, Слободан СТОШИЋ**
О основним начелима извршног поступка 27
4. **Владимир КОЗАР, Немања АЛЕКСИЋ**
Средства финансијског обезбеђења у поступку јавне набавке 41
5. **Мирјана ЦУКАВАЦ**
Стална арбитража при Привредној комори Србије 55
6. **Драгољуб СИМОНОВИЋ, Зорица СМИРЧИЋ**
Коментар нових решења у Закону о раду 66
7. **Вања Серјевић**
Значај привремених мера у привредним споровима 92
8. **Предраг ЋАТИЋ**
Уговор о кредиту и савремени проблеми који га прате 111
9. **Александар РАДУЈКО**
Хипотека и проблеми њеног активирања 127
10. **Глигорије БРАЈКОВИЋ**
Ескро уговор у српском праву 144

TABLE OF CONTENTS

COMMENTS

Ljubodrag PLJAKIĆ

Legalization of Buildings or Acquisition of Property of the Building 15

Vuk OGNJANOVIĆ

State of the Securities Market – Limitations for Rational Operation
of Companies 26

Zdravko PETROVIĆ, Slobodan STOŠIĆ

About Basic Principles of Enforcement Procedure 40

Vladimir KOZAR, Nemanja ALEKSIĆ

The Means of Financial Security in the Process of Public Procurement 54

Mirjana CUKAVAC

Permanent Arbitration at Chamber of Commerce and Industry
of Serbia 65

Dragoljub SIMONOVIĆ, Zorica SMIRČIĆ

Commentary of New Solutions in Labor Act 91

Vanja SERJEVIĆ

The Importance of Provisional Measures in Commercial Litigation 110

Predrag ĆATIĆ

Loan Agreement and Contemporary Problems which Follow it 125

Aleksandar RADUJKO

Mortgage and Problems of its Applying 143

Gligorije BRAJKOVIĆ

Escrow Agreement in Serbian Law 155

СТРУЧНА МИШЉЕЊА

Љубодраг ПЉАКИЋ

судија Врховног касационог суда у пензији

ОЗАКОЊЕЊЕ ОБЈЕКТА ИЛИ СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ НА ГРАЂЕВИНСКОМ ОБЈЕКТУ

Резиме

Решавање питања бесправне градње је изворно домаћи проблем на у његовом отклањању не можемо да се позовемо на решења из упоредног права. Отуда, ако држава у довољној мери није спречавала (зобрањивала) изградњу објеката без одобрења надлежног органа, онда је више него сигурно да је и тражење потпуних решења за довођење бесправног градитеља у статус власника јако отежано.

Сви досадашњи закони из ове области у својим називима су имали у виду легализацију објеката. Актуелни Закон носи назив „Закон о озакоњењу објеката”. Сви они дакле, имају у виду однос према грађевинском објекту, као предмету решавања овог питања, а требало би да назив закона има у виду власника кога се тиче својина на објекту.

Актуелни Закон је, у доброј мери, техничка решења привео праву ка стицању својине на објекту. Систематика Закона није до краја консеквентна као што и коришћење појединих института није адекватно. Зато се стиче утисак да је Закон рађен на брзину.

Ипак, његов квалитет је у повољним решењима по странке у поступку на који начин би могао да се оствари циљ Закона – да се власништво над изграђеним објектима проведе кроз јавне књиге и спречи даља бесправна градња.

Кључне речи: *грађевински објекат, својина, власништво, предмет Закона, услови грађења, накнаде, такса, грађевинска дозвола.*

I Увод

Аутор жели одмах на почетку да укаже да је споран сам назив Закона о озакоњењу објеката (у даљем тексту: Закон),¹ с обзиром на то да „озакоњење објеката” као и у ранијим Законима „легализација објеката”, не одсликава суштину правног односа – стицање својине на грађевинским објектима.

На првој години Правног факултета у предмету Увод у право се учи да се правни однос успоставља између физичких и правних лица, а поводом ствари. Озакоњењем и легализацијом објеката објекти правних односа добијају значај какав они заправо, немају! Уместо да стицање својине физичког лица буде у називу Закона јер је то његов циљ и сврха, процедурална питања – питања правне технике преко предмета поступка избијају у први план, а принципи страначке легитимације будућег власника, као субјекта права, своде се на техничке услове у вођењу поступка. Овакво опредељење законодавца провејава кроз читав Закон.

Питање бесправне градње у Србији датира од пре неколико деценија. Држава, у немогућности да на повољан начин реши питање градње кроз легалне токове, на одређени начин је, прећутно, прелазила преко ове појаве заобилазећи јавну компоненту проблема. Оправдање је законодавац налазио у чињеници да на овај начин грађани сами себи обезбеђују кров над главом и отуда толерисање бесправне градње као процеса. Оваква градња је ескалирала нарочито после деведесетих година због познатих друштвених околности.

Први Закон којим се регулише бесправна градња је из 1997. године – Закон о посебним условима за издавање грађевинске, односно употребне дозволе за одређене објекте,² затим делови Закона о планирању и изградњи 2003. – 2011. године и посебан Закон о легализацији објеката.³

Циљ свих ових Закона је био двојак: да се легализује досадашње стање бесправне градње и да се спречи даља градња објеката на овакав начин. Ниједан циљ није остварен, рокови за легализацију су изменама свих нових Закона продужавани, иако су изменама Закона (2003. и 2006. године) поједина питања бесправне градње третирана као кривична дела.

1 Закон о озакоњењу објеката, *Службени гласник РС*, бр. 96/015.

2 Закон о посебним условима за издавање грађевинске, односно употребне дозволе за одређене објекте, *Службени гласник РС*, бр. 16/97.

3 Закон о легализацији објеката, *Службени гласник РС*, бр. 95/2013 и 117/2014.

Анализа решења из овог реферата са гледишта примењивости у пракси моћи ће да да ефекте тек следећих година.

II Сврха доношења Закона и предмет озакоњења

Већ у првом члану Закона његова сврха се објашњава уређивањем услова, поступка и начина озакоњења објеката и њихових делова изграђених без одобрења за изградњу, услови за издавање решења о озакоњењу и друга питања од значаја за озакоњење. Полазећи од тезе да се ради о сврси ради стицања својине на објектима, сматрам исправнијим да је такав приступ означен и у цитираној одредби. Ако би одговор био да је коришћена терминологија приступачнија грађанима за разумевање, рекли бисмо да је обичним људима јако позната суштина института својине на објекту. Одредба члана 1. Закона се односи и на подземне водове, као и на изведене радове према цитираном Закону о планирању и изградњи.

Битна новина Закона која може да допринесе остварењу његове сврхе је проглашење озакоњења бесправно изграђених објеката јавним интересом за Републику Србију. У практичном смислу, та чињеница обезбеђује вођење поступка озакоњења не само по захтеву грађана, већ и по службеној дужности. Држава Србија има важан интерес (поред заинтересованих грађана) да се на терену усклади фактичко и правно стање објеката и њихова евиденција у јавним књигама. Такав приступ законодавца битно мења не само начин покретања поступка, већ још више појачано ангаживање службених лица за читав ток поступка све до његовог окончања.

У прилог тези аутора са почетка реферата је и одредба члана 3. Закона која јасно говори о томе шта је предмет озакоњења: објекат завршен у грађевинском смислу. У ставу 2. истог члана је додато и решење које се може изложити критици: предмет озакоњења је и зграда на којој су изграђени само конструктивни грађевински радови (темељ – армирано – бетонска таваница, кровна констукција) са или без завршене фасаде! Аутор није лице грађевинске струке, али није уочио да се кровна конструкција подиже само на стубовима између којих не постоји везивно ткиво у виду цигле или бетона. Пошто се ради о законским решењима за које је, надам се, консултована и грађевинска струка рећи ћемо да је свакако и таква варијанта могућа па ћемо у том смислу и Закон прихватити.

Сматрам да у односу на систематику Закона није добро да се у члану 4. претходно појашњава на које се све објекте овај Закон не односи.

Поред већ реченог, да би питање бесправне градње требало да се тиче њихових власника, *ratio* Закона налаже да се претходно регулише питање на кога се Закон односи. Ваљда је због тога Закон и донет. У прелиминарном читању Закона са оваквом систематиком, грађани, већ оптерећени могућношћу решавања њиховог проблема, тешко да ће себе сврстати у оне који испуњавају услове.

III Услови за озакоњење

У овој Глави Закона, законодавац задржава приступ негативне енумерације из претходне Главе, с тим што уместо објашњења на које се објекте Закон не примењује (требало би у односу на које не постаје власник!), користи се терминологија којом се указује шта не може да буде предмет озакоњења (објекат изграђен на земљишту неповољном за грађење – клизишта, мочварно тле... члан 5. став 1. тачка 1. Закона).

Интересантна је примена става 2. у вези члана 5. став 1. тачка 1. Закона. У овом ставу, законодавац изузетно одобрава доношење решења о озакоњењу на клизишту и мочварном тлу, уз прибављање кумулативно три доказа: да је објекат стабилан, да не угрожава стабилност терена и суседне објекте. У овом случају тезе су замењене: уместо да се оцени на који начин клизиште и мочварно тле као такви могу да угрозе објекат који се озакоњује, орган цени како да објекат не угрози оваква земљишта! Наравно, то такође није неважно, али се не ради о „усаглашавању” клизишта и мочварног тла са бесправно изграђеним објектом, већ је обрнуто. Законом установљавање прибављања инжењерско-геолошких извештаја на те околности, по мишљењу аутора, не отклања сумње и страхове градње на клизиштима и мочварним површинама. Примери недавних поплава у Србији нас довољно опомињу.

Квалитетно решење из Закона које олакшава положај бесправних градитеља је да уколико постоји правноснажно решење којим је одбијена легализација, да је могуће поступак наставити уколико су, у међувремену, новим планским актима измењени услови градње на том простору.

У одредби члана 6. Закона предвиђено је који објекти представљају предмет легализације, што је претходно требало да буде предмет Закона због чега је Закон и донет.

Основно питање је да су предмет легализације објекти за које је поднет захтев за легализацију по раније важећем закону до 29.1.2014. го-

дине тако да сви захтеви поднети до овог датума су захтеви у смислу овог Закона.

Пропуст свих ранијих Закона којима је решавана бесправна градња по први пут је отклоњена овим Законом: наложен је попис незаконито изграђених објеката који се врши према програму пописа по зонама. У завршним одредбама (члан 46. став 3. Закона) предвиђено је да се сачињавање пописа обави у периоду 12 месеци од ступања на снагу Закона (од 27.11.2015. године). Сви даљи детаљи из члана 7. Закона око образовања Комисија за попис, ко их сачињава, прописивање образаца и њихова садржина, нису смели да буду уређени Законом, већ подзаконским актом.

За доношење решења о рушењу бесправно изграђеног објекта је надлежан грађевински инспектор. Он донето решење о рушењу не извршава, већ чека правноснажност решења донетог у поступку легализације, што читавом поступку легализације даје једну озбиљну димензију.

Закон у члану 7. став 8. и предвиђа да се решење о рушењу неће извршавати до озакоњења објекта, а идентичну одредбу садржи и члан 37. Закона, што довољно говори о несистематичности Закона, који као да је писан у журби.

Важно је рећи да се покретање поступка озакоњења објеката врши по службеној дужности после добијања решења о рушењу.

Највећу сметњу у досадашњим поступцима легализације је представљало достављање доказа о одговарајућем праву на земљишту на коме се објекат налази. Због тога, Закон у члану 10. предвиђа шта све може да представља доказ о одговарајућем праву на земљишту. Новина је да уколико у стамбеним зградама нису формирано одговарајући органи (што је раније био често проблем), као доказ ће послужити сагласност већине власника на становима.

И у овај Закон је пренет важећи правни став управно-судске праксе да сагласност за легализацију од стране сукорисника парцеле није потребна уколико је знао или могао знати за градњу објекта а није се томе противио.

Пре доношења решења о озакоњењу, а пошто се претходно утврди испуњеност услова, власник објекта плаћа таксу за озакоњење. Исту одредбу садржи и члан 33. став 1. Закона, па и ово дуплирање указује на несистематичност Закона.

Код обавезе плаћања таксе и раније је постављено питање да ли такса треба да буде једнакост у односу на висину обавезе коју плаћају власници који граде објекте уз прибављање одобрења за градњу, те да ли се ради о неједнакости грађана уколико су ти износи различити.

У одговору на ово питање вратићемо се на почетак реферата и поновити да је у држави, преплављеној бесправном градњом, веома тешко донети потпун и консеквентан пропис којим ће се легализацијом отклонити сви пропусти до којих је дошло грађењем без прибављања одобрења за изградњу.

Имајући у виду да је решавање овог питања најмање правно, а више социјално, економско, политичко и свако друго, аутору не сметају бенефиције које се, у одређеној мери, чине бесправним градитељима. Отуда и плаћање таксе, а не неке друге обавезе.

Такса, по својој правној природи, представља еквивалент изражен у новцу за услуге које чини неки орган јавне власти физичким и правним лицима. Такса се не користи у опште фискалне обавезе, већ уже за намене поводом сврхе за коју се и наплаћује. Ако се томе дода да су разлози за озакоњење од јавног интереса за државу Србију, која жели да има евиденцију свих непокретности на својој територији, на који начин се ствара и основ за уређење просторног и урбанистичког планирања, ето разлога који, чини се, оправдавају увођење таксе.

У Србији је изграђено укупно 4.671.899 објеката без одобрења за градњу од чега 1.996.479 за породично становање и 36.321 објекат за колективно становање⁴. Прави податак о броју бесправно изграђених објеката знаће се по обављеном попису.

IV Начин озакоњења

Глава III Закона носи наслов „Начин и поступак озакоњења”, а следећа Глава носи наслов „IV Поступак озакоњења”, што опет говори о несистематичности Закона као и да је писан на брзину.

Ако се анализира Глава III Закона и стави у однос са анализираним Главом IV, закључује се да је у I Глави садржан начин и ток самог поступка и које су то чињенице које орган утврђује да би се оценила испуњеност услова за легализацију. То даље значи да је поступак покренут. Утврђују се одлучне чињенице од којих зависи сама одлука о праву

⁴ Подаци су преузети из образложења Закона.

странке (а странка се и не помиње кроз читав Закон, али се зато увелико говори о предмету поступка...). Утврђивање чињеница нужно прати и доказни поступак.

У Глави IV Закона чији се наслов односи на поступак озакоњења, која је по систематици иза претходне Главе, говори се о врсти поступка који се примењује у практичној примени Закона. Дакле, Закон о општем управном поступку на питања која нису уређена овим Законом.

Било је нужно да ове Главе промене места и да поједина питања из једне нађу места у другој и обрнуто. Ове недостатке је било нужно отклонити уз сва уважавања и разумевања да није једноставно написати добар Закон који регулише бесправну градњу.

Реферат се не бави техничким аспектима Закона садржаним у Глави III. Сва та питања везана за извештај о затеченом стању објекта, о подацима које треба да садржи документација, о фотографијама у боји или црно-белим које приказују фасаде објекта и сл. морале су, понављамо, да буду предмет одговарајућег подзаконског акта, јер то није материја која се законом уређује. Отуда у прелазним одредбама брисање раније важећих правилника јер нови нису предвиђени, будући да је читава материја Законом регулисана што се не може објаснити ни практичним разлозима у доношењу Закона!

V Поступак озакоњења

Одредбом члана 113. Закона о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП), предвиђено је да управни поступак увек покреће надлежни орган. Дакле, на питање ко покреће поступак одговор је увек орган, а на питање како се покреће поступак одговор је: по службеној дужности или поводом захтева странке. Ово питање спада у основна знања у примени ЗУП-а. Одредбом члана 115. став 1. истог закона је речено да ако орган нађе да нема услова за вођење поступка, донеће закључак о одбацивању захтева странке. Према томе, по овом процесном Закону странка у управном поступку никада не покреће поступак.

Имајући то у виду, под озбиљном сумњом је одредба члана 23. став 1. Закона. Тачка 1., 2. и 3. става 1. овог члана говоре о различитим ситуацијама. Тачка 1. има у виду лица која су поднела захтев за легализацију до 29.1.2014. године у складу са ранијим Законом у односу на која лица се *поступак покреће даном ступања на снагу овог Закона.*

Тачка 2. цитираног члана се односи на лица која нису поднела захтев за легализацију до наведеног дана и за која је донето решење о рушењу. У таквој ситуацији поступак се покреће *даном достављања решења о рушењу*.

Тачка 3. истог члана се односи на лица која су поднела захтев, у смислу Закона о посебним условима... а који поступак није окончан, па се у тој ситуацији *поступак покреће даном достављања списка од стране катастра надлежном органу*.

Закон у овом делу није до краја јасан ко, заправо, покреће поступак. Ипак, ближи смо ставу да је законодавац мислио да се у ова три случаја ради о покретању поступка по службеној дужности.

Међутим, у тачки 4. истог става и члана директно је унето неприхватљиво решење са гледишта покретања поступка по ЗУП-у. Реч је такође, о лицима из Закона о посебним условима... по чијим захтевима је извршен упис права својине (под одложним условом; прим. аутора) на објекту изграђеном без грађевинске дозволе. Законодавац каже да се у тој ситуацији *поступак покреће подношењем захтева за озакоњење* што значи да странка покреће поступак по ЗУП-у, што правно није могуће.

У члану 26. законодавац се детаљније враћа на бесправно изграђене објекте на терену неповољном за грађење. Као што смо рекли, ради се о објектима изграђеним на клизиштима и мочварним подлогама. Таквим градитељима законодавац налаже да од одговарајућих организација прибаве доказ 1) да је објекат стабилан, 2) да не угрожава стабилност терена и 3) суседне објекте.

Стиче се утисак да на овако прописан начин законодавац штити више све друге напред наведене власнике и сам терен него самог градитеља објекта. Логично се поставља питање у којој мери је власник сигуран ако му се легализује објекат на клизишту и мочвари имајући у виду непредвидивост таквих терена и поред стручних налаза.

Законодавац је истрајан у неадекватној примени битних одредаба ЗУП-а и код прописивања члана 30. Закона. Законодавац у овој одредби сматра претходним питањем поступка легализације утврђивање да ли је за незаконито изграђени објекат, у складу са ранијим прописима, донето решење којим се одбија захтев за легализацију, а које је решење правноснажно у управном поступку.

Рећи ћемо јасно: ово није претходно питање из члана 134. ЗУП-а „које чини самосталну правну целину за чије је решење надлежан суд или

други орган!" Ово је чињенично питање у току вођења поступка од кога зависи даље вођење поступка!

Закон у свим случајевима доношења решења о одбацивању или одбијању захтева даје могућност улагања жалбе и вођења управног спора.

Законодавац је у члану 11. став 2., како смо истакли на почетку, предвидео плаћање таксе за озакоњење, пре издавања решења о озакоњењу. У ставу 3. истог члана је предвидео да висина таксе зависи од класе, површине и намене објекта, као и начина коришћења објекта. И уместо да се ту стане, а да се различити износи плаћања таксе према наведеним критеријумима разраде подзаконским актом, Закон преузима ту материју и детаљно (члан 33.) предвиђа износе таксе за различите објекте намене, спратности и др. Такса је услов без кога се не може: за случај да није плаћена, орган ће закључком одбацити захтев.

VI Упис права својине

Рекли бисмо да је упис права својине централно питање Закона. Оно је циљ коме се тежи и због кога је Закон донет. Уписом права својине се успоставља тако дуго чекани склад правног и фактичког што држави, поред осталог даје карактер правно уређење земље.

Ипак, истоветна мана овог поглавља прожима се кроз цео Закон: шта се догоди са власником који је титулар права својине на објектима вођеног поступка легализације? Наиме, Закон предвиђа да се даном правноснажности решења о озакоњењу стичу услови за упис права својине у јавној књизи. Надлежни орган по службеној дужности доставља елаборат изведених радова и примерак правноснажног решења органу за послове државног премера и катастра. Он даље доноси решење о упису и кућном броју. За упис права својине не плаћа се административна такса. Ни речи дакле, о власнику објекта!

VII Рушење објекта

У Глави Закона о рушењу објекта, члан 37. је исти као и члан 7. став 8. Закона, будући да је предвиђено да се рушење незаконито изграђеног објекта неће извршавати до правноснажно окончаног поступка озакоњења. Ставови у члану 38. нису добро поређани. Уместо да се најпре каже да уколико захтев за озакоњење буде одбачен или одбијен, да се стичу услови за рушење објекта, па тек потом ако захтев буде уважен да ће се обуставити поступак рушења, законодавац је у ставу 1. унео једну

неодређену одредбу која се може разумети тек читањем следећих ставова – да се тако неодређена одредба става 1. члан 38. има разумети да се односи на ситуацију у којој је објекат озакоњен (у етимолошком значењу) па даље објекат може да буде дозидан, надграђен, срушен, а не озакоњен. Појам „озакоњења” се постиже стицањем својинских овлашћења на страни бесправног градитеља или стицаоца по другом основу.

Закон дозвољава могућност да се подносиоцу захтева, по чијем се захтеву води поступак легализације, до окончања поступка може привремено дозволити прикључење на све мреже (водоводну, грејање...), и опстанак свих тих прикључака у зависности од начина окончања поступка.

Рекли бисмо да је стварност сасвим другачија. Бесправни градитељи који се као странке појављују у поступку легализације најчешће су већ одавно прикључени на све електро и друге мреже... Они увелико користе за становање наведене стамбене објекте што не би могли без наведених прикључака.

У завршним одредбама законодавац обавезује јединице локалне самоуправе да у року од 2 године од дана ступања на снагу овог Закона ускладе своја планска документа са резултатима пописа објеката (рок за сачињавање пописа је 12 месеци од дана ступања на снагу Закона). Оправдање за доношење Закона по хитном поступку је управо у јавном интересу за његово доношење.

VIII Закључак

Шта рећи у закључним разматрањима, а да се аутор не понавља као законодавац кроз читав текст Закона? Доношење Закона по хитном поступку не може да оправда несистематичност законских решења, њихово понављање и неодговарајућу примену ЗУП-а. Такође, и уношење материје подзаконских аката у Закон никако није могуће, јер та чињеница Закону одузима очекивану унутрашњу снагу. Представљање циља и сврхе Закона кроз јавни интерес морало би нарочито да појача прецизност, па тиме и примењивост у пракси појединих законских решења.

Једини извињавајући разлог на страни законодавца је заиста, у чињеници да није лако донети Закон којим ће се извршити легализација бесправно изграђених објеката. То би била садашња оцена вредности Закона. Аутор би волео ако буде могао да поправи свој став и критичке тонове из овог реферата, уколико би се у наредном периду остварио бар један од два циља Закона: легализација досадашњег стања и спречавање бу-

дуће градње. Такву оцену мора да сачека примена у пракси наведених законских решења: бар, неколико година!

Ljubodrag PLJAKIĆ

Judge of the Supreme Court of Appeals, retired

LEGALIZATION OF BUILDINGS OR ACQUISITION OF PROPERTY OF THE BUILDING

Summary

The solving of the issue of illegal construction is originally a local problem so that in its elimination we cannot refer to solutions from the comparative law. Thus, if the state has not prevented (prohibited) to a sufficient extent the construction of buildings without the permit of the competent authority, then most certainly the search for total solutions for the conversion of an illegal builder to the status of an owner is strongly made difficult.

All laws from this field so far considered, in their names, the legalization of buildings. The current law bears the name "Building Legalization Law". Thus all of them consider the relationship towards the building, as the object of solving of this issue; however, the name of the law should consider the owner whom the property of the building concerns.

The current law has, to a great extent, lead the technical solutions to the right to acquire the property of the building. The systematics of the law is not consequent to the end, nor is the use of single institutes adequate. Therefore one has the impression that the law has been written hastily.

Still, its quality is the favourable solutions for the parties involved, as a result of which way the goal of the law could be achieved, namely to register the property of buildings in public registers and prevent further illegal construction.

Key words: *building, property, subject of the law, construction conditions, considerations, fee, building permit.*

Др Вук ОГЊАНОВИЋ

Институт за тржишна истраживања, Београд

СТАЊЕ ТРЖИШТА ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ – ОЗБИЉНО ОГРАНИЧЕЊЕ ЗА РАЦИОНАЛНО ПОСЛОВАЊЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Резиме

Значај финансијског тржишта, те посебно тржишта хартија од вредности за унутрашњу и спољњу стабилност економија земаља у транзицији, битан је и неспоран. Тржиште хартија од вредности, као и целина финансијског тржишта у нас, међутим, није у потенцијалу, да ствара предуслове за успешно реформисање националне економије, односно за рационално привредно пословање, те и реструктурирање јавних и бивших друштвених предузећа у савремено организована и продуктивна привредна друштва.

Разлози дубоке кризе тржишта хартија од вредности су бројни. Транзиција српског економског система у задњих петнаестак година, очигледно је имала друге и другачије приоритете. Очекивани ефекти приватизације, као кључне концепције за трансформацију и модернизацију тржишта хартија од вредности, потпуно су изостали. Уз то, није било ни праве националне стратегије за прилагођавање сталним променама, иновацијама, кризама и турбуленцијама на међународном финансијском тржишту.

Актуелно стање обавезује, да држава и надлежне регулаторне институције, у складу са својим одговорностима, морају што пре покренути ефикасан програм активности и мера за излазак из евидентне и очигледно скупе кризе домаћег тржиште хартија од вредности и тржиште капитала. Националној економији је неопходно стабилно и савремено разумевање финансијско тржиште, са најбољом заштитом свих учесника и инвеститора на њему. Дакле, међународно транспарентно и стабилно тржиште корпоративних акција, обвезница и других финансијско-имовинских аранжмана, преко којих је могуће стварати предуслове за фи-

нансирање одрживог економског раста и развоја, за јачање извоза, за консолидацију јавних финансија и спољњег дуга, те и за позитиван развој земаљских демократских структура.

Кључне речи: *финансијско тржиште, тржиште хартија од вредности, приватизација, ограничење, тржиште капитала, држава, регулаторне институције, програм за кризу.*

I Уводне премисе

Финансијско тржиште, односно тржиште хартија од вредности је *кључна полука савременог глобализованог економског система*. Истовремено, оно је витална концепција повезивања и кохезије у комплексу сложених међузависности глобалног финансијског система и националних, те регионалних финансијских тржишта. Између осталог, ово тржиште привлачи и распоређује штедњу, подржава инвестиције привредних друштава, уређује каматне стопе, девизне курсеве и цене финансијске активе (акција, обвезница, и др.). При томе, треба инсистирати, улога овог тржишта у стварању предуслова за подршку инвестицијама, од есенцијалног је значаја за здраву и одрживу економију. Заправо, земље са развијеним и транспарентним финансијским тржиштима, брже се и сврсисходније развијају.

Значај целине финансијских тржишта треба мерити економским функцијама које обавља глобални систем финансијских институција, механизма и инструмената. А тих виталних функција је више. Као што су: 1) механизми за штедњу, 2) систем финансијских институција које промовишу финансијско богатство привредних друштава и појединаца, 3) конвертовање финансијских инструмената у ликвидност – у готовину, 4) одобравање кредита за финансирање текуће и инвестиционе потрошње, 5) функција плаћања – куповине роба и услуга, 6) функција заштите од ризика по живот, здравље, имовину и приход, 7) те и механизам – средство политике преко којег држава развија, стабилизује и унапређује своју економију.

Иначе, *најзначајнији блок финансијског тржишта* у условима либерализованих економских односа са иностранством, неспорно је *тржиште хартија од вредности*.

Тржиште хартија од вредности је од *посебног значаја и за новчано тржиште и за тржиште капитала*. Дакле, и за унутрашњу и за спољњу стабилност економија земаља у развоју и земаља у транзицији.

На *новчаном тржишту*, привредна друштва и појединци управљају својим позицијама ликвидности. При томе, хартије од вредности

или кредити чији рок доспева у року од годину дана или краће, сматрају се за инструменте новчаног тржишта. Исто тако, овај сегмент финансијског тржишта, омогућава државама да обезбеде краткорочна средства у ситуацијама када неблагоремено (и споро) притичу средства по основу пореза и других јавних прихода.

Тржиште капитала је међутим, усмерено и намењено финансирању дугорочних инвестиција привредних друштава, државе и домаћинства (основна карактеристика структуре инструмената на овом тржишту је првобитно доспеће преко годину дана).

Најсадржајнији сектор тржишта капитала, је тржиште корпоративних акција. Наравно, и других хартија од вредности, *које у привредном пословању*, односно ради прикупљања капитала, могу емитовати или емитују привредна друштва или јавни-државни сектор.

II Мотивационе основе за учешће на тржишту

У савременом комерцијалном правном систему, односно у привредним системима мешовитих тржишних економија уопште, доминира потреба за ефикасним уређивањем система трговања на финансијском тржишту. Тај високи приоритет је разумљив, јер је реч о комплексном систему пословних – облигационих мрежа, на који, са својим аутономним интересима, конкурише велики број учесника финансијског тржишта. Ту су: држава, банке и друге финансијске организације, широки круг привредних јединица и привредних друштава, становништво, те и моћни учесници на националним финансијским тржиштима из иностранства.

Ова импозантна пословна – комерцијална мрежа учесника, по логици својих пословних интереса, међусобно тргује на финансијском тржишту. Ипак, сви учесници имају реално *један заједнички интерес*. Наиме, за све њих, за све „градитеље” пословних аранжмана и пословних мрежа, *стабилност финансијског система и финансијског тржишта је највиши приоритет*. Уз то, сви они подржавају *јавну политику* која има за циљ, да уреди чврста правила, односно да се утемељи регулатива за принципијелно понашање учесника на финансијском тржишту. Те посебно правила за санкционисање, односно за искључивање из пословне мреже оних учесника који врше преваре на тржишту.

Дакле, *мотивациона основа* за учешће привредних друштава на финансијском тржишту, *концентрише се око циља да се стекне нова ак-*

тива, односно да се постојећа – актуелна актива или делови њене структуре, замене продуктивнијом (већи профит) и модернијом активом.

Иначе, *потенцијал за финансирање нове активе*, има обично два стратешка упоришта. Средства остварена пословањем (нераспоређена добит, амортизација) – самофинансирање, те средства „организована” на финансијском тржишту – екстерно финансирање. У основи, једнаку вредност има финансирање повећања краткорочне активе (сировине, залихе готових производа, кредити одобрени клијентима, холдинзи утрживих хартија од вредности), као и финансирање повећања дугорочне активе (изградња нових капацитета, нови пословни аранжмани, преузимање нових фирми).

III Развој тржишта хартија од вредности

Земље у развоју и земље у транзицији, а и Србија, још увек се налазе у сред економске кризе. Но, *криза пружа и прилике за реструктурирање и сектора финансија и сектора предузећа у циљу успостављања основа за стабилизацију привредног раста и развоја*. У том контексту, модерно организовање и формирање ефикасних концепција тржишта новца и капитала, може у значајној мери да допринесе остваривању тог циља.

Искуства других земаља показују, да је развој тржишта хартија од вредности, од *суштинског значаја за успешно реструктурирање сектора предузећа*. Истовремено, и за *диверзификацију и јачање финансијског сектора у целини*. Квалитет те пројекције не може умањити ни *могућа редукација доминације пословних банака*.

Носећи *аргументи за развој тржишта хартија од вредности*, потенцирају најмање три групе разлога.

Пре свега, то су *потребе да се диверзификује финансијски сектор*. Заправо, да се повећа број канала за мобилизацију и алокацију средстава. Једноставно, да понуди шири избор финансијских инструмената за потребе зајмопримаца и штедиша, тј. инструмената који се односе на ризик, принос, рочност и ликвидност.

Битан аргумент за земље у развоју, је и *актуелизација потреба да се обезбеди понуда финансирања ризичних пласмана и дугорочних дугова*. Односно, да се створе услови за већу флексибилност за креирање финансијских аранжмана ради задовољења конкретних потреба у привредном пословању. А то је од есенцијалног значаја за реструктурирање и јачање сектора предузећа у целини његове структуре.

Има и других, критично важних аспеката за *позитиван развој тржишта хартија од вредности*.

Управо, када је земља *напуштала систем обавезних државних и банкарских гаранција*, те посебно издавања гаранција за хартије од вредности, објективно се повећавао ризик за улагаче, односно за инвеститоре. При томе, највећи део континентална хартија од вредности емитован је са мало, или са сасвим мало релевантних података о емитенту. То је производило и произвело несигурност за улагања.

Тим трагом, одговор се морао *тражити у јачању и повећању транспарентности, односно јасности и јавности тржишта хартија од вредности*. Једино тако инвеститори могу имати бољу позицију за процену својих улагања. Само *виши степен јасноће* на тржишту, може допринети ефикасности тржишта хартија од вредности, односно омогућити да се дође до одговарајуће цене за сваку корпоративну акцију у складу са њеним потенцијалним ризиком и приносом.

Већи степен јасноће се такође постиже и успостављањем *добрих стандарда за рачуноводство, ревизију и за обелодавање финансијских информација*. Финансијски извештаји привредних друштава и финансијских институција морају бити поштено ревидирани, односно јавност мора бити обавештена да су обелодањене информације тачне. Уз то, поуздане информације служе инвеститорима да донесу сопствени суд у вези са ризиком инвестирања, као и да обезбеде одређени минимум заштите.

IV Шта се све дешава на међународном финансијском тржишту?

За приступ привредних друштава тржишту хартија од вредности, *битне су и политике, и праксе, које преобликују и дограђују међународни и глобализовани финансијски систем*. Управо стога, *што тај систем непосредно утиче на функционални оквир финансијских тржишта уопште, односно детерминише и понашања свих учесника на финансијским тржиштима*. Заправо, огромне промене које су извршене, те и оне које су сада у току, захтевају континуирану пажњу над политикама финансијских институција на пространом и интернационализованим финансијским тржиштима широм света.

Брзе иновације финансијских производа, односно развој нових услуга и инструмената, реално јачају могућности, али доносе и нове ризике по стабилност тржишта хартија од вредности. Међународни узајам-

ни фондови, валутни и каматни свопови, секјуритизације кредита, други егзотични инструменти и нове услуге, те и пролиферацију услуга, и др., перманентно се нуде и кандидују скоро свим потенцијалним учесницима на финансијском тржишту.

Истовремено, у *порасту је интензивна конкуренција* међу провајдерима финансијских услуга. Банкарска и осигуравајућа акционарска друштва, дилери хартијама од вредности, инвестициони фондови, као и њихова ангажовања на мерџерима и аквизицијама у циљу стварања гигантских финансијских конгломерата, континуирано подижу температуру у функционисању финансијских тржишта уопште. Упоредо са тим, односно истовремено са таласом пропадања једног броја финансијских и других компанија, на тржиштима су евидентне и концепције реструктурирања у функцији *консолидације*.

Интензивна конкуренција у финансијским услугама, добрим делом је била подстакнута и тзв. *дерегулацијом*. Наиме, реч је о омекшавању – ублажавању или елиминисању државне регулативе. Тиме је практично, и на јасан начин, отворен процес *јачања приватног тржишта финансијских услуга*.

У тим условима, перманентно настају нове услуге и нови финансијски инструменти, као и нове врсте мултитржишних и технолошки софистицираних финансијских институција способних да савладавају ризике својствене савременим финансијским тржиштима. Тако се појављује и тзв. *конвергенција* међу финансијским фирмама и финансијским индустријама, односно и *хомогенизација понуде* финансијских услуга.

Иначе, финансијске институције упорно настоје да све више *шире тржиште за своје операције*, услуге и производе, односно да јачају своје маркентишке програме како би покриле све регије света. Овај процес, који се уобичајено назива *глобализацијом*, обележен је брзим увођењем *нових онлајн финансијских услуга*, те ширењем подручја ефективног маркетинга за старе и нове услуге.

Дакле, нова структурна концепција тржишта финансијских услуга, непосредно је условила да се велике корпорације, а посебно државе, клоне организовања кредитних линија код традиционалних финансијских посредника. У замену за тај модел прибављања потребне активе (средстава), *окрећу се емисијама, односно продаји дужничких и акцијских хартија од вредности директно инвеститорима на отвореном тржишту*.

Истовремено, и улога традиционалних финансијских посредника у прикупљању штедње и њеног усмеравања у инвестиције, озбиљно се мења. Актуелни су пулови кредита, тзв. секјуритизована актива, која омогућава корпоративним друштвима да пакују кредите, и да на тој подлози емитују нове хартије од вредности. На тај начин, генерише се депозитни потенцијал (и готовина), који је погодан за одобравање нових кредита за инвестиције.

Ипак, нека важна питања, кординацијом и енергијом националних и међународних институција, морају се враћати законитости, односно природном реду и формалном законском поретку. У томе су, и у томе ће посебну улогу имати континуирано доношене и прилагођаване Европских директива за обављање инвестиционих услуга у области хартија од вредности.

Најзад, у анализираном периоду, отворило се неколико глобалних и регионалних криза финансијских система. Најтежа је била она, коју је 2008. покренула криза хипотекарних заложница велике Њујоршке банке, односно и непоштени – лажни ревизорски налази у вези са том емисијом. Криза је скупо плаћена како у Америци (Банка је банкротирала, а држава је морала да плати огромна средстав), односно озбиљне штете су претрпела и сва друга финансијска тржишта у свету.

V Неки релевантни показатељи развоја и стања у Србији

Полазећи од циљева за озбиљну економску транзицију, средином деведесетих година прошлог столећа, СРЈ, односно Србија је имала *коректну Концепција развоја тржишта хартија од вредности*. Садржавала је *три носећа стуба*. Најпре, 1) да се *фискална, кредитна и политика каматних стопа* неће „мешати” у тржишне сигнале и у однос између ризика и приноса финансијских инструмената, затим, 2) да ће се успоставити *најбољи стандарди за рачуноводство, ревизију и исказивање података*, тј. стандарде који информације финансијске природе чине јасним, расположивим и ажурним, те 3) да *питање тзв. „друштвеног”, или боље јавног – државног власништва* буде решавано и решено у стратегији афирмације и унапређења права и обавеза акцијског капитала, односно *пуне заштите мањинских акционара*.

У том периоду, конституисане су кључне институције у функцији фактора који *утичу на активно присуство привредних друштава* на финансијском тржишту. Наиме, усвојен је нови Закон о независној централној банци (по угледу на Бундесбанку), конституисано је Тржиште

новца, донешени су транспарентни закони о хартијама од вредности и утемељена Комисија за хартије од вредности, усвојен је (после осамдесет година) модеран Закон о берзама, односно обновљена Београдска финансијска берза, донешен је напредни Закон о привредним друштвима, и друго. У том институционалном и системском окружењу, али и присуству сулудих санкција према нашој земљи, тржиште хартија од вредности је почело да се развија.

Међутим, током прве деценије текућег столећа, догодило се неколико тешких удараца економском и финансијском систему земље. То је, у основи, не само уздрмало економију земље, већ и драматично пореметило концепцију за модеран и позитиван развој тржишта хартија од вредности и финансијског тржишта у целини.

Посебно су била тешка и претешка, два удараца нанета природном развоју тржишта капитала и тржишта хартија од вредности.

Пре свега, дошло је до несрећне ликвидације српског развојног банкарског система. А он је неспорно био главни стуб земаљског инвестиционог тржишта капитала. И након више од петнаестак година, ове банке су „у стечају“!? А то најбоље доказује колико су у праву били „ликвидатори“, и колика је елементарна штета нанета Српској привреди. Наиме, стране банке, које су безмало, запоселе српске имовинске и финансијске ресурсе, односно и српско финансијско тржиште, нису много бринуле о развоју српске привреде. Ни једна од њих, током дугих петнаест и више пословних година, није организовала ни сама, ни у конзорцијуму, неко значајније финансирање и кредитирање било којег инвестиционог пројекта у Србији.

Поред тога, посебно је занимљиво и неприхватљиво као смер развоја банкарског система, да се ова доминирајућа група (страних) банака, развијала искључиво по моделу тзв. универзалних банака. Бавиле су се, углавном, прикупљањем штедње и одобравале изузетно и некоректно скупе потрошачке и стамбене кредите становништву. Наводно, разлози су свих ових протеклих деценија, били у веома „високом политичком ризику“ за пласмане у Србији!? Заправо, оно што је негативно, ниједна од њих није инвестициона банка, нити је било која од универзалних банака развила ефикасна и изузетно потребна одељења за послове финансирања инвестиција на средњорочној и дугорочној основи. То истовремено значи, да се нису бавиле, и не баве се, организовањем финансијских аранжмана са одређеним портфолиом (или емисијама) хартија од вредности у концепцијама за кредитирање развојних инвестиција.

Самим тим, очигледно је, *домаћем тржишту хартија од вредности недостајале су, и недостају, битни механизми за природни развој. Једноставно, нема инвестиционих банака, које, по природи свог пословања, треба да дају основну пословну енергију рационалном организовању инвестиционог тржишта хартија од вредности, односно тржишта капитала. Односно, те с тим у непоередној вези, опстаје у нас још једно озбиљно ограничење. Наиме, без инвестиционих банкарских услуга не може бити ни продуктивних концепција за реструктуирање сектора предузећа и привредних друштава уопште.*

Друго, у анализираном периоду је дошло до усвајања, допуњавања и мењања *више контроверзних концепција Закона о приватизацији. И не само Закона, већ и подзаконских аката и других политички посредованих решења и прописа у вези са процесом приватизације.*

Након више од две деценије, у искуству Србије, а и других земаља у транзицији, доминирају потпуна разочарања процесом приватизације. Због више недоследности, површности и економско-политичке неприципијелности, *ни један од структурних циљева реформе власништва није остварен.*

Пре свега, није било побољшања ефикасности пословања националне привреде, нити се смањила спољна задуженост земље (све државе бивше Југославије повећале су свој спољни дуг са око 20 милијарди долара 1989. на преко 200 милијарди 2015, док је друштвени производ у том истом периоду имао драматично урушавање, односно са 100, на у просеку по земљи на око 61%. Уз то, није враћен „одбегли домаћи капитал” из иностранства, те нису ни стварани услови за бољу расподелу националних ресурса и конституисање рационалне социјалне и одговарајуће класне структуре.

У ствари, *програми приватизације су најчешће биле концепције неконтролисаних, односно „политички посредованих” и контроверзних биланса имовине и средстава. Такви биланси су затим, врло често стварали конфузију у блоку јавне потрошње, односно у консидерацијама пореске и развојне политике и праксе. Тиме се отварао широк простор за импровизације, и за сумњиве и „тајне” договоре са тзв. „стратешким партнерима”. Неразумљиво и посебно спорно у таквим концепцијама приватизације, била је у чињеници, да је врховни орган власти – Народна скупштина, била искључена из било какве улоге у контроли или надзору процеса приватизације.*

Једноставно, оно што је битно за наше питање, *програми приватизације, нису следили циљеве које су већ крајем осамдесетих и деведесе-*

тих година прошлог века, инаугурисале Европске директиве о инвестиционим услугама у области хартија од вредности. Заправо, концепције приватизације су „заборавиле”, па и игнорисале потенцијале и циљеве развоја тржишта акција и заштите мањинских акционара.

VI Два поуздана закључка

Након ове кратке анализе о једном броју релевантних елемената који детерминишу и предодређују *могућности активитета и пословања привредених друштава* на тржишту хартија од вредности, могућа су најмање два реална закључка.

Прво, брз, а и највећим делом и интернационализован развој финансијских тржишта и тржишта хартија од вредности, створио је и ствара *потенцијално ризичне и опасне коктеле финансијских трговина, моћне контигенте лукавог новца, те и шпекулативних и агресивних инвеститора који нуде проблематичне и крајње ризичне финансијске аранжмане, инвестиционе шеме и гаранције.* Отуда и стална нестабилност, раскидање уговора, те честе – перманентне кризе и на националним и на глобализованим финансијским тржиштима. Самим тим, велике штете и озбиљни проблеми за здраво привредно пословање.

Домаће тржиште хартија од вредности је остало „на сувом”, и налази се у озбиљној кризи, практично у почетној фази развоја. Сиромашно је и „плитко”. Инвестиционог и развојног банкарства нема, Комисија за хартије од вредности се „не чује”, тржишта корпоративних акција, односно тржиште акционарског капитала као извора инвестиционог финансирања такође нема, изузетно мали обим инвестиционих улагања уз потпоре државних субвенција са „стратешким партнерима из иностранства” „решава” искључиво Влада... Осим тога, пракса у надзору и контроли финансијског тржишта у целини његове структуре, а посебно на сектору јасности и транспарентности у информисању, суочава се са великим искушењима.

Друго, актуелно стање обавезује, да Влада покрене нов и ефикасан програм за пробој из евидентне и очигледно прескупе кризе целине домаћег система инвестиционог финансирања. Заправо програм, који би се, у координацији с међународним надлежним институцијама и телима, озбиљно и доследно бавио реформисањем домаћег финансијског тржишта, а посебно тржишта хартија од вредности. И то пре свега, јачањем механизма тржишта акционарског капитала и других финансијско-имовинских аранжмана као извора инвестиционог финансирања.

Vuk OGNJANOVIĆ, PhD
Institute for Market Research, Belgrade

STATE OF THE SECURITIES MARKET – LIMITATIONS FOR RATIONAL OPERATION OF COMPANIES

Summary

The importance of financial markets, especially the securities market for internal and external stability of the economies of the countries in transition, is important and indisputable. Securities market, as well as our financial markets as a whole are not at the potential to create the preconditions for successful reform of the national economy, and rational business operations and the restructuring of public and former public companies in the modern organized and productive companies.

The reasons for the deep crisis of the securities market are numerous. The transition of Serbian economic system in the last fifteen years apparently had other and different priorities. Expected effects of privatization as a key concept for the transformation and modernization of securities market are completely absent. In addition, there was no real national strategy to adapt to constant changes, innovations, crises and turbulences on the financial market.

Current status obliges the State and the relevant regulatory institutions, in accordance with its responsibilities, start as soon as possible an effective program of activities and measures for overcoming the evident and apparently costly crisis of the domestic securities market and capital market. The national economy needs stable, modern and dispersed, financial market, with the best protection of all participants and investors on the market. Therefore, an internationally transparent and stable market of corporate stocks, bonds and other financial and property arrangements, through which it is possible to create the preconditions for financing sustainable economic growth and development, to boost exports, to consolidate public finances and external debt, and for the positive development of the earth democratic structures.

Key words: *financial market, securities market, privatization, limitation, capital market, the government, regulatory bodies, program for the crisis.*

Др Здравко ПЕТРОВИЋ
редовни професор Универзитета „Sigmund Freud“ у Бечу
адвокат у Београду

Слободан СТОШИЋ мастер права
виши стручни сарадник у Другом основном суду у Београду

О ОСНОВНИМ НАЧЕЛИМА ИЗВРШНОГ ПОСТУПКА

Резиме

Тренутно важећи Закон о извршењу и обезбеђењу¹ ступио је на снагу 17.05.2011. године, а у примени је од 17.09.2011. године. ЗИО је у стручној, и широј јавности окарактерисан као реформски, са основним циљем да поступак извршења учини ефикаснијим и делотворнијим. Међутим, и поред очигледних настојања која су ишла у наведеном правцу, наведеном закону упућиване су критике у погледу: слабе ефикасности, великог броја започетих и нерешених предмета у судовима, неуједначене судске праксе, итд. Данас након четири године од усвајања и ступања на снагу ЗИО, Србија има нов Закон о извршењу и обезбеђењу² од којег се очекује да ће наведене недостатке отклонити. У овом раду ограничавамо се на анализу само неких од начела извршног поступка, са паралелним освртом на позитивна законска решења и она чију примену тек очекујемо.

***Кључне речи:** Закон о извршењу и обезбеђењу, начела извршног поступка.*

I Начело ефикасности

Начелно, ефикасност можемо посматрати као обављање одређеног посла уз адекватно искоришћавање расположивих ресурса. Када наведену констатацију применимо, на област права, прецизније процесног права, не би био погрешан закључак да је ефикасност својствена свим

1 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011-др.закон, 109/2013-ОУС, 55/2014 и 139/2014.

2 Закон о извршењу и обезбеђењу – нови ЗИО, *Сл. гласник РС*, бр. 106/15.

процесним законима. Сасвим је логично да законодавац успостављањем правила којима регулише одређени поступак мора водити рачуна да ресурсе искористи на најбољи начин, ради остваривања постављеног циља. Под ресурсима у наведеном контексту можемо сматрати одговарајућу организацију органа пред којим се поступак води, обезбеђење техничких услова, као и стручну афирмацију субјеката који примењују норме у поступку. С друге стране, ефикасан процесни закон има за циљ квалитетну заштиту права и правних интереса његових учесника. Имајући у виду све наведено, можемо закључити да начело ефикасности има посебан значај у извршном поступку. То је последица чињенице да у извршном поступку не постоји неизвесност у погледу постојања повериоачевог потраживања већ само дужниково одбијање да то потраживање у парижском року испуни.³ Ово из разлога што извршном поступку, по правилу, претходи когницијски поступак у којем је већ одлучено о субјективном праву учесника, те се од поступка извршења очекује „техничко“ спровођење тако утврђеног права. Квалитетно остваривање права би било само оно које је и благовремено. Сходно томе, начело ефикасности у извршном поступку подразумева спровођење извршења у најкраћем временском року. Обзиром да је у претходном поступку утврђено ко је „јачи у праву“, извршни поступак би требао да буде ослобођен механизма којима се одлучује о неком субјективном грађанском праву. Другим речима, суштина извршног поступка би требало да буде само принудно спровођење потраживања (новчаног или неновчаног), чије је постојање утврђено у поступку који му је претходио.

Уколико извршни поверилац благовремено не реализује потраживање утврђено извршном исправом, оно може бити обезвређено. Отуда је прописивање кратких рокова, својствено за поступак код којег се ефикасност хијерархијски издиже међу сам врх начела. Нови ЗИО мења правило о рачунању рокова, те се уместо радних дана рокови рачунају у календарским данима. Тако, суд и јавни извршитељ дужни су да о захтеву или предлогу странке или другог лица одлуче у року од осам дана и да донету одлуку отправе у наредних пет радних дана, ако законом није одређен краћи или дужи рок.⁴ Одредбу према којој рок у коме су странке и друга лица дужни да по налогу суда или јавног извршитеља предузму

3 Никола Бодирога, „Приговор трећег лица у извршном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2006, 131.

4 Чл. 15, ст. 4 нови ЗИО.

радње не може бити дужи од осам дана,⁵ сматрамо непримереном, јер се низ радњи не може реално завршити за осам дана, те се непотребно суд или јавни извршитељ овде ограничавају да ће морати стално да доносе нова акта којима ће практично мењати сопствену одлуку.⁶

Суштински, прелазак са радних дана на календарске на сматрамо значајном новином, обзиром да се рок од пет радних дана, по правилу поклапао са роком од осам календарских дана. Значајнијом нам се учинило изостављање одредбе ЗИО о преклузивном карактеру процесно-правних рокова. Наиме, према важећем закону странка која није предузела радњу у року који је одређен законом или који је одредио суд, губи право на предузимање те радње.⁷ Како нови ЗИО не садржи наведену одредбу, може се оправдано поставити питање процесног дејства радњи предузетих након истека прописаног рока. Тако на пример извршни поверилац може, у року од осам дана од дана окончања пописа, предложити да се попис измени.⁸ Претпоставимо да предложи измену пописа након девет дана. Да ли губи право на предузимање радње, у овом и сличним случајевима, када закон не садржи одредбу о последици пропуштања радње? Сматрамо да је одговор потврдан, обзиром да би се у супротном предузимање радњи у поступку могло пролонгирати у недоглед, што је неприхватљиво са аспекта начела ефикасности.

Поштовање законом прописаних рокова посебно је значајно у поступку по правном леку. Непоступање судија првостепеног или другостепеног суда по приговору или жалби у роковима који су одређени овим законом увек се узима у обзир у поступку за заштиту права на суђење у разумном року.⁹ Чланом 6. Европске конвенције за заштиту Људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција),¹⁰ гарантује се право на суђење у разумном року, а које своју посебну разраду налази у поступку извршења и обезбеђења. Повреда права на суђење у разумном року, овлашћује оштећену страну да, пошто исцрпи сва правна средства домаћег законодавства, поднесе тужбу за накнаду штете, Европском суду

5 Чл. 15, ст. 3 нови ЗИО.

6 Вид. Небојша Шаркић, „Критички приказ Нацрта закона о извршењу и обезбеђењу („Прво читање“)*“*, *Нови прописи у Републици Србији: зборник радова*, Београд, 2015, 232.

7 Чл. 7, ст. 3 ЗИО.

8 Чл. 225, ст. 1 нови ЗИО.

9 Чл. 17, ст. 1 нови ЗИО.

10 Србија и Црна Гора је ратификовала наведену конвенцију 2003. године, *Сл. лист СЦГ*, бр. 9/2003.

за људска права у Стразбуру. Ако се у поступку пред Европским судом утврди повреда одредби Конвенције, исти ће обавезати државу потписницу да тужиоцу исплати правичну новчану накнаду и трошкове поступка. Да ли је разуман рок повређен цени се у сваком конкретном случају, узимајући у обзир све аспекте конкретног извршног предмета. Тако, на пример повређено би било право извршних поверилаца на суђење у разумном року у извршном поступку, када је после продаје непокретности извршног дужника у поступку јавне продаје, сам поступак намирења извршних поверилаца трајао годину и пет месеци. Наиме, поступак намирења извршних поверилаца у ситуацији када је непокретност продата а купац је исплатио цену, доношење решења о намирењу углавном представља технички део поступка, у којем се не решавају компликована чињенична и правна питања. По природи ствари неопходно је овај део поступка извршења обавити у што краћем року.¹¹

Имајући у виду изнето, ефикасност у поступању, јесте један од основних принципа на којима се извршни поступак заснива. Тако, руководећи се потребама ефикасности ЗИО не познаје институт одлагања, те експлицитно прописује да у поступку извршења и обезбеђења одлагање није дозвољено.¹² Наведено решење се може окарактерисати као доста ригидан став, који се правда разлозима хитности. Посебно је нејасно, због чега се извршење не може одложити на предлог извршног повериоца. Наиме, сходно начелу диспозиције, извршни поверилац је носилац права из извршне исправе, те од његове воље зависи, хоће ли ће тражити спровођење извршења или не. Самим тим, извршни поверилац би могао тражити и одлагање извршења. ЗИО једино оставља могућност извршном повериоцу да са извршним дужником закључи споразум (оверен у суду) о измирењу дуга на рате, што ће довести до обуставе поступка.¹³ Уколико би извршни дужник, прекршио одредбе из споразума, извршни поверилац би морао да покреће нов извршни поступак.

Нови ЗИО, поново уводи институт одлагања у извршном поступку, што је, на основу изнетог свакако позитивно решење. Предвиђено је одлагање на предлог извршног повериоца, на основу споразума странака, на основу предлога извршног дужника и предлога трећег лица.

11 Решење Окружног суда у Ваљевоу, Гж.бр.1360/08 од 19.12.2008. године, доступно у бази *PropisiSoft Online*.

12 Чл. 8 ЗИО.

13 Вид. чл 76, ст. 4 ЗИО.

На предлог извршног повериоца, јавни извршитељ решењем против кога жалба није дозвољена, одлаже извршење које није још почело. Ако је спровођење извршења почело, а извршни дужник се успротиви одлагању у остављеном року, јавни извршитељ одбија предлог извршног повериоца.¹⁴ Не видимо разлог због којег је законодавац условио могућност извршног повериоца да тражи одлагање, за чињеницу да ли је спровођење извршења почело или не. Сходно изнетим ставовима сматрамо да извршни поверилац у току целог поступка може да диспонира својим правом да захтева одлагање. Такође, како извршни поверилац може у току целог поступка да повуче предлог за извршење,¹⁵ сходно принципу „ко може више може и мање“, сматрамо да и у току целог поступка може захтевати његово одлагање.

Одлагање извршења на предлог извршног дужника произилази из потребе, за прилагођавањем опште законске норме, конкретної животної ситуацији. Наиме, у одређеним изузетним случајевима (нпр. тешка болест, трудноћа, смртни случај) одлагање извршења би се могло извести из начела заштите извршног дужника. Додајмо овоме и констатацију да одлагање може бити у интересу свих странака. На пример, код извршења испражњењем и предајом непокретности заказано спровођење би се могло одложити на захтев извршног дужника, за одређени период у којем би он добровољно испунио своју обавезу, и на тај начин растеретио извршног повериоца обавезе да обезбеди потребну радну снагу и превоз средстава ради спровођења извршења. Нови ЗИО прописује да извршни дужник може једном у току поступка предложити да се одложи извршење. Свођење могућности извршног дужника да само једном захтева одлагање, сматрамо потпуно прихватљивим решењем, обзиром да одлагање треба ограничити на изузетне случајеве, чија је претежна карактеристика да се не дешавају више пута.

Најзад, из законске формулације да „извршни дужник може једном у току извршног поступка да предложи *јавном извршитељу* да се одложи извршење“, може се закључити да је одлагање могуће само у случајевима када јавни извршитељ спроводи извршење. *Argumentum a contrario* произилази да код спровођења извршења које је у искључивој надле-

14 Чл. 120, ст 1 и 2 нови ЗИО.

15 Чл. 65, ст. 1 нови ЗИО.

жности суда,¹⁶ одлагање није дозвољено. На основу предлога извршног дужника, јавни извршитељ може да одложи извршење ако извршни дужник учини вероватним да би услед извршења претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету, која је већа од оне коју би због одлагања претрпео извршни поверилац, и ако одлагање оправдавају нарочити разлози које извршни дужник докаже јавном или по закону овереном исправом.¹⁷ Недостатак прописивања максималног временског периода на који се извршење, по предлогу извршног дужника одлаже сматрамо недостатком новог ЗИО. Законодавац се задовољио решењем да трајање одлагања одређује јавни извршитељ у зависности од околности, што може отвара могућност арбитрености.

Нови ЗИО дозвољава одлагање извршења по предлогу трећег лица које је поднело приговор да се извршење прогласи недопуштеним. У том случају јавни извршитељ може да одложи извршење, само једном у току поступка ако треће лице доказује своје право правноснажном одлуком или јавном или по закону овереном исправом.¹⁸ Наведено решење афирмише приговор трећег лица као ефикасно средство заштите правних интереса, од повреде права које могу настати у поступку извршења. Наиме, према тренутно важећем ЗИО приговор трећег лица нема суспензивно дејство, односно не спречава извршење.¹⁹ Отуда уколико је тужбени захтев трећег лица усвојен пошто је извршење спроведено и поверилац намирен, трећем лицу стоји на располагању тужба из правно неоснованог обогаћења. Ово из разлога што противизвршење представља средство којим се може користити само дужник. Након завршеног извршног поступка, треће лице које је претрпело какву штету, може тражити још само одштету на основу одредаба општег грађанског права.²⁰ Самим тим, приговор трећег лица као правно средство заштите, практично губи сваки значај, а пресуда трећег лица издејствована у парници остаје мртво слово на папиру.²¹ Отуда, оправдано се поставља питање има ли логичније решења од оног, по којем би треће лице у случају упута на парницу,

16 Чл. 4, ст. 1 нови ЗИО. „Суд је искључиво надлежан за извршење заједничке продаје непокретности и покретних ствари, чињења, нечињења или трпљења и извршење извршних исправа у вези с породичним односима и враћањем запосленог на рад“.

17 Чл. 122, ст. 2 нови ЗИО.

18 Вид. чл. 123 нови ЗИО.

19 Чл. 50, ст. 7 ЗИО.

20 Н. Бодирога, 130.

21 Вид. Небојша Шаркић, Младен Николић, „Размишљања о могућим правцима измене - извршног права у нас“, *Новине у законским решењима: зборник радова*, Београд, 2013, 186.

под одређеним условима имало право на одлагање извршења до правоснажног окончања парнице.²²

II Начело уставности и законитости

Начело уставности и законитости представљају фундаментална начела, на којима се без изузетка темеље сви судски поступци. Нови ЗИО, заснива се на начелима уставности и законитости, која се конкретизују кроз појединачне законске одредбе. Начело уставности подразумева да сви правни акти у једној земљи морају бити усаглашени са уставом као правним актом са највећом правном снагом. Његова доследна примена значи да је у правном систему успостављена хијерархија правних аката, на чијем врху се налази устав. Владавина права, као основна претпоставка уређене државе, темељи се на овом начелу и уставу као правном акту, који прокламује основне принципе на којима се заснива правни поредак једне земље. Разрадом општих уставних начела, долази се до посебних принципа својствених поступку извршења и обезбеђења (социјално-економска заштита извршног дужника, изузимање појединих ствари од извршења, забрана злоупотребе процесних права, итд.) Законитост, представља такође један од елемената правног поретка, надовезује се на начело уставности и подразумева формалну у садржинску сагласност односних правних аката са законом. Овако схваћен принцип законитости заправо обезбеђује међусобну усаглашеност елемената правног система. Доследна примена наведених начела искључује могућност арбитрерног поступања органа пред којим се води поступак, те се на тај начин смањује и могућност евентуалних злоупотреба процесних овлашћења.

III Начело формалног легалитета

Како суд одлучује на основу устава закона и других прописа, руководи се начелом законитости, према којем сви правни акти државних органа и грађана морају бити у складу са законом као општим, вишим правним актом. Да би се законитост остварила, сваки правни поредак предвиђа средства помоћу којих може да се испитује законитост правних аката. Међутим, испитивање законитости правних, па самим тим и судских аката мора бити временски ограничено, у супротном увек би постојала неизвесност у погледу примене и остваривања права, учесници правног промета не би се могли поуздати у одређени правни акт. Због тога

22 *Ibid.*

истеком рока у којем се може испитивати законитост судског акта, наступа његова правоснажност. Сходно начелу формалног легалитета, у извршном поступку се ни на који начин не може преиспитивати, мењати или прилагођавати извршна исправа – извршни суд је везан садржином извршне исправе. Наведено начело, проистиче из чињенице да је извршна исправа правоснажна одлука, а као што смо видели, правоснажност подразумева да је одлука која има то својство законита, и да се не може више мењати. Важећи ЗИО, додуше у нешто другачијој формулацији, спомиње начело формалног легалитета.²³ Међутим, и поред чињенице да би требало да буде неприкосновено, у извршном поступку наилазимо на одступања од наведеног начела.

Установа проширене правоснажности се, често помиње као изузетак од начела формалног легалитета. Наиме, дејство извршне исправе се у одређеним случајевима, може проширити и на круг лица која у њој изричито нису наведена. Тако према одредбама члана 213 ЗИО, извршење ради испражњења и предаје непокретности се спроводи тако што судски извршитељ, односно извршитељ, након што удаљи лица и уклони ствари из непокретности, исту предаје у посед извршном повериоцу. Из наведене одредбе произлази да није никаква сметња за принудно спровођење извршења исељењем из непокретности ако се у самој непокретности не налази дужник по извршној исправи, већ неко треће лице. У противном, поступак принудног извршења обавезе на исељење из непокретности био би обесмишљен злоупотребама дужника по извршној исправи, давањем непокретности у посед неком трећем лицу. Из тих разлога законодавац је и предвидео да судски извршитељ, односно извршитељ, има овлашћење да *било које лице* или више њих која се налазе у непокретности удаљи, односно да било чије ствари измести из непокретности и да је испражњену од лица и ствари преда извршном повериоцу.²⁴

Једна од најфлагрантнијих одступања од начела формалног легалитета, представља одредба важећег ЗИО која се односи на разлоге због којих се може изјавити приговор. Наиме, одредбом члана 42, тачка 2 ЗИО између осталог, је прописано да се приговор на решење о извршењу на основу извршне исправе може се изјавити из разлога који спречавају извршење, и то ако је одлука на основу које је донето извршење *апсолут-*

23 Вид. чл. 8 ЗИО.

24 Из пресуде Привредног апелационог суда, Пж. 3535/2013 од 16. маја 2013. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*.

но ништава.²⁵ Наиме, прописујући, као један од разлога за приговор и апсолутну ништавост законодавац је дао у надлежност и тиме овластио суд да у извршном поступку преиспитује законитост извршне исправе.²⁶ Наведено решење, је по нашем мишљењу неприхватљиво обзиром да представља негацију начела формалног легалитета. Законодавац је вероватно увидео ову аномалију, те поменута одредба није нашла место у тексту новог ЗИО.²⁷ Отуда, сматрамо да нови ЗИО доследније спроводи начело формалног легалитета.

Одступање постоји у поступку обезбеђења, када извршни поверилац своје потраживање и легитимацију странака не доказује извршном или веродостојном исправом, односно одлуком страног суда већ само вероватношћу свог потраживања.²⁸

Поступак извршења на основу веродостојне исправе, изузетак је од начела формалног легалитета. У овом случају постојање потраживања поводом којег се одређује и спроводи извршење није било предмет претходног поступка, већ се о њему први пут одлучује у извршном поступку. Отуда, одлука по предлогу за извршење на основу веродостојне исправе има два дела. Први део, представља одлуку о потраживању које се веродостојном исправом доказује. Другим делом, дозвољава се принудно извршење, ради намирења утврђеног потраживања.

IV Начело диспозиције

Сходно начелу диспозиције, извршни поступак се, осим у ретким случајевима, не покреће по службеној дужности већ на иницијативу носиоца права из извршне исправе. Међутим, начело диспозиције не исцрпљује се само код покретања поступка. И поред чињенице да се поступак покренут иницијативом извршног повериоца, развија по службеној дужности, начело диспозиције доминира и у његовим доцнијим фазама. У том смислу, извршни поверилац: бира да ли ће извршење спроводити суд или извршитељ,²⁹ предлаже средство извршења,³⁰ може поднети приговор против решења, којим је одбијен или одбачен предлог за извршење,³¹

25 Вид. чл. 42, т. 2 ЗИО.

26 Н. Шаркоћ, М. Николић, 181.

27 Вид. чл. 74, ст. 2 нови ЗИО.

28 Драгољуб Лазаревић, *Коментар закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2012, 30.

29 Чл. 35, ст. 6. ЗИО.

30 Чл. 20, ст. 1. ЗИО.

31 Чл. 40, ст. 3. ЗИО.

може пред судом надлежним за одређивање извршења да поднесе захтев за добијање изјаве о имовини извршног дужника,³² може да повуче предлог за извршење, у целини или делимично и то без пристанка извршног дужника.³³ Начела диспозиције и ефикасности установљена су, пре свега, у интересу извршног повериоца. Стога се оправдано може поставити питање којем начелу дати предност уколико извршни поверилац диспонирајући својим правом, пролонгира поступак и на тај начин онемогућава ефикасно спровођење извршења. Тако на пример, извршни поверилац може намерно одуговлачити са достављањем одређених података о извршном дужнику, како би увећао износ дуга на име камате која тече до тренутка наплате потраживања или нерационално, износећи нове процесне предлоге увећавати трошкове поступка, на штету извршног дужника. Сматрамо да би суд, односно извршитељ морао у свакој конкретној ситуацији да процени да ли странка, сходно начелу диспозиције, користи савесно своја процесна овлашћења или пак улази у домен злоупотребе истих.

V Начело заштите извршног дужника

Суштина извршног поступка је принудно намирење потраживања извршног повериоца, те су готово сви правни механизми којима је ова процедура устројена, усмерени у том правцу. Међутим, у овај корпус правила неопходно је уврстити и она која се темеље на социјално-економском аспекту заштите извршног дужника, као лица против којег се поступак води. Извршење има за циљ намирење повериоца, а не егзистенцијално уништење или онеспособљење дужника.³⁴ И поред чињенице да се правно-технички наведено начело експлицитно не помиње у закону, неспорно је да су поједине одредбе утемељене управо ради заштите извршног дужника.

Нови ЗИО, као и његов тренутно важећи претходник,³⁵ познају начело сразмере приликом спровођења извршења. Тако, јавни извршитељ је дужан да приликом избора средства и предмета извршења ради намирења новчаног потраживања води рачуна о сразмери између висине обавезе извршног дужника и средства и вредности предмета извршења.³⁶

32 Чл. 54, ст. 1. ЗИО.

33 Чл. 35, ст. 8. ЗИО.

34 Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1999, 439.

35 Вид. чл. 20, ст. 8 ЗИО.

36 Чл. 56 нови ЗИО.

Дакле, између потраживања које се намирује, односно обезбеђује и предмета, средства извршења мора постојати, барем приближни, материјални еквивалент. Тако, на пример не би се могло одредити спровођење извршења продајом непокретности извршног дужника, уколико вредност непокретности знатно превазилази износ потраживања. Тумачењем наведених одредби можемо закључити да је законодавац дао предност начелу заштите дужника над начелом ефикасности. Међутим, мишљења смо да би у овом случају, заштита имовинских интереса извршног дужника, на уштрб интереса извршног повериоца, била у супротности са природом извршног поступка. Стога, сматрамо да би се, и поред несразмере извршење могло одредити и на оним средствима извршног дужника, чија вредност превазилази износ дуга, уколико друга средства не постоје, односно уколико је то једини начин да се поступак намирења ефикасно спроведе.

Начело заштите извршног дужника најдоследније је примењено код норми којима је прописано шта се изузима од извршења. Законом се таксативно набрајају, које покретне ствари не могу бити предмет пописа и процене.³⁷ Реч је дакле о стварима које су неопходне да би се остварио минимум егзистенцијалних потреба извршног дужника, и чланова његовог домаћинства, односно о стварима чијом би се продајом у извршном поступку деградирало достојанство извршног дужника, а без адекватног задовољења правног интереса извршног повериоца. Поред тога, постоји читав низ ограничења и изузимања на имовини извршног дужника.³⁸ Реч је когентним нормама, које имају апсолутну примену. Њиховом повредом стварају се аномалије у поступку спровођења извршења, које заинте-

37 Вид. чл. 115 ЗИО и чл. 218 нови ЗИО.

38 Вид. чл. 115 ЗИО и чл. 164 нови ЗИО: „Не може бити предмет извршења пољопривредно земљиште земљорадника површине до 10 ари“; чл. 147 ЗИО и чл. 257 нови ЗИО: „Не могу бити предмет извршења: 1) примање по основу законског издржавања, накнаде штете настале услед оштећења здравља или умањења, односно губитка радне способности и због изгубљеног издржавања услед смрти даваоца издржавања; 2) примање по основу накнаде због телесног оштећења по прописима о инвалидском осигурању; 3) примање по основу социјалне помоћи; 4) примање по основу привремене незапослености; 5) примање по основу додатка на децу; 6) примање по основу стипендије и помоћи ученицима и студентима; 7) друга потраживања чији је пренос забрањен законом“; чл. 148 ЗИО и 258 нови ЗИО: „Извршење на заради или плати, накнади зараде, односно накнади плате и пензији може да се спроведе у висини до две трећине зараде, накнаде зараде, плате, накнаде плате и пензије, односно до њихове половине, ако је њихов износ једнак или мањи од минималне зараде утврђене у складу са законом“.

ресованим лицима дају могућност да захтевају отклањање учињених неправилности.

Одређивање минималне продајне цене у поступку извршења има двоструки значај. С једне стране, ствари (покретне и непокретне) продају се испод процењене вредности како би се сама продаја учинила атрактивнијом за потенцијалне купце. С друге стране, прописивањем доње границе, испод које се ствари не могу продати, избегава се могућност продаје дужникових ствари у бесцење. Отуда, ову установу можемо посматрати и као реализацију начела заштите извршног дужника. Према раније важећем Закону о извршном поступку,³⁹ пописане ствари се нису могле се продати за износ испод процењене вредности на првом надметању, односно у року који је суд одредио за продају непосредном погодбом. Ако на првом надметању није била постигнута цена у висини процењене вредности, суд је на предлог странке одређивао ново надметање на којем је почетна цена била једнака једној половини процењене вредности. Важећи ЗИО прописује минималну почетну цену, на првом и другом јавном надметању, која износи 60%, односно 30% од процењене вредности. Међутим, из правног става Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојеног на седници од 25. јуна 2012. године, произлази да се ствари могу на јавном надметању продати и испод прописаног минимума. „Када се ради о цени, ЗИО не одређује цене по којима ће се продавати покретне ствари, како на јавном надметању тако и у случају када се ствари продају путем непосредне погодбе. Уколико се ствари продају путем јавног надметања ЗИО одређује почетну цену на првом надметању 60% процењене вредности, а на другом 30% процењене вредности. То не значи да се ствари не могу продати по вишој односно нижој цени. Да ли ће се продати по вишој или нижој цени зависи од исхода јавног надметања. То значи и да се на другом јавном надметању могу продати по цени испод 30% процењене вредности.“⁴⁰ Наведени став сматрамо неодрживим, јер је супротан начелу заштите извршног дужника. С друге стране, став се очигледно се заснива на граматичком тумачењу одредбе члана 97 ЗИО. Наиме, законодавац се послужио невештом формулацијом те је прописао само минималну *почетну цену*. На тај начин оставио је простора за наведено тумачење, односно могућност да крајња цена буде и испод почетне, уколико буде понуђена у току јавног надметања. Нови ЗИО, уводи две

39 Закон о извршном поступку – ЗИП, *Сл. гласник РС*, број 125/2004.

40 Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 25. јуна 2012. године.

значајне измене. Пре свега, недвосмислено прописује да ствар *не може бити продата* испод одређене цене, дакле не одређује само минималну почетну већ и крајњу цену. С друге стране подиже се висина продајне цене. Тако, на првом јавном надметању почетна цена износи 70%, а на другом 50% од процењене вредности ствари.⁴¹ На тај начин, када је реч о поступку продаје непокретности, долази до усаглашавања продајне цене по одредбама ЗИО и цене у вансудском поступку продаје, који је уређен Законом о хипотеци.⁴²

VI Закључак

Већ и површном анализом одредби новог ЗИО, можемо закључити да се исти ослања на општа начела извршног поступка, која су била утемељена и у претходним законским актима који су уређивали ову материју. Од наведеног закона очекује се, пре свега, да поступак учини ефикаснијм. Отуда, ће поновно увођење одлагања извршења, у очима извршних поверилаца сигурно бити окарактерисано као и не толико позитивна новина. Сматрамо да је законодавац, на довољно рестриктиван начин пришао овој установи, те да одлагање извршења неће поступак учинити мање ефикасним. Извршни поступак не одликује само брзина у поступању. Норме којима је регулисан морају бити усклађене се принципима из устава, што је последица примене начела уставности, својственог не само извршном већ и свим другим судским поступцима. Отуда, одржавање равнотеже између начела заштите извршног дужника, с једне, и начела ефикасности с друге стране представља изазов, који се ставља пред закон који уређује област принудног извршења. Како је примена новог ЗИО одложена до 01.07.2016. године, остаје нам да видимо како ће се новоусвојена правила показати у пракси.

41 Чл. 178 нови ЗИО.

42 Закон о хипотеци – ЗХ, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015-ОУС и 83/2015. Вид. чл. 35, ст. 6 и 7 ЗХ.

Zdravko PETROVIĆ, PhD

Professor at the University „Sigmund Freud“ in Vienna

Attorney at Law Belgrade

Slobodan STOŠIĆ, M.A.

Senior Associate in the Second General Court in Belgrade

ABOUT BASIC PRINCIPLES OF ENFORCEMENT PROCEDURE

Summary

The current Law on enforcement and security entered into force on 17.05.2011 and is applicable since 17.09.2011. ZIO is in professional circles and general public characterized as a reform law, with the main aim to make execution procedure more efficient and more effective. However, despite the obvious effort in that direction, legislation addressed the criticism regarding: poor efficiency, initiating a large number of pending cases in courts, uneven judicial practice, etc. Today, after four years of adoption and entry into force of ZIO, Serbia has a new Law on enforcement and security which is expected to cure defects from previous law. As the application has been delayed until 01.07.2016, it remains to be seen how new adopted rules will show in practice. In this paper we limit ourselves to the analysis of some of the principles of the enforcement procedure, with special emphasis on the positive legal solutions and the application the expected ones.

Key words: *Law on enforcement and security, principles of the enforcement procedure.*

Др Владимир КОЗАР
ванредни професор на Правном факултету за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду

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

СРЕДСТВА ФИНАНСИЈСКОГ ОБЕЗБЕЂЕЊА У ПОСТУПКУ ЈАВНЕ НАБАВКЕ

Резиме

Закон разликује три ситуације када се могу захтевати средства обезбеђења: обезбеђење испуњења обавеза понуђача у самом поступку јавне набавке за случај да понуђач, чија је понуда оцењена као најповољнија, одбије да закључи уговор, затим обезбеђење испуњења уговорних обавеза понуђача, односно добављача из закљученог уговора о јавној набавци, укључујући и отклањање недостатака у гарантном року, као и обезбеђење за повраћај авансног плаћања. Наручилац је дужан да захтева средство обезбеђења за повраћај аванса, без обзира на проценат или износ аванса. Ако понуђач уз понуду није доставио тражено средство обезбеђења, сматра се да понуда има битан недостатак, што је законски разлог за одбијање понуде. У поступцима јавне набавке, чија је процењена вредност већа од законом прописане, постоји обавеза наручиоца да захтева средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза понуђача, односно добављача.

Кључне речи: *јавне набавке, банкарска гаранција, средство обезбеђења, понуда, аванс, испуњење обавезе.*

I Увод

Закон о јавним набавкама,¹ који се примењује од 1. априла 2013. године, представља значајан допринос унапређењу система јавних набавки у Републици Србији, нарочито у погледу повећања транспарентности поступка јавне набавке и заштите конкуренције. Овај закон је у великој мери усклађен са директивама ЕУ које уређују област јавних набавки, што је посебно важно имајући у виду да се Република Србија налази у процесу приступања Европској унији и обавезна је да домаћу регулативу у области јавних набавки усклађује са директивама и другим релевантним актима ЕУ. У циљу јачања система јавних набавки донете су измене и допуне Закона о јавним набавкама, које су усклађене са директивама ЕУ.²

Новелирани закон садржи посебна правила о средствима финансијског обезбеђења у поступку јавне набавке, која су, имајући у виду њихов велики значај, како за понуђаче, тако и за наручиоце, предмет овог рада.

II Случајеви у којима се захтевају средстава финансијског обезбеђења

Посебну садржину конкурсне документације представљају средства финансијског обезбеђења.³ Новелом Закона о јавним набавкама из 2015. године у члану 61. у досадашњем ставу 9. који постаје став 7. извршена је измена у погледу досадашње могућности да једино банкарска гаранција буде средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза у случају спровођења поступка јавне набавке чија је процењена вредност већа од износа јавне набавке мале вредности (5.000.000 динара), из члана 57. Закона о јавним набавкама.

Наручилац може у конкурсној документацији да наведе врсту средстава финансијског обезбеђења којим понуђачи обезбеђују испуњење својих обавеза у поступку јавне набавке, као и испуњење својих уговорних обавеза, односно за повраћај авансног плаћања (различити об-

1 Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/12 и 14/15.

2 Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 68/15, а ступио је на снагу 12. августа 2015. године.

3 Закон о јавним набавкама, новелирани чл. 61, ст. 5-7.

лици ручне залоге хартија од вредности или других покретних ствари, хипотека, меница, јемство другог правног лица са одговарајућим бонитетом, банкарске гаранције, полисе осигурања и др.).

Дакле закон разликује три ситуације за које се могу захтевати средства обезбеђења: 1) обезбеђење испуњења обавеза понуђача у самом поступку јавне набавке за случај да понуђач, чија је понуда оцењена као најповољнија, одбије да закључи уговор (нпр. лицитациона банкарска гаранција, која се назива и „гаранција за озбиљност понуде“, 2) обезбеђење испуњења уговорних обавеза понуђача, односно добављача из закљученог уговора о јавној набавци (нпр. банкарска гаранција за добро извршење посла код уговора о грађењу, или меница код уговора о депозиту), и 3) обезбеђење за повраћај авансног плаћања (нпр. банкарска гаранција за повраћај аванса или меница). У обезбеђење испуњења уговорних обавеза понуђача сврстава се и обезбеђење за отклањање грешака у гарантном периоду у случају када је предмет јавне набавке такав да захтева гаранцију за исправан рад (нпр. банкарска гаранција за отклањање грешака у гарантном року), јер и отклањање недостатака у гарантном року спада у уговорне обавезе понуђача. Нпр. према одредби из члана 644, став 1. Закона о облигационим односима, извођач одговара за недостатке у изради грађевине који се тичу њене солидности, уколико би се ти недостаци показали за време од десет година од предаје и пријема радова.

Док су у првом и другом случају средстава финансијског обезбеђења факултативна, односно нису обавезна, јер наручилац може, али не мора да захтева давање обезбеђења, у трећем случају - наручилац је дужан да захтева средство обезбеђења за повраћај аванса ако је конкурсном документацијом предвиђено авансно плаћање, без обзира на проценат или износ аванса. Дакле, и када аванс није велике вредности наручилац је дужан да од понуђача прибави одговарајуће средство обезбеђења за повраћај неоправданог аванса, нпр. за враћање аванса који није покривен изведеним грађевинским радовима.

Ако понуђач уз понуду није доставио тражено средство обезбеђења, било обавезно, било факултативно, сматра се да понуда има битан недостатак, што је законски разлог за одбијање понуде.⁴

4 Закон о јавним набавкама, чл. 106, тач. 4.

Као добро решење у пракси показало се да се код спровођења поступка јавне набавке мале вредности као средства финансијског обезбеђења од понуђача захтевају менице (бланко, соло менице са меничним овлашћењем), а у осталим поступцима јавних набавки банкарске гаранције. На тај начин, понуђачи су поштеђени трошкова прибављања банкарских гаранција, бар у случајевима када се спроводи набавка вредна неколико стотина хиљада динара, а наручилац је ипак финансијски обезбедио јавну набавку.

III Обавеза прибављања средства обезбеђења

Према новелираном члану 61, став 7. „у случају спровођења поступка јавне набавке чија је процењена вредност већа од износа из члана 57. овог закона, наручилац је у обавези да захтева средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза“.

Дакле, у случају спровођења поступка јавне набавке чија је процењена вредност већа од већа од јавне набавке мале вредности (5.000.000 динара), наручилац је у обавези да захтева средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза. Међутим, код одређивања вредности набавке за коју постоји обавеза прибављања средства обезбеђења ни новелирани закон није довољно јасан, јер упућује на износ из члана 57. који има више ставова. Члан 57. у новелираном ставу 2. одређује да обавеза објављивања огласа и на Порталу службених гласила Републике Србије и база прописа постоји ако је процењена вредност већа од јавне набавке мале вредности из члана 39. овог закона (а то је 5.000.000 динара), док у ставу 4. прописује много више износе - 250.000.000 динара за добра и услуге и 500.000.000 динара за радове, када је наручилац је дужан да оглас о одређеној врсти јавне набавке објави и на страном језику, који се обично користи у међународној трговини у области из које је предмет јавне набавке. Или је опет законодавац омашком изоставио навођење става члана 57. који је имао у виду приликом одређивања граничне вредности за обавезу прибављања средства обезбеђења, или је желео да у зависности од врсте поступка јавне набавке пропише и различите вредности набавке у којима је обавезно захтевати средства финансијског обезбеђења.

Наведено решење из новог закона, и после новеле из 2015. године, разликује се од начина на који је ово питање било регулисано у претходном закону. Наиме, у члану 30. претходног Закона о јавним на-

бавкама није био одређен гранични износ, већ је исти упућивао на закон којим се уређује годишњи буџет Републике Србије којим се прописивао износ средстава јавне набавке изнад којег је наручилац дужан да захтева банкарску гаранцију за испуњење обавеза у поступку јавне набавке, као и за испуњење уговорних обавеза. У члану 33. Закона о буџету Републике Србије за 2012. годину⁵ било је прописано да „за јавну набавку изнад износа средстава од 673.000.000 динара, наручилац захтева банкарску гаранцију у поступку јавне набавке у складу са одредбама Закона о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, број 116/08). А у члану 34. Закона о буџету Републике Србије за 2013. годину⁶ прописано је гранични износ од 710.015.000 динара.

Када се упореде износи који су важили по претходном закону, и износи из члана 57. новог закона, на који упућује члан 61, став 7. као и правна природа, значај, процедура и велики трошкови издавања банкарске гаранције (банкарска провизија, затим обавезно конституисање хипотеке у корист банке – гаранта, за обезбеђење обавеза налогодавца – понуђача из уговора о издавању банкарске гаранције, ако је рок важења гаранције преко годину дана), намеће се закључак да би по новом закону обавеза прибављања банкарске гаранције или другог средства обезбеђења, као што је нпр. хипотека, требало да важи само у случају спровођења поступка јавне набавке веће вредности, дакле чија је процењена вредност већа од 250.000.000 динара за добра и услуге и 500.000.000 динара за радове. Наравно, ако се узме растући проценат ненаплативих потраживања и финансијска криза због које велики број привредних субјеката није у стању да благовремено испуњава своје уговорне обавезе, може се бранити и друго становиште, по коме обавеза захтевања средства финансијског обезбеђења за испуњење уговорних обавеза постојала у случају спровођења сваког поступка јавне набавке чија је процењена вредност већа од 5.000.000 динара.

IV Банкарска гаранција

Као што је наведено, новелом из 2015. године, у досадашњем ставу 9. који постаје став 7. члана 61. извршена је измена у погледу могућности да једино банкарска гаранција буде средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза у случају спровођења поступка јавне набавке

5 *Службени гласник РС*, бр. 101/2011, 93/2012.

6 *Службени гласник РС*, бр. 114/2012.

чија је процењена вредност већа од износа из члана 57. Закона о јавним набавкама. Другим, речима у свим случајевима спровођења поступка јавне набавке чија је процењена вредност већа од законом прописане, и сада постоји обавеза да наручилац захтева средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза понуђача, односно добављача, с тим што то не мора бити банкарска гаранција, већ и свако друго средство обезбеђења – стварноправно, као што су хипотека, залога, или облигационоправно, лично, као што је јемство, меница, приступање дугу, акредитив и сл.

Дакле, иако је банкарска гаранција само једно од могућих средстава обезбеђења, она због своје правне природе, кориснику – наручиоцу даје велику сигурност у погледу наплате, у случају њеног активирања, тако да иста и даље остаје најзначајније средство обезбеђења, без обзира што је факултативно, у односу на друга средства обезбеђења. Зато је потребно на овом месту указати на правну природу и значај банкарске гаранције.

V Врсте банкарских гаранција – лицитациона, чинидбена и за повраћај аванса

Када су у питању обезбеђење испуњења обавезе из уговора о јавним набавкама посебно је значајна „чинидбена банкарска гаранција за добро извршење посла“.⁷ Банкарском гаранцијом за добро извршење посла банка се обавезује према кориснику (наручиоцу, купцу) да ће му исплатити одређени новчани износ, ако његов сауговорач, односно дужник из основног правног посла (извођач, продавац) не испуни или неуредно испуни своју уговорну обавезу. Овом врстом гаранције банка преузима одговорност за испуњење уговора о грађењу, као и за одговорност за недостатке на грађевини у смислу чл. 641. и 644. Закона о облигационим односима, односно за квалитативне и квантитативне недостатке на роби према одредбама о одговорности продавца за материјалне недостатке из чл. 478 - 500. истог закона. Овде ваља напоменути, да је за разлику од обавеза извођача код уговора о грађењу, односно продавца код уговора о продаји, обавеза банке - гаранта увек и само новчана. То значи да банка одговара за недостатке у испуњењу уговора до висине гарантованог новчаног износа.⁸

7 Владимир Козар, *Коментар Закона о јавним набавкама*, Београд, 2010, 87.

8 Владимир Козар, „Правне последице због неиспуњења уговорне обавезе издавања банкарске гаранције“, *Правна ријеч*, бр. 24/2010, 635–646.

Када је у питању обезбеђење обавезе из поступка јавне набавке, које претходе закључењу уговора, као што је нпр. обавеза да понуђача да потпише уговор када је његова понуда изабрана, реч је о посебној врсти лицитационе банкарске гаранције којом се покривају све штете до висине гарантованог износа које би наручилац (инвеститор) претрпео у случају да учесник на лицитацији, чија је понуда прихваћена као најповољнија, не закључи уговор о грађењу (или други уговор о јавној набавци) или не обезбеди банкарску гаранцију за добро извршење посла. Рок важења лицитационе гаранције се најчешће одређује према року у којем је наручилац дужан да, у складу са објављеним условима лицитације, изврши избор најбољег понуђача.⁹

Такође, посебна врста гаранције за враћање аванса постоји у поступку јавних набавки где наручилац може у конкурсној документацији да наведе банкарску гаранцију као средство финансијског обезбеђења за повраћај авансног плаћања (члан 61, став 8. Закона о јавним набавкама). Гаранцијом за враћање аванса као посебном врстом банкарске гаранције, која је класификована према врсти правног посла чије се испуњење обезбеђује, банка преузима обавезу према кориснику гаранције да ће му исплатити гарантовани износ у случају ако његов дужник из основног уговора (извођач радова, продавац) не изврши своје уговорне обавезе за које је корисник гаранције дао аванс или уопште не врати аванс.¹⁰

Иако Закон о јавним набавкама, у о случају набавке велике вредности прописује обавезу прибављања банкарске гаранције као средства обезбеђења за испуњење уговорних обавеза, која такође може бити једно од обавезних средстава обезбеђења за повраћај аванса, не регулише питање да ли наручиоци могу да прихватају и гаранције страних банака или искључиво мора бити прибављена гаранција домаће банке, као адекватно средство обезбеђења. У свету, а и у земљама у региону постоје различите врсте банкарских гаранција, које се у мањој или већој мери разликују од банкарске гаранције из нашег Закона о облигационим односима. На пример, Закон о обвезним односима Републике Хрватске, из 2005. године¹¹ не садржи изричиту одредбу да „банка измирује обавезу из гаранције у новцу и у случају да се гаранцијом обезбеђује неновчана

9 Здравко Петровић, Владимир Козар, *Средства обезбеђења потраживања из уговора у привреди*, Београд, 2009, 132.

10 *Ibid.*

11 Прочишћени текст закона, *Народне новине*, бр. 35/05, 41/08.

обавеза“, као што је то регулисано у члану 1084. нашег Закона о облигационим односима.¹² Са друге стране, у Републици Црној Гори банкарска гаранција уређена је одредбама чл. 1186 - 1190. Закон о облигационим односима,¹³ готово на исти начин као и у нашем Закону о облигационим односима. Поред примене меродавног права на банкарску гаранцију стране банке,¹⁴ додатни проблем може да представља и заснивање међународне судске надлежности у спору за наплату гаранције, који би покренуо корисник – наручилац против банке – гаранта, јер је основно правило да се међународна надлежност суда одређује према седишту туженог.¹⁵ Поред тога, у нашем праву банкарска гаранција је веродостојна исправа на основу које се може спровести ефикасан поступак наплате потраживања, по одредбама о извршењу на основу веродостојне исправе из чл. 18, 46 – 49. Закона о извршењу и обезбеђењу¹⁶ у коме су разлози за приговор редуковани и формализовани у корист повериоца. Закључак је да је гаранција домаће банке повољнија за наручиоца.

VI Акредитив као средство обезбеђења потраживања добављача

У пракси се може десити да добављач, поготово ако је реч о иностраном испоручиоцу добара, односно робе, захтева да се плаћање изврши акредитивом, који истовремено има и улогу средства обезбеђења његовог потраживања (нпр. исплата купопродајне цене) према наручиоцу. Законом није забрањено да и наручиоци дају средства обезбеђења за своје обавезе из уговора о јавној набавци, према добављачима. Међутим, имајући у виду особине, пре свега документарног акредитива и механизам плаћања, који се његовим отварањем успоставља, на посредан начин, обезбеђује се и потраживање наручиоца, нпр. код јавне набавке добара, односно робе, јер цена неће бити плаћена добављачу пре него

12 Владимир Козар, „Обезбеђење потраживања банкарском гаранцијом у Републици Србији и земљама у региону“, *Страни правни живот*, бр. 3/2011, 188–202.

13 *Службени лист Црне Горе*, бр. 47/2008, 4/2011.

14 За друге уговоре, у које би требало да спада и банкарска гаранција, меродавно је право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште понудиоца. Вид. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 20, тач. 20.

15 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, чл. 46, ст. 1.

16 *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011, 109/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 139/2014

што роба буде стављена наручиоцу – купцу, на располагање, презентацијом одговарајућих робних докумената, и то преко акредитивне банке.¹⁷

VII Реализација средства обезбеђења због кршења забране ангажовања подизвођача који није наведен у понуди

Како би се спречила ситуација која је честа у пракси, да понуђачи поднесу понуду са једним подизвођачем, а приликом извршења набавке ангажују другог подизвођача, закон изричито одређује да добављач не може ангажовати као подизвођача лице које није навео у понуди. Уколико прекрши ову забрану наручилац ће реализовати средство обезбеђења (меницу, банкарску гаранцију итд.) и раскинуће уговор, осим ако би раскид уговора проузроковао штету за наручиоца.¹⁸ У том случају наручилац је дужан да обавести организацију надлежну за заштиту конкуренције.

VIII Активирање лицитационе гаранције због измене, допуне или опозивања понуде по истеку рока за подношење понуда

Законом је уређен начин и трошкови подношења понуда.¹⁹ Прописано је да се понуда подноси непосредно, путем поште или електронским средствима, и то у затвореној коверти или кутији, затворену на начин да се приликом отварања понуда може са сигурношћу утврдити да се први пут отвара. Јавним позивом и конкурсном документацијом наручилац одређује рок за достављање понуда којим мора прецизирати датум и време.

Понуђач може да поднесе само једну понуду, и то само у једном својству, јер понуђач који је самостално поднео понуду не може истовремено да учествује у заједничкој понуди или као подизвођач, нити

17 Владимир Козар, Немања Алексић, „Акредитив као услужни банкарски посао и обезбеђење потраживања“, *Зборник реферата „Услуге и заштита корисника“ са Међународног научног скупа одржаног 8. маја 2015. године на Правном факултету у Крагујевцу*, 2015, 267.

18 Закон о јавним набавкама, чл. 80, ст. 12.

19 Закон у чл. 87–93 регулише понуду у поступку јавне набавке.

исто лице може учествовати у више заједничких понуда. Наручилац је дужан да одбије све понуде које су поднете супротно наведеној забрани.

У року за подношење понуде понуђач може да измени, допуни или опозове своју понуду, на начин који је одређен у конкурсној документацији. Важно је истаћи да уколико понуђач опозове своју понуду пре истека рока за подношење понуда у том случају понуђач нема право да активира гаранцију за озбиљност понуде (лицитациону гаранцију) уколико је таква гаранција била предвиђена конкурсном документацијом, и наравно ако је банкарска гаранција предата наручиоцу – кориснику.

Уређујући начин подношења понуде Закон о јавним набавкама у члану 87, став 6. прописује да у року за подношење понуде понуђач може да измени, допуни или опозове своју понуду, на начин који је одређен у конкурсној документацији. У супротном (*argumentum a contrario*), то значи да по истеку рока за подношење понуда понуђач не може повући нити мењати понуду, а уколико то ипак учини или уколико не потпише уговор када је његова понуда изабрана, наручилац је овлашћен да уновчи гаранцију дату уз понуду без обзира што то није изричито прописано у новом закону. Закон не објашњава ближе о каквим гаранцијама је реч, али свакако реч је о средствима обезбеђења обавезе из поступка јавне набавке или уговорне обавезе, пре свега о меници као хартији од вредности, а и о банкарској гаранцији.²⁰ У суштини, реч је о посебној врсти лицитационе банкарске гаранције

IX Недостављање средства обезбеђења као битан недостатак понуде

Чланом 106. Закона о јавним набавкама одређени су битни недостаци понуде, који је чине неприхватљивом и представљају разлог за одбијање понуде. Дакле, замењен је појам *исправна понуда* из претходног закона. Идеја законодавца је да се сузе основи за одбијање понуда због неисправности. Закон предвиђа да понуда има битне недостатке ако понуђач у понуди није доказао да испуњава обавезне и додатне услове, ако је рок важења понуде краћи од одређеног конкурсном документацијом, ако није достављено средство обезбеђења. Битни

20 Владимир Козар, „Правне последице због неиспуњења уговорне обавезе издавања банкарске гаранције“, *Правна ријеч*, бр. 24/2010, Бања Лука, 641.

недостаци понуде прописани су алтернативно, што значи да ће понуда бити одбијена ако постоји било који од наведених недостатака. Ако понуђач уз понуду није доставио тражено средство обезбеђења, сматра се да понуда има битан недостатак, што је разлог за одбијање понуде (члан 106. тачка 4).

IX Активирање средства финансијског обезбеђења обавеза у поступку јавне набавке

Ако понуђач којем је додељен уговор одбије да закључи уговор о јавној набавци, наручилац може активирати средства финансијског обезбеђења обавеза понуђача у поступку јавне набавке, као што је лицитациона гаранција. Наиме, ако понуђач није закључио уговор, тада не постоје ни његове уговорне обавезе, чије неиспуњење би могло представљати разлог за активирање обезбеђења, али одбијање да закључи уговор који му је додељен, представља кршење обавезе у поступку јавне набавке, па ако је наручилац у конкурсној документацији захтевао средства финансијског обезбеђења којим понуђачи обезбеђују испуњење својих обавеза у поступку јавне набавке у смислу члана 61, ст. 5-7. (различити облици ручне залог хартија од вредности или других покретних ствари, хипотека, меница, јемство другог правног лица са одговарајућим бонитетом, банкарске гаранције, полисе осигурања и др.) и добио такво обезбеђење, тада може доћи до активирања таквих средстава обезбеђења.

Поред банкарске гаранције, Закон о јавним набавкама примера ради наводи и многа друга средства финансијског обезбеђења, а између осталог и право залоге које може постојати на покретним стварима, непокретностима и на правима, и настаје на основу правног посла, судске одлуке или закона у смислу члана 61. Закона о основама својинскоправних односа. На право залог на покретним стварима и право залог на правима примењују се одредбе о залози садржане у прописима којима су уређени облигациони односи. Из наведеног произилази да постоје три врсте залог и то: ручна залог, која се односи на покретне ствари; хипотека, која се односи на непокретне ствари, и заложно право на праву, ако је предмет залог право, нпр. облигационо потраживање.²¹ У нашој правној теорији и судској пракси преовладава мишљење да се поде-

21 Здравко Петровић, Владимир Козар, „Бездржавинска залог на покретним стварима“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 11/2010, 491-507; З. Петровић, В. Козар (2009), 124.

ла заложног права на ручну залогу и хипотеку заснива на подели ствари на покретне и непокретне, али постоје и схватања да се ова два облика залогне разликују према томе да ли настају предајом заложене ствари или уписом у јавне регистре, без обзира на врсту ствари.²²

Х Закључак

Закон о јавним набавкама разликује три ситуације када се могу захтевати средства обезбеђења: 1) обезбеђење испуњења обавеза понуђача у самом поступку јавне набавке за случај да понуђач, чија је понуда оцењена као најповољнија, одбије да закључи уговор (нпр. лицитациона банкарска гаранција, која се назива и *гаранција за озбиљност понуде*), 2) обезбеђење испуњења уговорних обавеза понуђача, односно добављача из закљученог уговора о јавној набавци (нпр. банкарска гаранција за добро извршење посла код уговора о грађењу), и 3) обезбеђење за повраћај авансног плаћања (нпр. банкарска гаранција за повраћај аванса или меница).

У обезбеђење испуњења уговорних обавеза понуђача сврстава се и обезбеђење за отклањање грешака у гарантном периоду у случају када је предмет јавне набавке такав да захтева гаранцију за исправан рад (нпр. банкарска гаранција за отклањање грешака у гарантном року), јер и отклањање недостатака у гарантном року спада у уговорне обавезе понуђача.

Док су у првом и другом случају средстава финансијског обезбеђења факултативна, односно нису обавезна, јер наручилац може, али не мора да захтева давање обезбеђења, у трећем случају - наручилац је дужан да захтева средство обезбеђења за повраћај аванса ако је конкурсном документацијом предвиђено авансно плаћање, без обзира на проценат или износ аванса.

Ако понуђач уз понуду није доставио тражено средство обезбеђења, било обавезно, било факултативно, сматра се да понуда има битан недостатак, што је законски разлог за одбијање понуде.

У свим случајевима спровођења поступка јавне набавке чија је процењена вредност већа од законом прописане, постоји обавеза да наручилац захтева средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза

22 Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, 2004, 364.

понуђача, односно добављача, с тим што то не мора бити банкарска гаранција, већ и свако друго средство обезбеђења – стварноправно, као што су хипотека, залога, или облигационоправно, лично, као што је јемство, меница, приступање дугу, акредитив и сл.

По истеку рока за подношење понуда понуђач не може повући нити мењати понуду, а уколико то ипак учини или уколико не потпише уговор када је његова понуда изабрана, наручилац је овлашћен да уновчи гаранцију дату уз понуду.

Ако је поступак јавне набавке обустављен из разлога који су на страни наручиоца, наручилац је дужан да понуђачу надокнади трошкове прибављања средства обезбеђења нпр. трошкове накнаде за упис хипотеке или накнаде и провизије за издавање банкарске гаранције, под условом да је понуђач тражио накнаду тих трошкова у својој понуди. Коначна одлука о обустави поступка представља извршни наслов за трошкове припремања понуде, што значи да понуђач може против наручиоца да покрене поступак извршења на основу извршне исправе.

Ако понуђач којем је додељен уговор одбије да закључи уговор о јавној набавци, наручилац може активирати средства финансијског обезбеђења, као што је лицитациона гаранција. Поред банкарске гаранције, Закон о јавним набавкама примера ради наводи и многа друга средства финансијског обезбеђења, а између осталог и право залоге које може постојати на покретним стварима, непокретностима и на правима.

Vladimir KOZAR, PhD

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

Nemanja ALEKSIĆ, PhD

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

THE MEANS OF FINANCIAL SECURITY IN THE PROCESS OF PUBLIC PROCUREMENT

Summary

The law distinguishes between three situations when it may require collateral: security obligations fulfilling bidder in the public procurement procedure in case the bidder, whose bid deemed advantageous, refuses to conclude a contract, then securing the fulfillment of contractual obligation of bidders, or vendor from the concluded agreements on public procurement, including the removal of deficiencies within the warranty period, as well as providing for the return of advance payment. Ordered shall require a means of security for reimbursement, regardless of the percentage or amount of the advance payment. If the provider has not submitted the requested asset security with an offer, it is considered that the offer has an essential lack of, which is a legal reason to reject the offer. In public procurement procedures, whose estimated value is greater than prescribed by law, there is an obligation of the customer to require a means of security for the fulfilment of contractual obligations, the provider or vendor.

Key words: *public procurement, bank guarantee, asset security, offer, an advance, fulfillment of obligations.*

Др Мирјана ЦУКАВАЦ
секретар Спољнотрговинске арбитраже
при Привредној комори Србије

СТАЛНА АРБИТРАЖА ПРИ ПРИВРЕДНОЈ КОМОРИ СРБИЈЕ

Резиме

Арбитражно решавање трговинских спорова требало би да у наредном периоду игра значајнију улогу у Србији. Арбитражу, у поређењу са судовима карактерише неформалност, брзина и можда најзначајније, чињеница да се арбитражна одлука по правилу може одмах извршити јер има дејство коначне и правоснажне судске одлуке.

Оснивање нове арбитражне институције – Сталне арбитраже при Привредној комори Србије на основу новог Закона о привредним коморама биће следећи корак у развоју арбитражног решавања спорова у Србији. Нова Арбитража биће надлежна за решавање како међународних, тако и трговинских спорова чисто домаћег карактера.

Овај чланак посебну пажњу посвећује новинама које ће бити примењене у раду нове Арбитраже, а нарочито оним које се тичу њених обележја, организације рада и управљања, ефикасности поступка, посебних правила за убрзани арбитражни поступак, арбитражних трошкова и осталих значајних новина.

Кључне речи: *арбитража, ефикасност поступка, убрзани арбитражни поступак, трошкови поступка.*

І Увод

Нови Закон о привредним коморама¹ који је ступио на снагу 1. јануара 2016. године превасходно има за циљ модернизацију и успостављање јединственог коморског система који ће бити ефикасан сервис

1 Службени гласник РС, бр.112/2015.

привреди и поуздан ослонац за заступање њених интереса у националним и међународним оквирима. Овим Законом је извршена дубока реформа коморског система која подразумева нов начин рада и образовање интегралног коморског система који ће у наредном периоду бити локомотива развоја српске привреде. У оквиру новог коморског система промене које се тичу арбитражног решавања спорова биле су и очекиване и неопходне. Наиме, раније важећи Закон о привредним коморама² а и закони који су важали пре њега предвиђали су постојање две сталне арбитражне институције ораганизоване при Привредној комори Србије: Спољнотрговинске арбитраже и Сталног избраног суда.

Спољнотрговинска арбитража је била надлежна за решавање спорова и вршење мирена произашлих из међународних пословних односа. У највећем броју то су били спорови између домаћих и страних привредних субјеката, премда је Закон о арбитражи Републике Србије из 2006. године отворио могућност решавања спорова и између домаћих привредних субјеката, ако су неким својим елементом везани за иностранство.³ За шездесет девет година постојања (основана 1947. године) и неколико хиљада решених спорова може се слободно рећи да се кроз праксу Спољнотрговинске арбитраже у протеклом периоду искључиво спроводило арбитражно решавање спорова у нашој земљи.

Стални избрани суд је био надлежан да решава спорове између домаћих привредних субјеката – чланица Привредне коморе Србије. Увођењем добровољног чланства у Привредној комори Србије пре неколико година надлежност ове арбитраже се још више сузила, али и без тога током деценија свог постојања може се рећи да Стални избрани суд није заживео у пракси те и да упркос свих предности које пружа арбитражно решавање привредних спорова домаћи привредни субјекти су ретко уговарали његову надлежност.

Нови Закон о привредним коморама у члану 31 предвиђа да се при Привредној комори Србије образује једна арбитражна институција

2 *Службени гласник РС*, бр. 65/01,36/09 и 99/11.

3 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, у чл. 3 је предвидео, поред субјективног критеријума (пословна седишта странака у различитим државама) и друге критеријума на основу којих се једна арбитража може сматрати међународном, а то су: да се изван државе у којој странке имају своја пословна седишта налази место арбитраже одређене у арбитражном споразуму или је у иностранству место у коме треба да се изврши битан део обавеза или место са којим је предмет спора најуже повезан или су се странке изричито споразумеле да је предмет арбитражног споразума везан за више држава.

која одлучује, мири и посредује када је њена надлежност уговорена у привредним споровима између домаћих и/или страних привредних субјеката. Закон предвиђа да је Арбитража ПКС независна и самостална у свом раду те да је њена одлука коначна и извршна. Организација, састав, поступак и начин рада Арбитраже ПКС уређује се општим актом који доноси Скупштина ПКС.

Чланом 51, став 2 прелазних и завршних одредаба Закона Стални избрани суд при ПКС у року од 9 месеци од ступања на снагу Закона (1. октобар 2016. године) престаје да постоји уз уступање предмета Арбитражи ПКС. Што се тиче Спољнотрговинске арбитраже она у истом року, према ставу 3 истог члана, треба да усклади своју организацију са Законом.

Статут Привредне коморе Србије који је усвојила Скупштина ПКС 31. марта 2016. године у члану 66, став 2 предвиђа да Арбитража ПКС у свом раду користи назив „Стална арбитража при Привредној комори Србије” а на енглеском језику „Permanent Arbitration at Chamber of Commerce and Industry of Serbia”, те у осталом делу понавља одредбе Закона о надлежности, независности и самосталности те коначности и извршности арбитражне одлуке као и надлежности Скупштине ПКС за доношење општег акта којим се уређује састав, поступак и начин рада Арбитраже.

II Обележја

Стална арабитража при Привредној комори Србије (даље у тексту Арбитража) као једина арбитражна институција која ће се образовати при Привредној комори Србије свој рад ће темељити на традицији, угледу, ауторитету и пракси Спољнотрговинске арбитраже како је то и истакнуто у члану 51, став 3 Закона о привредним коморама. Она ће у најширем смислу бити отворена арбитража општег типа, надлежна за све врсте спорова који проистекну из пословних односа, под условом да странке уговоре њену надлежност. Надлежност Арбитраже ће моћи да уговоре сви привредни субјекти, без обзира на националност или статус члана Коморе.⁴

Арбитража је, као и Спољнотрговинска арбитража, независна је и смостална у одлучивању. Овај принцип конкретизован је низом правила, која обезбеђују њену независност (самосталност) у односу на институцију

4 Према чл. 10 ст. 1 Закона о привредним коморама чланови ПКС су сви привредни субјекти који обављају регистровану пословну делатност на територији Србије. Иако овај чл. Закона ступа на снагу 1. јануара 2017. године нема сумње да законодавац није желео да на било који начин ограничи слободан приступ арбитражи.

при којој је установљена (Привредна комора Србије), као и самосталност у одлучивању. Пре свега, организација Арбитраже обезбеђује њену независност и самосталност у односу на институцију при којој је основана. Арбитража је самостална и независна у обављању оперативних послова председника, председништва и секретаријата, арбитражних већа и арбитра појединаца. Посебно, у остваривању своје функције решавања спорова из пословних односа арбитар појединац и арбитражно веће имају потпуну самосталност и независност (неутралност и непристрасност) тако да им је једини контролор професионално знање и њихова моралност.

Као основ првог Правилника Арбитраже послужиће Правилник Спољнотрговинске арбитраже.⁵ Како је овај Правилник релативно скоро донет у њега су унета многа решења савремене арбитражне праксе која ће бити преузета, али ће се унети и нека нова решења која проистичу из нешто другачијег карактера нове Арбитраже, као и решења усмерена ка њеној још већој ефикасности.

Арбитража ће бити надлежна за све врсте спорова, како спорове из међународних пословних односа тако и чисто „домаће” спорове. Дистинкција на ове две врсте спорова у основи ће постати небитна што се тиче успостављања надлежности Арбитраже али ће свакако имати значаја зато што ће се неке одредбе новог правилника примењивати само када је у питању међународна арбитража. Тако на пример примена Унцитралових арбитражних правила пред Арбитражом биће могућа само када се ради о спору из међународних пословних односа. Такође, странке ће моћи да бирају надлежно меродавно право само ако се ради о међународној арбитражи а то важи и за уговарање примене посебних правила о посредовању пред Арбитражом. На крају, али свакако не и најмање битно и за странке веома важно, трошкови неће бити исти када је у питању „домаћа” и међународна арбитража.

Странке су овлашћене, као што је то и сада случај пред Спољнотрговинском арбитражом, да слободно бирају арбитре. Арбитар може бити свако пословно способно физичко лице, домаћи или страни држављанин ако странке нису посебно предвиделе неке додатне услове у погледу његове квалификације. Такође су и арбири странака слободни да изаберу треће лице које ће бити председник арбитражног већа. Ова слобода странака, односно арбитра више неће бити ограничена.⁶ Да би се помогло

5 Службени гласник РС, бр. 2/14.

6 Правилник СТА предвиђа потврђивање избора арбитра странака од стране ужег Председништва СТА као и потврђивање избора председника арбитражног већа кога су изабрали ар-

странкама око избора арбитра, Арбитража ће обезбедити увид у списак лица са одговарајућим квалификацијама за обављање функције арбитра. Та информација ће бити доступна на сајту Арбитраже и неће имати карактер препоруке нити ће на било који начин обавезивати странке и арбитражу. Пошто није обавезујући, списак лица, експерата у области арбитражног решавања спорова, може бити потпунији и перманентно иновирани, без потребе да га неки орган посебно донесе или одобри.

III Организација и управљање Арбитражом

Организација и управљање Арбитражом у основи су конципирани на организацији Спољнотрговинске арбитраже. Радом Арбитраже управљају председник и председништво, док секретаријат обавља стручне и административне послове. Председник представља Арбитражу, организује њен рад и председава седницама председништва. Једна од најзначајнијих функција председника арбитраже је да је он орган именована арбитра.⁷

Надлежности председништва у ужем и ширем саставу се поклапају са „класичним” надлежностима ових тела које су се дефинисале кроз дугогодишњу праксу Спољнотрговинске арбитраже. Председништво у ширем саставу (чине га председник, два потпредседника и четири члана) остварује надзор над применом Правилника и прати и разматра праксу решавања спорова. Председништво у ужем саставу утврђује *prima facie* да ли су странке у писменом облику закључиле споразум о арбитражи ако тужени није одговорио на тужбу или је у свом одговору оспорио надлежност Арбитраже, одлучује о захтеву за изузеће, о престанку мандата арбитра и о коначном именовану арбитра ако је изнета примедба на његово именовање после давања изјаве о непристрасности и независности. Једна од значајних функција председништва у ужем саставу је разматрање одлуке пре њеног потписивања и ако постоје разлози, указивање арбитрама на формалне недостатке арбитражне одлуке или на арбитражну праксу у појединим питањима и скретање пажње арбитрама на одређене разлоге због којих ар-

битри. У пракси је ово потврђивање изазивало само додатно одуговлачење поступка и представљало непотребно ограничење воље странака.

7 Према Правилнику СТА функцију органа именована врши председништво СТА у ужем саставу. До доношења важећег Правилника ова функција је деценијама припадала Председнику СТА. У пракси се показало да и колективни орган именована доводи до додатног одуговлачења поступка те ће се у циљу веће ефикасности одустати и од овог решења предвиђеног важећим Правилником СТА.

битражна одлука може бити поништена односно не би могла бити извршена у иностранству.

Секретаријат арбитраже, као и досада, врши стручне и административне послове за Арбитражу.

IV Ефикасност

Најзначајније промене биће усмерене на повећање ефикасности Арбитраже. Повећање ефикасности ће бити спроведено кроз цео редован поступак, а нарочито кроз примену посебних правила о убрзаном поступку. Нова решења у циљу веће ефикасности поступка која ће бити примењена у редовном поступку су следећа: образовање арбитраже, противтужба, електронска комуникација, временски план, извођење доказа и трајање поступка.

1. образовање арбитраже

Тужилац, као и до сада, именује арбитра у тужби, а тужени у одговору на тужбу. Потврђивање избора арбитра кога су странке изабрале, односно председавајућег арбитражног већа кога су изабрали арбитра од стране председништва Арбитраже у ужем саставу као колективног органа, није потребно јер је у пракси Спољнотрговинске арбитраже само водило додатном одуговлачењу поступка. Ако се странке не користе својим правом избора арбитра, на сцену ступа орган именована. Функцију органа именована обавља председник Арбитраже. Такође се у пракси Спољнотрговинске арбитраже показало да председништво у ужем саставу као колективни орган именована не доприноси ефикасности поступка без обзира што се одлуке председништва могу доносити и путем кореспонденције.

У циљу бржег одвијања поступка скраћени су додатни рокови за именоване арбитра. Уместо рока од 30 дана, који је у том случају предвиђао Правилник Спољнотрговинске арбитраже у свим случајевима, овај рок је скраћен на пола и износи 15 дана. Тако, када је надлежан арбитра појединац, странке га могу заједнички изабрати у року од 15 дана од одговора на тужбу. Када је у питању арбитражно веће, арбитра странака бирају председавајућег арбитра такође у року од 15 дана. Председник арбитраже у року од 15 дана именује арбитра странака, односно председника арбитражног већа ако га нису именовали арбитра странака.

Скраћење рокова формирања арбитраже треба свакако да допринесе брже одвијању поступка.

2. Противтужба

У циљу економиичности поступка тужени би по правилу био дужан да поднесе противтужбу заједно са одговором на тужбу под условом да захтев противтужбе проистиче из истог правног односа. Изузетно, противтужба се може поднети и после одговора на тужбу о чему одлучује арбитар појединац или арбитражно веће, ценећи све околности случаја а посебно узимајући у обзир стадијум у коме се поступак налази и став тужиоца. У пракси Спољнотрговинске арбитраже се дешавало да тужени поднесе противтужбу пре самог закључења расправе чиме је добијао додатна два месеца за уплату трошкова, које иначе није ни намеравао да уплати, чиме је тактикама одуговлачења добијао још неколико месеци пре доношења арбитражне одлуке.

3. Електронска комуникација

Још један начин убрзања поступка представља увођење могућности да се достављање врши путем средстава електронске комуникације, под условом да се странке о томе договоре.

4. Временски план

Новину представља и увођење временског плана којим арбитри, уз претходно консултовање странака, утврђују рокове за извођење појединих процесних радњи као што су подношење евентуално даљих писмених поднесака, извођење појединих доказа, датум усмене расправе, датум до када траба донети арбитражну одлуку и све друго што се сматра потребним. Временски план се израђује одмах по предаји предмета арбитру појединцу или арбитражном већу и доставља се странкама и секретаријату.

5. Извођење доказа

Прецизирано је извођење доказа путем сведочења и вештачења. Поред усменог саслушавања, странке могу доставити и писмене изјаве сведока. Вештачење могу одредити арбитри, али и странке могу саме ангажовати вештака. Арбитри могу наложити вештацима које су странке ангажовале да поднесу заједнички налаз у коме ће издвојити питања око којих се не слажу и могу одредити заједничко саслушавање тих вештака. Сва ова нове решења имају за циљ скраћење и олакшање поступка.

6. Трајање поступка

Арбитражни поступак требало би по правилу да се оконча у року од шест месеци од дана конституисања арбитражног већа или именовања арбитра појединца. Изузетно, може се продужити из оправданих разлога уз претходну сагласност председника арбитраже.

V Убрзани арбитражни поступак

Овај поступак представља новину и на њега се примењују посебна правила која имају за циљ још значајније убрзање поступка. Претпоставља се да су странке уговориле овај поступак уколико је вредност спора мања од 50.000 ЕУР-а или од динарске противвредности овог износа. Странке својом вољом могу искључити примену убрзаног поступка и за спорова мање вредности као што се могу договорити да се овај поступак примењује и у споровима веће вредности. Убрзани арбитражни поступак спроводи увек арбитар појединац. Рок за одговор на тужбу је скраћен и износи 15 дана. После одговора на тужбу тужилац у року од 15 дана може поднети поднесак, а тужени се у истом року може изјаснити на тужиочев поднесак. После ове измене поднесака не могу се износити нове чињенице и подносити нови докази осим изузетно уз сагласност противне странке и арбитра појединца. Изузетно, арбитар појединац може то допустити и ако се супротна странка противи ради осигурања поштеност сужења. По правилу се одржава само једна усмена расправа, или се одлука доноси без расправе ако арбитар појединац сматра да расправа није неопходна а странке се овоме не противе. Арбитар појединац доноси одлуку у року од 15 дана од дана одржане расправе или од дана када су испуњени услови за доношење одлуке без одржавања расправе. Арбитар појединац наводи само резиме разлога на којима се заснива арбитражна одлука, осим ако су се странке споразумеле да разлоге не треба наводити. Пошто су рокови за извођење процесних радњи прецизирани одредбама о убрзаном арбитражном поступку, то није потребно израдити посебни временски план.

VI Привремене мере и мере обезбеђења

Ове мере су нешто детаљније регулисане. По правилу се привремене мере одређују у *inter partes* поступку, пошто се противној странци омогући да се изјасни о предлогу за њихово одређивање. Изузетно, оне се могу одредити и *ex parte*, уколико странка која их предлаже учини вероватним да је то нужно ради ефекта привремене мере. После тако донете

привремене мере арбитри су дужни да омогуће противној странци да се о њој изјасни чим то по природи ствари буде могуће, те после пријема изјашњења могу да преиспитају своју одлуку о привременој мери. У сваком случају од странке која захтева доношење привремене мере се може захтевати да положи одговарајуће обезбеђење за случај да се привремена мера покаже неоснованом.

VII Међународно посредовање пред Арбитражом

Странке се могу договорити да се спроведе посредовање пред Арбитражом, али само када су у питању спорови са међународним елементом. Доношењем новог Закона о посредовању у решавању спорова,⁸ који је у примени од 1. јануара 2015. године, српски законодавац је уредио поступак и услове за обављање посредовања у решавању спорова, права и дужности посредника и програм обуке посредника. Тако, између осталих услова који се траже за посредника, потребно је да је завршио основну обуку за посредника, да има високу стручну спрему, да има дозволу за посредовање, да је уписан у Регистар посредника итд. За разлику од Закона о посредовању, Закон о арбитражи из 2006. године не тражи никакве специфичне услове за обављање функције арбитра те овај може бити свако пословно способно физичко лице које није осуђено на безусловну казну затвора за време док трају последице осуде. Основни принцип арбитражног решавања спорова је право странака да изаберу арбитра, и то право ће бити гарантовано странкама и у поступку пред новом Арбитражом.

Због тога што би образовање неког посебног Центра за посредовање при Арбитражи, организованог према Закону о посредовању захтевало додатна средства и посебну организацију, пред Арбитражом ће се спроводити само међународно посредовање, док ће у случају посредовања у домаћим споровима странке морати да се обрате некој другој институцији. Закон о посредовању у решавању спорова дефинише међународно посредовање као посредовање у односима са страним елементом ако стране у време постизања сагласности о посредовању имају пребивалиште или пословно седиште у различитим државама или ако држава у којој стране имају пребивалиште или пословно седиште није држава у којој треба да се изврши битан део обавеза из пословног односа, односно држава са којом је предмет спора најуже везан. У тим случајевима, према члану 5, став 2 Закона о посредовању, странке могу да се договоре да се

8 Службени гласник РС, бр. 55/14.

не примењују одредбе овог Закона. С обзиром на члан 23, став 2 горепоменутог Закона, који даје слободу странкама да се споразумеју о начину спровођења поступка посредовања упућивањем на одређена правила поступка или на други начин, странке ће уговарањем посредовања Арбитраже у споровима са међународним елементом практично изаћи из режима Закона о посредовању и добити много већу слободу у избору посредника, организацији поступка и друго.

VIII Трошкови арбитраже

Као и досада, у пракси Спољнотрговинске арбитраже јасно ће бити одвојен износ који се односи на административне трошкове од износа који се односи на накнаде за рад арбитра, као што је то случај са свим значајнијим арбитражним центрима у свету, па тако и са арбитражним центрима у региону. Сам износ тарифе арбитражних трошкова утврђује, као и до сада, Комисија за финансијска питања Скупштине Привредне коморе Србије. Пошто ће Арбитража бити надлежна за решавање како међународних тако и домаћих спорова, то ће трошкови арбитраже за домаће спорове бити мањи од трошкова за међународне спорове с обзиром на економске могућности домаће привреде, те и конкурентности арбитраже у односу на судове, с обзиром на то да се арбитража до сада врло ретко користила као начин решавања домаћих спорова што би свакако у будућности требало да се промени. Такође, арбитражни трошкови за спорове који се буду спроводили по убрзаном арбитражном поступку биће нижи у односу на трошкове по редовном поступку.

IX Закључак

Оснивање Сталне Арбитраже при Привредној комори Србије даће шансу да се даље унапреди развој арбитраже у Србији. Надлежна за решавање и домаћих и међународних спорова, нова и убрзо и једина арбитражна институција при Привредној комори Србије моћи ће да кроз своја нова правила оде још један корак даље ка већој ефикасности арбитражног поступка. Већа ефикасност арбитражног поступка биће спроведена нарочито кроз смањење рокова за поједине процесне радње, могућност достављања поднесака путем средстава електронске комуникације, обавезност израде временског плана поступка, прецизирање извођења појединих доказних средстава и скраћење трајања рока окончање поступка – поступак се по правилу мора окончати у року од шест месеци од дана конституисања арбитражног већа или избора арбитра појединца.

Посебна правила за убрзани арбитражни поступак представљају новину чији је циљ још значајније скраћење трајања поступка. Иако се по правилу овај поступак примењује у споровима мање вредности, странке су слободне да их уговоре и у споровима велике вредности. Пошто ће нова арбитража бити надлежна и за домаће и за међународне спорове, тарифа арбитражних трошкова за једне и друге биће различита, чиме би се привукле домаће фирме да у међусобним споровима више уговарају арбитражу. То ће нарочито важити за спорове који се спроводе по убаном поступку где ће арбитражни трошкови бити још нижи.

Mirjana CUKAVAC, PhD, LL.M

Secretary at the Foreign Trade Court of Arbitration at Chamber of Commerce and Industry of Serbia

PERMANENT ARBITRATION AT CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY OF SERBIA

Summary

Resolving commercial disputes through arbitration should play an important role in the next period in Serbia. Dispute resolution by arbitration in comparison to judicial dispute resolution is characterized by relative informality, speed, and perhaps the most importantly, the fact that the arbitral award is, as a rule, immediately effective, that it is equal in the effects to the final decision of a state court.

The establishment of the new Permanent Arbitration at Chamber of Commerce and Industry of Serbia by the new Law on Chambers of Commerce will be a new step in development of arbitration in Serbia. The new Arbitration shell have jurisdiction on disputes arising out of international business relations as well as on disputes entirely domestic in its character.

This article places particular emphasis on the novelities which will be introduced by the new Arbitration, especially those concerning: characteristics of the new Arbitration, management and organization, efficiency of the proceedings, expedited arbitration proceedings, costs of arbitration, etc.

Key words: *arbitration, efficiency of the proceedings, expedited arbitration proceedings, costs of arbitration.*

Драгољуб СИМОНОВИЋ

адвокат у Београду

Зорица СМИРЧИЋ

судија Апелационог суда у Београду

КОМЕНТАР НОВИХ РЕШЕЊА У ЗАКОНУ О РАДУ

Резиме

Новеле Закона о раду извршене у јулу 2014. године најопсежније су од његовог доношења (2005). Те новеле мање су у функцији побољшања текста закона у складу са уоченим недостацима и примедбама праксе и јудикатуре, а више су у функцији хармонизације домаћег радног законодавства са комунитарним правом (директивама) Европске уније, те са међународним радним правом (конвенције и препоруке Међународне организације рада).

Овим чланком аутори желе да скрену пажњу на најзначајније законске новеле, нарочито на оне које изазивају или могу изазвати нове проблеме у пракси, недоумице у тумачењу и потешкоће у примени закона.

Кључне речи: *радни однос, запослени, послодавац, закон, новеле.*

I Новеле Закона о раду из јула 2014. године

Ово су најопсежније новеле (измене и допуне) у нашем радном законодавству. Укључујући капиталне измене и допуне закона (означене као реформска решења) и остале новеле (рачунајући и „ситне“), Закон о раду је у јулу 2014. године претрпео измене и допуне у чак стотинак чланова (трећина закона).

У овом чланку, аутори ће дати осврт на те новеле, без детаљног коментарисања појединих (обимних) законских чланова или више чланова груписаних по одређеним одељцима.

Намеће се утисак да ове опсежне новеле нису настале као резултат потребе домаћег радног законодавства и његовог усаглашавања са прак-

сом која је указала да поједина законска решења нису била најбоља и да их је требало мењати. Већина законских новела настала је као резултат усаглашавања (хармонизације) домаћег радног законодавства са комуни-тарним правом (директивама) Европске уније.

1. Предмет закона

У Закону о раду – ЗОР у оквиру одељка који регулише предмет за-кона у поглављу „Основне одредбе“ извршене су новеле мањег обима.

По оцени аутора, није било посебног разлога да се нагласи приме-на одредаба ЗОР у једној врсти привредне делатности – саобраћају (ЗОР, члан 2, став 3). Било би боље, мање наглашено, да је сходна примена ЗОР у области саобраћаја инкорпорисана у претходни став (став 2) на месту где је сходна примена ЗОР утврђена за државне органе, органе територи-јалне аутономије и локалне самоуправе и јавне службе. Друга новина ти-че се правилника о раду, као општег акта регулације права, обавеза и од-говорности код послодавца.

Новеле ЗОР из јула 2014. године – Новеле ЗОР, доносе неколико новина: ко и под којим условима може да донесе наведени општи акт (ЗОР, члан 3, став 2); немогућност послодавца за доношење правилника о раду (ЗОР, члан 3, став 4); сагласност оснивача за његово доношење (ЗОР, члан 3, став 7) и, коначно, ограничено правно дејство правилника о раду (ЗОР, члан 3, став 8).

Закључак је да правилником о раду послодавац своју аутономну регулативу само „премошћава“ у времену од престанка колективног уго-вора до закључења новог. Ово значи да је правно дејство правилника о раду временски ограничено, с обзиром на директну везу његовог пре-станка са чињеницом ступања на снагу новог, у међувремену закљученог, колективног уговора код послодавца. Оваквом регулативом ЗОР је пра-вилнику о раду определио привремени и супсидијарни карактер.

2. Права запослених

Одељак под називом „Основна права и обавезе“ Новелама ЗОР само је незнатно допуњен у једном члану 12) који регулише права запо-слених. Уведено је право запосленог на достојанство личности. Такође, у члану 12, став 4. ЗОР уводи се нови термин „запослена особа са инвали-дитетом“ који представља, према образложењу законодавца, терминологи-

шко усклађивање са прописима којима се регулише област запошљавања лица са инвалидитетом.

3. Забрана дискриминације

У материји забране дискриминације Новеле ЗОР донеле су само једну допуну (ЗОР, члан 23, став 2) која се односи на обрнути терет доказивања, јер чињеницу да *није* било понашања које представља дискриминацију треба да докаже *тужени*. Исти доказни принцип садржан је у Закону о спречавању злостављања на раду и Закону о забрани дискриминације.

Наведени доказни принцип ЗОР (и закона који уређују мобинг и дискриминацију) значи да запослени (као слабија страна у спору) није дужан да доказује да је послодавац према њему учинио радњу која представља дискриминацију (мобинг), већ да ту чињеницу само учини вероватном, а на послодавцу (као јачој страни у спору) лежи терет доказивања да одређено понашање према запосленом *није* акт дискриминације (мобинга).

4. Заснивање радног односа

У области заснивања радног односа Новелама ЗОР извршене су промене у члану 24 који уређује правилник о организацији и систематизацији послова. Општи услов за заснивање радног односа у погледу година живота остао је неизмењен. И даље радни однос може да заснује лице са навршених 15 година живота (ЗОР, члан 24, став 1).

У погледу садржине правилника о организацији и систематизацији послова, Новелама ЗОР додат је опис послова као елеменат правилника и могућност да послодавац у њему утврди број извршилаца (ЗОР, члан 24, став 2).

Пракса је показала да управо неутврђен број извршилаца на одређеним пословима (радним местима) ствара проблеме у погледу потребног броја запослених (нарочито када је реч о технолошким вишковима), па аутори сматрају да би било боље решење да је законом прописана обавеза за послодавца да наведеним правилником утврди број извршилаца на систематизованим радним местима.

5. Уговор о раду

Код уговора о раду Новеле ЗОР доносе неколико измена које у суштини не мењају концепт овог акта заснивања и регулације радног односа. Новину представљају одредбе члана 30, ст. 4. и 5. ЗОР које нису од суштин-

ског значаја, већ су административно – техничке и организационе (практичне) природе, при чему је измена у ставу 4. која утврђује да се уговор о раду закључује у најмање два примерка од којих се један обавезно предаје запосленом, сувишна – из разлога што у овом погледу у пракси није било недоумица и што је необорива претпоставка за сваки уговор да се закључује у најмање два примерка (по један примерак за обе стране).

Новину представља одредба члана 33, става 2. ЗОР која у извесној мери релативизује обавезну садржину уговора о раду, користећи метод упућујуће правне норме. Уговор о раду не мора да садржи елементе из става 1, тач. 11–13 у члану 33. ЗОР (елементе за утврђивање основне зараде, радног учинка ...), ако су они утврђени законом, колективним уговором, правилником о раду или другим актом послодавца у складу са законом, у ком случају у уговору мора да се назначи акт којим су та права утврђена у моменту закључења уговора о раду (ЗОР, члан 33, став 2).

Ово је школски пример упућујуће правне норме. Њеном применом уговор о раду ће се растеретити више одредаба које су аутономном регулативом послодавца стипулисане за све запослене на једнак начин. Задржана је законска одредба која прописује да се на права и обавезе које нису утврђене уговором о раду примењују одговарајуће одредбе закона и општег акта послодавца (ЗОР, члан 33, став 3).

Овим је ЗОР утврдио супсидијарну примену закона и општег акта послодавца (колективни уговор, правилник о раду) у односу на уговор о раду. То значи да уговор о раду има примат у примени за права која је уредио у законском и већем обиму. Супротно, ако одређено право није регулисано уговором о раду (или је регулисано у мањем обиму од законског), оно се остварује непосредном применом закона, односно општег акта.

Новелама ЗОР (члан 35) стипулисана је нова одредба: Послодавац је дужан да уговор о раду, односно други уговор у складу са овим законом или њихову копију држи у седишту или другој пословној просторији послодавца или на другом месту, у зависности од тога где запослени или радно ангажовано лице ради. Нејасно је какав је *ratio* ове законске новине.

Ово је норма административне природе која задира у канцеларијско пословање послодавца и, по схватању аутора, она само непотребно оптерећује текст ЗОР. Осим тога, ова (непотребна) законска норма може само да поквари досадашњу праксу послодавца и да изазове недоумице у њеном тумачењу и примени.

Осим тога, грешка је законописца што је ову „административно – канцеларијску“ норму која регулише питање везано за уговор о раду смеистио у правно – техничку јединицу под називом „Ступање на рад“, уместо да је инкорпорише у јединицу под називом „Уговор о раду“.

6. Пробни рад

Неспорно је да је пробни рад радноправни институт факултативног карактера (може да се уговори пробни рад). Новелама ЗОР законодавац је прецизирао за које се послове може уговорити пробни рад.

Одредба члана 36, става 3, ЗОР допуњена је тиме да је послодавац дужан да образложи отказ уговора о раду пре истека времена за које је уговорен пробни рад. Овакво императивно законско налагање образложења вероватно је проистекло из праксе у којој послодавци нису образлагали отказ уговора о раду у случају пробног рада. Иначе, образложење се и овде подразумева. То је у корелацији са одредбом члана 192. ЗОР која предвиђа образложење за сваки појединачни радноправни акт (решење), што се методом тумачења права *analogia legis* може применити и за случај отказа уговора о раду којим је уговорен пробни рад.

7. Радни однос на одређено време – члан 37. ЗОР

Овај члан је Новелама ЗОР претрпео велике измене и допуне. Уводном одредбом, на општи и описни начин, прописано је у којим случајевима се може закључити уговор о раду на одређено време (ЗОР, члан 37, став 1).

Новину представља то што закон одређује да послодавац може са истим лицем да закључи и више уговора о раду на одређено време по различитим основима (разлозима), у оквиру дозвољеног периода – 24 месеца (ЗОР, члан 37, став 2). Дозвољени период трајања радног односа на одређено време (до 24 месеца) Новелама ЗОР је удвостручен у односу на претходно законско решење (до 12 месеци).

Такође, новину представља регулатива члана 37, става 5. ЗОР, која овлашћује послодавца да са истим запосленим закључи нови уговор о раду на одређено време по истеку рока из ст. 1–3 члана 37. ЗОР по истом или другом правном основу, у складу са одредбама члана 37 ЗОР. Овом новином учињен је уступак послодавцима на штету запослених, којим се отвара могућност злоупотребе права.

До Новела ЗОР постојао је само један разлог за прерастање радног односа на одређено у радни однос на неодређено време (рад дужи од пет радних дана по истеку уговора о раду на одређено време). Други разлог за прерастање – закључење уговора о раду на одређено време супротно одредбама ЗОР, представља новину у ЗОР и може се схватити као санкција за послодавца који запосленом понуди закључење уговора о раду на одређено време који је противан когентним одредбама ЗОР.

8. Радни однос са непуним радним временом

Код непуног радног времена Новелама ЗОР измењен је и у великој мери допуњен члан 40. ЗОР у оквиру одељка којим се уређује непуно радно време. Пре новела, у члану 40. ЗОР једино је било прописано да запослени који ради са непуним радним временом има сва права из радног односа сразмерно времену проведену на раду, осим ако за поједина права законом, општим актом и уговором о раду није друкчије одређено.

Новелама ЗОР наглашено је право запосленог који ради са непуним радним временом на зараду и друга примања, једнаке услове рада са запосленим који ради са пуним радним временом на истим или сличним пословима (ЗОР, члан 40, став 2).

Дакле, запослени са непуним радним временом изједначен је са запосленима који раде са пуним радним временом у погледу остваривања права и обезбеђивања услова рада, сразмерно времену које проведе на раду. Послодавац је дужан да благовремено обавести запослене о доступности послова са пуним и непуним радним временом, на начин и у роковима утврђеним општим актом (члан 40, став 3 ЗОР).

9. Радни однос за обављање послова ван просторија послодавца

Код овог флексибилног облика запошљавања Новелама ЗОР, осим измена и допуна, извршено је брисање једног законског члана 43. За разлику од ранијег решења (садржина уговора у седам тачака), новелираним одредбама члана 42, става 2. ЗОР прописани су обавезни елементи садржине уговора за овај флексибилни облик запошљавања у шест тачака (једна мање), са унеколико измењеним формулацијама, па је тако прописана и садржина уговора о раду за обављање послова ван просторија послодавца која, поред обавезних, садржи и додатне одредбе прописане чланом 42, ставом 3. ЗОР.

Овакав облик рада (дислоцирани рад, у односу на седиште послодавца) осим уштеда у инвестиционим улагањима, послодавцу доноси уштеде у материјалним трошковима (опрема, електрична енергија, вода итд.). Новине код овог облика рада уведене су у процесу усаглашавања одредаба ЗОР са међународним радним правом (конвенције МОР), као и у процесу хармонизације домаћег радног права са комунитарним правом Европске уније (директиве). Треба напоменути да је рад код куће радника регулисан Конвенцијом МОР број 117 о раду код куће и Препоруком број 184 о раду у кући.

Основна зарада запосленог који ради ван просторија послодавца не може бити утврђена у мањем износу од основне зараде запосленог који ради на истим пословима у радним просторијама послодавца (ЗОР, члан 42, став 4).

Одредбе ЗОР о заради, распореду радног времена, прековременом раду, прерасподели радног времена, ноћном раду, одморима и одсуствима, количинама и роковима за извршење радних обавеза примењују се и на уговор за обављање послова ван просторија послодавца, ако није другачије одређено општим актом или уговором о раду (ЗОР, члан 42, ст. 4, 5 и 6).

Одредбе о овом флексибилном облику запошљавања које представљају новину у ЗОР заштитног су карактера. Оне имају за циљ уравнотежење радноправног положаја запосленог који ради ван просторијама послодавца са осталим радницима, односно омогућавање коришћења права на начин на који их користе запослени који раде на класичан начин (у просторијама послодавца).

Новелама ЗОР брисан је члан 43, који је прописивао да рад ван просторија послодавца, односно рад код куће, запослени обавља сам или са члановима своје уже породице, у име и за рачун послодавца.

10. Радни однос са кућним помоћним особљем

Члан 45. ЗОР који уређује радни однос са кућним помоћним особљем Новелама је допуњен ставом 7. у којем су наведена лица са којима се не може закључити овај облик флексибилног рада. Овај уговор не може да се закључи са супружником, усвојиоцем или усвојеником, крвним сродником у правој линији без обзира на степен сродства, а у побочној линији до другог степена сродства (брат, сестра) и са тазбинским сродником до другог степена сродства (ЗОР, члан 45, став 7).

11. Уговор о правима и обавезама директора

У члану 48, који уређује уговор о правима и обавезама директора, Новелама ЗОР извршене су две допуне.

Прво, у ставу 1, члана 48. ЗОР одредба је допуњена тиме да се овај уговор, осим на директора, односи и на другог законског заступника послодавца (у складу са регулативом Закона о привредним друштвима).

Друго, допунском одредбом става 6, у члану 48. ЗОР прецизирано је да уговор о раду директора или други уговор на основу кога се он ангажује, у име послодавца закључује надлежан орган утврђен законом (Закон о привредним друштвима) и општим актом послодавца (оснивачки акт, статут).

12. Радно време

Новелама ЗОР извршене су бројне измене и допуне у материји радног времена (код појма радног времена, прековременог рада, распореда радног времена, прерасподеле радног времена, рада у сменама), којима су као законске новине утврђени појмови радног времена и приправности (која се не сматра радним временом).

Радно време закон одређује као „временски период“ (непотребан плеоназам, период је реч која се искључиво везује за време) у коме је запослени дужан, односно расположив да обавља послове према налозима послодавца, на месту где се послови обављају, у складу са законом (ЗОР, члан 50, став 1). Поређења ради, по дефиницији садржаној у конвенцији и препоруци МОП, радно време је период у коме се запослено лице ставља на располагање послодавцу; ово је лепа и једноставна, а садржински довољна дефиниција у којој је правилно употребљена реч „период“).

Новину представљају одредбе члана 50, ст. 3–5, које регулишу приправност запосленог. Суштина је у томе да се само време приправности, у ком запослени чека кући (приправан је) не сматра радним временом (став 3). Супротно, радним временом се сматра оно време које запослени ради по позиву послодавца, у оквиру периода приправности (став 5.).

У погледу прековременог рада, према Новели ЗОР, задржан је обим прековременог рада на седмичном нивоу (до осам часова), а брисан је на дневном нивоу (најдуже четири часа дневно). Стављањем у корелацију прековременог рада са дневним одмором, новом одредбом члана 53,

става 3. ЗОР прописано је да запослени не може да ради дуже од 12 часова дневно, укључујући и прековремени рад.

Новину представља и одредба члана 53, става 4. ЗОР која прописује да запосленом који ради на пословима на којима је уведено скраћено радно време не може да се одреди прековремени рад на тим пословима, ако законом није другачије одређено. Такође, Новеле ЗОР увеле су знатне промене у регулативу распореда радног времена.

До новела, радна недеља је трајала пет радних дана, а сада је та формулација релативизована, додавањем речи „по правилу“. Радна недеља траје, по правилу, пет радних дана (члан 55, став 1. ЗОР). На овај начин се, како аутори схватају, „отварају врата“ послодавцима да, под окриљем закона, уведу и дужу радну недељу.

Новину представљају одредбе члана 56. ЗОР које регулишу дужност послодавца да обавести запослене о распореду радног времена и промени тог распореда, као и распоред радног времена код послодавца који организује рад по сменама. Послодавац је дужан да обавести запослене о распореду и промени распореда радног времена најмање пет дана унапред, осим у случају увођења прековременог рада. Изузетно, послодавац може о распореду и промени да обавести запослене у року краћем од пет дана, али не краћем од 48 часова унапред, у случају потребе посла услед наступања непредвиђених околности (ЗОР, члан 56, став 1 и 2).

Код послодавца код кога је рад организован у сменама или то захтева организација рада, пуно или непуно радно време запосленог не мора бити распоређено једнако по радним недељама, већ се утврђује као просечно недељно радно време на месечном нивоу. У том случају, запослени може да ради најдуже 12 часова дневно, односно 48 часова недељно, укључујући и прековремени рад (ЗОР, члан 56, став 3 и 4).

Новелама ЗОР измењен је и допуњен члан 57, који регулише прераспodelу радног времена. Временски оквир од шест месеци за прераспodelу радног времена Новелама ЗОР је релативизован, могућношћу његовог проширења аутономном регулативом послодавца.

Колективним уговором може да се утврди да се прераспodelа радног времена не везује за календарску годину, односно да може трајати и дуже од шест месеци, а најдуже девет месеци (ЗОР, члан 57, став 3).

Задржана је законска одредба (ЗОР, члан 58) која утврђује да се прераспodelа радног времена не сматра прековременим радом. Ово значи да се институти прековременог рада и прераспodelе радног времена

искључују. Вероватна интенција законодавца за ову одредбу је да се укаже да запослени у прерасподели радног времена нема право на увећану зараду, а то право постоји код прековременог рада.

Према новој одредби члана 57, става 4. ЗОР, запосленом који се сагласио да у прерасподели радног времена ради у просеку дуже од времена утврђеног у ст. 2. и 3. члана 57. ЗОР, радни часови рада дужи од просечног радног времена обрачунавају се и исплаћују као прековремени рад.

Цитирана законска одредба у извесном смислу представља изузетак од правила које искључује примену института прековременог рада и прерасподеле радног времена. Новелама ЗОР на нов начин је дефинисан рад у сменама код послодавца и запосленог који ради у сменама: рад у сменама је организација рада код послодавца према којој се запослени на истим пословима смењују према утврђеном распореду, при чему измена смена може да буде континуирана или са прекидима током одређеног периода дана или недеља (ЗОР, члан 63, став 1), те да запослени који обавља рад у сменама у току месеца посао обавља у различитим сменама, најмање трећину свог радног времена (члан 63, став 2 ЗОР).

Ова дефиниција саображена је Директиви Европске уније број 93/104, која под сменским радом подразумева сваки метод организације у сменама, код кога радници смењују једни друге на истом радном месту, сходно унапред утврђеном распореду, укључујући и рад у турнусима.

13. Одмори и одсуства

Новине у члану 64, ставу 1. ЗОР резултат су усклађивања са одредбама о непуном радном времену, па је прописано да право на одмор у току дневног рада у трајању од најмање 30 минута има и запослени који ради најмање шест часова дневно. Такође, чланом 66, ставом 2. ЗОР прописано је да запослени који ради у прерасподели радног времена има право на дневни одмор у оквиру 24 часа у непрекидном трајању од најмање 11 часова.

Одредба члана 67, става 1. ЗОР предвиђа право на недељни одмор у трајању 24 часа + 12 часова као правило, а изузетак је одмор од најмање 24 часа (став 2). И ова измена је, такође, резултат усклађивања са директивама Европске уније. Новом одредбом члана 68, става 2. ЗОР прописано је да запослени стиче право на коришћење годишњег одмора у календарској години после месец дана рада од заснивања радног односа. Пре новела ЗОР за стицање права на годишњи одмор важио је услов од шест месеци непрекидног рада код послодавца.

Традиционална радноправна заштитна норма о немогућности одрицања од годишњег одмора и немогућности његовог ускраћивања од стране послодавца, Новелама ЗОР допуњена је немогућношћу замене годишњег одмора новчаном накнадом, осим у случају престанка радног односа запосленог у складу са одредбама ЗОР.

Новелама ЗОР брисана је одредба члана 71. којом је била прописана обавеза послодавца да запосленом у случају престанка радног односа изда потврду о искоришћеном броју дана годишњег одмора. Индиректно, брисање наведене законске одредбе значи да више нема могућности преношења годишњег одмора код другог послодавца, односно да се годишњи одмор има искористити код послодавца код кога је стечен.

Новеле ЗОР доносе новине код коришћења годишњег одмора у деловима. До измена, запослени је могао да користи годишњи одмор највише у два дела. Сада је, сагласно одредби члана 73, става 1. ЗОР, створена могућност да запослени користи годишњи одмор у више делова. Коришћење годишњег одмора у више делова је ствар споразума запосленог и послодавца.

Новелама ЗОР смањен је број дана првог дела годишњег одмора на најмање две радне недеље (ЗОР, члан 73, став 2). До измена ЗОР први део годишњег одмора трајао је најмање три радне недеље.

Законским изменама из јула 2014. године уведене су одређене новине у материји распореда коришћења годишњег одмора и решења о коришћењу истог. Правило да послодавац решење о коришћењу годишњег одмора доставља запосленом најкасније 15 дана пре датума одређеног за почетак коришћења годишњег одмора новелама ЗОР ублажено је изузетком према коме послодавац решење запосленом може доставити и непосредно пре коришћења годишњег одмора, уколико се исти користи на захтев запосленог (ЗОР, члан 75, став 3).

Новине су и колективно коришћење годишњег одмора, као и могућност послодавца да решење о коришћењу годишњег одмора достави запосленом у електронској форми (ЗОР, члан 75, ст. 5 и 6). У случају коришћења колективног годишњег одмора код послодавца или у његовом организационом делу, послодавац може да донесе решење о годишњем одмору у коме наводи запослене и организационе делове у којима раде и да исто истакне на огласној табли, најмање 15 дана пре дана одређеног за почетак коришћења годишњег одмора, чиме се сматра да је решење уручено запосленима (ЗОР, члан 75, став 5).

Решење о коришћењу годишњег одмора послодавац може доставити запосленом у електронској форми, а на захтев запосленог послодавац је дужан да му то решење достави и у писаној форми (ЗОР, члан 75, став 6).

Код института накнаде штете за неискоришћени годишњи одмор, Новеле ЗОР (члан 76) доносе три новине. *Прво*, брисана је кривица послодавца због неискоришћеног годишњег одмора запосленог. *Друго*, уместо кривице послодавца као субјективног елемента, сада ЗОР накнаду штете за неискоришћени годишњи одмор везује за објективну чињеницу – случај престанка радног односа. Само у случају престанка радног односа послодавац је дужан запосленом који није искористио годишњи одмор у целини или делимично, исплати новчану накнаду уместо коришћења годишњег одмора. *Треће*, Новелама ЗОР измењена је висина накнаде (штете) за неискоришћени годишњи одмор. Она се сада везује за просечну зараду у претходних 12 месеци, сразмерно броју дана неискоришћеног одмора. Пре Новела ЗОР, ова накнада се одређивала према висини зараде коју је запослени остварио у претходна три месеца.

14. Одсуство уз накнаду зараде (плаћено одсуство)

Код плаћеног одсуства, у првом реду, новелама ЗОР оно је у годишњем волумену смањено до пет радних дана у току календарске године, а раније је износило до седам радних дана у календарској години (ЗОР, члан 77, став 1).

Прецизиран је случај плаћеног одсуства за случај добровољног давања крви. Запослени има право на плаћено одсуство два узастопна дана за сваки случај добровољног давања крви, рачунајући и дан давања (ЗОР, члан 77, став 3, тач. 2).

Нова је одредба члана 77, става 5. ЗОР, која омогућава послодавцу да плаћено одсуство одобри и за случај смрти сродника који нису одређени законом као чланови уже породице запосленог.

15. Заштита запослених

У материји заштите материнства, заштитна норма којом се послодавцу забрањује да радницу за време трудноће ангажује да ради на тешким и здравствено штетним пословима, новелама ЗОР проширена је и на запослену која доји дете – дојиљу (ЗОР, члан 89, став 1).

Новину представља одредба члана 89, става 2. ЗОР, која обавезује послодавца да запосленој трудници, односно дојиљи обезбеди обављање других одговарајућих послова, а ако таквих послова нема, да је упути на плаћено одсуство.

Нова је и заштитна одредба из члана 90, става 2. ЗОР која запосленој за време трудноће даје право на плаћено одсуство са рада у току радног дана, ради обављања здравствених прегледа у вези са трудноћом које је одредио њен изабрани лекар. О овом одсуству запослена је дужна да благовремено обавести послодавца.

Новину представљају допунске одредбе ЗОР које уводе дневне паузе ради дојења детета. Послодавац је дужан да запосленој жени која се врати на рад пре истека годину дана од рођења детета, обезбеди право на једну или више дневних пауза у току дневног рада у укупном трајању од 90 минута или на скраћење дневног радног времена у трајању од 90 минута, како би могла да доји своје дете, ако дневно радно време запослене жене износи шест или више часова (ЗОР, члан 93 а, став 1), при чему се пауза или скраћено радно време рачунају у радно време, а накнада запосленој по том основу исплаћује се у висини основне зараде, увећане за минули рад (ЗОР, члан 93 а, став 2).

Ове заштитне норме, које представљају новину у ЗОР, уведене су у процесу хармонизације нашег радног права са међународним радним правом (конвенције и препоруке МОР) и комунитарним правом Европске уније.

Новелама ЗОР допуњене су одредбе које се односе на породилско одсуство, увођењем новог члана 94 а ЗОР који прописује запосленим женама право на породилско одсуство и право на одсуство са рада због неге детета за треће и свако наредно новорођено дете у укупном трајању од две године (ЗОР, члан 92 а, став 1), као и женама које на првом порођају роде више од двоје деце (став 2).

16. Зарада, накнада зараде и друга примања

Новелама ЗОР измењена је одредба која дефинише рад једнаке вредности (за који закон гарантује исту зараду код послодавца), као рад за који се захтева исти степен стручне спреме, односно образовања, знања и способности, у коме је остварен једнак радни допринос, уз једнаку одговорност (ЗОР, члан 104, став 3).

Нова компонента у дефиницији рада једнаке вредности је радни допринос, уместо „физичког и интелектуалног рада“ из претходног законског решења. Код минулог рада Новеле ЗОР донеле су значајну измену, тако што се минули рад обрачунава и исплаћује за сваку остварену пуну годину рада *код послодавца који га исплаћује* (ЗОР, члан 108, став 1, тач. 4), а значајна новина односи се на минули рад у одредби члана 108, става 2. ЗОР која прописује да се при обрачуну минулог рада рачуна и време проведено у радном односу код послодавца претходника (из члана 147. ЗОР), као и код повезаних лица са послодавцем у складу са законом (у питању је Закон о привредним друштвима).

Новелама ЗОР укинута је право запосленог на увећану зараду по основу рада у сменама. Знатне промене извршене су Новелама ЗОР код минималне зараде (гарантована зарада, по терминологији ранијих радних закона). Основна промена састоји се у одређивању минималне зараде на основу минималне цене рада, која се утврђује у складу са законом, временом проведеним на раду, као и пореза и доприноса који се плаћају из зараде (ЗОР, члан 111, став 2).

Општим актом послодавца, односно уговором о раду утврђују се разлози за доношење одлуке о увођењу минималне зараде (ЗОР, члан 111, став 3).

Послодавац доноси одлуку о увођењу минималне зараде. Без обзира што не постоји таква одредба у изричитом облику, закључак о доношењу одлуке послодавца о увођењу минималне зараде проистиче из осталих одредаба ЗОР које уређују минималну зараду. Тако, ЗОР на два места помиње одлуку о увођењу минималне зараде (ЗОР, члан 111, став 3 и 4).

Одлука послодавца је довољан основ за увођење и исплату минималне зараде. То значи да нема потребе да послодавац и запослени закључују анекс уговора о раду ради увођења (уговарања) минималне зараде.

Минималну зараду послодавац исплаћује за стандардни учинак и време проведено на раду (ЗОР, члан 111, став 1). Овде се подразумева тзв. редовно (пуно) радно време.

Минимална зарада и увећана зарада (накнада трошкова и друга примања запосленог) се не искључују, већ се допуњују. То јасно проистиче из одредаба члана 111, став 6 и 7 ЗОР.

Послодавац је дужан да минималну зараду исплати запосленом у висини која се одређује на основу одлуке о минималној цени рада која важи за месец у којем се врши исплата (ЗОР, члан 111, став 5). Ова одред-

ба је нова у ЗОР и представља основну поставку за обрачун и исплату минималне зараде, која је даље разрађена одредбама члана 112 ЗОР.

Минимална цена рада утврђује се одлуком Социјално – економског савета основаног за територију Републике Србије. Ако Социјално – економски савет не донесе одлуку у року од 15 дана (раније – 10 дана), одлуку о висини цене рада доноси Влада у наредном периоду од 15 дана (ЗОР, члан 112, став 2).

Законску новину представљају критеријуми и елементи методологије за утврђивање висине минималне цене рада (ЗОР, члан 112, став 3–7).

Код накнаде зараде за време прекида рада код послодавца Новелама ЗОР (члан 116) извршене су две измене. *Прво*, осим прекида рада, послодавац сада ову накнаду зараде (најмање у висини 60% просечне зараде) може увести у случају смањења обима рада (без кривице запосленог). *Друго*, Новелама ЗОР прописан је изузетак по коме послодавац може упутити запосленог на одсуство уз накнаду зараде и дуже од прописаних 45 радних дана, када прекид или смањење обима рада условљавају дуже одсуство, уз претходну сагласност министра надлежног за рад.

Код накнаде трошкова за превоз и исхрану у току рада (топли оброк) сада ЗОР исплату истих условљава тиме да послодавац није обезбедио сопствени превоз, односно да није обезбедио топли оброк на други начин (ЗОР, члан 118, став 1, тач. 1 и 5). Законска новина је да накнада за топли оброк мора бити изражена у новцу (ЗОР, члан 118, став 2).

Новину представља и законско решење које се односи на трошкове превоза у случају промене места становања запосленог, тако да та промена после закључења уговора о раду не утиче на увећање трошкова превоза, осим у случају сагласности послодавца (ЗОР, члан 118, став 3).

У погледу других примања запосленог, Новелама ЗОР је смањена висина отпремнине при одласку у пензију, са три на две просечне зараде. Код обрачуна зараде и накнаде зараде, Новелама ЗОР извршене су значајне допуне, две техничке, а две суштинске.

Техничке допуне односе се на могућност послодавца да запосленом обрачун зараде може да достави у електронској форми (ЗОР, члан 121, став 5) и на овлашћење министра надлежног за рад за прописивање садржаја обрачуна зараде и накнаде зараде (став 8).

Прва суштинска допуна односи се на прописивање да обрачун зараде и накнаде зараде представља извршну исправу (ЗОР, члан 121, став 6). Ово је истински „револуционарна“ законска новела на запослене и битна олакшица за њих. Давање снаге извршне исправе обрачуну зараде значи да запослени поводом неисплате зараде не мора више да заснива парницу (дуготрајну и скупу), него своја ускраћена права сада може да остварује у извршном поступку на основу обрачуна зараде као извршне исправе, што је знатно једноставније, брже и економичније.

Друга суштинска допуна односи се на право запосленог коме је исплаћена зарада и накнада зараде, да задржи право да пред надлежним судом оспорава законитост обрачуна зараде, односно накнаде зараде (ЗОР, члан 121, став 7).

17. Вишак запослених

У области вишка запослених Новелама ЗОР извршена је једна допуна техничке природе (у вези доносиоца програма технолошког вишка) и значајне измене и допуне код права на отпремнину запосленом који је проглашен вишком.

Програм вишка запослених у име и за рачун послодавца доноси надлежни орган код послодавца, односно лице утврђено законом или општим актом послодавца (ЗОР, члан 155, став 3).

Отпремнина запосленом који је проглашен вишком задржала је карактер обавезе послодавца да је исплати пре отказа уговора о раду запосленом као вишку. Велику измену закон је извршио у погледу висине наведене отпремнине, која се утврђује општим актом или уговором о раду, с тим што она не може бити нижа од збира трећине зараде за сваку навршену годину рада у радном односу *код послодавца код кога запослени остварује право на отпремнину* (ЗОР, члан 158, став 2).

Интенција законодавца за стипулисање наведене правне норме огледа се у чињеници да је у ранијем систему исплате отпремнине утврђене према укупном радном стажу (значи, и према стажу оствареном код других послодаваца) било омогућено да запослени остварује право на отпремнину код два или више послодаваца у износима обрачунатим према укупном радном стажу.

У прилог претпостављеној интенцији иде и искључујућа (забрањујућа) одредба члана 158, става 6. ЗОР, која прописује да запослени не мо-

же да оствари право на отпремнину за исти период за који му је већ исплаћена отпремнина код истог или другог послодавца.

18. Удаљење запосленог са рада (суспензија)

Новелирани члан 165. ЗОР предвиђа разлоге за привремено удаљење запосленог са рада (суспензија) у три тачке, што је разлика у односу на претходно законско решење (када су ти разлози били сублимирани у две тачке).

Код првог разлога за суспензију (ЗОР, члан 165, тачка 1) уместо раније формулације „ако је против запосленог покренут кривични поступак“, сада је утврђена формулација „ако је против запосленог започето кривично гоњење у складу са законом“ (ради се о Законику о кривичном поступку).

Новелама је допуњен члан 169. ЗОР који уређује трајање суспензије: Ако је против запосленог започето кривично гоњење због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом, удаљење са рада може да траје до правноснажног окончања тог кривичног поступка (ЗОР, члан 169, став 2).

19. Измена уговора о раду

Код измене уговорених услова рада (које се врше закључењем анекса уговора о раду) Новелама ЗОР додат је нови основ за закључење анекса уговора о раду, а то је промена елемената за утврђење основне зараде, увећане зараде и других примања запосленог који су садржани у уговору о раду (ЗОР, члан 171, став 1, тачка 5).

У члану 172. ЗОР Новелама су извршене само неке ситније измене – термилошке природе, које не задиру у суштину регулативе измене уговорених услова рада.

У овој области Новелама ЗОР проширена је регулатива увођењем новог члана 172 а, који регулише привремени премештај запосленог на друге одговарајуће послове на основу решења (без понуде анекса уговора о раду), ако је потребно да се одређени посао изврши без одлагања. Привремени премештај не може трајати дуже од 45 радних дана у периоду од 12 месеци, при чему запослени задржава основну зараду утврђену за посао са којег се премешта, ако је то за њега повољније (ЗОР, члан 172 а, став 1 и 2).

Одредбечлана 172 а ЗОР које регулишу понуду за закључење анекса уговора о раду, писмено обавештење, прихватање или одбијање пону-

де и др. примењују се само када се анекс уговора о раду закључује на иницијативу послодавца.

Применом метода *argumentum a contrario*, основан је закључак да се анекс уговора о раду може закључити и на иницијативу друге уговорне стране – запосленог. Основ за овакав закључак налазимо у новој одредби члана 172 а, става 3. ЗОР, која прописује да се одредбе члана 172. ЗОР не примењују у случају закључивања анекса уговора о раду на иницијативу запосленог.

20. Престанак радног односа – разлози за отказ уговора о раду од стране послодавца

Члан 179. ЗОР који уређује *отказу говора о раду* од стране послодавца Новелама ЗОР у великој мери је измењен и допуњен. Пре Новела, разлози за овај отказ били су у једном ставу са осам тачака (груписани на једном месту).

Сада су ти разлози сврстани у четири групе.

У *првој* групи су разлози, садржани у три тачке, који су квалификовани као „оправдани разлози“ који се односе на радну способност запосленог и његово понашање код послодавца (ЗОР, члан 179, став 1, тач. 1–3).

У *другој* групи су разлози, садржани у пет тачака, који се односе на повреде радних обавеза које запослени учине својом кривицом (ЗОР, члан 179, став 2, тач. 1–5).

У *трећој* групи су разлози, садржани у осам тачака, који се односе на непоштовање радне дисциплине од стране запосленог (ЗОР, члан 179, став 3, тач. 1–8).

У *четвртој* групи су разлози, садржани у две тачке, који су квалификовани као „оправдани разлози“ за *престанак радног односа* запосленог, који се односе на потребе послодавца (ЗОР, члан 179, став 5, тач. 1 и 2). Овде је промењена терминологија – престанак радног односа, за разлику од формулације „отказ уговора о раду“ која постоји код претходне три групе отказних разлога.

Код непоштовања радне дисциплине које је изражено као злоупотреба боловања и долазак на рад под дејством алкохола или других опојних средстава, односно њихове употребе у току радног времена, које има или може да има утицај на обављање посла, Новелама ЗОР стипулисана је нова одредба која послодавцу даје могућност да запосленог

упути у овлашћену здравствену установу на одговарајућу анализу, ради утврђивања околности везаних за злоупотребу боловања и околности конзумирања алкохола или других опојних средстава (ЗОР, члан 179, став 4).

21. Мере за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радних обавеза – члан 170 а ЗОР

Нове одредбе ЗОР трасирају пут за враћање мера за повреду радне дисциплине (дисциплинске мере) у наше радно законодавство. Подсећања ради, у нашем старијем радном законодавству постојали су системи дисциплинских санкција са више дисциплинских мера (на пример, са пет дисциплинских мера у Закону о удруженом раду од 1976. године). Касније су дисциплинске мере редуковане и сведене на две са изразитим репресивним дејством (новчана казна и престанак радног односа), да би их ЗОР из 2001. године сасвим укинуо.

Послодавац може запосленом за повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине у смислу члана 179, ст. 2. и 3. ЗОР, ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда или непоштовање није такве природе да запосленом престане радни однос, *уместо* отказа уговора о раду да запосленом изрекне једну од следећих мера: 1) привремено удаљење са рада без накнаде зараде, у трајању 1–15 радних дана; 2) новчану казну у висини до 20% зараде запосленог за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до три месеца; 3) опомену са најавом отказа у којој се наводи да ће послодавац запосленом отказати уговор о раду без поновног упозорења из члана 180. ЗОР, ако у наредном року од шест месеци учини *исту* повреду радне обавезе (ЗОР, члан 179а).

Дисциплинске мере се изричу решењем послодавца. Основано је закључити да дисциплинске мере решењем изриче директор, на основу поступка који спроведе лице које он овласти (правника), у ком поступку се утврђују релевантне чињенице и докази, као и одговорност (кривица) запосленог.

Треба напоменути да су дисциплинске санкције (мере) биле укинуте само у матичном ЗОР, док оне без прекида егзистирају у супсидијарном радном законодавству (Закон о државним службеницима, Закон о војсци, Закон о полицији итд.).

22. Поступак пре престанка радног односа

Рок за изјашњење запосленог на упозорење послодавца да су се стекли услови за отказивање уговора о раду према претходном законском решењу износио је најмање пет радних дана. Новелама ЗОР (члан 180) утврђено је да тај рок износи најмање осам дана од достављања упозорења.

У погледу отказног разлога неостваривања резултата рада или непоседовања потребних знања и способности за обављање поверених послова (ЗОР, члан 179, став 1, тачка 1), Новелама ЗОР уведен је нови члан (180а) који прописује да послодавац може да откаже уговор о раду из овог разлога ако је претходно дао запосленом обавештење у писменом облику у вези са недостацима у његовом раду, са упутством и примереним роком за побољшање рада, односно радних резултата. Послодавац запосленом даје отказ уколико овај не побољша рад и не оствари потребне резултате у остављеном року.

Ова законска новина резултат је усаглашавања са Конвенцијом МОП број 158 и Препоруком број 166, које предвиђају претходно давање инструкција и писаног упозорења од стране послодавца запосленом пре отказа уговора о раду због незадовољавајућег обављања посла (неостваривања резултата рада).

Новом одредбом (ЗОР, члан 181) дата је могућност запосленом да уз писмено изјашњење на упозорење послодавца истом приложи мишљење синдиката чији је члан, које је мишљење послодавац дужан да размотри у процесу одлучивања (али није дужан да га прихвати).

Ако послодавац запосленом откаже уговор о раду као вишку, не може на истим пословима да запосли друго лице у року од три месеца од дана престанка радног односа (ЗОР, члан 182, став 1). Наведени рок је Новелама ЗОР упола скраћен у односу на претходни законски рок (шест месеци).

23. Рок застарелости отказа уговора о раду

Новелама ЗОР удвостручен је рок застарелости за отказивање уговора о раду од стране послодавца. Отказ уговора о раду из члана 179, става 1, тачке 1. и ст. 2. и 3. ЗОР послодавац може дати запосленом у року од шест месеци од дана сазнања за чињенице које су основ за давање отказа (субјективни рок застарелости), односно у објективном року застарелости од годину дана од дана наступања чињеница које су основ за давање отказа

уговора о раду (ЗОР, члан 184, став 1). Пре законских Новела субјективни рок застарелости износио је три месеца, а објективни шест месеци.

Отказ уговора о раду из члана 179, става 1, тачке 2. ЗОР (ако је запослени правноснажно осуђен за кривично дело на раду или у вези са радом) послодавац може дати запосленом најкасније до истека рока застарелости за кривично дело утврђено законом (ЗОР, члан 184, став 2).

24. Посебна заштита од отказа уговора о раду

Новелама су измењене одредбе чл. 187. и 188. ЗОР које регулишу посебну заштиту од отказа уговора о раду трудницама, породиљама и синдикалним представницима. За време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада због неге и посебне неге детета послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду (ЗОР, члан 187, став 1).

Запосленом из става 1. овог члана рок за који је уговором засновао радни однос на одређено време продужава се до истека коришћења права на одсуство (ЗОР, члан 187, став 2). Решење о отказу уговора о раду ништаво је ако је на дан његовог доношења послодавцу било познато постојање околности из става 1. овог члана (трудноћа, породилско одсуство, одсуство због неге детета) или ако запослени у року од 30 дана од дана престанка радног односа обавести послодавца о постојању наведених околности и о томе достави одговарајућу потврду овлашћеног лекара или другог надлежног органа (ЗОР, члан 187, став 3).

25. Отказни рок и новчана накнада

Назив овог одељка („Отказни рок и новчана накнада“) није компатибилан садржини чл. 189 и 189а који су у његовом саставу. У овим члановима чак се не помињу речи „новчана накнада“. Оне су биле садржане у члану 190 ЗОР који је брисан Новелама.

У питању је још један пропуст законодавца (законописца) и његових пратећих служби, који се огледа у недовољној редакцији законског текста. Речи „новчана накнада“ треба избрисати из назива овог одељка.

Према измењеној одредби члана 189 ЗОР, запослени коме је уговор о раду отказан због неостваривања резултата рада, односно непоседовања потребних знања и способности, има право на отказни рок који се утврђује општим актом или уговором о раду, у зависности од стажа осигурања, а који не може бити краћи од осам, нити дужи од 30 дана. (Отка-

зни рок је Новелама ЗОР битно скраћен, пре је износио најмање месец дана, а најдуже три месеца).

Новелама ЗОР уведен је нови члан (189а) који утврђује право запосленог коме је престао радни однос да од послодавца захтева потврду која садржи датум заснивања и престанка радног односа и врсту, односно опис послова на којима је радио. На захтев запосленог, послодавац може дати оцену његовог понашања и резултата рада у потврди о заснивању и престанку радног односа или у посебној потврди (нека врста препоруке, наравно за добре раднике).

Аутори имају примедбу на цитирану формулацију законске норме. Било би боље да је она стипулисана у обрнутом смеру – не као право запосленог да тражи потврду, него као обавезу послодавца да запосленом изда потврду, на његов захтев.

26. Правне последице незаконитог престанка радног односа

Правне последице незаконитог престанка радног односа нормиране су у обимном члану 191. ЗОР, који у свом корпусу садржи девет ставова. Према Новелама, неки ставови су измењени или допуњени и аутори ће се концентрисати на њих.

Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, на захтев запосленог, одлучиће да се он врати на рад, да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио (ЗОР, члан 191, став 1).

Тумачењем цитиране законске одредбе, аутори закључују да после Новела ЗОР запослени (тужилац) једном тужбом обухвата све последице незаконитог престанка радног односа, тражећи: поништај отказног решења, враћање на рад, исплату накнаде штете и уплату доприноса. У ранијој пракси, по правилу, запослени је првом тужбом тражио поништај отказног решења и враћање на рад, а другом тужбом (после правноснажности прве) тражио је исплату накнаде штете и уплату доприноса.

Враћање запосленог на рад код послодавца на основу судске одлуке којом је поништено отказно решење послодавца означава се као реинтеграција запосленог. До доношења ЗОР из 2001. године реинтеграција радника је била обавезна, што значи да је послодавац био дужан да га врати на рад по правноснажној пресуди.

Од 2001. године реинтеграција је изгубила обавезан, а добила је факултативан карактер. Она зависи од изражене воље запосленог, као и од воље и могућности послодавца.

Враћањем запосленог на рад код послодавца по правноснажној пресуди треба да се успостави стање у ком је он био пре незаконитог престанка радног односа.

Одредбом члана 191, става 2. ЗОР прописано је како се *утврђује* накнада штете из става 1. овог члана – у висини изгубљене зараде која у себи садржи припадајући порез и доприносе у складу са законом, у коју не улази накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца, док је ставом 3. прописано у којој висини се *исплаћује* накнада штете запосленом – у висини зараде, умањене за износе пореза и доприноса који се обрачунавају по основу зараде у складу са законом.

Новина, уведена Новелама ЗОР (члан 191, став 7) прописује да се послодавац санкционише плаћањем накнаде штете у висини шест зарада запосленог због повреде закона и пропуста током поступка отказивања уговора о раду. У овом случају, одлука послодавца је правилна у суштини – меритуму (на пример, суд је нашао да је послодавац правилно утврдио повреду радних обавеза запосленог, да није остваривао резултате рада итд.), али она садржи одређене мањкавости учињене током поступка отказивања уговора о раду (на пример, повреда отказног рока, неомогућавање запосленом да се изјасни на упозорење у року утврђеном законом итд.).

Накнада штете из члана 191, ст. 1, 5, 6. и 7. ЗОР умањује се за износ прихода које је запослени остварио *по основу рада*, по престанку радног односа (ЗОР, члан 191, став 9). Ову одредбу у наше радно законодавство увео је ЗОР из 2001. године. Одредба је јасна. Практично, она значи да тужени послодавац, према процесном правилу терета доказивања, у парници доказује да је запослени (тужилац) у периоду за који потражује накнаду штете радио код другог послодавца и остварио је приходе од зараде (приход остварен по основу *рада*, како је наглашено у закону, а нису релевантни други приходи, као што је накнада за незапослене коју исплаћује Национална служба за запошљавање), па се тако утврђени приход (зарада) одбија од висине накнаде штете која је запосленом утврђена према одредбама члана 191 ЗОР.

27. Остваривање и заштита права запослених

Одредба члана 192. ЗОР која одређује ко код послодавца одлучује о правима, обавезама и одговорностима из радног односа Новелама ЗОР унеколико је измењена. О правима, обавезама и одговорностима из радног односа у правном лицу одлучује надлежни орган код послодавца, односно лице утврђено законом или општим актом послодавца или лице које они овласте (ЗОР, члан 192, став 1, тачка 1).

По карактеру, ово је уопштена и упућујућа норма. Употребљен је општи израз „надлежни орган код послодавца“, за разлику од одредбе која је важила пре Новела ЗОР, а која је прецизирала да о правима, обавезама и одговорностима у правном лицу одлучује директор или лице које он овласти. Ова одредба упућује на Закон о привредним друштвима, а што се општих аката тиче, на основачки акт правног лица и статут.

Новелама ЗОР (члан 195) рок за подношење тужбе надлежном суду скраћен је са 90 на 60 дана (у старијем радном законодавству, пре радикалног увођења рока од 90 дана, рок за подношење тужбе износио је 15 дана). Чини се да је и нови рок од 60 дана непримерено дуг, упркос томе да овај рок има преклузивно дејство.

Запослени у правном режиму ЗОР тужбу подносе суду против одлуке надлежног органа послодавца (директора). У питању је једна одлука, без дистинкције на првостепену и другостепену (коначну) одлуку, пошто је у ЗОР укинута двостепено одлучивање код послодавца, односно право запосленог на жалбу. Индикативно је да је двостепено одлучивање укинута само у матичном ЗОР, а такво одлучивање – са правом на жалбу запосленог, и даље постоји у осталим законима који уређују радне односе (супсидијарно радно законодавство, Закон о државним службеницима итд.).

Укидање жалбе запосленог у ЗОР нарочито је индикативно због тога што Устав Републике Србије *свакоме* гарантује право на жалбу. Осим тога, конвенцијама МОП утврђена је обавеза сваког послодавца да обезбеди двостепено одлучивање о правима, обавезама и одговорностима радника.

28. Рад ван радног односа

Новелама је брисан члан 200. ЗОР који је регулисао могућност послодавца да закључује уговор о заступању или посредовању (који је увео ЗОР 2005. године), што треба поздравити, јер је правилно брисана једна

непотребна одредба (послодавац може да закључује многе уговоре, па је било непотребно наглашавање за два наведена уговора).

Код уговора о стручном оспособљавању и усавршавању (ЗОР, члан 201) Новелама су извршене само мање измене, које се састоје у прецизнијем одређивању лица са којима послодавац закључује овај уговор.

29. Колективни уговори

У одељку који регулише учеснике у закључивању колективних уговора, конкретно у члану 246. ЗОР, Новелама су извршене одређене измене и прецизирања. Посебан колективни уговор за територију Републике, за јавна предузећа и јавне службе чији је оснивач аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, може да закључи Влада и репрезентативни синдикат, ако постоји оправдани интерес у циљу обезбеђивања једнаких услова рада. Посебан колективни уговор за јавна предузећа и друштва капитала чији је оснивач јавно предузеће закључују оснивач јавног предузећа, односно орган који он овласти и репрезентативни синдикат (ЗОР, члан 246, став 3).

У делу који се односи на примену колективних уговора, Новелама ЗОР уведен је нови члан (256а) којим су регулисана питања накнадног приступања колективном уговору, а у знатној мери су измењене одредбе члана 257. ЗОР које регулишу проширено дејство колективног уговора.

II Закључна мисао аутора

Наш законодавац би морао више да „ослушкује“ глас струке, посебно судске праксе и правне науке, приликом доношења закона и креирања њихових текстова. У том случају, аутори верују, имали бисмо квалитетније законске текстове, што се односи и на Закон о раду, а то би било од значаја за праксу и отклањање недоумица у којима не оскудевамо.

Dragoljub SIMONVIĆ
attorney at law in Belgrade

Zorica SMIRČIĆ,
judge at Appellate Court in Belgrade

COMMENTARY OF NEW SOLUTIONS IN LABOR ACT

Summary

*The novels of Labor Act adopted in July 2014 are the most extensive from the date of its adoption (2005). These novels are less in function to improve the text of the law in accordance with identified deficiencies and objections of practice and judicature and more in function of harmonization of domestic Labor law with *acquis communautaire* (directives) of European Union, as well with international Labor law (conventions and recommendations of International Labor organization).*

By this article the authors wish to draw attention to the most significant legal novels, in particular to those that cause or may cause new problems in practice, uncertainties in interpretation and difficulties law implementation.

Key words: *employment, employee, employer, law, novels.*

Др Вања СЕРЈЕВИЋ
Привредни суд у Нишу

ЗНАЧАЈ ПРИВРЕМЕНИХ МЕРА У ПРИВРЕДНИМ СПОРОВИМА

Резиме

Предмет рада су привремене мере у привредним споровима, као правни инструмент привременог обезбеђења потраживања и права странака до правноснажног окончања парничног поступка. Намера аутора је да укаже на значај привремених мера у очувању фактичке и правне равнотеже положаја странака у току поступка. Одржавање ове равнотеже применом привремених мера често је од пресудног утицаја на исход парничног поступка и остваривање његове крајње сврхе – а то је ефективно и правично задовољење права и легитимних интереса странака.

Кључне речи: *привремене мере, привредни спор, потраживање, обезбеђење, суд, арбитража.*

I Појам, врсте и значај привремених мера у привредним споровима

Привремене мере представљају посебан облик обезбеђења новчаног или неновчаног потраживања, односно права тужиоца, као правног инструмента који треба да обезбеди услове за ефективно остваривање права по окончању парничног или другог поступка у коме се одлучује о основаности потраживања чије се обезбеђење тражи. Према дефиницији привремених мера (енг. *provisional measures*) у међународним правним изворима о парничном поступку са елементом иностраности, суд може одобрити привремену заштиту (енг. *preliminary relief*) када је то неопходно да се одржи или уреди постојеће стање ствари (лат. *status quo*), како би се омогућила ефективна заштита права тужиоца након правноснажног

окончања парничног поступка. Принцип пропорционалности је основни принцип којим се суд руководи при одређивању привремене мере.¹

Суд може одредити привремену меру у *ex parte* поступку (без саслушања противника предлагача), ако то налажу нарочити разлози хитности, када посебне околности указују да би противник предлагача могао да отуђи или сакрије предмет привремене мере или да на други начин осујети остваривање потраживања предлагача. У том случају, треба омогућити саслушање друге стране у кратком року по одређивању привремене мере, као и полагање јемства (гаранције) предлагача на депозит суда, ради накнаде штете противнику предлагача.

Привремене мере имају велики значај у привредним споровима, у којима је често од пресудног значаја да се на почетку (или непосредно пре покретања) парнице, као и све време трајања поступка, очува *status quo* у погледу располагања и управљања имовином привредног субјекта – било због обезбеђења будуће наплате новчаног потраживања, било због очувања постојећег стања ствари у односу на имовину на коју претендују обе странке у поступку. Привремена заштита (обезбеђење) потраживања (права) странке у току парнице често је од пресудног значаја за исход саме парнице.

Привремене мере се могу класификовати према циљу који би требало постићи одређивањем мере, као и према врсти потраживања чије се обезбеђење тражи.

Према циљу чијем остваривању доприносе, разликујемо привремене мере којима се: а) одржава чињенично и/или правно стање (*status quo*) које је постојало непосредно пре или у тренутку покретања парнице (енг. *injunctive relief*); б) обезбеђује очување имовине противника предлагача, а тиме и будуће намирење потраживања на основу правноснажне пресуде суда (енг. *preliminary attachments or freezing orders*); в) омогућава испуњење новчане обавезе у скраћеном поступку (енг. *interim payments*).

Према врсти потраживања, односно права чијем обезбеђењу служе, разликују се: а) привремене мере ради обезбеђивања новчаног потраживања; б) привремене мере ради обезбеђивања неновчаног потраживања (права).

1 ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, чл. 8.1.

II Привремене мере у праву и пракси Републике Србије

Привремене мере представљају једно од неколико правних средстава обезбеђења, прописаних Законом о извршењу и обезбеђењу.² Услед значајно проширене надлежности приватних, сада јавних, извршитеља за спровођење извршења, новим ЗИО (који ступа на снагу 01.07.2016. године) прописано је у чл. 416, ст. 4. да је извршни поверилац дужан да у предлогу за обезбеђење назначи конкретно одређеног и месно надлежног јавног извршитеља који спроводи извршење. У вези са тим, чланом 419. новог ЗИО предвиђено је да је суд искључиво надлежан да у поступку обезбеђења доноси решења, као и закључке о полагању јемства – што значи да такву надлежност има и у односу на новчана потраживања настала из комуналних услуга и сродних делатности (иако о предлогу за извршење на основу веродостојних исправа ради намирнења ових потраживања одлучује јавни извршитељ, а не суд, сагласно чл. 3, ст. 3. новог ЗИО). Према чл. 422, ст. 4. новог ЗИО, претходну и привремену меру извршава јавни извршитељ, што је значајна новина у односу на сада важећи ЗИО. Оцена је аутора да такво решење није оправдано, јер ће – супротно циљу привремене мере – продужити трајање поступка њеног спровођења и усложити га. Такво решење не одговара духу правног института привременог обезбеђења потраживања привременом мером и одступа од упоредног права.³

Поступак обезбеђења привременом мером може да се покрене пре, у току или по окончању судског или управног поступка, све док извршење не буде спроведено (чл. 285, ст. 1. ЗИО, чл. 447, ст. 1. новог ЗИО).

Оба закона познају две основне врсте привремених мера: 1) ради обезбеђења новчаног потраживања (чл. 293-295 ЗИО, чл. 459. новог ЗИО) и 2) ради обезбеђења неовчаног потраживања (чл. 296-297 ЗИО, чл. 460. новог ЗИО). Иако је у судској пракси под неовчаним потражи-

2 Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС и 55/2014. У члану 261. овог закона прописано је да се као средства обезбеђења могу одредити заложно право на стварима и правима на основу извршне исправе, стицање заложног права на непокретним и покретним стварима на основу споразума странака, претходне мере и привремене мере. Упор. Закон о извршењу и обезбеђењу – нови ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015 – који ступа на снагу 01.07.2016. године, према чијем члану 414. је прописано да средства обезбеђења јесу стицање заложног права на непокретности и покретној ствари по споразуму странака, стицање заложног права на непокретности и покретној ствари, претходне мере и привремене мере.

3 Видети у раду, на пример, право Немачке у оквиру наредног поднаслова: „Привремене мере у упоредном праву“.

вањем подразумевано и право, па и будуће право (исказано као легитимни интерес тужиоца за утврђење права у парничном поступку), постојала су и супротна, ригидна и формалистичка схватања која нису одговарала природи и циљу овог средства обезбеђења (да се привремена мера не може одредити ради обезбеђења потраживања која се састоје од захтева за утврђење постојања, односно непостојања неког права или правног односа). Такве недоследности судске праксе и правних схватања виших судских инстанци неће представљати проблем савесним тужиоцима у будућем периоду примене новог ЗИО. Овај закон, наиме, одредбом чл. 447, ст. 2. изричито прописује да – поред обезбеђења потраживања која се састоје од давања, чињења, нечињења или трпљења – привремена мера може да се одреди и ради обезбеђења потраживања која се састоје од захтева за утврђење постојања, односно непостојања неког права или правног односа, повреде права личности и истинитост, односно неистинитост неке исправе или захтева за преображај неког материјалног или процесног односа. У вези са тим, битну измену доноси и одредба чл. 449, ст. 4. новог ЗИО, којом је прописано да привременом мером могу да се обезбеде и недоспела, условна и будућа потраживања.

Нови ЗИО је задржао посебна процесна правила о поступку обезбеђења (чл. 424), која садржи и сада важећи ЗИО (чл. 260). Овим посебним правилима је предвиђена могућност *ex parte* одређивања привремене мере (без саслушања супротне стране). Прописано је, наиме, да суд може одлучити о предлогу за обезбеђење пре него што га достави извршном дужнику и омогући му да се о њему изјасни: 1) ако би извршни поверилац, због одлагања, могао претрпети ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету; 2) ради отклањања непосредне опасности противправног оштећења ствари или губитка или тешког угрожавања права; 3) ради спречавања насиља.

Судска пракса показује уздржаност од примене наведених посебних правила о поступку обезбеђења, иако неретко представљају пожељан, па и неопходан инструмент обезбеђења нарушене равнотеже међусобног односа и правног положаја странака у привредним споровима. Стога, увек треба имати у виду да примена правила о одређивању привремене мере подразумева одређени степен дискреције суда у одлучивању, па и у случају одлучивања о предлогу након изјашњења супротне стране.⁴

4 За утврђивање постојања законских разлога за обезбеђење довољна је вероватноћа да чињенице од којих зависи оцена тих разлога постоје (ЗИО, чл. 260, ст. 3.). Привременом мером обезбеђује се новчано или неновчано потраживање чије постојање извршни поверилац учини вероватним (нови ЗИО, чл. 449, ст. 1.). Да би се одредила привремена мера за обезбеђење

Истовремено, потребно је имати и свест о основном циљу поступка обезбеђења потраживања (успостављање равнотеже правног и фактичког положаја странака и заштита легитимног интереса тужиоца да се очува и заштити постојеће стање ствари у погледу имовине, или да се спречи располагање правима на имовини у циљу спречавања или отежавања намирена потраживања тужиоца). Остваривање овог циља често бива онемогућено у пракси неправилном и рестриктивном применом законске норме у намери избегавања потенцијалне штете која би неоправданом привременом мером наступила за дужника.⁵ Ради се о једностраном сагледавању законске норме са аспекта последица на права и интересе извршног дужника, иако је у њеној примени неопходно успостављање равнотеже правног положаја и изгледа за правично задовољење легитимних интереса обе странке у поступку.⁶ Наведена равнотежа се остварује применом принципа пропорционалности, коме се у нашој литератури, законодавству и судској пракси не посвећује потребна пажња.⁷ Углавном је пропорционалност сагледавана у оквиру заштите извршног дужника, која све више губи на значају.⁸ Сагласно установљеној пракси Европског суда за људска права и Уставног суда Републике Србије, принцип пропорционалности у предузимању мера одузимања и ограничења стеченог имовинског права (међу којима и привремених мера обезбеђења) подразумева одређивање тих мера под условом легалитета, ради остварења легитимног циља, уколико је предузета мера подобна да

новчаног потраживања извршни поверилац, поред вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним да ће без привремене мере извршни дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања тиме што ће своју имовину или средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати (ЗИО, чл. 449, ст. 2.). Да би се одредила привремена мера за обезбеђење неновчаног потраживања, извршни поверилац, осим вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним и да би без привремене мере испуњење његовог потраживања било осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета (нови ЗИО, чл. 449, ст. 3.). Суд разматра и утврђује само чињенице које су странке изнеле и изводи доказе које су странке предложиле, изузев кад се примењује принудни пропис (ЗИО, чл. 260, ст. 2.; нови ЗИО, чл. 424, ст. 2.).

5 Претерана опрезност суда у том погледу не погодује остваривању сврхе овог правног института у пракси, посебно ако се има у виду да је извршни дужник заштићен законским одредбама о јемству и накнади штете.

6 Правично одмеравање правног и фактичког положаја обе странке, као и њихових легитимних интереса, налаже и међународно признат принцип пропорционалности у одлучивању по предлогу за одређивање привремене мере (*ALI / UNIDROIT* Принципи транснационалног грађанског поступка, чл. 8.1.).

7 Никола Бодирога, „Начело пропорционалности у Закону о извршењу и обезбеђењу“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2014, 388.

8 Н. Бодирога, 388.

оствари оправдани циљ и уколико постоји правична сразмера између циља и средства којим се он остварује.⁹

Сматрамо да није у духу начела пропорционалности и сврхе привремене мере постојећи став судске праксе да суд нема овлашћење да по службеној дужности одреди меру без изјашњења друге стране, већ само на основу предлога тужиоца.¹⁰ Посебно, ако се има у виду да такво ограничење у поступању суда не предвиђају ни упоредно право и пракса, али ни одредбе посебних закона Републике Србије, на које указујемо у даљем излагању.

Општи значај привремених мера у привредним споровима проистиче из напред описаног појма и циља овог правног инструмента, док се посебан значај огледа у остваривању сврхе посебних прописа којима су уређене одређене уже области привредноправних односа. Овде ћемо, примера ради, указати на неке од тих посебних прописа.

Закон о привредним друштвима¹¹ садржи одредбе које суду дају овлашћење да одреди привремену меру у случајевима када је неопходно очувати *status quo* или привремено заштити угрожена права мањинских акционара, чланова или поверилаца друштва. То су следеће привремене мере: 1) привремена мера суспензије права гласа члана друштва чије се искључење тражи, као и других права тог члана друштва или привремена мера увођења принудне управе у друштво, на захтев друштва, ако суд нађе да је то нужно и оправдано ради спречавања настанка штете за друштво (чл. 196, ст. 3.); 2) привремена мера забране извршења, односно регистрације одлуке чије је побијање предмет тужбе, на захтев тужиоца (чл. 377.); 3) привремена мера којом се налаже Централном регистру хартија од вредности да изврши упис привремене забране преноса акција акционара по чијем предлогу је донета одлука о спровођењу посебне, односно ванредне ревизије, на захтев друштва (чл. 458.); 5) привремена мера забране спровођења статусне промене, на захтев друштва, ако суд нађе да је то нужно и оправдано ради обезбеђивања одговарајуће заштите за повериоца који је поднео тужбу (чл. 511.).¹²

9 Н. Бодирога, 387.

10 Вид. Јасмина Стаменковић, „Начело диспозиције и начело официјелности у поступцима по привременим мерама“, *Правни инструктор*, бр. 76/2014.

11 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015.

12 Вид. Стојан Јокић, „Привремене мере у трговинским судовима“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2/2006; Бранко Станић, „Привремена мера према члану 179. Закона о

Прописи из области интелектуалне својине, такође, садрже одредбе о привременим мерама одузимања или искључења из промета предмета којима се врши повреда, односно мера забране настављања започетих радњи којима би се могла извршити повреда (Закон о ауторском и сродним правима, чл. 210.,¹³ Закон о патентима, чл. 134.,¹⁴ Закон о жиговима, чл. 75.).¹⁵ Дискреција суда у одређивању привремене мере искључена је у случају постојања истоветности жига у смислу чл. 38, ст. 2, тач. 1. Закона о жиговима, тиме што је у чл. 75, ст. 2. закона прописано да, у наведеном случају, суд обавезно одређује привремену меру одузимања или искључења из промета предмета којима се врши повреда, средстава за производњу тих предмета, односно меру забране настављања започетих радњи којима се врши или би се могла извршити повреда. Према одредбама чл. 75, ст. 3. Закона о жиговима и чл. 134, ст. 3. Закона о патентима, одређивање привремене мере без претходног изјашњења туженог (*ex parte*) је у домену диспозиције и дискреционог овлашћења суда, а није условљено формалним захтевом предлагача (тужиоца). За *ex parte* одлучивање по предлогу за одређивање привремене мере довољна је, наиме, оцена суда да постоји опасност од настанка ненадокнадиве штете.

Законом о јавном информисању и медијима је, такође, искључена дискреција суда у одређивању привремене мере којом ће, на предлог издавача медија, обавезати лице које се бави дистрибуцијом медија да до правноснажног окончања поступка настави да обавља дистрибуцију тог медија (чл. 58, ст. 5.).¹⁶ Основ изрицања привремене мере је повреда забране из чл. 58, ст. 1. наведеног закона, којим је прописано да лице које се бави дистрибуцијом медија не сме да одбије дистрибуцију медија примењујући неједнаке услове дистрибуције у односу на различите учеснике на медијском тржишту, као ни на други начин значајно ограничавати, нарушавати или спречавати конкуренцију на релевантном медијском тржишту. Проистиче да је оцена суда ограничена само на испитивање постојања условљавања дистрибуције супротно тржишним принципима. Уколико је одговор на ово питање позитиван (у случају постојања повреде забране), суд је дужан да успо-

привредним друштвима: судско суспендовање права гласа члана друштва и других права“, *e-Press*, бр. 257/2007.

13 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016.

14 Закон о патентима, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011.

15 Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 и 10/2013.

16 Закон о јавном информисању и медијима, *Службени гласник РС*, бр. 83/14. Претходно: Закон о јавном информисању, *Службени гласник РС*, бр. 43/03, 61/05, 71/09, 89/10-УС, чл. 16, ст. 5.

стави претходно фактичко стање (*status quo*), тако што ће обавезати дистрибутера да настави да обавља дистрибуцију предметног медија, све до правноснажног окончања парничног поступка по тужби издавача медија против дистрибутера за утврђивање повреде и накнаду штете.¹⁷

III Привремене мере у упоредном праву

1. Немачка

Општи режим привремених мера у немачком правном систему уређен је Закоником о грађанском поступку.¹⁸ Најчешће, привремене мере се одређују ради прекида и даљег спречавања повреде неког права, када разлози хитности налажу да се успостави претходно фактичко или правно стање ствари (до окончања парничног или другог поступка за утврђивање и заштиту потраживања или права). Проистиче да је циљ привремених мера да се физичком или правном лицу забрани одређено чињење којим се врши повреда туђих права или на закону заснованог легитимног интереса. Ова врста привремених мера има значајну улогу у различитим правним областима, као што су: опште грађанско право, патентно право, управно (јавно) право, привредно право.¹⁹ Поред општег правног режима, посебним прописима су – по принципу *lex specialis-a* – предвиђени услови, врсте и поступак за одређивање привремених мера ради заштите права и интереса правних субјеката. У том смислу, од посебне важности су привремене мере које се одређују у области радног права, јавних набавки, патентног права, права конкуренције (ради спречавања злоупотребе доминантног положаја на тр-

17 Решење Привредног суда у Нишу 7 П 1214/13 од 16.10.2013. године. У одлуци је исказан став да се јавним гласилима која се дистрибуирају на некомерцијалној основи може ускратити дистрибуција само из разлога који су једнаки за сва гласила у тој групи, а који се примењују на недискриминаторски начин, као и да је дистрибутер дужан да одлуку о претежности комерцијалних и техничких разлога за обуставу дистрибуције над општим интересом јавности препусти надлежном РАТЕЛ-у, у складу са чл. 101. Закона о електронским комуникацијама, односно да је мишљење о оправданости разлога за обуставу дистрибуције јавног гласила требало да затражи од ове Агенције. Дистрибутер није поступио на наведени начин, те је суд усвојио предлог јавног гласила за одређивање привремене мере, којом је наложио дистрибутеру да настави да обавља дистрибуцију јавног гласила до правноснажног окончања парничног поступка по тужби гласила против дистрибутера за накнаду штете.

18 Немачки Законик о грађанском поступку из 2005. године, са последњим изменама из 2016. године (*Zivilprozessordnung -ZPO*), чл. 935-945.

19 Dr Niklas Conrad, Rechtsanwalt / senior associate in the Berlin office of Olswang LLP, доступно на адреси: www.olswang.com, 05.03.2016, 14.

жишту), као и трговинског права (ради обуставе и даљег спречавања нелојалне пословне праксе). Поред забране чињења и уздржавања, циљ привремене мере изузетно је и одређено чињење, као у случају злоупотребе доминантног положаја на тржишту неоправданим ускраћивањем права на приступ мрежи или ресурсима конкуренту или потенцијалном конкуренту (одбијањем да се закључи уговор).²⁰

Наведеним привременим мерама забране чињења и уздржавања (и само изузетно чињења) се, пре свега, обезбеђује *status quo* фактичке и правне ситуације, чиме се успоставља нарушена равнотежа правног положаја предлагача мере и противника предлагача и не задире непосредно и радикално у њихова имовинска права.²¹ У случају непоступања по привременој мери, суд може изрећи новчану казну, а ако она не буде плаћена, може наредити привођење и задржавање странке због непоштовања суда.²²

Приликом одлучивања о предлогу за одређивање привремене мере, суд самостално и на основу дискреционе оцене одређује меру која ће, по његовој процени, најбоље допринети остваривању одређеног циља.²³ Привремена мера се може састојати од привременог одузимања имовине (секвестрације), налога да се предузме нека радња, забране предузимања радње (посебно, забране продаје, стављања терета или залог на непокретности, регистрованом броду, или броду у изградњи).²⁴ По-

20 *Ibid.*

21 ZPO, чл. 940.

22 *Ibid.*, ad 19. Нови српски ЗИО не прописује сличне мере принуде од стране суда, за случај непоштовања привремене мере. Према чл. 422, ст. 1. ЗИО, решење о обезбеђењу има дејство решења о извршењу и извршава се пре његове правноснажности; сходно ст. 4. истог члана, претходну и привремену меру извршава јавни извршитељ (према сада важећем ЗИО, привремену меру спроводи суд или извршитељ, а решење којим се одређује привремена мера има дејство правноснажног решења о извршењу – чл. 285.). Одредбом чл. 297, ст. 4. сада важећег ЗИО предвиђено је да ће се извршни дужник, односно треће лице коме је издата забрана или налог из ст. 1, тач. 1-4 овог члана (међу којима и забрана извршном дужнику да предузима радње које могу нанети штету извршном повериоцу), који не поступи по забрани, односно налогу, казнити у складу са чл. 51. овог закона (изрицањем новчане казне у износу од 10.000 до 200.000 динара за физичко лице и од 100.000 до 2.000.000 динара за правно лице, уз могућност поновљеног изрицања новчане казне у повећаном износу све док лице не поступи у складу са одлуком суда. Сходно чл. 51, ст. 4. и 8. ЗИО, новчану казну изриче судија решењем, на предлог странака, извршитеља или по службеној дужности, а наплаћује је суд по службеној дужности, одмах по протеку рока за добровољно плаћање. Нови ЗИО не садржи одредбу о новчаном кажњавању због непоштовања забране.

23 ZPO, чл. 938 (1).

24 ZPO, чл. 938 (2).

себном одредбом у чл. 940. немачког Законика прописана је привремена мера заштите, тј. очувања постојећег фактичког и правног статуса странака у вези са правним односом из кога је проистекао спор, нарочито, када је реч о трајном правном (пословном) односу. Прихватање јемства уместо привремене мере само је изузетно дозвољено, у случају постојања посебних околности (чл. 939).

Као и у већини других правних система, немачко право предвиђа могућност одређивања привремене мере без изјашњења друге стране (лат. *ex parte*), када то налажу посебни разлози хитности, и то у року од једног до два месеца након наступања догађаја који је повод за привремену заштиту. Потреба за *ex parte* одређивање привремене мере постоји, нарочито, у ситуацијама када би саслушање друге стране обесмислило или озбиљно довело у питање остваривање сврхе привремене мере.²⁵

2. Француска

Општи режим привремених мера у Француској уређен је Законом о грађанском поступку.²⁶ Надлежност за одређивање привремених мера имају привредни судови и судови опште надлежности.²⁷ Неопходно је да постоји хитност предузимања мера у циљу избегавања непосредне опасности од настанка штете или у циљу спречавања очигледног и противправног сметања и угрожавања права. Судовима је омогућена значајна дискреција у оцени постојања наведених општих услова за одређивање мере забране или враћања ствари у претходно стање. Посебно су привремене мере заступљене у области радноправних односа, а право на покретање поступка обезбеђења права из радног односа имају практично сви субјекти радног права: послодавци, запослени, синдикати и представници запослених.²⁸ Такође, омогућено је изрицање привремене мере и без изјашњења супротне стране (*ex parte*), када за то постоје оправдани разлози, као на пример у поступку издавања налога за плаћање (фр.

25 *Ibid*, ad 19.

26 Нови француски Законик о грађанском поступку из 1976. године, са последњим изменама из 2005. године (*Code de procédure civile*), чл. 1405-1425, 1425-1 - 1425-9.

27 Законик, чл. 1406; Geraldine Roch, Karine Audouze, partners in the Paris office of Olswang LLP, доступно на адреси: www.olswang.com, 05.03.2016, 13.

28 *Ibid*.

l'injonction de payer).²⁹ Предлог за издавање налога за плаћање може се поднети када је новчано потраживање у одређеном износу засновано на уговору, или када произилази из неке законске обавезе у утврђеном износу; сматраће се да је износ уговореног потраживања одређен, ако је утврђен уговорним одредбама, укључујући и одредбе о казним пеналима (чл. 1405, тач. 1.). Такође, издавање платног налога може се тражити и када новчана обавеза проистиче из потписаног, односно прихваћеног чека и менице (чл. 1405, тач. 2.).

3. Европска унија

Право Европске уније (ЕУ) уређује питања надлежности, признања и извршења судских одлука у грађанским и трговачким стварима, са циљем спречавања истовремене надлежности судова различитих држава чланица, постизања ефикасне узајамне правне помоћи и извршавања судских одлука на територији ЕУ.

У садашњем тренутку постоји дуалитет правних извора који уређују наведену област. Тако се на судске поступке започете до 10.01.2015. године примењује Уредба (ЕЗ) бр. 44/2001 од 22. децембра 2000. године о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима.³⁰ На поступке, започете након 10.01.2015. године примењује се Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 Европског парламента и Савета од 12.12.2012. године о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (преиначена).³¹ Предмет разматрања у овом делу рада ће, пре свега, бити одредбе Уредбе из 2012. године – у даљем тексту: „Уредба 2012“.

Судском одлуком (енг. *judgment*), у смислу Уредбе 2012, сматрају се и одлуке о одређивању привремених и других мера заштите (енг. *provisional, including protective, measures*), донете од стране суда који има над-

29 Поступак издавања платног налога је уређен одредбама чл. 1405-1425 француског Законика о грађанском поступку. Српски ЗИО не препознаје платни налог као привремену меру, већ је поступак издавања платног налога уређен посебним одредбама Главе XXXII Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, чл. 455-466.

30 *The Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 Decembre 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 12, 16.1.2001, 1.

31 *The Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351, 20.12.2012, 1.

лежност за решавање главне ствари (сагласно правилима Уредбе). То не укључује судске одлуке о одређивању привремене мере и друге мере заштите које су донете без достављања предлога и изјашњења друге стране, осим када су исте достављене противнику предлагача пре покретања поступка извршења.³² Сходно уводним напоменама Уредбе 2012 (рец. 33), *ex parte* привремене мере не могу бити признате и извршене према одредбама Уредбе на територији других држава чланица (осим када су противнику предлагача достављене пре покретања поступка извршења). Такође, ако је одлуку о привременој мери донео суд који нема надлежност за решавање главне ствари према одредбама ове Уредбе, ефекти такве привремене мере ограничавају се само на територију државе чланице у којој је мера донета.

Одредбом чл. 35. Уредбе 2012 прописано је да предлог за одређивање привремених и других мера заштите може да се поднесе судовима државе чланице, ако је таква могућност предвиђена законима те државе, чак и када судови друге државе чланице имају надлежност за решавање главне ствари.³³ Сагласно рециталу 33 (уводних напомена Уредбе), привремена мера донета у држави чланице, чији судови немају надлежност за решавање главне ствари, није извршива у другим чланицама ЕУ (већ само на територији државе у којој је донета).³⁴

Такође, као што је наведено, ни привремена мера која је донета у држави чланице, чији судови имају надлежност за суђење у главној ствари, неће бити извршива у другим чланицама, ако је донета у *ex parte* поступку (без достављања и изјашњења друге стране) – осим када је достављање одлуке о одређивању привремене мере извршено противнику предлагача пре покретања поступка извршења.

С друге стране, привремена мера (одређена од стране суда државе чланице који је истовремено надлежан за решавање главне ствари) извршива је на територији било које друге државе чланице у којој се налази имовина дужника. Према чл. 42, ст. 2. Уредбе 2012, подносилац предлога за извршење привремене мере доставља надлежном органу државе извр-

32 Уредба 2012, чл. 2(а), пар. 2.

33 Исто је прописано и Уредбом 2001, у чл. 31.

34 Ова одредба ограничава дејство привремене мере забране располагања имовином дужника, одређене од стране суда у Енглеској или Ирској (тзв. „Марева“ забрана, енг. *Mareva injunction*, сада *freezing order*) – која (према енглеском Законнику о процесним правилима, енг. *Code of Procedural Rules*) делује на свим територијама на којима се налази имовина дужника (укључујући и територије страних држава).

шења: (а) копију одлуке која задовољава услове неопходне за потврду њене аутентичности; (б) потврду издату према чл. 53, која садржи опис мере и потврђује да је привремену меру донео суд који је надлежан за решавање главне ствари, као и да је одлука извршна на територији државе чланице порекла; (в) доказ о извршеном достављању одлуке дужнику, када је привремена мера одређена без обавештавања и саслушања дужника.

Процес хармонизације процесних правила држава чланица у области привремених мера започет је усвајањем Уредбе (ЕУ) бр. 655/2014 Европског парламента и Савета од 15.05.2014. године о увођењу Европског налога забране располагања средствима на рачуну у циљу поједностављења прекограничне наплате потраживања у грађанским и трговачким стварима (у даљем тексту: „Европски налог“ - ЕН).³⁵ Уредба ће бити у примени од 18.01.2017. године.³⁶ Издавање Европског налога је могуће само у тзв. прекограничним случајевима. Наиме, када суд који одређује ЕН има седиште у једној држави чланици, док је банковни рачун дужника отворен у другој држави чланици, или када поверилац има пребивалиште или седиште у једној држави чланици, док се суд и банковни рачун налазе у другој држави чланици (рец. 10, пар. 1, чл. 3.).³⁷

IV Привремене мере у међународном праву

Међународни правни извори у области привремених мера у споровима са међународним елементом (општи грађански и трговачки / привредни) имају дејство препоручених правила правичног поступка, заснованих на уопштеним резултатима упоредноправне анализе, која би требало да допринесу формалној хармонизацији процесних правила у будућности.

35 *Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters*, OJ L 189, 27.6.2014, 59.

36 Уз изузетак чл. 50. Уредбе, који ће бити у примени од 18.07.2016. године, а односи се на обавезу држава чланица да доставе Комисији ЕУ податке о судовима који су надлежни да одређују привремене мере, органу надлежном за достављање података о рачунима дужника и др. податке наведене у чл. 50.

37 У случају када поверилац подноси предлог за издавање ЕН у држави чланици у којој има седиште и истовремено у односу на банковне рачуне у тој држави и другим државама чланицама – није могуће издавање јединственог ЕН – већ је поверилац дужан да за рачуне у држави у којој има седиште поднесе предлог за одређивање привремене мере према прописима државе чланице, а у односу на рачуне у другим државама може поднети предлог за издавање ЕН (рец. 10, пар. 2.).

Општи услови привременог обезбеђења потраживања у међународним споровима опредељени су у заједничком правном извору Института Уједињених нација за међународно право (*UNIDROIT*) и Америчког правног института (*American Law Institute*), под називом *Принципи транснационалног грађанског поступка* из 1999. године.³⁸ Сагласно чл. 8. Принципа, суд може одобрити привремену заштиту када је то неопходно да се очува могућност ефективног дејства правноснажне пресуде или да се одржи или на други начин уреди *status quo*; привремене мере се одређују применом принципа пропорционалности (чл. 8.1); суд може одредити привремену заштиту и без обавештавања друге стране, само када то налажу разлози хитности и правичности; предлагач има дужност да потпуно изложи чињенично и правно стање, а суд да тако изложено стање ствари потпуно и савесно оцени; лице против кога је привремена мера донета *ex parte* мора имати могућност да се, у најранијој могућој фази поступка, изјасни у погледу основаности привремене мере (чл. 8.2); предлагач привремене мере би, по редовном току ствари, требало да буде одговоран за накнаду штете лицу према против кога је одређена привремена мера, ако суд накнадно утврди да иста није требало да буде одобрена; у одређеним случајевима, суд мора захтевати од предлагача привремене мере да положи јемство или да се формално обавезе да ће накнадити штету противнику (чл. 8.3).³⁹

Полазећи од ових основних принципа, Европски правни институт и Институт Уједињених нација за међународно право (Радна група о привременим и заштитним мерама) објавили су новембра 2014. године први Извештај о даљим правцима анализе и изради регионалних (европских) правила у овој области.⁴⁰ Предлог Радне групе је упоредна анализа следећих врста привремених и других мера заштите (обезбеђења) потраживања која су предмет расправљања у поступку о главној ствари: 1) мере којима се обезбеђује новчани интерес (забрана располагања на рачуну, заложно право на имовини дужника); 2) мере којима се обезбеђује неновчани интерес (наредба да се нешто учини или не учини, привремено утврђење тј. решавање спорног односа, наредба да се положи јемство); 3) мере којима се штити предмет спора на који обе странке полажу право (наредба да се ствар повери на чување трећем лицу, наредба да се ствар повери на чување једној од странака уз претходно полагање јемства, наредба којом се омогућава да

38 UNIDROIT/American Law Institute's *Principles of Transnational Civil Procedure*, 1999.

39 Прев. аутор.

40 Unidroit / ELI 2014, Study LXXVIA – Doc. 1, Working Group on Provisional and Protective Measures, First Report, November 2014, *Working Paper no 1: Identifying the Subject Matter*.

ствар / имовина остварује приходе за време трајања поступка); 4) мере којима се штити вредност права (наредба за продају кварљиве робе); 5) мере којима се спречава наступање даље штете (наредба за објављивање у средствима јавног информисања); 6) мере којима се обезбеђују докази који ће бити употребљени у поступку о главној ствари (прибављање доказа који би могли да нестану пре суђења, саслушање сведока који неће моћи да се саслуша у даљем току поступка); 7) прибављање података о имовини дужника (наредба за достављање изјаве о имовини).⁴¹

Поред наведеног, значајни правни извор у области грађанских и трговачких парничних поступака са страним елементом представљају и тзв. Хелсиншки принципи из 1996. године (Принципи о привременим и заштитним мерама у међународним парницама), донети од стране Удружења за међународно право.⁴² Према чл. 17.1 Принципа, суд може одредити привремену меру тако да забрани или наложи понашање било ког лица које подлеже надлежности суда, у складу са правом државе суда и међународним конвенцијама, када је то неопходно да се сачува *status quo* или да се спречи ненадокнадива штета за време трајања парнице; обим заштите привременом мером одређен је принципом пропорционалности. Одредба чл. 17.1.1 дозвољава могућност *ex parte* одређивања привремене мере у веома хитним случајевима; према чл. 17.1.3, предлагач је одговоран за штету противнику ако се накнадно утврди да је привремена мера погрешно одређена; одлука о привременој мери може бити условљена полагањем јества (чл. 17.1.4). Сагласно чл. 17.3, признање и извршење привремене мере одређују правила државе у којој се налази имовина дужника.⁴³

V Привремене мере и арбитража

Арбитражно решавање привредних спорова могуће је само на основу споразума странака, при чему спор за који је уговорена арбитража решава арбитражни суд, који чине арбитраи.⁴⁴ Арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слобод-

41 *Ibid*, стр. 5-8.

42 International Law Association – ILA, *Principles on provisional and protective measures in international litigation (Helsinki Principles)*, 1996.

43 Dr Xandra E. Kramer (Erasmus University Rotterdam, The Netherlands), „Harmonisation of Provisional and Protective Measures in Europe“, *Procedural Laws in Europe Towards Harmonisation* (ed. M. Storme), 305-319.

44 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 4.

но располажу, осим спорова за које је уговорена искључива надлежност суда.⁴⁵ Надлежност арбитражног суда за одређивање привремене мере одређена је у чл. 31. Закона о арбитражи, осим ако се странке нису друкчије споразумеле; у случају да арбитражни суд одреди привремену меру, на предлог једне странке, може истовремено да одреди да противна страна положи одговарајуће јемство. Према чл. 7. Закона, државни суд (у даљем тексту: суд) може, у вези арбитраже, да предузима само оне радње које су изричито одређене овим законом. Чланом 15. Закона прописано је да, пре покретања арбитражног поступка или у току поступка, свака странка може да поднесе суду захтев за доношење привремених мера, а суд може да одреди такве мере, чак и када се споразум о арбитражи односи на арбитражу чије је место у другој држави. Одредбе овог закона, чију примену странке не могу искључити, морају се поштовати када је место арбитраже у Републици Србији, док у случају међународне арбитраже странке могу предвидети и друкчија правила (чл. 2). Према врсти спора, разликују се унутрашња арбитража (поводом спора без страног елемента) и међународна арбитража (поводом спора из међународних пословних односа, а нарочито под условима предвиђеним у чл. 3. Закона).

Наведена одредба чл. 15. о надлежности суда за одређивање привремених мера обезбеђења права странака из спора за чије је решавање уговорена арбитража – по предлогу странке који може бити упућен суду пре или у току арбитражног поступка – усаглашена је са релевантним међународним правним изворима у области арбитражног решавања спорова. Овде, пре свега, мислимо на чл. 17 Ј УНЦИТРАЛ Модел закона о међународној трговачкој арбитражи из 1985. године (са изменама из 2006. године) – „Модел закон“, којим је судовима дато пуно овлашћење да одлучују о предлозима странака за одређивање привремене мере у вези са арбитражним поступком, независно од тога да ли је место арбитраже на територији државе суда. Суд ће одлучивати о привременој мери поводом арбитражног поступка, као да је реч о привременој мери поводом судског поступка, применом сопствених процесних правила и узимањем у обзир специфичности међународне арбитраже.⁴⁶ Члан 17 Ј Модел закона додат је 2006. године, у циљу отклањања сваке недоумице у погледу осно-

45 Закон о арбитражи, чл. 5.

46 The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, из 1985. године, *Official Records of the General Assembly, Fortieth Session, Supplement No. 17 (A/40/17)*, са изменама из 2006. године, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 17 (A/61/17)*, чл. 17 Ј.

ва и обима надлежности суда да поступа по предлогу странке за одређивање привремене мере поводом спора за чије је решавање уговорена страна арбитража.⁴⁷ Наведени принцип пуне надлежности суда сагласан је општеприхваћеном правилу унутрашњег права да се привремена мера може поднети суду на чијем се подручју налази имовина дужника, чак и када тај суд нема надлежност за решавање о главној ствари. Циљ обе правне норме је правично и ефикасно задовољење легитимног интереса странке за очување фактичке и правне ситуације или обезбеђење потраживања другом одговарајућом мером, све до окончања поступка о главној ствари (арбитражног или судског).

При одлучивању о предлогу странке за одређивање привремене мере у вези са арбитражом, судови треба да имају свест о значају и ефектима предузетих радњи. Тачније, требало би да примењују стандарде одређивања привремене мере према домаћем закону, уз посебно уважавање специфичности међународне арбитраже (чл. 17 Ј Модел закона). Истовремено, требало би да воде рачуна да равнотежу у односу са арбитражом (унутрашњом или међународном) не поремете применом мере која би могла да прејудуцира одлуку арбитраже или да на други начин спречи арбитражу да ефективно одлучује о стварима из своје надлежности. То се, нарочито, односи на могућност одређивања мере привременог уређења спорног односа (чл. 460, тач. 7. новог ЗИО).

Пример добре судске праксе у примени принципа пропорционалности и равнотеже у односу на арбитражу представља одлука донета у предмету *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction* – по предлогу инвеститора и будућег оператера железничког тунела испод Ламанша (*Channel Tunnel, Eurotunnel*), поднетом 1991. године енглеском суду против конзорцијума француских и енглеских компанија, као извођача (*Trans-Manche Link, TML*), ради одређивања привремене мере којом би суд наложио извођачу да настави уговорене радове на систему за хлађење (извођач је претио да ће ове радове обуставити због неуредног испуњавања обавезе плаћања од стране инвеститора). Енглески Дом лордова је преиначио одлуке првостепеног и другостепеног суда, тако што је одбио предлог за одређивање привремене мере. У образложењу је наведено да је енглески суд надлежан за одлучивање по предлогу, али да привремена мера није примерена у предметном случају, јер би прејудуцирала арби-

47 *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, United States, New York, 2012, 94-95.

тражну одлуку и спречила ефективно деловање арбитраже у оквирима надлежности које су јој странке повериле арбитражним споразумом.⁴⁸

VI Закључак

Привремене мере обезбеђења су веома значајан и често неопходан инструмент заштите права и легитимних интереса странака, од чије примене неретко зависи и коначни исход парнице у привредним споровима.

Приказ домаћег, упоредног и међународног права и праксе у овој области потврђује да Република Србија има савремени правни режим привремених мера (уз одређене примедбе, на које је у раду указано), али да је исти праћен неадекватном применом у пракси.

Посебну опасност од обесмишљавања правне норме и њеног циља у поступку обезбеђења потраживања привременом мером представљају, нарочито, следећи проблеми уочени у пракси привредних судова:

- неправилна примена принципа пропорционалности, занемаривањем основног циља привремене мере (заштита интереса повериоца, а не дужника);
- инсистирање да се одлука о одређивању привремене мере без са слушања друге стране може донети само ако предлагач то и формално нагласи у предлогу;
- упуштање другостепеног суда (у поступку одлучивања по жалби противника предлагача на решење о одређивању привремене мере) у правну оцену допуштености тужбе и примене материјалног права, чиме се прејудуцира исход парничног поступка и преузима надлежност првостепеног суда.

48 Наведено према: Hon. J. Edgar Sexton, „Caught between Arbitrators and the Courts: Interim Measures in U.S. International Arbitration“, *Canadian Arbitration and Mediation Journal*, 2012, 36-38.

Vanja SERJEVIĆ, PhD
Commercial Court of Niš

THE IMPORTANCE OF PROVISIONAL MEASURES IN COMMERCIAL LITIGATION

Summary

The paper's subject is focused on the preliminary measures, as a legal mechanism for interim protection of the creditor's claim, lasting usually until the finality of the litigation. The intention of the author is to highlight the importance that such measures have in the preservation of the factual and / or legal status quo and of the balance between the parties' standings during the trial. Maintenance of that balance is often determinant of the outcome of the trial – enabling or facilitating its main objective, which is effective and equitable satisfaction of the rights and legitimate interests of the claimant.

Key words: *preliminary measures, commercial litigation, creditor's claim, protection, court, arbitration.*

Предраг ЂАТИЋ
Удружење банака Србије

УГОВОР О КРЕДИТУ И САВРЕМЕНИ ПРОБЛЕМИ КОЈИ ГА ПРАТЕ

„Правник који не зна ништа друго осим права,
не познаје право.“¹

Резиме

Уговори о кредиту у Србији последњих година, нарочито од 2009. године, поред отежане наплативости пате од неколико заједничких проблема који су идентификовани кроз судску праксу. Основни проблем међу њима је разумевање битних појмова од којих зависе како међусобне обавезе уговорних страна тако и опстанак уговора. Централно место, међу појмовима којима треба додатно разјашњење, припада валутној клаузули мада за потребом додатног разјашњења за тим појмом не заостају пуно ни појмови савесности уговорних страна у тим уговорима, референтне каматне стопе, ефектине каматне стопе, осигурања која прате кредит.

Суштина разумевања валутне клаузуле у позитивном законодавству Републике Србије је њено прихватање у уговорима о кредиту као правног посла са двојном природом, природом позајмљивања (кредит) и природом карактеристичном за трговање девизама (мењач). Код ових кредита корисник позајмљује одређену количину девиза, с тим да му се позајмљена сума исплаћује у динарима, јер их корисник, имплицитно, продаје банци. Такође, корисник овог кредита, враћа одговарајући износ девиза банци али тако што уплаћује динарски износ противвредности валуте у коју је деноминован кредит на дан доспећа сваке поједине оброчне обавезе.

1 С. Champaud-a, *La Droit des affaires, Quesais-je?* PUF, 1994, 5, нав. према: Татјана Јованић, *Циљеви и облици регулисања пословања банака*, Београд, 2009.

Савесност уговорних страна имала би се, код оваквог тумачења природе уговора о кредиту са валутном клаузулом, тумачити са аспекта мотива избора управо те валуте која служи као мера заштите вредности, информисаности о ризицима као и пословним очекивањима од једног таквог посла.

Референта каматна стопа представља цену новца у изабраној валути и њу одређују спољни фактори на које уговорне стране немају утицаја, већ је уређује било уређено тржиште на коме се тргује том валутом било централна емисиона банка те валуте, док је ефективна каматна стопа просечна цена задуживања на годишњем нивоу у којој су обухваћени сви трошкови конкретног задуживања, номинална каматна стопа пак представља цену коштања конкретног позјамљивања уговорене количине новца. Камата, поједине врсте камате, њихов значај као и поједини разлози раскида и поништења уговора о кредиту, су такође били тема рада како са аспекта валутне клаузуле, тако нарочито са аспекта савремене судске праксе.

Овде је нужно напоменути да је захваљујући прописима донетим од стране Народне банке Србије већ прописано да је евро једина валута у којој је могуће уговарање валутне клаузуле, тако да овде изнети проблем валутне клаузуле губи на актуелности и сужава се на једну страну валуту у коју кредит може бити деноминован.

Кључне речи: *Уговор о кредиту, валутна клаузула, камата, каматна стопа, једнака давања, промењене околности.*

I Валутна клаузула

1. Увод

Проблем враћања кредита индексираних у швајцарске франке, нарочито интензивирао после великог скока вредности курса ове валуте, током 2015. године, у односу на евро и динар, проузроковао је, између осталог, велику друштвену и правну дебату о неким основним институцијама и правним појмовима који се тичу кредита уопште а посебно кредита који је индексирани у страну валуту. Дубина проблема који је собом оставила ова промена курса валуте, којом је индексирани првенствено стамбени кредит, утицала је и на различита правна виђења међусобних обавеза банке и корисника кредита из ових уговора. Полазећи од појма и садржине уговора о кредиту, из Закона о облигационим односима, видимо да се тим уговором банка обавезује да кориснику кредита стави на

располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором, као и да се уговором о кредиту утврђује износ, као и услови давања, коришћења и враћања кредита.²

Битни елементи уговора о кредиту, којима ћемо се овде бавити, су: а) одређени износ новчаних средстава који банка ставља кориснику кредита на располагање (главница кредита), б) обавеза корисника кредита да плаћа банци камату (камата), в) коришћење кредита, раскид и ништавост уговора о кредиту.

2. Главница

Главница кредита је одређени износ новчаних средстава који банка ставља на располагање свом клијенту, под уговореним условима, а може бити исказан у динарима или девизама, али и у динарима са валутном клаузулом.

Изворна редакција Закона о облигационим односима садржавала је доследно изведено начело номинализма, одредбама чланова 394, 395. и 396. је изричито прописано: „Кад обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан исплатити онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује што друго. Ако новчана обавеза противно посебном савезном закону гласи на плаћање у злату или некој страниој валути, њено испуњење се може захтевати само у домаћем новцу према курсу који је важио у тренутку настанка обавезе. Ништава је одредба уговора којом се износ новчане обавезе у домаћем новцу везује за промене цена добара, роба и услуга изражених индексом цена утврђеним од стране овлашћене организације (индексна клаузула), али ће бити пуноважна ако је изабрани индекс у непосредној економској вези са предметом посла тако да нема спекулативни значај или је таква одредба уговорена ради обезбеђења животног стандарда уговорне стране“.³ Одредбом се дакле имплицира могућност уговарања плаћања у страниој валути, што је према тада важећим законодавству било противно прописима којима се уређује

2 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 1065, ст. 2.

3 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.

девизно пословање, па је онда само у том случају било могуће исплатити динарску противвредност тако уговорених девизних средстава. Ова до-следност у извођењу начела номинализма је 1993. године утолико измењена што је члан 395. новелиран па од тада гласи: „Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниој валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе“, док је одредба члана 396 брисана.⁴ Историјског подсећања ради, до описане промене дошло је пре свега због хиперинфлације која је у то време забележена у нашој земљи. Непосредан правни повод за ову измену Закона је била у то време учестала примена става 2. члана 278. истог Закона, који прописује право повериоца на немирење до пуног износа претрпљене штете, настале дужниковим задоцњењем, преко износа законске камате.

Законом о девизном пословању из 2002. године извршена је прва већа либерализација девизног пословања у нашој земљи. Од дана примене тог Закона, па и до данас, после свих промена закона који уређује девизно пословање, овде изабрани појмови, утврђени тачком 4, става 2. члана 2. овог Закона, имају иста значења, и то:

- средства плаћања су: динар, домаће хартије од вредности и страна средства плаћања
- страна средства плаћања су: девизе, ефективни страни новац и стране хартије од вредности,
- девизе су: потраживања у иностранству која гласе на страну валуту;
- ефективни страни новац је потраживање у готовини, односно папирни или ковани новац који гласи на страну валуту.

Истовремено је чланом 4. овог Закона утврђено да се плаћање, наплаћивање, пренос и исплата у земљи између резидената, између резидената и нерезидената и између нерезидената врше у динарима са изузецима у којима се плаћање, наплаћивање и пренос могу вршити и у девизама, односно у ефективном страном новцу.⁵ Сада важећи Закон о девизном пословању изричито прописује у члану 34. став 8. да је дозвољено

4 Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

5 Закон о девизном пословању, *Службени лист СРЈ*, бр. 23/2002 и 34/2002 - испр., у истом смислу и Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр.62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014, чл. 34.

уговарање у девизама у Републици с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима.⁶

Девизна клаузула, какву смо видели у новираном члану 395. Закона о облигационим односима и у члану 34, став 8. Закона о девизном пословању, има за циљ очување вредности новчане обавезе дужника тако што штити повериоца од пада вредности домаће валуте. Уговорене стране из уговора о кредиту, уговарајући примену девизне клаузуле, се опредељују да висину износа главнице као и сваког појединог ануитета, односно рате, код враћања тог кредита изразе у некој другој валути, у чију дугорочну стабилност имају више поверења, а не у динарима, с тим да ће у динарима обавити међусобна плаћања по курсу изабране валуте на дан доспећа својих обавеза.

а) Савесност уговорних страна код избора валуте валоризације

Опредељење уговорних страна за једну од више светских валута, у којима је могуће извршити ову валоризацију, условљено је различитим разлозима, од којих неки могу бити: валута у којој корисник кредита остварује редовне приходе, валута у којој су индексирани редовни приходи корисника кредита, врста валуте у којој корисник кредита има девизну штедњу, али и висина каматне стопе на одобрена средства кредита која, у зависности од врсте валуте у којој је кредит индексан, може бити различита, као и други разлози.

Овде је нарочито важно приметити одредбу члана 17. Закона о заштити корисника финансијских услуга,⁷ чија примена је од 2014. године проширена са физичких лица и на предузетнике и регистрована пољопривредна газдинства, која прописује, између осталог, да је банка дужна да кориснику услугу понуди у динарима, осим ако корисник не захтева да му се услуга понуди у динарској противвредности стране валуте, односно у страној валути, у складу с прописима којима се уређује девизно пословање.

Практични значај цитиране одредбе је у томе да би банка, у евентуалном судском спору, у коме би предмет спора била валутна клаузула, уговорена унапред припремљеним текстом уговора од стране банке, а ко-

6 Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012 и 139/2014, чл. 34, ст. 8.

7 Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014.

ју би корисник кредита оспоравао позивајући се на максимуму *In dubio contra stipulatorem*, могла да се одбрани доказујући да је поштовала управо цитирану одредбу Закона о заштити корисника финансијских услуга и да је свом клијенту понудила динарски кредит а да је он *захтевао* примену валутне клаузуле.

Уговарање валутне клаузуле, као механизма заштите од инфлаторног обезвређивања, нарочито у случају швајцарског франка, у судској пракси је отворило питање могуће примене члана 15. Закона о облигационим односима, односно позивање на начело једнаких давања код двостранотеретних уговора приликом враћања динарског кредита индексаног у швајцарски франак, па самим тим и питање противправности уговарања валутне клаузуле у овој валути.

Наиме, у одговорима на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за приведене спорове Привредног апелационог суда и на седници Одељења за привредне преступе и управни-рачунске спорове, све одржане током новембра месеца 2015. године,⁸ наводи се, да повреда начела једнаких давања постоји уколико би једна уговорна страна, применом валутне клаузуле, добијала много више него што је дала, тј. уколико она за последицу има значајно увећање дуга изнад реалне вредности (нпр. ако се раст номиналне вредности главнице у динарима пореди са осталим параметрима - растом курса других валута, стопом инфлације, тржишном ценом некретнина које су биле предмет куповине наменског кредита, итд.). У том случају, нужно је размотрити њено дејство сходно начелу једнаке вредности узајамних давања из члана 15. Закона о облигационим односима. У случају када је применом валутне клаузуле - овде СНФ (која у суштини треба да штити потраживање повериоца од последица инфлације домаћег новца) банка остварила много више него што је дала, и то само због енормног скока курса валуте, може бити повређен циљ такве одредбе и тада уговорена валутна клаузула може довести до нееквивалентности узајамних давања уговарача, и то на штету корисника кредита.

Описаном ставу Привредног апелационог суда супротстављен је сам појам валутне клаузуле. Поставља се питање, код оваквог одговора, у

8 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3.11.2015, 4.11.2015. и 26.11.2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015. године, вид. *Судска пракса привредних судова*, Билтен, бр. 4/2015.

односу на коју вредност су се уговорне стране онда определиле да утврде висину међусобних престација? Чак и када би се прихватило становиште да је промена курса швајцарског франка била околност на коју се није могло рачунати, код утврђивања међусобних давања, с обзиром на ту чињеницу, морало би се у сваком поједином случају кренути од степена савесности сваке од уговорних страна за уговарање управо овакве валутне клаузуле. Савесност би се имала ценити како са аспекта оцене разлога избора баш ове валуте тако и са аспекта очекивања наступања управо оваквог валутног ризика. Наиме, степен савесности би зависио како од кредитне способности корисника кредита у време подношења захтева за кредит у другим валутама, врсти потребе корисника кредита због које је узео кредит, (решавање личног стамбеног питања или остваривање зараде, итд.) тако и од потпуног и тачног информисања клијената о могућем кретању курса, с обзиром на време закључења уговора.

Уговор о кредиту са валутном клаузулом схваћеном у смислу одредаба цитираних закона има практично двојну природу: природу позајмљивања новчаних средстава (кредит у ужем смислу) и природу замене валуте (мењача). Корисник кредита и банка су се договорили, према свему што смо до сада видели, да је предмет њиховог уговора одређена количина стране валуте чију ће вредност једна другој исплатити о доспећу у домаћој валути, динарима.

3. Камата

На самом почетку овог поглавља, уместо увода, дајемо неколико дефиниција, и то:

Камата је трошак позајмљивања новца и компензација повериоца за одрицање од сопствене потрошње и ризике које преузима када поверава свој новац другима.⁹ Камата се обично изражава као годишња *каматна стопа*: износ камате која ће бити исплаћена током једне године подељен је износом позајмљеног новца. Једноставнијим језиком речено, камата је износ цене коришћења новца а каматна стопа је проценат (или разломак) који примењен на главницу даје тај износ камате.

Номинална каматна стопа је она која је записана у уговору између странака, може бити фиксна или променљива.

9 Ђорђе Николић, *Облигационо право, приручник за полагање правосудног испита*, Београд, 2006.

Референтна каматна стопа је стопа коју утврђује Народна банка Србије, односно индекс потрошачких цена за кредите одобрене у динарима, односно EURIBOR, LIBOR, као стопе које су утврђују на међународном финансијском тржишту за позајмице између банака у одређеним валутама и могу бити на месечном тромесечном, шестомесечном или годишњем нивоу. Референтност се постиже тиме што се уговарају само по имену а не и по висини стопе (нпр. 3М EURIBOR). Референтна каматна стопа и код уговора о кредиту са валутном клаузулом, не представља било какву врсту заштите главнице већ цену задуживања у одбраној валути.

Променљива номинална каматна стопа, код нас се углавном састоји од два елемента: променљивог, који у ствари референтна каматна стопа, као смо горе видели, увећана за фиксни део, изражен процентом – маржа или маргина како се неретко у банкарском сленгу означава. У уговорима се изражава углавном као, нпр.: 3М EURIBOR + 4%.

Ефективна каматна стопа – ЕКС представља стварну цену кредита. Ефективна каматна стопа, поред номиналне каматне стопе, укључује накнаде и провизије које клијент плаћа банци за одобравање кредита али и трошкове обраде захтева, трошкове пуштања кредита у течај, годишњу провизију на име накнаде за администрирање кредита, накнаду на неискоришћени део оквирног кредита, износ премије осигурања ако је осигурање услов за коришћење кредита, трошкове отварања и вођења рачуна који су услов за одобравање кредита, као и друге трошкове у вези са споредним услугама које су услов за коришћење кредита а које сноси корисник.

а) Камата код кредита са валутном клаузулом

Осврћући се на Одговоре Привредног апелационог суда, закључујемо да је у њима констатовано да нема незаконитог поступања банке у уговарању вредности обавезе у девизама (валута обавезе), уз истовремено уговарање да се плаћање и наплаћивање такве уговорне обавезе врши у динарима (валута исплате), нити у задуживању корисника кредита уговореним износом камате.¹⁰

¹⁰ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3.11.2015, 4.11.2015. и 26.11.2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015. године, вид. *Судска пракса привредних судова*, Билтен, бр. 4/2015.

Код овог става у савременој пракси се постављају два питања а то су: а) како се код уговора о кредиту са валутном клаузулом обрачунава затезна камата и б) како се правилно поступа у случају да је референта каматна стопа одабране реперне валуте изражена у негативном знаку, па је она негатива тако да њеном применом уместо да наплаћује камату поверилац је плаћа свом дужнику?

а) Обрачун законске затезне камате у случају када је уговором предвиђена валутна клаузула, најбоље објашњава следеће мишљење: „Када је вредност новчане обавезе, вољом уговорних страна, утврђена везивањем за одређену валуту, та вредност је иста и пре датума доспећа те обавезе и након њеног евентуалног пада у доцњу, све до момента испуњења. За време доцње, на тако утврђену вредност новчане обавезе, то јест главног дуга, може се обрачунавати затезна камата по стопи прописаној за ту валуту, а не неку другу, с обзиром на један од основних постулата облигационог права да споредна ствар, у овом случају камата, прати судбину главне ствари, у овом случају главног дуга. Неспорна је, с друге стране, чињеница да је валута извршења домаћа валута, српски динар“. Изнети наводи у претходном тексту предвиђени су и чланом 5. Закона о затезној камати, *Сл. гласник РС*, бр. 119/2012, који прописује да се, у случају када износ дуга гласи на страну валуту, а исплаћује се у динарима, стопа затезне камате утврђује као и стопа затезне камате на износ дуга који гласи на ино-валуту. То је, између осталог, предвиђено и другим позитивним прописима, а нарочито Законом о девизном пословању, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006 и 31/2011, који у члану 2, став 1, тачка 24. предвиђа да „валутна клаузула представља уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици Србији, с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате)“.¹¹

б) Народна банка Србије је објавила дана 2. фебруара 2016. године на својој страници „Преглед дешавања на светском финансијском тржишту 11-22. јануара 2016“.¹² Разлог за овај посебан осврт на један редован, периодичан извештај је чињеница да је у њему приказана висина референтних каматних стопа појединих централних банака, наводећи *Bloomberg LP* као свој извор.

Према наведеној табели, референтна каматна стопа Швајцарске националне банке исказанаја негативним предзнаком, па је тако рефе-

11 Мишљење Министарства финансија и привреде, бр. 412-04-0007/2013-16 од 28.2.2013. године.

12 Више података доступно на адреси: http://www.nbs.rs/internet/latinica/40/sft/sft_20160111.pdf.

рентна каматна стопа од $-1,25\%$ до $-0,25\%$. Изнети податак би требао да значи да Швајцарска национална банка плаћа корисницима задуживање у њиховој валути. Изнето, на тржишту Србије, практично значи да висина стопе референтне каматне стопе, која се сада исказује у негативном знаку, умањује висину фиксне стопе, „маргине“. Поставља се питање да ли наше, домаће, законодавство познаје могућност да се за одобрени кредит плати уместо да се та услуга коришћења средстава наплати, имајући у виду одредбу члана 1065. ЗОО. Питање је далеко од маргиналног због чињенице да централне банке многих земаља, нарочито европских, ради што лакшег задуживања у њиховој валути, нуде ову врсту стимуланса како би и на тај начин покренули привреду својих земаља. Како би се заштитили у овом случају, пословна пракса је на становишту да је у уговорима о кредиту, са референтном каматном стопом, потребно увести „минимум“ (*flooring*) односно „максимум“ (*ceiling*) примене ове врсте референтне каматне стопе. Уговори о кредиту, по овом ставу, треба да садрже минимум примене референтне каматне стопе, нпр. „не испод 0% “, али у исто време, да би оваква одредба имала смисла и максимум примене, нпр. „али не изнад 7% “. Примена негативна каматне стопе на задужења у појединим валутама, са наведеним уговореним инструментима заштите (*flooring* односно *ceiling*) указују на опасност од упадање у „маказе“ различитих висина каматних стопа по којима се домаће финансијске институције задужују у иностранству и висина каматних стопа по којима одобравају своја средства на домаћем тржишту.

Затезна камата представља законом прописану врсту казне за дужника који је у доцњи код испуњења своје новчане обавезе. Члан 277. цитираног Закона о облигационим односима прописује да дужник који задолжни са испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и затезну камату по стопи утврђеној савезним законом, с тим да ако је стопа уговорене камате виша од стопе затезне камате, она тече и после дужникове доцње.

4. Коришћење кредита, ништавост и раскид уговора о кредиту

Уобичајено је на домаћем тржишту да се корисник кредита, поред обавезе његовог враћања и плаћања камате, обавезе банци и на друге престације чије испуњење може имати различит утицај на испуњење и пуноважност уговора.

а) Намена кредита

Престације о којима је реч пре свега се односе на наменску контролу трошења кредита уколико је кредит одобрен с наменом. Овде говоримо о стамбеним кредитима, затим кредитима за куповину аутомобила, посебним производима банака намењених одређеној групи клијената или за унапред предвиђене сврхе где је финансирање одређене делатности или куповина одређеног производа од суштинске важности. Код оваквих кредита намена коришћења кредита је битан елемент уговора и банке настоје да у својим уговорима, где год је то могуће, уграде калузулу контроле наменског коришћења кредита.

б) Отварање рачуна

Банке, нарочито код већих износа или код дугорочних кредита, настоје да са својим клијентима за немене коришћења и праћења тог кредита уговоре и отварање, вођење и гашење рачуна у тој банци, без обзира да ли корисник кредита већ има отворен рачун у другој банци. Ова обавеза може бити прописна описом самог кредитног производа банке, с тим да и тамо где је прописана, је више предуслов реализације уговора од стране банке него што је услов пуноважности главне обавезе корисника кредита према банци.

в) Обезбеђење уредног измиривања обавеза према банци

Уобичајено је на домаћем тржишту да се корисник кредита обавезе банци да пре пуштања кредита у течај положи банци средства обезбеђења уредног измиривања својих обавеза у која пре свега спадају:

1. бланко соло меница, једна или више, са клаузулом „без протеста“ потписане од стране корисника кредита, са или без жираната, у зависности од производа и пословне политике банке;
2. административна забрана на зараду корисника кредита потписану и оверену од стране његовог послодавца;
3. хипотека на непокретности, односно залога на покретној ствари, у својини корисника кредита или трећег лица, која својом вредношћу покрива износ средстава кредита;
4. полиса осигурања непокретности која је предмет хипотеке, односно полиса осигурања покретне ствари која је предмет залоге, а која врста

осигурања може бити, у зависности од врсте осигураног предмета и ризика пропасти тог предмета, од ризика земљотреса и пожара преко лома стакла до лома машина и других специфичних осигурања, нпр. залиха готових производа, залиха сировина и репро материјала итд.

5. полиса осигурања живота или каквог другог добра корисника кредита а нарочито полиса осигурања од одговорности за вршење делатности којом се корисник кредита бави или у вези са којом је одобрен кредит;
6. полиса осигурања самог кредита – полиса какву уобичајено и скоро редовно срећемо код осигурања стамбених кредита преко Националне корпорације за осигурање стамбених кредита (НКОСК), али и друга осигурања кредита у зависности од производа банке и договора са осигуравајућом кућом, којим осигурањем могу бити обухваћене све врсте кредита а којим се осигуравајућа кућа за премију коју плаћа корисник кредита обавезује банци, под одређеним условима, да ће јој испунити обавезу корисника кредита из уговора о кредиту, уколико то он не учини.

Наведене обавезе корисника кредита у исто време представљају споредна потраживања банке, која заједно са главним потраживањем чине целину. Како би била сигурна да ће те споредне обавезе бити испуњене или да су већ испуњене, банка од корисника кредита захтева да или достави доказ о плаћању накнада за њихово прибављање и испуњење или да овласти само банку да задужењем рачуна корисника кредита измири одређене накнаде по тим обавезама. Укупна цена накнада за прибављање и предају банци ових инструмената обезбеђења прво улази у калкулацију за израчунавање ЕКС-а, како смо горе видели а и уједно та цена може бити наплаћена од корисника кредита заједно са наплатом његове главне обавезе.

г) Раскидање или измена уговора због промењених околности

Настојећи да измене поједине одредбе закљученог и од стране банке испуњеног уговор о кредиту, поједини корисници кредита, нарочито оних индексираних у иностраној валути, позивају се на члан 133. ЗОО. Корисници индексираних ових кредита истичу у својим тужбама да је после закључења уговора о кредиту наступила околност која отежава испуњење обавезе једне стране, што је по њима скок вредности валуте у коју је индексиран њихов кредит, да се због тога не може остварити сврха уговора, у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекива-

њима уговорних страна и да би било неправично одржати га на снази такав какав је, па због тога страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора захтева да се уговор раскине. Природа валутне клаузуле, како смо горе видели је да се од банке захтева кредит који за своју основу има страну валуту а да се исплате по том кредиту, како банке кориснику тако корисника банци, врше у динарима на дан доспећа тих обавеза. Број јединица уговорене стране валуте, у којој се исказује кредит, и коју треба вратити банци је остао непромењен од дана одобравања кредита и ту се ништа није променило. Ануитетни план исказан у одабраној валути се није променио. Овакво чињенично стање нас враћа на питање сврхе због које је овакав уговор о кредиту закључен. Сврха уговора о кредиту је прибављање новчаних средстава, која могу бити коришћена за уговорне намене (нпр. стамбени) али и без обзира на намену. Сврха уговора је била прибављање новчаних средстава валоризованих у валути која је тренутну повлачења кредита највише поговодала једној или обема странама. Сагласно томе коме је изабрана валуте поговодала у време повлачења кредита имало би се ценити питање правичности евентуалне измене уговорних одредби, али за убудуће а никако не *ab initio*. Ситуација у којој се нашао корисник кредита, по порасту вредности курса валуте у коју је индексан кредит, је идентична оној у којој би се нашао да је остао без редовних прихода или да су они знатно умањени, а што све нису разлози који се по овој одредби могу сматрати промењеним околностима.

Враћајући се на Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014, видећемо да корисник кредита има право да откаже уговор о кредиту у одређеном року и под одређеним условима, док банка има право да раскине уговор уколико се корисник кредита не придржава уговорених услова одобреног кредита.

Испуњење уговора и раскид због неиспуњења предмет су регулисања, опет, ЗОО-а и то од члана 124. до члана 132. закључно. Према цитираном одредбама, у двостраним уговорима, кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може, ако није што друго одређено, захтевати испуњење обавеза или, под прописаним условима, раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете. Кад испуњење обавезе у одређеном року представља битан састојак уговора, па дужник не испуни обавезу у том року, уговор се раскида по самом закону. Уговор о кредиту, како смо то горе видели, са више престација на једној страни,

може имати време испуњења, више или било које од тих обавеза, као битан састојак уговора, невезано за питање да ли су те обавезе корисника кредита за банку главно или неко од споредних потраживања. Поверилац, па и банка у уговору о кредиту, може одржати уговор на снази, ако по истеку рока, без одлагања, обавести дужника да захтева испуњење уговора, с тим да када је поверилац захтевао испуњење, па га није добио у разумном року, може изјавити да раскида уговор. Важно је скренути пажњу да ова правила испуњењу о року, када је рок битан елемент уговора, важе како у случају кад су уговорне стране предвиделе да ће се уговор сматрати раскинутим ако не буде испуњен у одређеном року, тако и онда кад је испуњење уговора у одређеном року битан састојак уговора по природи посла.

Правила о раскиду уговора са позивањем на ове одредбе ЗОО-а су нарочито важе код уговора о кредиту када се разматра испуњење уговора у делу који се односи на достављање банци инструмената обезбеђења уредне отплате кредита. Рекло би се да инструменти обезбеђења, у смислу хипотеке односно залог, овде нису предмет нарочитих дилема, што међутим није случај код различитих врста осигурања.

II Осигурање као обавеза корисника из уговора о кредиту

Уговори о кредиту могу садржавати обавезу корисника да осигура: а) било сам кредит, односно да се код осигуравајућег друштва осигурају да ће вратити кредит банци као и б) обавезу да осигурају неко друго своје добро које је од значаја за реализацију уговора о кредиту, рецимо да закључе полису животног осигурања или да се осигурају за случај незапослености или да осигурају објекат заложен хипотеком у корист банке кредитора за предметни кредит од различитих ризика рушења или оштећења. Дакле, обавеза корисника да се осигура указује на ризике од којих банка и корисник желе да се обезбеде, не желећи, у целости или у одређеном обиму, да снесу последице наступања осигураног случаја.

Најраспрострањенија врста стамбеног кредита код нас подразумева осигурање кредита код Националне корпорације за осигурање стамбених кредита (НКОСК). Осигурање кредита код НКОСК, је битан елемент уговора о стамбеном кредиту који садржи ову обавезу његовим изостанком нема уговора о стамбеном кредиту и исти уговор се раскида због неиспуњења међусобних обавеза.

Међутим, ситуација је донекле другачија код ове друге врсте осигурања где се осигуравају друга добра чијом пропашћу се остварују ризици за испуњење уговора о кредиту. Обавеза уредног плаћања премије дугорочног осигурање, попут заложене непокретности или покретне ствари, осигурања живота, као и различите врсте осигурања од одговорности за обављање делатности могу бити предмет посебног разматрања. РЗОО прописује да када у уговору са узастопним обавезама једна страна не испуни једну обавезу, друга страна може, у разумном року, раскинути уговор у погледу свих будућих обавеза, ако је из датих околности очигледно да ни оне неће бити испуњене. Међутим, уговор се не може раскинути због неиспуњења незнатног дела обавезе. Природа ствари због које је уговор о кредиту закључен и незнатни део обавезе уговорних страна из тог уговора су стандарди који се морају испитати у сваком конкретном случају да би се утврдила правилност раскида уговора. Општа правила тумачења уговора полазе од тога да се уговор тумачи у циљу његовог испуњења, па уколико је испуњење немогуће или битно отежано једној уговорној страни онда се прибегава раскиду.

Predrag ĆATIĆ
Association of Serbian banks

LOAN AGREEMENT AND CONTEMPORARY PROBLEMS WHICH FOLLOW IT

Summary

Loan agreements in Serbia recently, especially since 2009, apart from the increased nonperformance, suffer from a few common problems, identified through jurisprudence. Basic problem is the understanding of essential terms on which the fulfillment of mutual obligations and existence of the agreement depend. The very essence of understanding the currency clause in the legislation of the Republic of Serbia is its acceptance as an agreement with double nature: the nature of borrowing (loan) and the nature characteristic for FX trading (FX dealer). Through those agreements, the borrower is borrowing a certain amount of hard currency, taking into account that the borrowed funds are to be disbursed to him in RSD, because the borrower is implicitly selling the approved hard currency to his bank. Also, the borrower pays back hard currency installments by

submitting the adequate amount of RSD as a price for the hard currency at the FX rate on the due day of each installment. Conscientiousness of both contractual parties, in the process of interpretation of each Loan Agreement with a currency clause, has to be taken into consideration from the perspective of the motive for selecting the concerned currency as a protection of value.

Interest, different types of interest rates, their importance in contractual relationships as well as the termination and cancellation of a loan agreement reasons were also the subject of this paper, from both the currency clause and modern court practice aspect. It is very important to mention that, thanks to the regulations adopted by the National Bank of Serbia, the only currency in which a currency clause can be negotiated in Loan Agreements is the Euro, which further means that the explained legal situation loses its climax.

Key words: *loan agreement, currency clause, interest, interest rate, equal treatment, changed circumstances.*

Александар РАДУЈКО

ХИПОТЕКА И ПРОБЛЕМИ ЊЕНОГ АКТИВИРАЊА

Резиме

Закон о хипотеци има неспорно место у правном систему, јер је обезбедио остварење свог главног циља а то је поједноста-вљење, појефтињење и убрзање процеса уписа хипотека. Примена решења овог закона у пракси је у потпуности искључила примену Закона о извршном поступку односно сада ЗИО, осим у изузетним случајевима постојања закупца који нису спремни да се сагласе са губитком државине на непокретности. Обавеза прибављања њихове сагласности је новим изменама ЗоХ укинута те се може очекивати да се број изузетака још више смањи. Омогућено је да се уместо путем суда заказивањем рочишта на које би приступили и власник и дужник и поверилац и плаћањем такси које су достизале знатне износе хипотека упише одласком власника на шалтер суда и овером изјаве за цену од око 500 динара раније, односно сада одласком код јавног бележника за нешто већу цену, што и даље подразумева мање трошкова и времена него пре доношења ЗоХ.

Са друге стране, реализација хипотеке сходно одредбама ЗоХ у протеклом периоду је представљала више изузетак него правило, било из разлога што је изостајала асистенција органа реда у његовој примени или због радњи дужника у виду уписа хипотеке каснијег реда или жалбе на решење о упису забележбе хипотекарне продаје.

Кључне речи: *појам хипотеке, упис хипотеке, брисање хипотеке, закон о хипотеци, судске хипотеке, вансудске хипотеке, заложене изјаве.*

I Појам

Хипотека обухвата значајну област права, јер поред основне сврхе имовине – која власнику омогућава да је користи, употребљава и присваја њене плодове она имовини даје још једну функцију, омогућавањем коришћења постојеће имовине у једном другачијем смислу од уобичајеног,

односно као средства које помаже власнику да прибави финансијска средства у износу приближном вредности имовине, без продаје имовине, успостављањем заложног права на тој имовини.

Заложно право у свим својим појавним облицима од значаја је за функционисање промета, привредних токова, као и правног система. Начин на који је оно уређено је предмет интересовања сегмената друштва који имају интерес да обезбеде извесност у промету, тј. пословању, а консеквентно томе и правне науке и правне праксе.

Ако дужник има имовину из чије се вредности потраживање сигурно може наплатити, сигурност наплате повериочевог потраживања није спорна. Али, наплату потраживања може дужник одложити за дужи временски период или спречити тиме што би ускратио податке о имовини коју поседује или је пренео на друга лица, као што и други повериоци могу умањити његову имовину наплатом својих потраживања, тако да за повериоца који се није благовремено постарао за обезбеђење наплате свог потраживања, ништа не остане. У таквој ситуацији, заложно право има функцију да спречи евентуалну штету коју би поверилац могао претрпети уколико му дужник не исплати потраживање о доспелости, а у међувремену прикрије, отуђи или дође до умањења његове имовине услед наплате потраживања других поверилаца, тако што се уписом заложног права на ствари она издваја из имовине дужника и унапред одређује као предмет из кога ће се поверилац намирити, ако дуг не буде на време враћен, ма чија она била – власници се могу мењати, поверилац задржава право да се намири се из вредности оптерећене ствари.

Практично, хипотека тако омогућава специфичну употребу права својине, јер власницима непокретности, омогућава да не губећи ни својину ни државину на заложеној ствари, обезбеде могућност коришћења туђих финансијских средстава или коришћење туђих услуга. Са друге стране, залогопримцима хипотека као гаранција наплате потраживања, омогућава да шире пословање, јер могу да послују са ширим кругом субјеката укључујући и оне чији бонитет, ликвидност, солвентност и слично не пружају сигурност да ће моћи да наплате пружене услуге или да поврате пласирани капитал и да наплате цену за његово коришћење, са којима иначе не би пословали, због превеликих ризика.

Из овог разлога, велики део своје примене хипотека налази управу у банкарском пословању, јер банка као финансијска институција, пласира свој капитал на тржиште, и заинтересована је да обезбеди поврат тог капитала, односно извесност да ће бити враћен. Зато је хипотека као

средство обезбеђења потраживања (по основу издатих кредита, гаранција) од изузетног значаја за банку. Управо због тога хипотека своје место у примени првенствено налази у банкама и другим финансијским институцијама, као што је нпр. пореска управа која у пракси често дужницима одобравање одлагање измирења обавеза условљава претходним уписом хипотеке на имовини.

II Хипотека према ЗоХ

1. Појам

ЗоХ у члану 2. дефинише појам хипотеке и предвиђа да је хипотека заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој својини се непокретност налази.

2. Предмет хипотеке

Предмет хипотеке је дакле, непокретна ствар тј. она ствар која се не може са једног места померати на друго, без промене њене суштине и умањења њене вредности. Хипотека обухвата непокретност и то: 1) све саставне делове непокретности, природне плодове који нису одвојени од непокретности, осим ако је уговором о хипотеци друкчије одређено; 2) припатке непокретности одређене уговором о хипотеци, али не и ствари у својини трећих лица; 3) сва побољшања и повећања вредности непокретности до којих је дошло после заснивања хипотеке. У члану 3. Закона таксативно су одређене непокретности које могу бити предмет хипотеке: 1) непокретна ствар (право својине на земљишту, грађевинском објекту и сл.); 2) део непокретне ствари, у складу са одлуком о деоби; 3) сусвојински удео у непокретној ствари; 4) посебан део зграде на коме постоји право својине, односно друго право које садржи право располагања (стан, пословне просторије, гаража, гаражно место и др.); 5) право на земљишту које садржи овлашћење слободног правног располагања, а нарочито право грађења, право прече градње, или располагања у државној, односно друштвеној својини; 6) објекат у изградњи, као и посебан део објекта у изградњи (стан, пословне просторије, гаража, и др.), без обзира да ли је већ изграђен, под условом да је издато правноснажно одобрење за градњу у складу са законом којим се уређује изградња објеката.

3. Вансудски поступак намирења

Закон о хипотеци напушта до тада владајуће начело официјалности садржано у члану 980, став 1. ЗОО и члану 63, став 1. ЗОСПО, који је ступањем на снагу Закона о хипотеци, престао да важи по коме се заложни поверилац, коме заложни дужник није о року платио дуг, могао наплатити из вредности заложене ствари у судском поступку и уводи нову, алтернативну могућност спровођења вансудског поступка намирења, који је регулисан одредба од чл 29-41.

ЗОХ, међутим не искључује судско намирење хипотекарног повериоца, што произилази из члана 24. који одређује да се намирење спроводи у складу са овим законом, односно законом којим се уређује извршни поступак, као и законом који уређује принудну наплату пореских потраживања на непокретностима и члана 48. који предвиђа да хипотека престаје и кад је извршена судска јавна продаја предмета, када се испис хипотеке из регистра непокретности врши на основу правоснажне судске одлуке о намирењу хипотекарних поверилаца. Покретање вансудског поступка намирења подразумева да хипотекарни поверилац коме дужник није исплатио дуг о доспелости, пошаље опомену у писменој форми истовремено дужнику и власнику предмета хипотеке (ако су различита лица), с тим да ова опомена (прва опомена) мора да садржи која садржи законом предвиђене податке, обавештења и информације укључујући:

- рок у коме дужник мора да исплати дуг да би избегао продају непокретности;

- упозорење да ће поверилац, ако дужник не предузме радње одређене у складу са тачком 3) овог става и не исплати дуг, покренути поступак продаје хипотековане непокретности ради наплате потраживања из вредности добијене продајом, те да ће дужник, односно власник непокретности изгубити својину, односно државину на непокретности.

Уколико у року од 30 дана од дана пријема прве опомене дужник не исплати дуг, поверилац ће дужнику и власнику непокретности и осталим хипотекарним повериоцима упутити опомену о продаји непокретности која садржи законом предвиђене податке, обавештења и информације за ову опомену.

4. Забележба хипотекарне продаје

Након слања опомене о продаји непокретности поверилац може послати регистру непокретности захтев да се изврши забележба хипоте-

карне продаје у корист повериоца који ће, у року од седам дана од дана пријема захтева за забележбу, извршити забележбу хипотекарне продаје у корист повериоца, и у случају да је пре подношења захтева за забележбу хипотекарне продаје примио више захтева за упис права на истој непокретности. Забележба хипотекарне продаје и решење хипотекарне продаје садржи: 1) изричито овлашћење да хипотекарни поверилац, када решење постане коначно, али не пре истека рока од 30 дана од дана издавања решења, може у својству законског заступника власника хипотековане непокретности, исту продати, у складу са одредбама овог закона; 2) забрану отуђења и било које врсте правног располагања хипотекованом непокретности од стране власника (ранијим прописима је била предвиђена Забрана продаје хипотековане непокретности од стране власника те се сматра да је овим решењем онемогућен један од могућих начина опструкције поступка).

Власник, дужник и поверилац који је поднео захтев за доношење решења о хипотекарној продаји, имају право жалбе надлежном органу на решење о забележби хипотекарне продаје у року од 15 дана од дана пријема решења. Надлежни орган мора донети другостепено решење у року од 15 дана од дана подношења жалбе. Другостепено решење коначно је и извршно. Нови Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015, у ставу 2, члана 155. предвиђа другачије решење по коме се сматра да је забележба уписана истеком 72 часа од пријема захтева за упис, те ћемо видети да ли ће ова разлика у пракси утицати на оцену практичних могућности појединог поступка намирења.

5. Право на састанак

Дужник, односно власник непокретности може, у року од 10 дана од дана добијања опомене о продаји непокретности, затражити састанак са повериоцем односно његовим представником, који је у обавези да га прими у својим просторијама у току радног времена. Право повериоца да приступи продаји хипотековане непокретности неће бити ограничено или одложено ако се стране не договоре на начин предложен од стране дужника на овом састанку. У смислу ЗОХ, писмено (опомена, обавештење и др.) се сматра урученим дужнику ако је послато препорученом поштом на адресу: 1) хипотековане непокретности; 2) дужника, наведену у уговору о хипотеци, ако је адреса дужника другачија од адресе хипотековане непокретности; 3) власника непокретности, ако власник није дужник.

6. Право продаје повериоца

Ако дужник не исплати дуг до дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје, а од дана издавања тог решења прође рок од 30 дана, поверилац на основу решења може приступити продаји хипотековане непокретности путем аукције или непосредне погодбе. Избор једног начина продаје не искључује могућност примене другог начина продаје. Након коначности решења о забележби хипотекарне продаје, а пре приступања аукцијској продаји, поверилац је дужан да изврши процену тржишне вредности непокретности ангажовањем овлашћеног судског вештака, односно другог лица овлашћеног законом за обављање послова процене (у даљем тексту: процењена вредност). Продаја непосредном погодбом до момента оглашавања аукцијске продаје могућа је по цени која не може бити нижа од 90% од процењене вредности. Ово је решење предвиђено изменама закона, којим је детаљније уређена примена закона, обзиром да иницијална верзија закона није прецизирала минималну цену за непосредну погодбу. У случају да непокретност на првој јавној аукцији остане непродата, поверилац може наставити продају непосредном погодбом, али по цени не нижој од 60% од процењене вредности, или заказати другу аукцијску продају која се мора одржати најкасније у року од 120 дана од дана окончања неуспешне аукције. Ако у року од 18 месеци од дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје, хипотекована непокретност остане непродата у вансудском поступку намирења, регистар непокретности ће донети решење о брисању забележбе по службеној дужности.

Истовремено са доношењем решења из става 6. овог члана, регистар непокретности ће уписати забележбу забране вансудске продаје хипотековане непокретности од стране хипотекарног повериоца у чију корист је била уписана забележба хипотекарне продаје, који се од тог момента може намирити искључиво у поступку судске продаје.

7. Аукцијска продаја

Поверилац може сам организовати аукцијску продају непокретности или је може поверити лицу које се тиме професионално бави. Поверилац је дужан да одржи прву аукцијску продају у року од шест месеци од дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје (нови закон). Оглас о одржавању аукцијске продаје мора бити на видан начин објављен у високотиражном дневном листу који се продаје на целој територији Републике Србије и најмање у једном дневном листу који се продаје

у региону у коме се налази хипотекована непокретност, и то најмање 30 дана (раније 45 дана) пре заказане продаје. Поверилац ће истовремено послати дужнику, власнику непокретности, односно трећим лицима која имају права на хипотекованој непокретности обавештење о огласу које садржи: 1) све елементе огласа; 2) изјаву у ком року се може исплатити целокупан дуг да би се избегла продаја.

Почетна цена на аукцији не може бити нижа од 75% процењене вредности.

Ако прва аукција не успе, почетна цена на другој аукцији не може бити нижа од 60% од процењене вредности. Поверилац може дати сопствену понуду на аукцији.

8. Продаја непосредном погодбом

Поверилац, на основу коначног решења о забележби хипотекарне продаје, а по истеку рока од 30 дана од дана издавања решења, може као законски заступник власника хипотековане непокретности, продати непокретност непосредном погодбом, по цени не нижој од 90 % односно у случају да непокретност на првој јавној аукцији остане непродата 60% од процењене вредности (ово је ново законско решење које омогућава продају и испод 90% што је био лимит за непосредну погодбу у пракси по првобитном тексту закона који је користио термин „по цени која је приближна тржишној“ што је тумачено као 90% а испод те цене поверилац није могао продати хипотековану непокретност непосредном погодбом). Поверилац и хипотекарни дужник, односно власник хипотековане непокретности, када то није исто лице, се током целог поступка вансудске продаје могу споразумети о продаји непосредном погодбом и условима такве продаје, по цени не нижој од 90% односно у случају да непокретност на првој јавној аукцији остане непродата 60% од процењене вредности.

Поверилац може продавати непокретност самостално или уз ангажовање лица која се баве прометом непокретности, у складу са законом. Ако се продаја врши преко лица из става 3. овог члана, уобичајена провизија може бити укључена у продајну цену. Најкасније у року од 15 дана пре закључења уговора о продаји непокретности, поверилац ће о продаји обавестити дужника, власника непокретности и лица која имају друга права на непокретности, обавештењем које садржи законом предвиђене податке, информације, изјаве и обавештења.

9. Ометање вансудског поступка намирења

Услед проблема везано за обезбеђење асистенције органа унутрашњих послова по доношењу иницијалне верзије ЗОХ, изменама је предвиђено да је у току вансудског поступка намирења, надлежни орган унутрашњих послова дужан да без одлагања, у складу са Законом о полицији, хипотекарном повериоцу, односно његовом заступнику, пружи сву помоћ неопходну за спровођење поступка намирења, у случају да власник, односно други држалац непокретности у поступку њене продаје не дозвољава приступ непокретности, односно одбија да се добровољно исели из непокретности, у законом прописаном року, ако уговором о продаји није одређен дужи рок. Надлежни орган унутрашњих послова, пружа помоћ на основу увида у решење о забележби хипотекарне продаје, односно уговора о продаји непокретности.

10. Непокривеност дуга продајном ценом

У случају да цена остварена на аукцијској продаји или непосредном погодбом не намирује целокупно потраживање повериоца, дужник остаје дужан повериоцу преостали дуг у износу разлике између целокупног потраживања и остварене цене. Преостали дуг из става 1. овог члана биће умањен за износ разлике између 75% процењене цене непокретности и остварене цене, ако је остварена цена нижа од 75% процењене цене, код оба начина продаје. Ако се хипотекарни поверилац намири стицањем права својине на хипотекованој непокретности, сматра се да је потраживање намирено у тренутку стицања права својине. Ако цена хипотековане непокретности, добијена на аукцијској продаји или непосредном погодбом, превазилази висину потраживања, хипотекарни поверилац дужан је да хипотекарном дужнику исплати ту разлику.

Намирење кад је предмет хипотеке објекат у изградњи - Уступање одобрења за градњу. Ако је предмет хипотеке објекат у изградњи, његова продаја ради намирења врши се уступањем права градње утврђеног правноснажним одобрењем за градњу, уз накнаду, и продајом ствари које су уграђене у објекат у изградњи. Орган који је издао одобрење за градњу, на захтев купца објекта у изградњи, издаће без одлагања купцу истоветно одобрење за градњу на његово име и поништити старо одобрење за градњу, у ком случају, купац по самом закону ступа у сва законом дефинисана права и обавезе.

III Проблеми у намирењу

1. Проблеми с обзиром на предмет хипотеке

Предмет хипотеке према ЗОХ може бити и сувласнички део непокретности. Иако фактички идеални део некретнине може послужити као довољно обезбеђење потраживања, у време доношења ЗОХ, имајући у виду могућност опструкције поступка намирења по ЗОХ и одредбе тада важећег члана 101 ЗИП-а, с обзиром да је за дозволу извршења на непокретности потребна сагласност свих осталих сувласника, идеални део као средство обезбеђења, је подразумевао другачији поступак намирења. Закон о хипотеци уводи нови облик хипотеке на објекту у изградњи. Смиао овог института јесте да инвеститор изградње објекта односно купац посебног дела или целог објекта, након добијања одобрења за изградњу, могу уписати хипотеку на објекту у изградњи или једном његовом делу у корист повериоца. Очита је намера Законодавца да на овај начин створи услове за лакше финансирање изградње односно куповину непокретности у изградњи. Поверилац хипотеку на објекту у изградњи стиче уписом у земљишним књигама односно у Катастру непокретности у зависности од тога код кога је уписано земљиште на коме се гради објекат. На тај начин, остаје доследан начелу публицитета и омогућава свим трећим лицима да се информишу да је објекат у изградњи оптерећен хипотеком. Увођење објекта у изградњу као предмета хипотеке је настала као последица потребе грађевинарства, које је у последњој декади код нас у великом маху. Није био редак случај, до доношења Закона, да носиоца права коришћења на градском грађевинском земљишту, коме се издаје одобрење за градњу и инвеститор изградње објекта који је финансијски способан да сноси трошак изградње, закључују тзв. Уговор о заједничкој градњи односно суфинансирању. На тај начин се стварају услови и за инвеститора да дође до грађевински атрактивне парцеле и за носиоца одобрења за градњу да затвори финансијску конструкцију изградње започетог објекта. По основу оваквог правног посла на инвеститора се фактички преноси право коришћења, упркос забрани њене преносивости из Закона о планирању и изградњи. Одобрење за градњу, до окончања изградње гласи на иницијалног носиоца права коришћења на грађевинској парцели. До преноса права својине на објекту у изградњи, а самим тим и права коришћења на земљишту на коме се објекат гради долази тек након завршетка објекта у изградњи. И поред тога, мишљења смо да је на тај начин у нашој пракси фактички легализована трговина одобрењем за градњу, а самим тим и правом коришћења. За разлику од закључивања уговора о

суфинансирању где не долази до преноса права коришћења моментом његовог закључења, реализацијом хипотеке на започетој градњи уводи се могућност преноса права коришћења на градском грађевинском земљишту у време када на њему још увек не постоји објекат.

Одобрење за градњу је појединачни непреносив управни акт. Очигледно је да ЗоХ одступа од општег принципа непреносивости одобрења, те налаже органу управе који је издао одобрење за градњу да на основу уговора о куповини објекта у изградњи, закљученог између хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника, носиоца одобрења за градњу, без одлагања изда ново истоветно одобрење за градњу на име купца. Једина нужна измена новог одобрења за изградњу односила би се у том случају на рок завршетка градње који би био одложен с обзиром на реални рок у коме купац, нови инвеститор, може да заврши започети објекат. Ипак, да би се избегло свако одлагање, Закон о хипотеци утврђује да купац као нови инвеститор по самом закону супа у сва права и обавезе бившег инвеститора као ранијег носиоца одобрења за градњу, самим закључењем уговора о хипотекарној купопродаји и пре доношења новог одобрења за градњу које гласи на његово име и има могућност да одмах настави са свим правним и фактичким радњама везаним за изградњу објекта. У пракси се хипотека на објекту у изградњи уписује и на објекту који је фактички завршен али није издата употребна дозвола јер није уписан (исказан) у званичним евиденцијама непокретности, било због тога што није извршен технички пријем објекта, извршено етажирање или неких других разлога, те постоји могућност и да поверилац пристане на овакво обезбеђење не знајући да је употребна дозвола издата и да хипотека није валидна.

Такође, изменама прописа након доношења ЗоХ настао је нови ризик који произилази из одредаба ЗОПИ који предвиђају да грађевинска дозвола престаје да важи ако се објекат не заврши у прописаном року, тако да поверилац може остати без обезбеђења. Поред тога концепт ванкњижне својине, у комбинацији са чињеницом да грађевинска дозвола није преносива, као и чињеницом а да се у пракси та одредба дезавуише путем тзв. уговора о заједничкој градњи, те да је опште познато да се многи инвеститори којима су дозволе издате, често називају лицима на које дозволе гласе и тзв. формалним власницима објеката у изградњи, јер уговорима преносе власништво на становима у фази изградње тј. пре него што се стекну формални услови за пренос и за укњижбу нових власника у јавне регистре, може повериоца који се поузда у прописе који не

предвиђају преносивост грађевинске дозволе а упис својине везују за упис у катастар и на томе базира своју савесност, довести у положај тужене стране у парничном поступку за утврђење ништавости хипотеке уписане у њену корист и то тужене која је несавесно узела као обезбеђење хипотеку на објекту за који је знала (или морала знати) да је делимично отуђен од стране власника, јер је опште познато да продаја објеката функционише по том принципу и да није реално да инвеститор који има објекат са 45% завршености није продао бар неке од станова или других посебних делова у њему, те да није могуће да располаже целим објектом и на њему уписује хипотеку.¹ Тај положај може знатно бити погоршан пратећим репутационим ризицима услед јавних протеста купаца таквих станова. Закон о хипотеци прописује да се објектом у изградњи сматра и физички завршен објекат, односно његов засебни део који није уписан у регистар непокретности, ако задовољава услове за упис хипотеке на објекту у изградњи. Посебно интересантно код намирења реализацијом хипотеке на објекту у изградњи може бити и превазилажење недоступност пројектне и грађевинске докумен-тације за објекат, услед које се не може установити квалитет изведених радова, те елиминисати по том основу утицај на цену при продаји оваквих објеката. Овај проблем је последица праксе која тежи да поједностави процес уписа, у коме ова документација није потребна и природе поступка намирења који је принудан и у коме власник неретко има потребу да опструира намирење повериоца, те ускраћује помоћ повериоцу.

2. Проблеми с обзиром на основ настанка хипотеке

а) Вансудска извршна хипотека

Дакле, сагласно одредби члана 15. Закона о хипотеци једнострана хипотека и уговорна хипотека имају снагу извршне исправе, уколико садрже горе назначена упозорења и овлашћења. Својевремено је својство извршне исправе у пракси судова и органа унутрашњих послова тумачено у контексту, основних закона које примењују тј ЗИП и Закон о полицији, те заузет став да извршна исправа у смислу ЗоХ није извршна исправа у смислу других закона. Тумачењем Врховног касационог суда² ова пракса је промењена, а изменама ЗоХ искључена је потреба за тумаче-

1 Пресуда III-3 У.9462/13 Управног суда, Одељење у Новом Саду.

2 Закључак усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда, 04.10.2010. године.

њем, експлицитним стављањем знака једнакости између извршних исправа у смислу различитих закона.

б) Законска хипотека

Проблем око намирења може настати и везано за намирење потраживања по основу пореских обавеза. Као што је већ речено хипотека се по ЗоХ стиче уписом у званичне евиденције непокретности, независно од основа настанка. На овај начин код хипотеке се обезбеђује обавештавање трећих заинтересованих лица о постојању хипотеке (начело публицитета). Према ранијим прописима законско заложно право настајало је ех леге и за његово стицање упис у званичне евиденције непокретности није услов. Имајући у виду изложено произилази да се код законског заложног права одступало од начела публицитета. Трећа лица нису могла знати колико има заложних права и колики је износ потраживања које је сваким од њих обезбеђено.

То је био један од узрока правне несигурности, имајући у виду чињеницу да је законско заложно право имало право првенства у наплати у односу на уговорно заложно право. Ова несигурност је отклоњена чланом 8 Закона о хипотеци којом је прописано да: „Хипотека настаје уписом у надлежни регистар непокретности“, без разлике шта је основ настанка хипотеке. Произилази дакле, да се и хипотека која настаје на основу закона стиче уписом у регистар непокретности. На тај начин је у новом Закону учињен значајан напредак и створена могућност за потпуну афирмацију начела публицитета.

в) Заједничка хипотека – редослед намирења

Закон предвиђа да поверилац који има заједничку хипотеку може потраживање да наплати по свом савесном избору из вредности једне или више непокретности. Пракса тек треба да одреди шта је то савестан избор, тј. може ли се очекивати да ће се хипотекарни поверилац који има хипотеку на више некретнина, ако има могућност избора и одређивања приоритета покретања поступака или њихове динамике, бирати да се прво намирује из вредности некретнине на којој постоји хипотека другог реда повериоца Б, или настојати да прво у што већем износу наплати своје потраживање из друге непокретности, како би оставио што мањи износ за наплату из хипотеке чији ред претходи хипотеци повериоца Б, како би се он наплатио у што већем износу.

г) Учесће катастра у поступку

Након обједињавања земљишних књига као евиденције о правном статусу непокретности и катастра као евиденције о фактичком стању непокретности, преузимањем надлежности од стране катастра, сада евиденцију о правном статусу непокретности води катастар, из ког разлога има и значајну улогу у поступку вансудског намирења, које се састоји од уписа забележбе хипотекарне продаје у корист повериоца. У време доношења Закона о хипотеци, улога катастра је подразумевала и доношење одлуке по жалби на решење о забележби хипотекарне продаје, али је каснијим изменама прописа ова улога пренета на Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре. Проблем се јављао, међутим, код примене одредбе члана 49. Закона о хипотеци која је предвиђала да права доцнијих поверилаца остају резервисана, што је у пракси тумачено да нема услова за брисање касније уписане хипотеке ако потраживање обезбеђено хипотеком није измирено. При томе, постојао је ризик уписа хипотеке на непокретности у корист Пореске управе или трећег лица уз сарадњу власника, ради обезбеђења дугова старог власника, у периоду од дана вршења увида у статус непокретности у евиденцији катастра пре продаје у вансудском поступку до момента подношења захтева за укњижбу новог власника на основу продаје у вансудском поступку, јер ЗОХ није забрањивао власнику оптерећење непокретности након уписа забележбе хипотекарне продаје већ само њено отуђење, а Пореској управи за упис хипотеке није ни била потребна сарадња власника.

Важећим ЗОХ, одредбе овог члана су измењене тако да све уписане хипотеке, као и други терети (уписани у регистар после хипотеке ради чијег намирења је извршена продаја, односно закључен накнадни уговор) престају по сили закона и надлежни регистар непокретности врши брисање по службеној дужности, без обзира да ли је потраживање намирено у целости, делимично или је остало ненамирено, те су очекивања да се овај проблем више неће јављати.

д) Намирење потраживања обезбеђеног хипотеком у стечајном поступку

Законом о хипотеци прописано је да уколико је потраживање обезбеђено хипотеком, поверилац има право да се намири у стечајном поступку, као разлучни поверилац, из вредности заложене непокретности. Закон о стечају предвиђа да се отварањем стечајног поступка разлучно право остварује искључиво у стечајном поступку, осим у случају доно-

шења одлуке о укидању забране извршења и намирења у складу са овим законом. Закон о стечају предвиђа и да се пријаве могу поднети по истеку рока одређеног решењем стечајног судије, али најкасније у року од 120 дана од дана објављивања огласа у Службеном гласнику Републике Србије, а све пријаве поднете по истеку рока од 120 дана биће одбачене као неблаговремене. То практично значи да је рок за пријаву потраживања преклузиван, те да пропуштање повериоца да поднесе пријаву практично значи губитак могућности да наплати своје потраживање из хипотековане имовине стечајног дужника. С обзиром да дерогира одредбе ЗоХ веома је важна одредба ЗоС која предвиђа да разлучна права стечена извршењем или обезбеђењем за последњих 60 дана пре дана отварања стечајног поступка ради принудног намирења или обезбеђења престају да важе и такви повериоци нису разлучни повериоци. Уобичајено објашњење ове одредбе је да се заснива на претпоставци да је дужникова несолвентност у том периоду могла или морала бити позната повериоцима и усмерено је на спречавање омогућавања повољнијег положаја појединим повериоцима у предстојећем стечајном поступку. При томе, ЗоС предвиђа да су разлучни они повериоци који имају заложно право на непокретности и имају право на првенствено намирење из средстава остварених продајом имовине, односно наплате потраживања на којој су стекли то право, а заложни повериоци су повериоци који имају заложно право на непокретностима, а немају новчано потраживање према стечајном дужнику које је тим заложним правом обезбеђено. На тај начин хипотека, практично искључује могућност да се други повериоци намире из вредности хипотековане непокретности уколико не успеју да успешно оспоре право разлучном или заложном повериоцу да се приоритетно намире из вредности остварене продајом. Заложни повериоци нису стечајни повериоци и нису разлучни повериоци. Заложни повериоци су дужни да у року за подношење пријаве потраживања обавесте суд о заложном праву, уз достављање доказа о постојању заложног права и изјаве о износу новчаног потраживања према трећем лицу које је тим правом обезбеђено на дан отварања стечајног поступка, чиме стичу својство странке. Заложни повериоци не могу да бирају и да буду бирани у скупштину и одбор поверилаца. Намирење разлучних и заложних поверилаца мора бити извршено у року од пет дана од дана када је стечајни управник примио средства по основу продаје имовине, односно наплате потраживања.

Али, статус разлучних и заложних поверилаца може бити доведен у питање путем побијања правних радњи специфичног за стечајни поступак, који предвиђа да ако захтев за побијање правног посла или друге

правне радње буде правноснажно усвојен, побијени правни посао односно правна радња немају дејства према стечајној маси, а противник побијања је дужан да у стечајну масу врати сву имовинску корист стечену на основу побијеног посла или друге радње. Што значи да уколико би хипотека била успешно побијена, она практично нема дејство, као да је избрисана. Према чл. 119. ЗоС правне послове и друге правне радње закључене односно предузете пре отварања стечајног поступка, којима се нарушава равномерно намирење стечајних поверилаца или оштећују повериоци, као и правне послове и друге правне радње којима се поједини повериоци стављају у погоднији положај (у даљем тексту: поговдавање поверилаца), могу побијати стечајни управник, у име стечајног дужника и повериоци, у складу са одредбама овог закона. При томе, закон прави разлику између уобичајеног намирења, неуобичајеног намирења, непосредног оштећења поверилаца, намерног оштећења поверилаца, послова и радњи без накнаде или уз незнатну накнаду.

Правни посао или друга правна радња предузети у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење на начин и у време који су у складу са садржином његовог права (у даљем тексту: уобичајено намирење), могу се побијати ако је у време када су предузети стечајни дужник био неспособан за плаћање, а поверилац је знао или морао знати за његову неспособност плаћања. Правни посао или правна радња којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето, могу се побијати ако су предузети у последњих дванаест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Обезбеђење које је стечајни дужник дао за зајам, односно друге правне радње које у економском погледу одговарају одобравању зајмова, лицу повезаном са стечајним дужником, у смислу овог закона, осим лица које се у оквиру своје редовне делатности бави давањем кредита или зајмова, у тренутку када је било трајније неспособно за плаћање у смислу овог закона или у року од годину дана пре дана отварања стечајног поступања над друштвом, не производи правно дејство у поступку стечаја над друштвом. Правни посао и правна радња стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду могу се побијати ако су закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. А према ставовима заузетим на саветовању на Златибору у септембру 2015. године јемство и залога стечајног дужника су дефинитивно добродина располагања која се

могу побијати у року од 5 година, јер право регреса које залогодавац и јемац имају се по мишљењу ПАС не сматра накнадом и не чини овај посао теретним.³ Са друге стране, на тему правне природе уговора о јемству Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 1345/2014 од 1.10.2015. године⁴ констатује да се Уговор о јемству не може сматрати уговором без накнаде, јер на страни лица које приступа обавези као јемац постоји мотив и разлог за прихватање обавезе главног дужника, али и право да по испуњењу преузете обавезе од главног дужника захтева накнаду онога што је исплатио за његов рачун, те да имајући у виду правну природу уговора о јемству основ, односно кауза за закључење таквог уговора између јемца и повериоца не мора бити видљив, јер се тај однос између јемца и повериоца не тиче повериоца и не утиче на правно ваљано закључног уговора о јемству, јер се у међусобном односу јемца и повериоца дужник сматра трећим лицем. Поред тога, у случају усвајања плана реорганизације или УППР-а, ЗОС предвиђа да се права заложних поверилаца који нису разлучни повериоци не могу мењати или умањити планом реорганизације без њихове изричите сагласности, али предвиђа одрицање од заложног права као једну од мера за реализацију плана реорганизације, тако да се права разлучних поверилаца могу мењати и без њихове изричите сагласности. Такође, још један изазов може бити и оспоравање разлучног права повериоца од стране стечајног управника - што за последицу има обавезу повериоца да покрене парницу ради признања разлучног потраживања, у року од 15 дана од дана пријема закључка о оспоравању потраживање, а пропуштање да то уради има за резултат губитак разлучног права.

3 Привредни апелациони суд, 23. саветовање судија привредних судова РС, Радни материјал, Златибор 2015. године, Питања и одговори – стечајни поступак, питање број 42.

4 Параграфова збирка судске праксе Привредног апелационог суда, број 5/2015.

Aleksandar RADUJKO

MORTGAGE AND PROBLEMS OF ITS APPLYING

Summary

Mortgage Law has an undeniable place in the legal system, as it achieved its primary objective – simplification, cheaper and quicker registration of mortgages. Application of its solutions in practice has completely excluded the application of the Law on Enforcement and now Law on Enforcement and Security, except in exceptional cases of tenants who are not ready to agree to a loss of possession of immovable property. The obligation to obtain their consent has been abolished by the new amendments to the Mortgage Law and it can be expected that the number of exemptions will be even more reduced. It has been enabled that instead of through the court scheduling of the hearing, at which owner, debtor and the creditor have to access and to make payment of fees that are reaching significant amounts, mortgage can be inscribed by owners going to the counter of the court and upon verification of signature on mortgage statements for the price of about 500 dinars earlier, now by going the public notaries for a higher price, which still means less cost and time than before the adoption of Mortgage Law.

On the other hand, the realization of a mortgage pursuant to the provisions of the Mortgage Law in the past represented the exception rather than the rule, either because of absence of assistance of law enforcement authorities in its implementation or because of acts of the debtor in the form of subsequent mortgage inscription or appeal against the decision on the registration of Mortgage Sales.

Keywords: *mortgage concept, mortgage registration, cancellation of the mortgage, mortgage law, judicial mortgage, extrajudicial mortgage, pledge statement.*

Глигорије БРАЈКОВИЋ

директор Дирекције за правне послове UniCredit Bank Srbija a.d.

ЕСКРО УГОВОР У СРПСКОМ ПРАВУ

Резиме

Ескро је релативно незаступљен банкарски посао у Србији за шта је делимично заслужна његова комплексност. Предмет ескро-а могу бити новац али и различите робе или драгоцености. Ескро уговор је неименовани уговор који претежно има елементе уговора о отварању рачуна, уговора о остави, уговора о налогу и уговора о депозиту. Титулар ескро рачуна може бити физичко или правно лице и најбоље решење у српском регулаторном оквиру је да то буде једна од уговорних страна из основног посла. Важан елемент ескро посла је тзв. ескро механизам који је потребно детаљно и пажљиво дефинисати како би испунио циљ ескро уговора - трансфер средстава на основу неспорних докумената (ескро инструкција) поднетих у складу са роковима дефинисаним у ескро уговору. Битно својство ескро агента је његова репутација и независност. Улога коју ескро агент има би требала да буде што је могуће више механичка а што мање арбитрарна како би се избегли спорови. Ескро посао је значајан, јер пружа сигурност у извршење основних трансакција уговорних страна са минималним ризиком од наступања штетних последица, јер уговорени ескро механизам омогућава лак повраћај у почетну фазу трансакције у случају неиспуњења услова за њен завршетак.

Кључне речи: ескро уговор, ескро агент, ескро инструкције.

І Појам

1. Дефиниција ескро уговора

Шта је ескро? Како би га дефинисали у српском правном систему? Најчешће коришћена дефиниција ескро-а је да је то правни посао – ин-

струмент где трећа страна (ескро агент) држи одређена средства у име друге две стране које су закључиле основни правни посао. Средства остају у државини ескро агента све док не добије одговорајући писани или вербални налог за трансфер или док не истекне одређени рок или док се одређене обавезе испуне што је све дефинисано ескро уговором. Предмет ескро-а тј. средства могу бити новац али и различите робе или драгоцености. Дакле, као што видимо овај правни посао је хибридне природе и садржи обележја оставе, налога, депозита али и уговора о отварању рачуна због чега је тешко објаснити на једноставан начин његову правну природу. Можемо рећи да је у најширем смислу ескро правни посао који има за циљ да заштити интересе обе стране у процесу промене власништва у коме треће лице, посредник или агент има улогу да поступа у складу са унапред уговореним налозима и води рачуна да све активности у вези са извршењем уговора строго одговарају уговореним роковима. Али, најбоље је да кренемо од почетка и да погледамо развој овог инструмента.

2. Порекло ескро уговора

Као већина модерних банкарских производа и овај је последица развоја финансијског тржишта и први пут га срећемо као именован правни посао у Сједињеним Америчким Државама где је био предвиђен као инструмент који би заштитио имовину власника станова и кућа током Велике депресије (тридесетих година XX века). Наиме, велики број власника станова и кућа је губио своје станове, јер нису били у стању да плате порез на имовину који се плаћао једном годишње. То је озбиљна ставка и у данашње време а у доба кризе спада у велики трошак који је било тешко платити одједном. Зато је успостављен систем принудне штедње тако што би Ескро агент, који је у исто време био и кредитор (одобравао је зајам за куповину некретнине), сваког месеца одвајао одређену суму заједно са ратом кредита са рачуна власника некретнине и депонувао на рачун који је био ван домашаја власника некретнине.¹ За 12 месеци би се издвојила сума која би била довољна за порез на имовину и Ескро агент би је преносио на рачун пореских органа. Одвајати мањи износ месечно је било лакше, него исплатити све одједном када имате ограничена средства. Временом је у САД ово постала стандардна пракса у трансакцијама са некретнинама тзв. *real – estate* траксакцијама. Ова врста принудне штедње је била претходница модерних ескро рачуна који су се од тада развили у различите форме и врсте покривајући много шири

1 Доступно на адреси: http://escrowprocess.com/history_of_escrow.html.

спектар правних послова. У интернационалној пракси данас срећемо и интернет ескро, банкарски ескро, ескро у вези са располагањем правом интелектуалне својине, судски ескро, већ поменути ескро у трансакцијама са некретнинама, ескро у трансакцијама које укључују куповину или припајање праних лица (тзв. М&А трансакције). У овом тексту ћемо се фокусирати на ескро уговор у банкарској пракси и правне аспекте српског права које регулишу овај инструмент.

II Правни извори и елементи ескро уговора

1. Правни извори

Ескро уговор је неименовани уговор који претежно има елементе уговора о отварању рачуна, уговора о остави, уговора о налогу и уговора о депозиту.

Правни извори који дефинишу ову материју су:

1. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља;
2. Закон о платним услугама – ЗПУ, *Сл. гласник РС*, бр. 139/14;
3. Закон о платном промету, *Сл. лист СРЈ*, бр. 3/2002, *Сл. гласник РС*, бр. 5/2003, 43/2004, 62/2006, 111/2009, 31/2011 и 139/2014;
4. Одлука о ближим условима и начину отварања, вођења и гашења текућих рачуна – Одлука, *Сл. гласник РС*, бр. 55/15.

Банка код ескро посла отвара рачун за посебне намене који није посебно дефинисан у регулативи. Посматрајући строго формално, то је стандардни банкарски текући рачун чије отварање је дефинисано Одлуком. Како је ескро рачун по својој природи рачун у смислу горе поменуте Одлуке, уговор о отварању ескро рачуна мора садржати све неопходне елементе који су прописани Одлуком, али и у ЗПУ који такође регулише ову материју. Како се ради о специфичном правном послу не би га требало посматрати кроз оквирни уговор о платним услугама на начин како је дефинисан ЗПУ већ би га требало дефинисати кроз уговор о једнократној платној трансакцији у смислу члана 15. ЗПУ.

Ескро агент, тј. банка у складу са ЗПУ је дужан да пре закључења тог уговора титулару рачуна учини лако доступним одређене информације. То се, пре свега, односи на:

- 1) подаке који су неопходни да би се одређени инструменти платног промета правилно попунили (налози за пренос) а то су пре свега бројеви рачуна, нумеричке ознаке које означавају било број рачуна било идентификацију самог титулара;
- 2) рокове за извршење трансакције;
- 3) накнаде које морају бити транспарентно разложене уколико се састоје из више елемената;
- 4) као и одговорајући курс који ће се примењивати у случају потребе за замену валута (тзв. мењачка трансакција у оквиру уговора).

2. Елементи ескро уговора

Како би се осигурала пуна примена одредби ЗПУ ескро агент би требало да ескро уговор достави титулару рачуна у предговорној фази у његовом нацрту на транспарентан и касније лако доказив начин. То је изричит захтев ЗПУ и поред титулара нацрт је битно доставити и другој уговорној страни. Ово је разумљиво, посебно због чињенице да обе уговорне стране из основног посла имају велики интерес да одредбе ескро уговора одговарају њиховим појединачним циљевима па самим тим имају и интерес да се раније упознају са његовом предложеном садржином и дају коментаре уколико је потребно.

Оно што не би требало заборавити је обавеза да се у уговор унесу и друге информације које су битне за извршење трансакције. То значи да је поред горе поменутих обавезних елемената потребно унети и одредбе које конкретизују сваку активност као нпр. давање унапред потписаних налога за пренос без којих се не може извршити трансфер као кључни елемент ескро посла и сл. О свему овоме треба веома водити рачуна јер врло често се ескро уговор посматра као једноставан неименовани уговор који треба да испуни само начела Закона о облигационим односима а остало је на слободи уговорних страна да договоре. То може довести до нежељених последица, како за уговорне стране тако и за ескро агента. Као што се може видети ескро уговор мора испунити захтеве ЗПУ у погледу обавезних елемената уговора.

Из горе изложеног намеће се и питање ко је титулар рачуна који банка отвара? Да ли је то један од учесника у основном послу чије извр-

шеће ескро треба да омогући или је то посредник тј. банка која као независна страна треба да води рачуна о испуњености услова за реализацију ескро уговора или су то чак оба учесника у основном послу? Одоговор на ово питање није ни најмање споредан у разматрању ескро посла. Наиме како је ескро уговор у суштини уговор о отварању рачуна, са додатним обележјима која смо помињали, многе последице које имају везе са уговорним странама се преламају преко овог питања. Уколико је титулар рачуна једна од страна у основном послу онда се правила принудне блокаде примењују и на овај рачун, наравно уколико су у питању правна лица пошто се правила принудне наплате не односе на физичка лица. С друге стране ако је титулар банка као ескро агент онда се поставља питање да ли ће ово бити савршен механизам за избегавање правила принудне наплате за којим многи трагају и шта се дешава уколико рачуни банке буду блокирани из било ког разлога? Даље уколико су титулари рачуна оба лица из основног посла онако како је то регулисано у чл. 69. ЗПУ, да ли је ризик блокаде рачуна само појачан јер она може доћи са обе стране? Тај аспект за сада није појашњен и тек се чека одговор на ту дилему, јер искуство са заједничким рачунима је сувише мало и њихово функционисање је још увек недовољно испитано у пракси.

Како се ово питање постављало врло често пред банке које врше улогу ескро агента став који је преовладао у институцијама у којима сам имао прилике да радим је да је најмање ризично решење, узимајући у обзир све аспекте ескро посла, да титулар рачуна буде једна од уговорних страна у основном послу. Дакле, ризик принудне наплате свакако постоји, али се он транспарентно дели са уговорним странама које могу или не морају да прихвате такав ризик. Специфичност принудне наплате у нашем праву и овде долази до изражаја, јер је тај институт платног промета у нама познатом облику јединствен у упоредноправној пракси и не сме се игнорисати значај који има у нашем платном промету. Дакле решење је да једна од уговорних страна из основног посла буде титулар рачуна на који се депонују средства и чији даљи третман тј. трансакциони пут ће се детаљније дефинисати самим ескро уговором, о чему ће даље бити речи. Као што је речено, овде постоји ризик принудне наплате али у овом послу то потпада под комерцијалне ризике које ће уговорне стране проценити и одлучити да ли желе да уђу у такву трансакцију. Ризик принудне наплате може се умањити одређеним структурисањем трансакције или потпуно елиминисати уколико се физичко лице појави као титулар рачуна. Наравно блокада, тј. извршење на средствима на рачуну се не може

избећи уколико су у питању налог суда или органа који врши јавна овлашћења у принудној наплати.

Пошто је у природи ескро посла да средства остану неко време положена на рачуну у том делу ескро рачун има елементе уговор о банкрутском депозиту. Последично на средства ескро банка може плаћати камату, али и не мора што зависи од пословног договора са клијентом/клијентима. Овде је потребно водити рачуна уколико је титулар рачуна физичко лице због примене чл. 32. Закона о заштити корисника финансијских услуга ЗЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 139/2014 односно транспарентности коју тај пропис захтева. С обзиром на комплексну природу ескро посла савет је да се сви захтеви испуне, јер у случају спора како ће суд ценити претежну природу ескро посла није захвално предвиђати.

III Структура ескро посла

Ескро уговор има неколико типичних корака који се испуњавају како би се ескро посао привео крају. Важно је напоменути да је ескро уговор уговор за један посао, тј. он се гаси исцрпљивањем свог циља. Најчешће уговорне стране из основног посла у циљу заштите својих интереса из основног посла захтевају отварање ескро рачуна. Основни посао су најчешће преузимање тј. куповина удела или акција у правном лицу и купопродаја непокретности. Након што банка прими захтев и сагледа његову извршивост она даје предлог уговора у коме ће бити утврђена права и обавезе уговорних страна и дефинисан најважнији елемент – ескро механизам. Кључни део сваког ескро уговора је механизам. Њиме се утврђују кораци и документа (ескро инструкције) и временски рокови на основу којих поступа ескро банка. Утврђује се ко отвара рачун, тј. ко је горе поменути титулар (купац или продавац из основног посла). Формално, али и суштински ће рачун бити на договорено лице које може располагати средствима на рачуну само на основу уговореног механизма. Уговор дефинише и у којим роковима се средства уплаћују на рачун. Затим се утврђује на основу каквих докумената се средства трансферишу другој страни и у којим износима. Овде се утврђују у ком року могу бити поднета документа, која су то документа, у ком облику (оригинал или оверена копија, ређе обична копија) и како се у зависности од поднетих докумената обрачунава и преноси одређени износ. То је суштина ескро механизма.

У стварном животу у поједностављеном облику узмимо пример куповине некретнине тј. уговора о купопродаји непокретности као основног уговора како бисмо приближили све теоретски објашњене појмове. Закључењем уговора о купопродаји продавац преноси власништво на купца по исплати цене. Међутим, поступак у катастру ради преноса, тј. уписановог власника може да потраје дуже време и купац није рад да током тог периода буде и без својих средстава и без уписаног власништва у надлежном катастру. И поред јасних права које даје свако континентално право и које купац може да оствари у судском спору у случају да не буде био у могућности да се упише као власник пут до његовог већ датог новца може бити несигуран и дуг ако не и потпуно неуспешан. С друге стране, ни продавац није спреман да сачека купца са плаћањем цене док овај не буде уписан као власник. Најгори сценарио у том случају може бити да се купац упише као власник, али да одбије да исплати цену. Судска заштита је загарантована за продавца у том случају, али опет може бити дуга мада је сигурност доброг исхода далеко већа него у претходном случају. Због тога се прибегава ескро уговору који дефинише да се купопродајна цена депонује на рачуну купца и да ће бити ослобођена, тј. пренета на редовни рачун продавца када се ескро агенту поднесе оригинални извод из катастра где се види да је купац уписан како власник некретнине која је предмет купопродаје са 1/1 власничким уделом и без било каквих терета. Дакле, у периоду док траје поступак уписа купаца је депонувао купопродајну цену на рачун са којег не може вршити трансфере осим уколико се не деси случај дефинисан ескро уговором – подношење ескро агенту листа непокретности у коме је купац уписан као власник непокретности са 1/1 без било каквих терета. То доноси сигурност и продавцу који чека моменат уписа у катастар и након тога је сигуран да ће се купопродајна цена пренети на његов рачун. Видимо у овом примеру да ескро уговор пружа сигурност обема странама и омогућава умањење ризика код ових трансакција.

Основни уговор, тј. трансакције наравно могу бити веома компликоване – у наведеном примеру не чека се само упис власништва већ и брисање терета, службености или легализовање објеката, тј. конверзија власништва на парцелама, некада и подела тј. препарцелизација. Врло сложене структуре се јављају код тзв. *share deal* односно при промени власништва на уделима односно акцијама у правним лицима. Сама промена власништва није најчешће спорна и уписује се релативно брзо у надлежним регистрима. Међутим, само стање компаније је далеко сложеније питање. Тада се јављају тзв. задржани износи који се пуштају продавцу или пак

враћају купцу у зависности од исхода независне процене компаније која се врши једном када купац уђе у њу на основу финансијских извештаја на крају наступајуће финансијске године или исхода великих спорова који могу имати значајан финансијски утицај на стање циљне, већ купљене компаније. Након процене стања и резултата те компаније а на основу изјава или других унапред дефинисаних документа (извештаја ревизора, вештака или правоснажне судске пресуде) ескро агент прослеђује задржани износ ка купцу или продавцу. Овакве структуре су веома захтевне и требало би им прићи са великом пажњом. Очекивања уговорних страна су углавном увек различита и ту је улога ескро агента кључна и мора бити подржана јасним уговорним одредбама. Спорови који настају у ескро трансакцијама су најчешћи у оваквим структурама.

IV Ескро агент

Ескро агент или *Escrow officer* је банка којој је поверен задатак да спроведе ескро механизам на договорен начин у за то одређеним временским роковима. Ескро агент помаже уговорним странама да се дефинише ескро уговор припремајући нацрт уговора, ескро инструкција, тј. припрема нацрте докумената која су неопходна за активирање одерђених корака у ескро механизму. Независност и репутација ескро агента су кључни при избору. Обе уговорне стране из основног посла морају имати довољно поверња како би осетљиви део трансакције, а то је исплата цене и трансфер власништва што су најчешћи циљеви основних уговора, поверили трећем лицу. Та репутација мора да се пажљиво гради и ескро агент мора имати оспособљен организациони део који се бави овим пословима. Током историје показало се да репутабилна трећа страна од поврења и није обавезно била толико репутабилна.² Као резултат тога у упоредном праву, нарочито англосаксонском подручју, ескро агент мора да испуни неколико услова како би добио лиценцу за ескро агента. Врло слично условима за јавног бележника, ескро агенти морају да испуне репутационе услове, да имају чисту професионалну и кривичну евиденцију и наравно да положи финансијске гаранције које ће гарантовати брзу накнаду штете у случају злоупотребе своје функције.

Приликом дефинисања ескро механизма потребно је бити веома пажљив пошто неспретно дефинисан механизам, тј. ескро инструкције

2 Доступно на адреси: http://escrowprocess.com/history_of_escrow.html.

или документи на основу којих се врше трансфери могу бити основ за спор занакнаду штете од стране једне од уговорних страна према ескро агенту. У том смислу потребно је оставити што мање арбитрарности на страни ескро агента, већ цео механизам подредити што једноставнијем механизму који не захтева додатна тумачења од стране ескро агента. То подразумева његову механичку улогу како се то често назива. У наведеном примеру то би било активирање механизма преноса средства на основу извода из катастра о упису власништва у обиму 1/1 без терета. Као што видимо тешко да може бити спора ако се поступи по таквом документу и нема много простора за тумачење шта то подразумева. Уколико са друге стране имамо на пример инструкције које кажу да се средства трансферишу ако је уписано власништво у обиму од 40% простор за евентуални спор је прилично велики, јер како доћи до јединственог и неспорног закључка шта је 40% некретнине имајући у виду да је у катастарском изводу све изражено у разломцима? Такав обрачун може да се постигне на различите начине а и тумачење његове исправности може да има различите закључке који даље могу водити у спор који сам по себи без обзира на коначан исход може урушити репутацију која се тешко гради. У пракси описани проблем се јавио и спор који је следио није било лако разрешити. Ескро агент је одбио да изврши пренос средстава поступајући строго формално, јер извод из катастра није наравно помињао 40% некретнине. Након дугих преговора грешка је исправљена анексирањем ескро уговора и правилним дефинисањем ескро механизма након чега је омогућен трансфер цене. Разуме се репутација ескро агента није остала нетакнута.

Ескро агент је и тачка у којој се слива комуникација уговорних страна у трансакцији. Ескро агент брине о примању новца на рачун, слању потврда о пријему средстава и стању на рачуну. Он је дужан по пријему исправних ескро инструкција да изврши трансфер средства или уколико дође до неиспуњења услова из ескро уговора да средства ретрансферише на иницијаног уплатиоца. Како је сам ескро уговор слободна форма осим обавезних елеманата дефинисаних Одлуком, ЗПУ, ЗЗКФУ и другим мандаторним нормама нашег права, тако је могуће уговорити и различите друге обавезе ескро агента али и ограничење његове одговорности. Једна од кључних ограничења одговорности је она која се односи на везу између основног посла и ескро уговора. Врло често се одредбе ескро уговор, као и појмови и рокови у њему дефинишу са референцом на основни посао. То је само по себи веома ризична ситуација за ескро агента, јер тиме уводи директну зависност ескро уговора од судбине основног посла

у коме он није уговорна страна. Дакле ескро агент губи контролу над ескро уговором пуком сагласношћу воља уговорних страна из основног уговора или као последица догађаја који проистиче из основног уговора (раскидни услов или догађај итд.). Како би ескро уговор задржао своју самосталност независну од живота основног уговора требало би врло пажљиво одредити овај однос, јер је међузависност неопходна али не на штету било које од уговорних страна.

На крају оно што ескро агент не би смео да преузима је да на било који начин наруши своју независност. То подразумева да би требало да се уздражи од било каквих савета у вези са основним послом, било правних било финансијских.

V Ескро инструкције

Ескро инструкције су документи који се подносе у циљу активирања ескро механизма. Ескро инструкције могу бити најразличитије и наравно зависе од основног посла. Често се због постојања ескро инструкција ескро посао меша са документарним банкрутским пословима а понекад се погрешно сматра као дериват акредитва. То наравно није тачно, јер разлика између тих послова је веома велика и сматрам да нема разлога да је овде ближе елаборирамо. Ескро инструкције су најчешће документи јавних/државних органа, заједничке изјаве странака, ређе самосталне изјаве странака или изјаве вештака или независних експерата као што су ревизори. Као што је речено за ескро агента је јако битно да су те изјаве неспорне, тј. једноставне за тумачење. Уколико су у питању документи јавних органа они би требали да буду коначни, тј. такви да није могуће изјавити жалбу на њих (нпр. решења о упису у катастар или Регистар правних лица Агенције за привредне регистре, већ поменуте пресуде надлежних судова). То би требало да буду документи које је лако препознати, тј. који су познати ескро агенту по својој форми. Упис из регистра привредних друштава Боцване није баш често виђен у Србији и могао би бити проблема у утврђивању његове аутентичности, нарочито што ескро агент има одређени рок у коме треба да поступи по поднетим ескро инструкцијама. Што се тиче заједничких изјава уговорних страна из основног посла оне би требало да су оверене код надлежног органа како не би било спора у вези са аутентичношћу потписа овлашћених лица при потписивању било које од страна. Свака сложенија ситуација би само доносила додатни ризик за ескро агента и повећавала могућност спора.

VI Ескро накнаде

Ескро уговор је наравно теретни уговор. За све активности које пружа ескро агент уговорне стране из основног посла дугују одређену накнаду. Ова накнада се договором уговорних страна обично пребацује на једну од уговорних страна (и то обично купца) мада је могу сносити и уговорне стране заједнички. Накнада је по својој природи комерцијално питање и обично зависи од обима активности које преузима ескро агент и/или износа средства која се трансферишу ескро уговором. У овом другом случају накнада се рачуна као проценат укупног ескро износа. Обично се наплата накнаде обави одмах по отварању ескро рачуна, тј. након потписивања ескро уговора. То наравно не мора бити случај па се може и уговорити и парцијална наплата, чак и накнада директно повезана са успешним трансфером ескро износа.

VII Окончање ескро уговора

Ескро уговор није дугорочни уговорни однос. Он се закључује у циљу успешног окончања трансакције коју су уговорне стране из основног посла закључиле. Дакле када се исцрпе све обавезе и када се трансферишу средства на основу ескро механизма живот ескро уговора је окончан и тада се он гаси а обавезе уговорних страна престају. Ово наравно није једини начин да се ескро уговор оконча. Иако су интенције уговорних страна биле да се трансакција изврши врло често не долази до тога из различитих разлога. На пример, до одређеног рока није дошло до брисања терета у надлежном катастру услед нерешених захтева или зато што постоје тешко отклоњиве препреке за упис права својине као што су претходна правна питања и судски спорови. Тада се ескро гаси због истека рока на који је уговорен пошто је време битан елемент ескро уговора. Због таквих ситуација јако је битно уговорити механизам који ће се применити у том случају. То подразумева трансфер средстава на унапред дефинисане рачуне једне од уговорних страна као би ескро рачун који се гаси био празан. У пракси уколико и даље постоји воља да се основни правни посао заврши у додатном времену уговорне стране могу тражити закључење анекса уговора о отварању ескро рачуна и тиме дати шансу да се у новом року трансакција заврши. Дакле ескро уговор може престати због испуњења сврхе уговора, због истека рока или заједничког раскида усаглашеног између свих уговорних страна укључујући и ескро агента и услед основа дефинисаних Одлуком као што су смрт, престанак правног

лица уколико је у питању правно лице који је титулар рачуна, стечај, ликвидација или престанак правног лица у случају статусне промене.

VIII Закључак

Ескро уговор није много познат у српском праву. Његове предности су релативно слабо коришћене и чак ни банке као типични ескро агенти не улазе радо у те трансакције. Основни проблем лежи у чињеници да је то у основи рачун који подлеже правилима принудне наплате те се његова сигурност не види у потпуности. Додатно судска пракса је последично сиромашна и нису познати могући правци размишљања правосуђа у случају спора. Сматрамо да поменути разлози не би требало да стоје на путу већој примени овог посла који са развојем тржишта и растом привреде постаје све занимљивији због сигурности коју носи са собом. Добар коментар за ескро уговор је да је то уговор за миран сан.³ О томе сведочи и заступљеност овог посла у другим земљама као и његова употреба у најразличитијим сферама као што је већ поменути интернет ескро.

Gligorije BRAJKOVIĆ

Executive at Legal affairs office, UniCredit Bank a.d., Serbia

ESCROW AGREEMENT IN SERBIAN LAW

Summary

Escrow is relatively non-common banking product in Serbia partially due to its complexity. Subject of the escrow – i.e. the funds can be the money and different goods or valuables. As unnamed legal transaction escrow agreement mostly has elements of the account opening agreement, store contract, order and the deposit agreement. Titular of the escrow accounts can be physical or legal entity and the best solution in the Serbian regulatory framework is to opt for one of the contractual parties in the underlying agreement. The important

3 Профит магазин доступан на: http://www.profitmagazin.com/izdanja/broj_26.258.html.

element of the escrow agreement is the so-called escrow mechanism. Escrow mechanism which should be in detail and carefully defined to meet the goal of escrow agreement – transfer of funds on the basis of the uncontested documents (escrow instructions) submitted in accordance with terms defined in escrow agreement. Important characteristic of the escrow agent is its reputation and independence. The escrow agents' role should be as many mechanical and less arbitrary in order to avoid disputes. Escrow transaction is significant because it provides security to perform underlying transactions of the parties with minimal risk of occurrence of the harmful consequences as arranged escrow mechanism allows an easy return to the initial phase of the transaction in the case of failure to meet the conditions for its closing.

Key words: *escrow, escrow agent, escrow instructions.*

XXV СУСПРЕТ
ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ ПОДРЖАВАЈУ



Intermex, Београд

"Имлек" а.д., Београд

"Energoprojekt Holding" а.д., Београд

Привредна комора Србије

Привредна комора Београда

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

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

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

Тромесечно. - Је наставак: Privredno pravni priručnik =

ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343