

**Проф. др Младен Драшкић,
професор Економског факултета, Београд**

UDK 347.7

Ђутање као изјава прихвата

Резиме

Ко ћутаји не изјављује нисића. То је ошићите правило прихваћено у свим националним правима. Од тог правила се, међутим, такође у свим правима, чине изузети. Учланку је изложен став правне доктрине о ћутању као изјави волje и наведене и анализиране типичне ситуације у којима се при закључивању уговора ћутању изузетно признаје дејствво прихвата. То су: (1) претходни споразум споранака, (2) обавеза изјашњавања одређених карактеристика лица, (3) обавеза изјашњавања при закључивању одређених уговора, (4) обавеза изјашњавања која настаје из ранијег послововања међу споранкама, (5) понуда коју је приложио понуђени, (6) коначна понуда коју је споранка учинила после преговора, (7) ћутање као прихвати пријавонуде, (8) закаснели прихватај, (9) дејствво ћутања при закључењу уговора на основу ошићих услова послововања и (10) појаврдна писма. У закључку аутор констатује да правосуђе у свим земљама шумачи изузетке од правила да ћутање не може представљати изјаву волje веома ресирикитивно. Чак и кад постоји описане ситуације, судови оклевавају да аутоматски скључе ошићите правило. Одлуке судова, у којима се признаје ћутању дејствво прихвата, засноване су на сличном фактору који су говорили у прилог таквог решења. При одлучивању да ли да у наведеним изузетним ситуацијама признају ћутању дејствво прихвата или не да, судове су утицали и извесни ошићи фактори као што су превачки карактер уговорних односа, оправдано поверење споранке која се позива на уговор, важност и природа спеченог или укинутог права, неоправдано богођење и криперијум поштења и савесности.

Кључне речи: ошиће правило, изузети, прећутходни споразум спранака, изјашавање одређених категорија лица, изјашавање при закључивању одређених уговора

Ко ћути не изјављује ништа. То је правило од кога се полази у праву. При том се под ћутањем подразумева не само одсуство изричите изјаве воље него и потпуна пасивност једног лица. Оно нити шта говори нити шта ради. У томе се ћутање разликује од прећутне изјаве воље, при којој такође не постоји изричito испољавање воље, али постоји понашање које указује на постојање одређене воље.

Опште правило по коме ћутање не представља изјаву воље усвојено је због тога да би се заштитила лица, која су пасивна због слабости или незнанja, од обавеза које би наступиле против њихове воље. У супротном свако би морао да се изјавама воље брани од понуда које би му стигле. »Таква стална одбранбена битка не може се појединцу наметнути на генералан начин¹⁾.

Као и сва основна правна правила и ово трпи изузетке који нису ретки и јављају се како при закључивању уговора тако и при његовом допуњавању, мењању, раскиду и тумачењу. Те изузетке дозвољавају и законодавство²⁾ и правосуђе, нарочито у домену закључивања уговора, па ће због тога претежан део излагања у овом раду бити посвећен ћутању као изјави прихвату.

Став правне доктрине о ћутању као изјави прихвату

Ретке су правне области у којима је правна доктрина тако богата различитим теоријама као што је ова. То произлази из изузетности овакве ситуације и тегоба у које је законодавство и правосуђе ставило теорију да објасни тоталну апстиненцију једног лица као његову изјаву воље.

Има аутора³⁾ који сматрају да се не може од ћутања, које по дефиницији није ништа, створити једна форма изражавања воље. Случајеви тзв. »прихвате ћутањем«, које предвиђају закони и правосуђе, не везују у ствари настанак уговора за ћутање, него за друге околности⁴⁾ које оправдавају закључак о постојању прихвата: или се радило о прећутном прихвату или о потврди већ закљученог уговора или је у односима међу странкама постојала резерва прихвата која је обавезивала неког корисника да обавести понуђача о свом одбијању да закључчи уговор. Тако се преузимање понуђене ствари, које несумњиво изражава вољу за прихватом, пре

1. Götz, Donald, "Zum Schweigen im rechtgeschäftlichen Verkehr", стр.20.

2. В., на пр., наш Закон о облигационим односима, чл.42, стр.3-5 и чл. 901 ст.3 и 4.

3. Aubert, Jean-Luc, "Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat", Thèse, Paris, 1969., стр.390-459.

4. "Le silence d'une partie ne peut l'obliger en l'absence de toute autre circonstance".- Capitant, Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, стр. 268.

може објаснити радњом понуђеног, која се састоји у преузимању, неголи његовим ћутањем. Ако једно лице учини предлог уз резерву свог накнадног пристанка, онда такав предлог не представља понуду, али он обавезује предлагача да обавести онога који је учинио понуду у одговору, тј. послао поруџбину, да одбија понуду. Ако понуђач не прими никакав негативан знак, треба сматрати да је његова понуда прихваћена. Овде је настанак уговора директна последица недостатка одговора на поруџбину. Чим постоји обавеза да се изрази негативна воља, не може се истовремено тражити да се изјављује позитивна намера. У овом случају постојања резерве прихвата доводи до последице да је ћутање прихват. Сагласност воља настаје из саме чињенице да она није изричito негирана.

Већина аутора, међутим, прихвата идеју да ћутање може изузетно изражавати прихват. Разлике између ових аутора постоје у погледу основа оваквог прихвата и у погледу његових претпоставки. Да би се оправдали ови изузети извесни аутори су инсистирали на постојању додатних околности, које имају за дејство да »обојек ћутање и да му дају вредност изјаве воље. Други⁵⁾ су дошли до закључка да је став апстиненције нека врста понашања која може прећутно изражавати вољу кад је довољно карактеристичан. Ћутање значи прихват само у ситуацијама кад понуђач ћутању не може дати никакво друго значење сем сагласности. Планиол-Риперт⁶⁾ сматрају да је овде одлучујуће очекивање понуђача које произлази из претходних преговора (на пример ћутање на понуду која је уследила на основу неког инвитације ад офферендум). Williston⁷⁾ наводи и претходни споразум као претпоставку за закључивање уговора ћутањем.

Значајан број аутора⁸⁾ заснива прихват ћутањем на обавези понуђеног, која настаје под одређеним околностима, да обавести понуђача кад не жели да прихвата понуду. Понуђени је »крив« зато што је повредио обавезу да говори. Побијајући ово гледиште његови противници сматрају да би повреда једне такве обавезе могла повлачити само санкцију накнаде штете, али не и закључење уговора. По њима⁹⁾, треба пре поћи од поверења понуђача, јер он зна за околности због којих се ћутање може тумачити као прихват.

По Fabricius-y¹⁰⁾ ради се о наметању правних обавеза због јавних интереса у оквиру приватног права, које је нужно ради одржавања несметаног одвијања правног промета. Субјектима се откроишу облигациони односи кад је то на основу њи-

5. Klang, Heinrich, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, - Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1951-1954., пар. 863.
6. "Traité pratique de droit civil français". Vol. 6. Obligations, - Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954., бр.109.
7. "A Treatise on the Law of Contract". - Mount Kisco, Baker, Noorhis and Co., 1957-1961., пар.91.
8. Staudinger, J.von, "Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", Hamburg, Walter de Gruyter und Co., 1957., пар 146, бр.8; Becker, H. Obligationenrecht, Band I и II, Stämpfli, Bern 1934. и 1941, чл.бр.39.
9. Götz, op.cit., стр.25-40.
10. "Stillschweigen als Willenserklärung", JuS 1966, стр. 58.

ховог става и понашања у одређеној ситуацији могуће, да би се ризици поделили, штета спречила или равномерно расподелила¹¹⁾.

Интересантно је, најзад, и гледиште које објашњење прихвата ћутањем налази у појму злоупотребе права. »Ако имам право да не одговорим на учињену штету, немам право да злоупотребим моје ћутање, кад ћутањем свесно икодим другима¹²⁾. Ова доктрина не објашњава, међутим, како ћутање, које није изјава воље, може изражавати свесну намеру да се причини штета.

Свакако да је утврђивање да ли се ћутањем изражава потврда, негирање или просто дезинтересовање, могуће само уз помоћ других критеријума. Видели смо да су то, по некима, околности које ћутању дају карактер изјаве воље, по другима је то повреда оправданог очекивања друге стране, (повреде принципа поверења), по трећима повреда обавезе обавештавања итд. Ниједан од ових критеријума, којима треба приодати и повреду принципа поштења и савесности, не може сам по себи да објасни све ситуације у којима се у законодавству и правосуђу ћутање квалификује као прихват. Оште правило о ћутању као изјави воље ретко се среће у упоредном законодавству. Швајцарски Законик о облигацијама (чл. 6) један од ретких националних извора права¹³⁾ који садржи такво оште правило: »Кад понуђач с обзиром на нарочиту природу посла или с обзиром на околности не може да очекује изрично прихваташе понуде, уговор се сматра закљученим ако понуда није одбијена у примереном року«.

Према коментару овог законика¹⁴⁾, ово правило се примењује само ако понуда има две особине: (1) да је учињена између одсутних лица, и (2) да у њој није изричito одређен рок њеног трајања. Сматра се да одређивањем рока трајања понуде, понуђач изјављује да у оквиру тог рока очекује изричiti прихват. »Околности на основу којих се не очекује изричiti прихват» треба разумети свеобухватно: судија мора да испитује целокупност околности у време одласања понуде како би утврдио да ли је понуђач смео и морао да закључи да ћутање понуђеног представља прихват. »Нарочита природа уговора» је само једна од могућих околности, који се одређује према садржини предложеног уговора.

У националним законодавствима постоје, међутим, и посебна правила која се односе на одређене, »типичне«, ситуације у којима се ћутање изузетно квалификује као изјава прихватата. Оваква правила формирала су се и у правосудној пракси. Размотримо неке од ових типичних ситуација.

11. Немачки Reichsgericht усвојио је следеће правно начело: "Свако би морао при пословном понашању према другоме дозволити да му се припише такав смисао понашања какав оно има за примаоца сагласно промету". (v.Götz, op.cit., стр.59).
12. Popesco-Rammusceano, *Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit*.- U: "Revue trimestrielle de droit civil", 1930, стр.1004.
13. Пар.151 BGB о прихвату без обавештавања односи се на прећутан прихват.
14. Schönerberger-Jäggi, "Obligationenrecht", Schulthess polygraphischer Verlag, Zürich 1973., стр. 459 и 460.

1. Претходни споразум странака

Из принципа аутономије воље произилази да, ако постоји претходна сагласност воља странака да ће се уговор сматрати закљученим у случају да једна од њих ћути пошто је друга учинила понуду, ћутање понуђеног производи дејства прихвата. Таква ситуација може настати и на основу простог овлашћења понуђеног да понуђач може да тумачи његово ћутање као прихват. Међутим, понуђач не може својом једностралном вољом наметнути обавезу изјашњавања понуђеног. »*Он не може присилиши понуђеног да узме своје поеру у руке или да пошире марку од два цента, или да отвори усјта, уз казну да ће бити везан уговором ако то не учини*«¹⁵⁾. То опште усвојено правило националних права изражено је и у чл. 42 ст.2 нашег Закона о облигационим односима: »*Нема дејствова одређба у понуди да ће се ћутање понуђеног или неко друго његово пропуштање* (на пример, кад не одбије понуду у одређеном року, или ако послату ствар о којој му се нуди уговор не врати у одређеном року и сл.) *сматраши као прихватање*«. У основи овог правила лежи начело да понуђач може да одређује модалитетете прихвата, али не и начине одбијања понуде.

Споразуми о прихвату путем ћутања се врло често јављају у случајевима кад је роба послата на пробу. Поједини уговори (као што је то, на пример, случај са уговором о закупу, уговором о сталном или периодичном снабдевању робом, уговорима о услугама) садрже често клаузулу која предвиђа да ће уговор бити обновљен ако једна странка не јави другој супротно пре извесног датума.

Споразуми о прихвату путем ћутања нису, разуме се, могући кад се ради о закључењу уговора за који закон прописује одређену форму.

2. Обавеза изјашњавања одређених категорија лица

Обавеза изјашњавања се у националним правима везује за одређене категорије лица. Она може бити заснована на закону, као што је то случај са обавезом изјашњавања адвоката и нотара¹⁶⁾, или на обичајима – као што је то случај са трговцима. Мада је правило да је сваки трговац увек дужан да одговори кад прими понуду, које је истицано у правној доктрини XIX века, напуштено, ћутању се међу трговцима генерално пре придаје значење прихвата, неголи што је то случај међу другим лицима. То посебно важи за случај кад понуђач заједно са понудом достави и пословне услове. Прихват понуде подразумева тада и прихват пословних услова понуђача. До овог закључка је правосуђе долазило нарочито у ситуацијама кад су пословни услови и раније били основ њихових уговора.

У овом домену имају велики значај трговачки обијачи у одређеној делатности или у одређеном месту. Судске одлуке су често биле засноване на трговачким обичајима који су одређивали да трговац – понуђени мора одговорити брзо ако не жели уговор¹⁷⁾. Ово нарочито важи за трговачке агенте, комисионаре и посреднике.

15. Corbin, Arthur Linton: "On Contracts", 1950-1964.g., par. 73 уз 310.

16. Швајцарски Законик о облигацијама, чл.395.

Наш Закон о облигационим односима такође квалификује ћутање као прихват кад су у питању одређене категорије лица. Према чл. 42 ст. 4, лице које је понудило другоме да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице у чију пословну делатност спада извршење таквих налога, дужно је да изврши добијени налог ако га одмах није одбило. У овом случају, дакле, извршилац налога који не жели закључење уговора мора реаговати на налог. Ако то не учини одмах или у остављеном року уговор автоматски настаје.

3. Обавеза изјашњавања при закључењу одређених уговора

У националним правима се при закључењу одређених уговора утврђује обавеза понуђеног да се изјасни. Тако наше право¹⁸⁾ предвиђа обавезу изјашњавања при закључењу уговора о осигурању. Ова обавеза утврђује се и при продужавању одређених трајних уговора (уговора о закупу и уговора о лиценци¹⁹⁾). Ако једна странка, по истеку времена за које је такав уговор важио, настави са употребом ствари која је предмет закупа или са коришћењем предмета лиценце, а друга се томе на време не усprotиви, продужава се важење ранијег уговора под истим условима. Ћутање овде изазива аутоматско продужење уговора на неодређено време.

Средњеевропска права такође садрже посебна законска правила о обавези изјашњавања при закључивању и настављању одређених уговора²⁰⁾. Америчко право²¹⁾ садржи правило које ставља у обавезу понуђачу да се изјасни ако не жели уговор о продаји. Наиме, ако понуђени у свој прихват унесе допунске клаузулe, а понуђач на то не стави приговор, те допунске клаузулe могу постати део уговора.

Категорија уговора при чијем закључивању је у националним правима најчешће ћутању пријато значење прихватата су уговори у искључиву корист понуђеног. Кад је понуда учињена у искључивом интересу понуђеног, његово ћутање сматра се у већини континенталних права прихватом. Понуда је учињена у искључиву корист понуђеног онда кад се њеним прихватом не стварају никаква одговорност нити ризици понуђеног. У правима *common law* система ће се овај изузетак ретко јављати јер се тамо за сваки пуноважан уговор захтева *consideration* (противобећање, накнада). Тада *consideration* може бити и формалан (понуда учињена *under seal*) и једино у тим ситуацијама може настати уговор у искључиву корист понуђеног и на основу простог ћутања.

Овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват не односи се на закључивање уговора о поклону, као најкарактеристичнији уговор у корист понуђеног,

- 17. В. Одлуку француског Касационог суда од 9.јуна 1956. Цитирано према извештају о француском праву у "Formation of Contracts".
- 18. ЗОО, чл. 901 ст.3 и 4. Исто и америчко и француско право (чл. 7. Закона од 18. јула 1930)
- 19. ЗОО, чл. 596 и 709.
- 20. Аустрички Грађански законик – пар.1114, Аустрички трговински законик – пар.346 и 362, BGB – пар.496, 516 ст. 2, 568, 581 ст. 2, 625, HGB – пар. 346 и 362, швајцарски Законик о облигацијама – чл. 225, 268, 292, 346 и 395.
- 21. Једнообразни трговачки законик – пар. 2-207(2).

јер је овај уговор у већини права формалан или бар реалан, али се широко примењује при понуди јемства или гаранције и при бесплатној понуди права опције или другог сличног права (на пример права прече куповине).

4. Обавеза изјашњавања која настаје из ранијег пословања

Претходно пословање између странака може бити један од пресудних факто-ра за квалификање ћутања као прихвата. Начин на који су странке обавиле сличне трансакције у прошлости може указивати да и при конкретном уговорању ћутање треба разумети као прихват. Пословни односи који су преовлађивали међу странкама могу бити такви да траже одбацивање понуде када понуђени није вољан да закључи предложени уговор. То је нарочито случај кад се ради о континуираној испоруци робе. Пријем претходних испорука робе и исплата њихове цене ствара за понуђеног обавезу да се изјасни, ако не жели уговор о новоприспелој количини робе, чак и ако ову робу не употреби. Чињеница да се ради о трговачким уговорима може takoђе утицати на суд да тумачи ћутање као прихват понуде, ако је таква понуда учињена у оквиру граница ранијих аранжмана.

Ова обавеза изјашњавања која настаје из ранијег пословања је широко прихваћена у националним правима. У већини права она произилази из одговарајуће праксе судова. У нашем праву је овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват регулисан Законом о облигационим односима. Чл. 42 ст. 3 ЗОО садржи опште правило о значају ћутања у таквом случају. Кад понуђени стоји у сталној пословној вези са понуђачем у погледу одређене робе, сматра се да је прихватио понуду која се односи на такву робу, ако је није одмах или у остављеном року одбио.

5. Понуда коју је тражио понуђени

У већини националних правних система²²⁾ оглашавање, слање каталога, ценовника, тарифа, проспеката и сл. не сматра се понудом за закључење уговора, већ позивом на понуду (*invitatio ad offerendum*). Позивом на понуду се у средњевропским правима сматрају и предлози за закључење који садрже клаузулу »без обавезе« (*sine obligo, freibleibend*) Позитиван одговор на такав позив, мада се креће у оквиру услова који су у њему дати, не доводи до закључења уговора, већ је само понуда за закључење уговора коју аутор таквих иницијатива може да прихвати или одбије.

Међутим, с обзиром да лице које покреће такве иницијативе показује тиме бар начелну вољу да закључи уговор, његово ћутање на понуде које су уследиле на бази његовог позива може се оправдано тумачити као прихват, нарочито ако постоје и допунске околности које указују на овакав закључач (трговачки карактер односа, поверење понуђача у настанак уговора и сл.). То тумачење је дато у судској пракси низа земаља (Енглеске, Француске, Немачке²³⁾). У нашем правосуђу

22. В. и наш Закон о облигационим односима – чл. 35.

није забележен пример таквог тумачења ћутања на тражену понуду, али зато пре-ма ЗОО (чл.35 ст. 2) за лице које је учинило понуду јавности (позив на понуду) на-стаје посебна правна ситуација: ако без основаног разлога одбије да прихвати по-нуду, одговараће за штету коју је претрпео понуђач. Према тумачењу овог прави-ла ЗОО, одбијање без основаног разлога постојало би кад оно није изазвано еко-номским разлогом²⁴⁾.

У свим правима је усвојено да се овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват примењује само у корист понуђача. Понуђени (аутор позива на понуду) нема право да се позива на своје сопствено ћутање.

6. Коначна понуда коју је странка учинила после преговора

Преговори не стварају у начелу никакве правне обавезе за преговараче. Ђута-ње понуђеног на понуду која је учињена после претходних преговора не третира се као прихват, изузев ако не постоји већ утврђена супротна пракса међу странкама. Ипак, могућа је ситуација да странке у току преговора постигну сагласност о нај-важнијим тачкама уговора и да онда једна од њих учини коначну понуду која обух-вата тачке о којима је постигнута сагласност у току преговора, али садржи и нез-натне допуне које нису несагласне са тачкама о којима је постигнута сагласност. У том случају понуђач се јавља више у узорци коначног редактора већ постигнутог споразума. У таквим ситуацијама нека права (америчко²⁵⁾, енглеско²⁶⁾ и швајцар-ско²⁷⁾) чине изузетак од правила да ћутање на понуду не представља прихват.

У континенталним правима би овакво решење могло да произађе из принци-па поштења и савесности (дobre вере). За такво решење ће се правосуђе у овим земљама утолико лакше определити, уколико понуђени својим ћутањем наведе понуђача да отпочне са извршењем уговора.

7. Ђутање као прихват противпонуде

По готово свим националним правима (изузев америчког UCC – чл. 2-207) из-јава прихватиоца која садржи измене и допуне у односу на понуду сматра се одбија-њем понуде и подношењем нове понуде (противпонуде) првобитном понуђачу, за коју је, да би на основу ње настало уговор, потребан његов прихват. Ипак, против-понуда није по правилу третирана на исти начин као независна понуда. Ђутању пр-вобитног понуђача даје се врло често у модерним националним правима различи-то дејство неголи ћутању обичног примаоца понуде. Да ли ће ћутању у овој ситуа-цији пристати значење прихвата, зависило је у правосуђу пре свега од значаја раз-лике између изјављеног прихвата – противпонуде и првобитне понуде. Уколико су

23. В. извештај о енглеском, немачком, француском, аустријском и швајцарском праву у књизи "Formation of Contracts", стр.1156-1165.

24. Драшкић, М., "Закључивање уговора о продаји", стр.49.

25. В. Извештај о америчком праву (Б-5). – У: "Formation of Contracts", стр.1073-1111.

26. В. Извештај о енглеском праву (Б-5). – У: "Formation of Contracts", стр.1116-1122.

27. В. Schönenberger-Jäggi, "Obligationenrecht", стр.461.

те разлике вербалне или се односе на акцесорна питања, судови одлучују да уговор настаје ако првобитни понуђач ћути. Међутим, ако се ради о суштинским разликама између понуде и одговора на понуду, онда се такав одговор сматра противпонудом која мора – да би настало уговор – бити прихваћена изричito или понашањем (прећутан прихват).

Еволуција у правцу признавања уговора у случају ћутања првобитног понуђача на прихват који садржи разлике у односу на понуду добила је свој највиши дomet у решењима хашког Једнообразног закона о закључивању уговора о међународној продаји телесних покретних ствари од 1964.г., бечке конвенције УН о међународној продаји робе од 1980.г. и америчког Једнообразног трговачког законика од 1962.г.

Једнообразни закон такође прихвата начело да прихват мора бити сагласан са понудом, али од њега предвиђа значајна одступања. Ако одговор на понуду садржи допунске или различите елементе који не мењају суштински одредбе понуде, онда се он сматра прихватом уколико понуђач не укаже на разлике у кратком²⁸⁾ року. Већ само ћутање понуђача означава овде његову сагласност са изменама. У том случају уговор је закључен према садржини понуде са изменама које се налазе у прихвату. Тешкоће се, при оваквом решењу, састоје у томе да се утврди где представља споредне промене понуде, а почињу суштинске. Апстрактно дефинисање разлика између суштинских и несуштинских промена није могуће.

Слично решење садржи и бечка Конвенција (чл.19 ст. 2). »Слично« због тога што усваја правила хашког Једнообразног закона, али у њега уноси неке корисне измене. У конвенцији се прецизира да приговор на прихват који садржи допунске или различите елементе који суштински не мењају одредбе понуде може бити учињен писмено или слањем обавештења. Довољно је, према томе, да је приговор одаслати; његово стизање прихватиоцу није услов пуноважности приговора. Приговор мора бити учињен без »неоправданог одлагања«, што значи да конвенција даје понуђачу нешто дужи рок за одлучивање него Једнообразни закон, који предвиђа, као што смо видели, »кратак рок« за приговор. Најзначајније побољшање конвенције у односу на Једнообразни закон представља набрајање (истина не такративно већ само *exempli causa*) измена и допуна које се сматрају суштинским. По конвенцији суштинским се сматрају допунски или различити елементи који се односе, »између осталог«, на цену, плаћање, квалитет и количину робе, место и време испоруке, проширење одговорности једне уговорне стране у односу на другу или на решавање спорова.

Може се закључити да, према наведеним унiformним изворима права, постоје две врсте противпонуда: оне које не садрже суштинске разлике и које могу бити прихваћене ћутањем и оне које садрже суштинске разлике и које могу бити прихваћене само изричito или прећутно (понашањем). Разграничење између ових две врста противпонуда није једноставно кадгод се ради о разликама између понуде

28. ЈЗ дефинише „кратак рок“ као најкраћи могући рок, рачунајући од тренутка кад је радња могла бити обављена.

и одговора на понуду који садржи допуне или измене које нису наведене у конвенцији као суштинске. Имајући у виду несигурност овог разликовања, доктрина је критиковала решење ових униформних извора права. Понуђач који прими прихват који се по својој садржини разликује од понуде, наћи ће се по гледишту ових аутора²⁹⁾ у тешкој ситуацији, кад не може јасно да оцени да ли су разлике суштинске или не, а од тога зависи да ли он треба да одговори и како. Ни прихватилац није сигуран у судбину уговора, ако не прими никакав одговор понуђача, пошто није искључено да предложене измене нису оцењене као суштинске. Те несигурности у пракси се могу отклонити ако се понуђач у сваком граничном случају изјасни, а прихватилац учини свој прихват зависним од потврде понуђача. Ћутање на противпонуду би, према овом схватању, водило настанку уговора само онда кад се евидентно ради о несуштинским разликама, што у пракси неће бити чест случај.

Својеврсни екстрем у решењу овог питања представља амерички Једнообразни трговачки законик. Према чл. 2-207 овог законика »коначна и благовремена изјава о прихвату или писмена потврда послата у разумном року дејствује као прихват без обзира што садржи одредбе које допуњују или се разликују од одредаба из понуде односно одредаба о којима је постигнут споразум, сем уколико прихват није био изричito условљен пристанком на допунске или различите одредбe«. Док у свим другим правима прихват који садржи допуне или разлике доводи до закључења уговора само изузетно, амерички законик предвиђа то решење као правило, од кога се само изричito (у понуди или прихвату) могу предвидети изузети. Противпонуде по овом правилу нема, па се и не поставља питање дејства ћутања на примљену противпонуду. Ипак, иако ћутање не може по овом правилу изражавати прихват, оно игра одређену улогу при утврђивању садржине уговора који је настао на основу приhvата који садржи допуне или измене. Наиме, према истом члану америчког Једнообразног трговачког законика допуне и измене у прихвату у односу на понуду постају, кад се ради о продаји у привреди, саставни део уговора. Од овог правила предвиђена су три изузетка: (а) кад је у понуди прихват изричito везан за услове који су у њој наведени; (б) кад допунске одредбе суштински мењају уговор; и (в) кад је саопштење о одбијању допунских одредаба већ учињено или се учини у разумном року по пријему обавештења о њима. У овом трећем случају ћутање има то дејство да води настанку уговора чија је садржина одређена садржином приhvата. Уколико понуђач не ћuti, ако стави приговор, уговор ће ипак настати али у садржини понуде.

8. Закаснели прихват

Ситуација слична оној која је горе разматрана може произићи и из закаснелог приhvата. Закаснели прихват се у већини европских права сматра новом понудом, коју првобитни понуђени чини првобитном понуђачу. Пошто таква »нова« понуда не садржи ништа ново у односу на првобитну понуду (ради се о идентичном, али

29. B. Dölle, Hans, "Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht", стр.725.

закаснелом, прихвату), национална права, посебно национална правосуђа, су више склона да ћутању на оваку »нову« понуду признају дејство прихвата. Овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват, долази нарочито до изражaja у две ситуације:

1. кад је понуђени свој прихват послao на време, али је он стигао са закашњењем без његове кривице и

2. кад је прихват закаснио при року обавезности понуде који није чврсто одређен (»разуман рок«, »нормалан рок«, »рок који произлази из околности« и сл.).

Ad 1) Ова ситуација јавља се само у правима која су прихватила или тренутак пријема прихвата (теорија пријема) или тренутак сазнања понуђача о прихвату (теорија сазнања) као тренутак настанка уговора. Већина ових права предвиђају у овој ситуацији обавезу првобитног понуђача, који не жели закључење уговора после протека рока за приспеће прихвата, да обавести прихватиоца да се не сматра везаним својом понудом због закашњења прихвата. Он ту обавезу има, по већини права, ако је знао или могао знати да је прихватилац послao прихват на време, што је у пракси најчешће случај (датум одашиљања се лако може сазнати из датума писма са прихватом или жига поште). Обавештење мора бити послато »одмах«, »неодложнок«, »најкасније првог наредног дана по пријему прихвата«. По нашем праву³⁰⁾ понуђач може своје обавештење о одбијању закаснелог прихвата послати одмах по истеку рока за прихват чак и ако му прихват није стигао. Довољно је да је обавештење послато да би произвело дејство. Али, ако првобитни понуђач ћути, сматра се да је пристао да закључи уговор.

Ad 2. И у другој од горе поменутих ситуација, понуђач има обавезу, ако неће да буде везан понудом, да обавести прихватиоца да је прихват стигао са закашњењем. С обзиром да трајање »разумног рока« странке могу различито тумачити, то правило је широко прихваћено у националним правима³¹⁾. Тако на пример, америчко правосуђе сматра да, у ситуацији кад понуда не садржи изричит рок за прихват, ћутање понуђача после примљеног закаснелог прихвата ствара уговор. »Испитина је да ћонуда, да би била обавезна за сјеранку која је учини, мора бити прихваћена у оквиру разумног рока. Али, ако сјеранка којој је она учињена јави свој прихват ћонуђачу у оквиру времена за које она ћошћено преиштосиавља да је разуман, добра вера захтева од ћонуђача – уколико жели да се ћовуче због задоцњења – објави ђу намеру одмах«³²⁾. Разуме се, то не може важити за прихват који је учињен ван било ког разумног рока.

30. ЗОО, чл. 43 ст. 2, а то прихватају и друга права.

31. Швајцарски Законик о облигацијама – чл.5. немачко, француско и америчко правосуђе.

32. Извештај о америчком праву (Б-11). – У "Formation of Contracts", стр.1570-1572.

9. Дејство ћутања при закључењу уговора на основу општих услова пословања

За настанак трговачког уговора је карактеристична ситуација да се странке позивају за своје опште услове пословања. Да ли ћутање супротне странке на опште услове понуђача или понуђеног значи њихово прихваташе и шта бива кад се обе странке позивају на своје опште услове који су међусобно различити?

При одговору на први део питања треба правити разлику између следећих ситуација:

а) Општи услови су одштампани у самој понуди, изнад потписа понуђача. Прихватом такве понуде понуђени прихвати и опште услове. Никаква посебна изјава о прихвату општих услова понуђача није у овом случају потребна. Дилеме се могу јавити само онда кад су општи услови одштампани на језику који је различит од језика понуде или кад су одштампани тако ситним словима да при нормалној концентрацији нису морали бити запажени. Тада се питање да ли прихват понуде укључује и опште услове решава путем тумачења које има у виду пре свега могућност сазнања општих услова од стране понуђеног.

б) Општи услови су одштампани у посебној исправи, али су учињени познатим другој страни одашиљањем или предајом уз понуду, у којој се на њих позива. У овој ситуацији општи услови нису садржани у понуди али су понуђеном стављени до знања одговарајућим упућивањем. Потпис понуђача не покрива овде опште услове. Ипак, с обзиром на позивање у самој потписаној понуди на послате односно приложене опште услове, треба сматрати да они чине индиректну садржину понуде и применити исто правило које важи за ситуацију под а), с тим што су наведени изузети од овог правила у овом случају значајнији. Овде треба напоменути да се индиректном садржином уговора не могу сматрати општи услови достављени тек са фактуром, налогом за испоруку или признаницом.

в) На опште услове се позвало, али нису предати нити послати другој страни, па ова није била стављена у ситуацију да их сазна (на пример, позивање на опште услове подлифераната). Њихово прихваташе у овој ситуацији може бити само изричito. Изузетак би представљала ситуација постојања сталних пословних односа међу странкама, који су били засновани од почетка на општим условима са којима је друга страна била раније упозната. Исто тако, изузети наведени доле под д) примењују се и у овој ситуацији.

г) Ситуација кад се на опште услове није позвало нити у понуди односно прихвату, нити су они предати или саопштени другој страни. Другој страни није дата могућност да за њих сазна, па се по природи ствари намеће закључак да друга страна не може да прихвати опште услове простим ћутањем. Ипак, у правосуђу и теорији³³⁾ се делом дошло до схватања да општи услови могу да – и без знања друге стране – одређују односни уговорни однос. То је случај са тзв. нормативним општим условима који су донети за целу грану привреде на нивоу државе. Овде се ра-

33. B. Götz, D., op. cit., str.143-180.

ди о парадржавном праву обученом у облик општих услова. Они се најчешће јављају у области јавних служби (на пример дистрибуција електричне енергије), транспорта и банкарства. Тако се сматрају обавезним и без посебног, изричитог, прихвата странака претходно објављени општи услови за снабдевање електричном енергијом, тарифе и правилници железнице и других саобраћајних предузећа, општи услови банака, и у случајевима кад странке нису знале за њих. Исто важи и за склапање уговора са предузетницима, за које су странке знале или морале знати да уобичајено узимају као основ уговарање опште услове пословања (шпедитери, осигуравачи, складиштари, туристичке организације итд.).

Ни национални ни униформни извори права не садрже решење за тзв. битку формулара (*battle of forms*), тј. за ситуацију кад су се обе стране позвале на своје опште услове пословања који се међусобно разликују. Према гледишту израженом поводом припрема бечке конвенције³⁴⁾ треба разликовати два случаја.

- Ако се понуђач у понуди позвао на своје опште услове прихватилац може претпоставити да се понуђач неће без даљег сложити са његовим приложеним, по садржини различитим, условима. Измена понуде позивањем на опште услове прихватиоца представља, према томе, суштинску разлику. Просто ћутање понуђача не значи у овом случају пристанак на опште услове прихватиоца.
- У случају да се понуђач није позвао на своје опште услове, а прихватилац се позвао на своје, настанак уговора зависи од претпостављене сагласности понуђача са овим општим условима. Да та сагласност постоји, произлази из чињенице да понуђач није, сагласно чл. 19 ст. 2 бечке конвенције, ставио приговор. Ипак, прихватилац не може тумачити ћутање понуђача као пристанак на опште услове, ако они садрже клаузуле које су »ван оквира уобичајеног и разумног« и које представљају суштинску разлику у односу на клаузуле понуде.

При оцењивању да ли су разлике између општих услова суштинске или не, треба имати у виду да разлике између унапред формулисаних општих услова могу имати различити значај кад постану саставни део појединог уговора.

10. Потврдна писма

Уобичајено је, нарочито међу привредницима, да се на крају преговора шаље потврдно писмо чија је сврха да утврди постигнути степен сагласности међу странкама. Да ли се ћутање примаоца оваквог писма има сматрати као његов прихват?

Одговор на ово питање је различит у националним правима. У англосаксонским правосуђима не може се наћи директан одговор на ово питање, али је у правној теорији преовладало мишљење да ћутање примаоца потврдног писма треба третирати као прихват. Овај закључак се изводи на бази аргумента *a fortiori*: ако судови дају такво дејство коначној понуди поднетој на основу дуготрајних прего-

34. B. Huber, Ulrich, *Der Uncitralentwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufsverträge*. – "Rabelselschrift", 1979., Heft 2, стр. 444

вора у току којих је постигнута сагласност о основним тачкама уговора, онда утолико пре треба придати такво дејство потврдним писмима.

Тенденција признавања ћутања на потврдно писмо дејства прихвата најјаче је дошла до изражaja у средњевропској групи права. Ово одступање од генералног правила да ћутање не значи прихват примењује се у случајевима кад је потврдно писмо уследило после преговора у току којих је постигнута основна сагласност међу странкама, мада уговор још није настао³⁵⁾.

У другим континенталним правима, укључујући и наше, не постоје извори права који би указивали на начелне ставове ових права у односу на значај ћутања кад је потврдно писмо уследило после преговора. Ипак, и у тим националним правима ћутање заснива прихват, ако постоје извесни допунски фактори које говоре у прилог таквом решењу. Посебно значајан фактор представљају трговачки обичаји и претходно пословање међу странкама. Ако у грани трговине којој припадају странке постоји обичај који намеће примаоцу потврдног писма дужност изјашњавања, онда ће та чињеница определити судове у огромној већини правних система да ћутању дају у овој ситуацији дејство прихвата. Исти закључак важи и за случајеве кад је међу странкама постојала претходна пракса у току које је једна страна слала потврдна писма, а друга прећутно извршавала уговор. Најзад, при оцењивању значаја ћутања на потврдно писмо судови узимају у обзир обим несагласности која постоји међу странкама. Уколико је већи степен сагласности који је постигнут у току преговора, утолико је вероватније да ће ћутању на потврдно писмо бити признато дејство прихвата.

Други тип ситуације постоји кад је потврдно писмо послато после већ закљученог уговора, а оно садржи одредбе којима се тај уговор мења или допуњава. У овој ситуацији се не поставља питање настанка уговора, већ да ли се ћутање на такво потврдно писмо сматра прихватом измене садржине уговора.

Тешко је и овде утврдiti генералан став националних права. Пре би се могло говорити о општим тенденцијама неголи о чврстим ставовима ових права. Решења правосуђа су и овде определјена извесним факторима, чије постојање или непостојање у конкретном случају утиче на одлуку суда (трговачки обичаји, претходна пракса међу странкама, ранија преписка међу странкама и др.).³⁶⁾

Ова тенденција је дошла до изражaja и у нашој судској пракси, при примени узансе бр. 16 ст. 2 Општих узанси, по којој писмена потврда мора у свему одговарати усмено закљученом уговору. Полазећи од начела поштења и савесности суда³⁷⁾ је сматрао да се прималац потврдног писма мора оградити ако садржај потврде не одговара садржају постигнутог споразума. »Према конкретним околностима, може се узети да је садржај писменог саопштења истинит, ако прималац не реагује«. Ђутање на потврдно писмо не тумачи се, дакле, само по себи као прихват

35. В. Извештај о аустријском, немачком и швајцарском праву (Б-5). – У "Formation of Contracts", стр.1152-1165.

36. В. о томе ближе у закључку овог чланска.

37. В. "Збирка одлука привредних судова", I свеска, бр. I.

измена. Да ли ће оно бити третирано као прихват зависи од »конкретних околности«. Поред ћутања, потребни су и неки додатни фактори да би изостанак реаговања примаоца потврдног писма довео до усвајања садржине овог писма.

Закључак

Ћутање може имати дејство прихватата само изузетно, у извесним, горе описаним типичним ситуацијама. Као и све изузетке од правила, правосуђе у свим земљама тумачи и овај изузетак од правила, да ћутање не може представљати изјаву воље, веома рестриктивно. Чак и кад постоје описане ситуације, судови оклевају да аутоматски искључе опште правила. Одлуке судова, у којима се признаје ћутању дејство прихватата, засноване су често на читавом сплету фактора који су говорили у прилог таквог решења. Тек комбиновано дејство више фактора у једној од описаних ситуација може произвести ћутање у изјаву воље.

При одлучивању да ли да у наведеним изузетним ситуацијама признају ћутању дејство прихватата или не на судове су утицали и извесни општи фактори. То су:

- Трговачки карактер уговорних односа. – Судови у трговачким односима лакше третирају ћутање као прихват. Та је појава запажена у свим националним правима, чак и у оним у којима су извори трговачког и грађанско права јединствени (италијанско право, на пример).
- Поверење странке које се позива на уговор. – Фактор оправданог поверења у настанак уговора је при опредељивању судова играо значајну улогу. Важност овог фактора навела је Williston-а да формулише следеће начело: »*Ако је ситуација из било кој разлога шаква да би разуман човек закључио да ћутање нужно указује на пристанак, неко ко ћуши, а зна да ће његово ћутање бити подрешно шумачено, не може негирајши природно шумачење свог тонашања... кад му је јасно да једном речи може спречити ипакини подрешно шумачење*«³⁸⁾.
- Важност и природа стеченог или укинутог права. – Што је значајније право односно обавеза у питању, то је суд мање склон да третира ћутање као прихват. За прихватате посебно тешких обавеза за понуђеног, траже се јачи докази неголи што је то просто ћутање. И постојање фактора поверења странке у настанак уговора, о коме је говорено у претходном ставу, зависи делимично од важности стеченог или изгубљеног права.
- Неоправдано обогаћење једне стране на терет друге. – Чињеница да би одбијања настанка уговора при ћутању понуђеног оставило њему економску корист на терет понуђача може определити суд да третира ћутање као прихват.
- Најзад, у многим правима је критеријум поштења и савесности (добре вере) био тај који је често пресудно утицао на суд. У италијанском праву је, на пример, Касациони суд³⁹⁾ истакао принцип да једно лице има оба-

38. В. Извештај о америчком праву (В-5). – У "Formation of Contracts", стр. 1073-1111.

везу да говори кад, према околностима, друга страна претпоставља у доброј вери да је ћутање равно прихвату. Тим критеријумом се користило и француско правосуђе. У тим правима је, полазећи од критеријума добре воље, признавано ћутању значај прихвата и у случајевима који нису обухваћени горе разматраним типичним ситуацијама.

(чланак примљен 6. III 2002.)

**Prof. Ph.D. Mladen Draškić,
Faculty of Economy, Belgrade**

Silence as Statement of Will in Legal Circulation

Summary

The one who is silent, he/she declares nothing. That is a general rule in all national laws. However, there are some exceptions from that rule in all national laws, as well. This article expresses the attitude of legal doctrine about silence as statement of will, describes and analyzes typical situations in which the silence is considered as acceptance of offer in making a contract. Those situations are: 1) preliminary agreement of parties, 2) duty of making a statement of some categories of persons, 3) duty of making statement in concluding certain contracts, 4) duty of making a statement based on previous business between the parties, 5) offer which offeree asked for, 6) final offer that a party made after the negotiations, 7) silence as acceptance of counteroffer, 8) delayed acceptance, 9) effect of silence in concluding contract based on general terms of carrying on business, 10) confirmation of letter. In conclusion, the author expresses that courts in all countries interpret very restrictively the exceptions of general rule that silence is not statement of will. They hesitate to eliminate automatically the general rule even in the above-mentioned situations. The court decisions, which recognize effect of acceptance to silence, are based on bunch of appropriate circumstances. Even some general factors influenced courts in deciding if silence is acceptance in above-mentioned exceptional situations. Those factors are, for instance, commercial character of contractual relationships, justifiable trustworthiness of party who respects the contract, importance and character of acquired or abolished rights, unjustifiable enrichment and bona fidei criterion.

Key words: Silence; Statement of Will; General Rule; Exceptions; Contract; Making Contract; Acceptance; Courts.

39. Случај Sorolio v. Pansini (Cass.18. april 1955).

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

UDK 336.763

Трошкови оснивања акционарског друштва

Резиме

Трошкови оснивања представљају део ширег појма издатака код оснивања. Издаци обухватају накнаде и награде учињене у циљу настанка друштва, или ради омогућавања настанка друштва.

Обезбеђење трошкова је ствар оснивача, који омогућавају настанак друштва. Треба имати у виду да према стилу (према традицијама) трошкови увек претиче осниваче.

Законом о предузећима је предвиђено да оснивачи имају захтев према друштву за накнаду стварних трошкова оснивања у границима највећег износа, који је оснивачким акцијом или одлуком скупшићине одређен за трошкове оснивања.

Кључне речи: акционарско друштво, трошкови оснивања

Трошкови оснивања представљају део ширег појма издатака код оснивања.¹⁾ Издаци обухватају накнаде и награде учињене у циљу настанка друштва, или ради омогућавања настанка друштва.

1. Gadow, Aktiengesetz, Band 1, Берлин 1961, стр. 120.

1. Појам трошкова оснивања

Под трошковима оснивања подразумевају се трошкови адвоката, нотара, суда, објављивања, штампања акција итд.

Осим трошкова оснивања, издаци код оснивања обухватају и награде за оснивање. Ове награде могу бити у новцу, или чинидбама које имају новчану вредност. У теорији се указује да ове награде могу имати и статус посебних погодности (посебних права, накнада и награда), што ће бити случај када су одређене у претераном (несразмерном) износу и тада не представљају издатке код оснивања. Као награда се не могу јавити бесплатне акције²⁾. С тим у вези треба имати у виду да улог не може бити у раду или пружању услуга друштву (чл. 194 ст. 5). Награду оснивачу може да представља и бесплатно коришћење ствари која припада друштву. Напомињемо да то може представљати и посебну погодност и том погледу упућујемо на излагања која се односе на разграничење између посебних погодности и трошкова оснивања.³⁾

Потребно је посебно нагласити да издатци код оснивања не обухватају издатке учињене пре него што је друштво настало, ако су предузети ради делатности будућег друштва. То се односи на куповину (на пр. сировине), закуп (на пр. послованог простора), најам, али и на уговоре са члановима првих органа друштва.⁴⁾ На те послове се примењује чл. 6. Када су ти уговори у питању, после уписа друштва у регистар, обавезе које су преузељи оснивачи прелазе на друштво на основу закона, а оснивачи одговарају сагласно одредбама уговора са трећим лицем. Насупрот томе, када су у питању трошкови оснивања, оснивачи остају у обавези према трећем и после регистрације друштва. Могуће је једино да имају право накнаде трошкова од стране друштва, али то не мења положај трећег лица - оно не ступа у правни однос са друштвом.

Потребно је, такође, указати и на могућност прикривених издатака код оснивања. До овакве ситуације долази у случају прецењеног неновчаног улога, због чега је врло важна његова процена. Истоветна је ситуација у случају набавки при оснивању (посебних уговора са оснивачима), ако је накнада уговорена у претераном износу.⁵⁾

Имајући у виду формулатију чл. 195 потребно је указати да сматрамо да формулатију "трошкови оснивања" треба тумачити шире, тако да обухвати "издатке код оснивања", како смо на почетку ових излагања указали.

Потребно је, такође, имати у виду да се ради о издацима везаним за настанак друштва, а не за његово оснивање. Ово зато што што се друштво, при сукцесивном оснивању, сматра основаним када су донете одговарајуће одлуке оснивачке скupštine. У упоредном праву се тада ради о друштву које је "изграђено". Иста

2. Gadow, op. cit. , стр. 120; Godin - Wilhelmi, Aktiengesetz, Band 1, Berlin 1967, стр. 127.

3. Арсић Зоран, "Посебна права, награде и накнаде", Право и приведа 5-8/2001, стр. 114.

4. Gadow, op. cit. , стр. 120; Godin - Wilhelmi, op. cit. , стр. 127.

5. Ibidem.

ситуација настаје приликом симултаног оснивања потписом оснивачког акта, доношењем статута и преузимањем свих акција од стране оснивача.⁶⁾ У том систему "изградња" друштва је етапа у оснивању које се окончава регистрацијом, па се, зато и регулишу трошкови (издаци) оснивања, док је у домаћем праву оснивање етапа у настанку друштва регистрацијом. Ако би се "трошкови оснивања", дословно тумачили, тада трошкови регистрације и у вези регистрације друштва не би били обухваћени чланом 195. Осим тога, не би имало никаквог смисла регулисати трошкове (издатке) у погледу само једног дела процеса настанка друштва.

2. Трошкови оснивања и оснивачи

Обезбеђење трошкова је ствар оснивача, који омогућавају настанак друштва.

⁷⁾ Треба имати у виду да према споља (према трећима) трошкови увек терете осниваче.⁸⁾

Приликом спровођења оснивања оснивачи ступају у обавезе према трећим лицима која врше радње неопходне за настанак друштва. Према њима су за извршење тих обавеза одговорни они оснивачи, који су преузели обавезу, односно они оснивачи који су пуноважно обавезани. То ће бити ситуација када је оснивач који је преuzeо обавезу, обавезао и друге осниваче на основу њихових појединачних пуномоћја или одговарајуће одредбе у оснивачком уговору. Они одговарају за обавезе, пре свега, на начин предвиђен уговором закљученим са трећим. Тим уговором може бити предвиђена и солидарна одговорност. Поставља се питање како они одговарају за случај да то није предвиђено уговором. У питању су новчане обавезе, које су по свој природи дељиве обавезе, због чега постоји ситуација када више лица дугује дељиву обавезу. У том случају (чл. 412 Закона о облигационим односима) обавеза се дели на једнаке делове међу дужницима, ако није другачије уговорено. При томе, сваки дужник одговара самостално за свој део обавезе. За случај да се уговор квалификује као уговор у привреди, постоји солидарна одговорност (чл. 413 Закона о облигационим односима). У односу према трећем се чл. 195 ст. 1 не примењује. У чл. 195 ст. 1 утврђен је критеријум за разрешење интерног односа између оснивача. Предузети трошкови се деле међу оснивачима сразмерно висини њихових улога. Ово је диспозитивно правило и оснивачи могу, својим споразумом - садржаном у оснивачком уговору или неком другом споразуму – ово питање регулисати и другачије.

Према томе, у односу према трећим лицима, за обавезе одговарају они оснивачи који су у обавези према њима онако како смо раније указали. Предузети трошкови се накнадно деле међу оснивачима сразмерно висини њихових улога.

6. Овај концепт је специфичан за немачко право.

7. Würdinger H. , op. cit. , стр. 38.

8. Godin - Wilhelmi , op. cit. , стр. 128.

3. Трошкови оснивања и друштво

Као што смо већ указали трошкови оснивања према споља увек терете осниваче. Законом о предузећима је предвиђено да, под одређеним условима, оснивачи имају право накнаде трошкова од стране друштва.

У чл. 195 предвиђено је да оснивачи имају захтев према друштву за накнаду стварних трошкова оснивања у границама највећег износа који је оснивачким актом, или одлуком скупштине, одређен за трошкове оснивања.

Изложено решење се разликује⁹⁾ од оног које је присутно у упоредном праву, према којем се право оснивача на накнаду трошкова утврђује статутом. Осим тога формулатија Закона о предузећима је и недовољно прецизна. Према њој се право оснивача на накнаду трошкова може утврдити само оснивачким актом. Одлуком скупштине се ово право оснивача не може утврдити. Ово зато што "одлука скупштине" претпоставља да друштво већ постоји, тј. да је извршена регистрација друштва, а ово право оснивача се не може установити накнадно (после регистрације).¹⁰⁾ Ово јасно произлази и из садржине проспекта, будући да највиши износ трошкова који падају на терет друштва мора бити познат и садржан већ у проспекту (чл. 203). Одлука скупштине, са своје стране, представља индицију у погледу утврђивања стварних трошкова. Ни то, међутим, није до краја тачно. Ово зато што је таква одлука, у поступку сукцесивног оснивања, у делокругу оснивачке скупштине (не скупштине), што је јасно предвиђено у чл. 214.

По својој правној природи захтев оснивача према друштву у погледу накнаде трошкова представља облигационо право.¹¹⁾ Установљење овог права које није садржано у оснивачком акту нема дејство према друштву. Ако би друштво ипак нешто платило, таква исплата би имала статус исплате недугованог. У таквој ситуацији друштво би имало на располагању захтев из неоснованог обогаћења. Овде треба напоменути да постоји схватање према којем би оснивачи, и у случају да право накнаде трошкова није утврђено, то право имали зато што су трошкови учињени с обзиром на постојање будућег друштва, због чега би основ за захтев било незвано вршење туђих послова.¹²⁾

Није неопходно да оснивачким актом буду појединачно утврђени поједини износи - довољно је утврдити укупни износ трошкова који представља максимум права оснивача. У питању је обавеза друштва са којом је оно настало и зато је од значаја само укупни износ трошкова до којег оснивачи могу поставити захтев за накнаду.¹³⁾

9. Чл. 26 немачког Акцијског закона; Трговачки закон из 1937. у погледу друштава са ограничено одговорношћу у чл. 422.

10. Gadow, op. cit., str. 122.

11. Тако Гадоњ, op. cit., str. 121.

12. Тако у погледу друштва са ограничено одговорношћу Стражницкј Милорад, Тумач Трговачког закона од 28. листопада 1937, Загреб 1939, str. 411.

13. Слично Godin - Wilhelm, op. cit., str. 127.

Оснивачи имају право на стварне трошкове, тј. оне који су и предузети према трећима. Да би се могли утврдити који трошкови иду на терет друштва, тј. који су стварни трошкови потребно је да оснивачи ставе на располагање уписницима, пре свега, оснивачки уговор ради утврђивања максимума трошкова који могу бити признати (чл. 211 ст. 3). Да би уписници могли да утврде стварно предузете трошкове, потребно да оснивачи приложе и одговарајуће исправе - пре свега уговоре са трећима. И поред одсуства посебне регулативе, сматрамо да би одлуком морали бити утврђени примаоци, врста издатка (трошак или награда), као и висина. Трошкови морају бити стварни и зато да се не би извршило делимично враћање улога кроз прекомерну накнаду трошкова. Исто важи и за награде и потребу да буду сразмерне раду оснивача за који се одобравају. У том смислу је и одлука оснивачке скупштине, којом треба да се утврди висина трошкова који терете друштво. Поставља се, међутим, питање какав је стварни значај те одлуке оснивачке скупштине. Она је, свакако неопходна да би се извршило сукcesивно оснивање, као и свака друга одлука из чл. 214. Треба, међутим, имати у виду да исплату припадајућег дела трошкова може да изврши директор по настанку друштва, тј. после уписа у регистар. Оснивачи не могу располагати уплатама улога, и зато не могу извршити исплату припадајућих трошкова. Поставља се питање какав је положај директора који изврши исплату на основу одлуке оснивачке скупштине, а висина припадајућих трошкова буде доцније оспорена од стране друштва, акционара или поверилаца и према директору постављен захтев за накнаду штете тако нанете друштву (чл. 72 и 73). Сматрамо да одлука оснивачке скупштине не ослобађа од одговорности директора ако накнада трошкова прелази утврђени максимум или трошкови нису стварно и предузети. Ово зато што у домаћем праву извршавање одлука скупштине није предвиђено као основ за ослобођење од одговорности, независно од тога што постоји као решење у упоредном праву. Када је домаће право у питању то није предвиђено ни у случају спровођења одлуке оснивачке скупштине. Према томе, одлука оснивачке скупштине о износу трошкова је од значаја за оснивање друштва, али њоме не ослобађа директор од евентуалне одговорности за штету нанесену друштву.

У контексту симултаног оснивања ситуација се, начелно, не разликује – директор може исплатити само стварне трошкове, под условом да су се за то стекли услови.

Накнадно утврђивање права оснивача на накнаду трошкова оснивања није могуће, како смо већ указали. У прилог томе треба додати и то да се право на накнаду трошкова установљује оснивачким актом који, када је акционарско друштво у питању, губи правни значај после уписа друштва у регистар. У том погледу постоји разлика у односу на посебне погодности, будући да то за њих важи само начелно - неке посебне погодности се могу накнадно утврдити на основу заступничких овлашћења пословодног органа.

Будући да обавеза друштва да надокнади трошкове оснивачима настаје само ако је утврђен максимални износ трошкова у оснивачком акту, може настати

проблем ако су оснивачи нереално проценили оснивачке трошкове и у оснивачком акту утврдили такав износ који је мањи од стварно предузетих трошкова. У таквом случају се не може сматрати да је друштво одговорно и за недостајући износ. Спорно је да ли друштво у таквом случају има обавезу, него право да накнади и недостајући износ.¹⁴⁾ Поставља се тада и питање положаја оних оснивача који су стварно предузели трошкове који превазилазе износ утврђен оснивачким актом. Сматрамо да онај оснивач који предузме трошкове оснивања може да се обрати осталим оснивачима за недостајући део према чл. 195 ст. 1 - износ трошкова које друштво није обавезно да накнади треба решавати на исти начин као када друштво нема никакву обавезу у погледу накнаде трошкова оснивања. Када постоји конкуренција захтева оснивача, при чему њихови захтеви превазилазе утврђени максимални износ, у теорији се указује на два могућа приступа - сразмерна накнада, или примена принципа prior tempore potior iure.¹⁵⁾ Овде се ради о утврђеним облигационим правима појединих оснивача према друштву и нема разлога, по нашем мишљењу, да се ова потраживања према друштву у том погледу третирају на посебна начин у односу на друге обавезе друштва.

На овом месту треба указати да се у делу правне теорије јавља мишљење према којем треба разликовати трошкове утврђене законом (на пр. судске таксе) од осталих трошкова.¹⁶⁾ Ако би, наиме, био утврђен максимум трошкова у погледу којих оснивачи имају право на накнаду тада, по том схваташњу, тај износ не би требао да обухвата судске таксе. Као последица тога, оснивачи имали би право на накнаду таксе и када би то превазилазило износ утврђен статутом. Сматрамо, међутим, да је формулатија чл. 195 таква да искључује овакав приступ - будући да се њиме регулише максимални (не на пр. укупни) износ трошкова на чију накнаду имају право оснивачи. И овде, међутим, треба имати у виду дилеме у погледу "оснивања" и "настанка" друштва, о чему је било говора на почетку ових излагања. Ако би се ова регулатива односила само на оснивање, тада таксе не би уопште њоме биле обухваћене будући да се оне плаћају после оснивања. Тада би судске таксе увек теретиле осниваче без могућности да се утврде као трошак оснивања.

У чл. 195 ст. 3 предвиђено је да трошкови оснивања иду на терет остварене добити друштва ако другачије није "уговорено". Оваква формулатија указује да је у питању оснивачки акт, при чему указујемо да у ст. 3 није споменута уз оснивачки акт и одлука скупштине. Према томе, трошкови оснивања могу али не морају теретити само добит друштва. У том погледу указујемо и на већ споменуту разлику у односу на посебне погодности - посебне погодности се увек исплаћују из добити, за разлику од трошкова оснивања, код којих је могуће другачије предвидети оснивачким актом. Разлог за овакво разликовање је у томе што према посебним погодностима не стоји противчинидба - за утврђене посебне погодности друштво не добија ништа, због чега би извршење те обавезе које не би теретило добит пред-

14. Gadov, op. cit. , стр. 120.

15. Стражницкий М. , op. cit. , стр. 411.

16. Godin - Wilhelmi , op. cit. , стр. 127.

стављало недозвољено враћање улога оснивачу. Насупрот томе, када су трошкови оснивања у питању, они се предузимају ради извршења радњи неопходних за настанак друштва.

Ако се трошкови оснивања исплаћују на терет добити "акционари могу одлучити" да исплата трошкова оснивања има приоритет у односу на учешће акционара у добити друштва. Овде је потребно указати на формулатију, која је, са теоријског аспекта, погрешна. Ово зато што одлука акционара, као таква, не постоји. Оно што се под тиме подразумева је одлука скupštine, али она није одлука акционара (независно од начина њеног доношења) него одлука друштва. Волја друштва се формира у органима - у овом случају је то скupština. Према томе, споменута формулатија означава одлуку друштва а не акционара.

Споменута формулатија ст. 3 чл. 195 изазива још једну недоумицу с обзиром да се ради о овлашћењу скupštine у погледу расподеле добити. У домаћем праву скupština има, начелно узвеши, висок степен аутономије у одлучивању о подели добити и учешћу акционара у расподели добити. Ипак, треба имати у виду да акционари учествују у расподељивој добити, која представља целу или део чисте добити. Да би се дошло до чисте добити потребно је извршити одговарајућа издвајања из добити - порез на добит, издвајања за обавезне резерве итд. Ова издвајања се могу заснивати на закону, уговору, статуту, или оснивачком акту. Право оснивача на накнаду трошкова оснивања се заснива на оснивачком акту и оно би требало да буде испуњено из добити, а не на терет чисте добити. Насупрот томе, формулатија ст. 3 чл. 195 указује на однос приоритета (у односу на право акционара на учешће у добити) који се заснива одлуком скupštine. Из тога би се могло извести и другачије тумачење према којем се накнада трошкова оснивања оснивачима врши из чисте добити, будући да се скupštinskom одлуком може установити приоритет тог захтева у односу на захтеве акционара по основу дивиденде. У супротном, ако би се накнада трошкова оснивања вршила из добити, а не из чисте добити, могућност установљавања приоритета одлуком скupštine не би имала смисла, будући да би приоритет произлазио из односа добити и чисте добити. Сматрамо ипак да би тумачење требало засновати на првом схваташњу - накнада трошкова оснивања представља издвајање из добити. Недовољно прецизна формулатија о праву акционара на учешће у добити (уместо у чистој добити) реперкутује се и на формулатију чл. 195, што има за последицу и редакцијски пропуст у погледу установљавања приоритета.

Накнада трошкова из добити није посебно повољна за осниваче, будући да друштво може у дужем временском периоду да не исказује добит. У таквој ситуацији, оснивачи који су стварно предузели трошкове могу једино да се обрате осталим оснивачима и да траже примену чл. 195 ст. 1, према којем би сваки оснивач сносио део трошкова сразмерно висини улога, био поверилац према друштву и сносио ризик исказивања добити.

У погледу накнаде трошкова оснивања оснивачима треба имати у виду да оснивачи не могу сами себи да исплате трошкове, будући да оснивачи не могу располагати уплатама улога (чл. 210).

4. Измена права оснивача на накнаду трошкова оснивања

Закон о предузећима не садржи норму познату у немачком праву према којој је измена права оснивача на накнаду трошкова оснивања могућа по протеку одређеног рока. У одсуству такве норме треба поћи од облигационог карактера овог права оснивача. Као што смо већ указали, накнадно утврђивање права на накнаду трошкова оснивања није могуће, због чега измене овог права обухватају само смањење утврђених износа накнаде, а не и повећање. Будући да се смањењем износа одобрених трошкова који оснивачи потражују од друштва оштећује поверилачко право, потребна је и сагласност оснивача. Није потребна измена оснивачког акта, будући да он после оснивања друштва престаје - довољан је уговор о делимичном отпушту дуга.

5. Престанак права оснивача на накнаду трошкова оснивања

У одсуству посебне регулативе овог питања, која иначе постоји у упоредном праву (на пр. немачком), треба поћи од правне природе права оснивача на накнаду трошкова оснивања. Будући да је у питању облигационо право оснивача према друштву, обавеза друштва престаје пре свега испуњењем. Осим тога, до престанка обавезе друштва према оснивачима долази и у случају закључења уговора о отпушту дуга. При томе није неопходно мењати оснивачки акт.

Будући да се ради, како смо нагласили, о облигационом праву, примењују се и друга правила о престанку обавеза из Закона о облигационим односима.

(чланак примљен 9. I 2002.)

**Ph. D. Zoran Arsić,
Faculty of Law, Novi Sad**

Costs of Foundation of Company Limited by Shares

Summary

The foundation costs are a part of more general expenditures in connection with foundation. The expenditures comprise compensations and remunerations paid in order to create a company, or to enable its creation.

Bearing of the costs is a problem of founders, which enables creation of a company. It should be emphasized that, for the outside world (the third parties), the costs always are founders' burden.

The Enterprises Act provides that the founders has a right to claim compensation of the costs for foundation from its company within the highest limit provided by the memorandum of association or by general meeting decision.

Key words: Company Limited by Shares; Costs of Foundation

*Thomas N. Jersild,
Liaison in the Republic of Macedonia in 1999-2001,
American Bar Association Central and East European
Law Initiative (ABA/CEELI)
Senior Counsel and Retired Partner, Mayer, Brown & Platt UDK 349.2(497.17)*

Duties of Company Directors: the Developing Law in Macedonia*

It is a fundamental rule of corporate governance that a company's directors must act, always with the highest degrees of care, diligence and loyalty to the company and its owners. This rule expresses simple fairness but it is more than that; this rule is essential if companies are to attract significant investment and it is an absolute requirement for public confidence in business and capital markets as a whole. It has been demonstrated empirically that companies that are governed honestly and fairly produce more value for their investors and, by implication, for their employees and other stakeholders.¹⁾

Every company law imposes duties of these kinds in some form and to some extent, and most or all company laws provide penalties and remedies when these duties are violated. At the same time, the laws on this subject should be clear and understandable and should not be so restrictive or so punitive that they discourage qualified people from becoming direc-

* Review of Central and East European Law
Published in Cooperation with the Institute of East European Law and Russian Studies of Leiden University
Martinus Nijhoff Publishers
27 *Review of Central and East European Law* 2001 No. 1, 53-69 © 2001 Kluwer Academic Publishers. Printed in The Netherlands

tors, or prevent honest risk taking and entrepreneurship by directors when that is in the company's interest.

This article will review the legal rules governing directors' duties in one East European country, Macedonia, and will suggest ways in which they might be clarified and reformed to further the above objectives. These rules are now set forth in the Macedonian Law on Trade Companies (hereafter, the "LTC"),²⁾ a large and comprehensive statute enacted in 1996 which is one of the "first generation" of Macedonian laws in the post-socialist era.

Macedonia can be considered representative of the countries of South-Eastern Europe, a region whose laws have been relatively neglected in current comparative research. Of those countries, Macedonia offers a particularly useful case study. It has adopted a relatively new company law, but one which is largely untested. There is a scarcity of case law and legal precedent, which highlights the need for clear statutory provisions. At the same time, there are associations of local lawyers and judges who are actively calling for business and company law reform. Importantly, the Macedonian Government is encouraging the process.

The activity of local groups is, in fact, reflected in many of the proposals for change put forward in this article. The proposals have already been voiced by Macedonian lawyers and judges during workshops on corporate governance and company law reform organized by CEELI since late 1999. Moreover, the suggestions have also been made directly to the Macedonian Government in the course of a process which the Government recently initiated to revise or replace the LTC.³⁾

Many of the proposals discussed in the article are derived from Western, particularly United States, practice and experience. The point should be made that, while the United States' common law system differs greatly in form from the civil-law systems of Macedonia and other European countries, many solutions to company law problems are applicable universally. Indeed, while it is clear that the common law and civil law systems will retain their important formal differences, they are converging in the results they produce in practice. This is especially so in business and company law.

The discussion below will describe the present Macedonian law and presently-proposed changes in that law in four specific areas: directors' duty of care, directors' personal lia-

1. See, e.g., "Protection Money", a review of research on the relationship between corporate governance and company valuations, *The Economist* 11 December 1999,75. See also "In Praise of Rules: A Survey of Asian Business", *The Economist* 1 April 2001,4, in which recent research is reported which concludes that good corporate governance can raise the value of companies by 20%-30%, and in which it is further stated that "the best western companies are now moving from the 'conformance' to the 'performance' model of governance. This means directors no longer simply comply with the rules but try to do better than that, realizing that the best practice is a competitive advantage. By contrast, most companies in East Asia are still a long way from even conforming".
2. *Macedonian Official Gazette* 1996 No. 28, amended 1997 No. 7, 1998 No. 21,1998 No. 37, 1998 No. 63, 1999 No. 39, 1999 No. 81 and 2000 No. 37.
3. In January 2000 the Macedonian Government appointed a working committee to review the present LTC and to draft suggested changes to be considered by the Government and Parliament. The committee includes representatives of the Ministries of Justice, Economy and Finance and persons from the judiciary, the practicing bar, the Skopje University, Law faculty and CEELI.

bility for their business mistakes, directors' duty of loyalty in personal conflict of interest situations and directors' duty not to engage in business competition with the company. The discussion is not an academic or theoretical analysis of the law, but rather is an attempt to describe practical issues and aspects of the current law reform process.⁴⁾

1. Directors' Duty of Care

A director's duty of care is difficult to define without citing examples but it is, essentially, the legal duty of a director to act with a very high degree of care, deliberation and diligence when he makes decisions for the company and when he monitors and directs the company's management. In actual corporate life, this means that a director should attend all board meetings that he possibly can (and resign from the board if he is unable to attend a significant number), give full attention to all matters that come before the board including those that may be outside his own personal expertise, make a special effort to monitor the quality of the managers' performance and ask them hard and uncomfortable questions when necessary and generally treat the shareholders' investment in the company as he would treat his own investments.

The Macedonian LTC imposes the duty of care in a particularly severe form and with much specific detail. The LTC's statement of the duty of care for joint stock company directors (set forth in Article 320) states, very simply and straightforwardly, that

members of the board of directors must work with due care and maintain business secrets

but the article immediately continues by saying that directors

who violate their obligations toward the company shall *be jointly* liable for damages caused

and, further,

shall have the burden of proving that they acted with due care (italics added).

-
4. A preliminary point should be made regarding terminology. This article uses the word "director" to mean a person in a company who owes the company the duties which are referred to in the first paragraph above and are discussed in more detail in the article. In normal usage a "director" is (only) a member of a company's board of directors. Often, however, these duties are also owed to the company by persons who are not directors (for example, by controlling shareholders or senior employed managers), and in some circumstances the duties themselves may be different depending on, for example, whether they are born by independent directors or by employees with a management function. A well-drafted company law should define and apply those distinctions clearly, but - except to make this point here - this article will not deal with them further.

As another preliminary point, the reader should be aware that the LTC provides for two principal types of business companies, joint stock companies and limited liability companies. The provisions discussed in this article relate sometimes to one type and sometimes to the other, but the principles of good director conduct are essentially the same for both.

Article 320 further stipulates that a director owes the duty of care not only to the company's shareholders but, in some cases, directly to the company's creditors. On this point the article states that

if a member of the board of directors *severely* violates his obligation to act with due care the company's creditors may request compensation for damages after failing to settle their claims with the company" (italics added).

The law does not contain, however, a definition of the term "severely".

Article 320 provides an exception to these liability rules, but the exception would apply only in limited circumstances.⁵⁾ It is that

members of the board of directors shall not be liable for the damages if they acted pursuant to a decision of the company assembly that was made despite the fact that the members stated their opinion (presumably at the assembly meeting, although this is not stated) that such a decision was contrary to this law.

An analysis of Article 320 requires several critical comments. Firstly, it does not define "due care" or offer guidelines on how to recognize it.

Secondly, it provides that the directors will always be liable jointly. That is, however, in contradiction with actual corporate life where the directors' actions, and their individual culpability, could vary greatly from director to director. Further, it could be unfair to hold one director liable for the fault of another, particularly because the LTC does not appear to provide a right of contribution among jointly liable persons.

Thirdly, the provision places the burden and presumption of violation on the directors. This, in effect, makes them guilty until proven innocent.

Fourthly, Article 320 gives an outside creditor the right to sue the directors personally even though, under most company laws, the duty of care is owed only to the company and its shareholders.

Finally, as noted above, the exception to the rule envisaged in the article is very limited. It can be seen from the duty-of-care situations which typically arise in corporate life (some illustrated in the first paragraph of this section and some below). They often do not involve conduct which is brought before a shareholder assembly.

These comments lead to the conclusion that this law is simply too strict for the realities of business and corporate life. The collection of rules in Article 320 - combining an undefined standard of conduct with quite stringent and highly specific possibilities of liability - could discourage a good potential director from being willing to serve as a director at all. That could certainly be the case if this law were taken and enforced as written. The point might be made that in an actual lawsuit a court would moderate the article's provisions, for example, by negating or ignoring the presumption of guilt or the rule of joint liability. But on the other hand, Macedonian lawyers and judges have expressed the view that judges would be hesitant to

5. Article 320 has other significant and very detailed provisions which, however, can be considered beyond the limited point made in this article.

"make new law" in this way, especially in the Macedonian civil law system. In any event, this point does not provide an argument in favor of the law as it is now drafted.

The question of how to amend Article 320 has arisen in the course of the efforts now underway to revise the LTC. One possibility is to eliminate Article 320 altogether and not replace it, thus leaving the entire subject to be dealt within court litigation. That could be called an "American" solution. In the United States, many states' corporation statutes do not define or even refer to the duty of care; it is simply left to case law. However, this is not seen as appropriate in a civil-law system, especially in a transition country where clear definition of legal standards of conduct is much needed and where personal liability for breaches of the duty of care may now be an unfamiliar idea.

Furthermore, three points do seem clear as a result of the above analysis: (1) the present law can be made simpler, (2) the standard of care can be defined more clearly (to the extent that that is possible), and (3) the burden of proof should be put clearly on the complaining shareholder, as is the case with most other laws. With these points in mind, it has been proposed that the Article might be deleted but replaced with a short provision stating simply that a director:

has a duty to the company to perform his functions as a director in good faith, in the reasonable belief that he is acting in the company's best interests, and with the care and attention a prudent person in a similar position would take under the circumstances

and possibly stating no more. If thought necessary, additional provisions could be added: (1) to clarify the burden of proof, (2) to state explicitly that the duty of care is not owed to third parties such as creditors, contract or tort claimants or the Government (recognizing, of course, that directors may have other duties to third parties, and that a company's claim against a director is a company asset which could become the creditors' property in a bankruptcy), or (3) to make it clear that when a director exercises his duties he is entitled to rely on financial statements and other materials which are prepared by the company's management or independent accounts or lawyers. It should be noted that the proposed language quoted above is substantially similar to that of duty-of-care laws which have been enacted in some U.S. states.

Even the above-suggested language defining the duty of care is partially subjective and, therefore, still not entirely clear. However, some subjectivity is unavoidable in this area, since each case will involve unique facts on which a court must make value judgments whenever an actual lawsuit arises. What the above proposal hopefully does do, is provide a guide to the factors and criteria which should be taken into account in making those judgments. It does this by making specific references to good faith, to the requirement of a "reasonable" belief, and the reference to a "prudent person in a similar position", however subjective those concepts may ultimately be.

The difficulty of defining the duty of care in actual practice is illustrated by a very controversial American case, *Smith v. Van Gorkom*.⁶⁾ The decision in that case struck fear in the hearts of many American company directors at the time but it has had the effect of raising

6. 488 Atlantic 2d 858, Delaware 1985.

the standard of care which directors, in the United States at least, are legally required to follow. A case with similar facts would be unlikely today in Eastern Europe, but it may be worth describing here because it illustrates the kinds of judgments a court must make in defining the duty of care in a lawsuit. Thus it helps make the point that the statutory law on this subject should be as clear as possible.

The case involved a publicly-traded financial services company called Trans Union whose chief executive officer had been approached by an outside party with a proposal to buy all of Trans Union's stock through an offer that the outside party would make to all of Trans Union's shareholders with the Trans Union board's approval and recommendation. The proposal was very favorable to Trans Union's shareholders; among other things, the proposed offer price was 50% higher than the price at which Trans Union's stock was then trading on the New York Stock Exchange. Moreover, Trans Union's independent outside law firm advised Trans Union's directors that they could be sued personally by unhappy shareholders if the directors did not approve the offer and did not submit it to the shareholders with the board's recommendation. In these circumstances, the directors very quickly (in a board meeting lasting only two hours) approved and recommended the offer, which was then submitted to the shareholders who overwhelmingly approved and accepted it at a specially-called shareholder meeting. Following the shareholders' approval, the merger was completed and the shareholders received their money.

Then, however, despite the high price which had been obtained, a group of the former Trans Union shareholders sued the former Trans Union directors personally, claiming that they had violated their duty of care. The claim was that if the directors had taken more time and care, and been more diligent in advocating the shareholders' interests, they could - and they would - have obtained an *even higher* price for the company.

In defending the lawsuit, the ten former directors demonstrated that they were very experienced in financial matters and that the five of them who were independent (non-employee) directors had a total of 78 years experience as chief executive officers of other major companies and 53 years as Trans Union directors, and that one of them was a prominent professor at one of the United States' most prominent university business schools. They argued that they clearly knew better than the court what their own company was worth and how much it could be sold for. (Also, there was no claim that any of the directors had a personal conflict of interest.)

To great surprise in the legal community, the court of five judges, by a three-to-two vote, agreed with the suing former shareholders and held that the directors had been grossly negligent and had violated their duty of care when they approved the sale so quickly. The court held that the directors had failed in their duty in several ways, including by not hiring an outside investment banker to provide an independent opinion on the price, and failing to take enough time and care in analyzing and actively negotiating the extensive agreements which the lawyers had prepared. The court pointed out, among other things, that the acquisition agreements which the board approved did not have a provision (which is now common in company acquisition agreements) that would have permitted Trans Union to

accept a higher offer from another outside party even after the contract with the proposed buyer was signed.

The decision was appealed but the case was privately settled before it was finally decided on appeal. Under the terms of the settlement the former directors were required to pay the former shareholders more than \$20 million, of which \$10 million (but only that) was paid by the board's insurance company.

Court litigation like this may lie far in the future for Eastern Europe, but it can teach the lesson - applicable everywhere - that the standards of director conduct are evolving and generally becoming higher, and that severe personal consequences can be visited on directors who violate those standards.

2. Personal Liability of Directors for Their Business Mistakes

An issue that is different from (but related to) the duty of care is that of when, and to what extent, the law should hold directors personally liable in damages for their business mistakes, *i.e.*, for business decisions which directors have made with due care but which, later and with hindsight, turned out to be bad decisions, sometimes even to the point of bankrupting the company and destroying the shareholders' investments. Under American law, a doctrine called the "business judgment rule" has evolved under which directors will normally *not* be held liable in that situation. The author has been involved in many cases where the business judgment rule was applied; typical of these are situations where a company has overpaid (in hindsight) for the acquisition of another company and has later had to sell it at a loss, and situations where a company has invested heavily in a promising new product line which then failed on the market. Such cases are often in the newspapers - a spectacular recent one involved BMW's acquisition of Rover Cars which BMW later disposed of with losses and write-offs exceeding eight billion DM.

The Macedonian LTC, on its face, rejects the business judgment rule and does so in a particularly strong way. This is done in Articles 181 and 194, which state that directors of a limited liability company:

shall be personally *and jointly* liable to the company *and to third parties* for activities conducted contrary to law and regulations, breach of contract *and mistakes made in the management of the company* (*italics added*).⁷⁾

Unlike Article 320, Article 181 also provides a remedy against offending directors which is distinctively American rather than traditionally European, namely, the remedy of a derivative lawsuit. This is a lawsuit that is brought, not directly by and on behalf of the

7. The language quoted above is in Article 181, which as drafted applies only to managers of a company. Article 194 states, however, that Article 181 (as well as Article 178, discussed later in this paper) shall apply also to members of the board of directors. It should be pointed out that Article 181, by its terms, applies to managers and directors of limited liability companies but not to managers or directors of joint stock companies. The LTC provisions for directors of joint stock companies do not appear to deal with this subject at all, which leaves open the question of whether the principles of Article 181 would be applied to them by analogy.

complaining shareholders, but rather on behalf of the company itself or in the name of all of the shareholders. Paragraph (3) of Article 181 states:

(3) Shareholders may both file complaints for compensation of damage suffered personally and individually or jointly file a complaint for compensation on behalf of the company. Plaintiffs may request full compensation for damage suffered by the company.

This last sentence in paragraph (3) even suggests that the damages paid by the culpable director in a derivative suit may be received directly by the complaining shareholders, not (as is required in American derivative litigation) to the company only.

Article 181 is also extremely inflexible in that it provides that, in any agreement among the shareholders,

any provision that contains a waiver of the right to file a complaint shall be void
and that

no decision reached at a shareholders' assembly may affect the filing of a complaint to impose liability on directors for mistakes in performance of their duties.

These provisions would appear to deprive shareholders of the freedom to reduce the strictness of Article 181 by agreeing among themselves on other liability standards to which they will hold their directors - for example, by granting their directors the protection of the business judgment rule. In the author's experience such agreements - which are often carefully negotiated by knowledgeable shareholder-investors and their lawyers - are very common, particularly in limited liability companies and closely-held corporations which are organized for specific business ventures.⁸⁾

Summing up, several observations can be made with regard to Article 181: Firstly, as already stated, it on its face imposes strict liability regardless of whether a director's decision was made with due care and in good faith, and it would seem to limit or prevent shareholders from agreeing among themselves on their own desired liability standard, as is done elsewhere.

Secondly, like Article 320, Article 181 imposes joint liability on directors even though their culpability might be different and even though there will inevitably be some cases in which it will be unfair to hold one director liable for the fault of another.⁹⁾

8. This is the case in the United States and, in the author's experience, increasingly the case in Europe and Latin America. Such agreements among shareholders often contain some form of the business judgment rule, and also often contain provisions that limit the liability of the directors from liability for acts that would otherwise be violations of the duty of care or the duty of loyalty (for example, to allow a director to continue pursuing other existing businesses that might be in competition with the company in question). In some cases, such agreements are believed by the shareholders to be necessary to induce a particular director to serve; typically, the shareholders in such agreements are sophisticated investors who are aware of the risks they are undertaking.

Thirdly, another problem is that Article 181 creates direct liability of a director to third parties for the director's business mistakes, even though, as argued above, the duty of care should properly be owed only to the company and the shareholders.

Finally but most importantly, it should be said that the policy of Article 181 does something that the law should *not* do: by imposing liability for all business mistakes it can discourage or prevent directors from taking entrepreneurial risks which are for the shareholders' benefit - also the country's economy's benefit - but which could ultimately turn out badly. It puts courts and judges, who rarely have business expertise, in a position to second-guess the business judgments of experienced boards of directors.

How, then, might Article 181 be amended? This question too has arisen in the present efforts to revise the Macedonian company law. In answer, it has been suggested that Article 181 should be deleted and replaced with a simple statement of the principles which underlie the business judgment rule, such as the following:

A director who makes a business judgment in good faith fulfills the duty of care, and will not be personally liable for damages or other legal sanctions arising from his making the judgment, if:

- (a) he does not have a personal interest in the subject of the judgment,
- (b) he is informed regarding the subject of the judgment to the full extent that he reasonably believes is appropriate under the circumstances, and
- (c) he rationally believes when the judgment is made that it is in the best interests of the company.

Like the suggested revision in section 1 of this article, this also resembles solutions followed in some U.S. states. For purposes of clarity, it would also be advisable to define the term "personal interest" in clause (a) as clearly as possible, and it has been suggested in Macedonia that the definition of "personal interest" which is described below in section 3 of this contribution be used for that purpose. The above-quoted provision might also be supplemented by rules stating clearly and objectively when an individual director will, and will not, be deemed to have agreed to actions which were taken by the board of which he is a member. On this, it has been suggested that the Macedonian law be expanded to state: (1) that a director who attends a board meeting at which any action is taken will be deemed to have agreed to that action unless his dissent is recorded in the company's record of the meeting or he files a statement of his dissent in writing with a specified company official immediately after the meeting; and (2) that a director who was absent from the meeting will be deemed to have agreed to the actions taken at the meeting unless he files such a dissenting statement immediately after he has notice of the action.

9. On this point it should be noted that while Article 181 states, like Article 320, that the directors' liability is joint, Article 181 also states, unlike Article 320, that "the court shall determine the fault of each ŠdirectorĆ if several ŠdirectorsĆ participated in acts that cause damage". This would seem to be an effort to modify the strictness on imposing joint liability, but the point should be made that imposition of joint liability at all is inappropriate.

3. Directors' Duty of Loyalty in Conflict of Interest Situations

Another fundamental duty of a director is his duty of loyalty to the company. The law should make it clear that, simply by becoming a director, a person commits his personal allegiance to the company and agrees that the interests of the company and its shareholders will prevail over any individual interest of his own when there is a conflict between them. It also means that a director must not use his corporate position to make a personal profit or to gain other personal advantage.

The duty of loyalty can arise in very different (although sometimes overlapping) types of situations. Among them are situations in which the director: (1) has a personal interest in a business transaction with the company, (2) may vote to determine his own salary or his own directors' fees or to determine the salary or directors' fees of other directors who will then be determining *his* salary or fees, (3) has the ability to use his company position or to use "inside" company information to further his personal interests in some way, (4) has the ability to take for himself, personally, a business opportunity that has come to the company and which he knows of only because he is a director of the company, (5) serves as a director of two companies and there are transactions between these two companies involved, and (6) is engaged in business competition with the company of which he is a director (discussed in section 4 of this article).

This section will discuss the Macedonian law relating to the first of these

- acts or transactions in which the director has a personal conflict of interest

- and, as above, this article will discuss possible clarifications and revisions to the present LTC provisions. The principal relevant provisions of the LTC are Articles 313 and 344. They are similar to each other except that Article 313 deals with directors of joint stock companies which have a single or "one-tier" board of directors (which under the LTC must, then, have two separate types of directors, called "executive directors" and "non-executive" directors), while Article 344 does the same for companies which have a German-style "two-tier" board system (with a supervisory board and a managing board). Under the LTC, all joint stock companies have the option of choosing which of these two systems they will adopt.

Articles 313 and 344 take the approach of declaring that certain contracts in which a director has an interest may be executed *if* they have been approved by an appropriate board majority; specifically, Article 313 states:

Contracts in which a joint-stock company is a party and in which an executive or a non-executive member [of the board] has an indirect or direct interest may be executed if the contract is approved by at least a majority of non-executive members of the board of directors.

The article then stipulates that a director shall inform the board if he knows that a contract meets the above requirements; and that the interested director "is entitled to be heard", but may not participate in the discussion or decision of the non-executive directors regarding the contract or its approval. The article also lays down a blanket requirement that the shareholder assembly be informed of all approvals.¹⁰⁾

Several observations might be made on Articles 313 and 344. Firstly, unlike the case with Article 320, which states that a director has an affirmative duty of *care* which he is personally liable for violating, Articles 313 and 344 do not state that a director has an affirmative duty of *loyalty* which he is liable in damages for violating.¹¹⁾

Secondly, Articles 313 and 344 require that *all* interested-director contracts must be formally approved by the board. This means literally that formal approval is needed even if: (1) the contract is fair to the company, (2) similar contracts were previously approved, and (3) the contract is *de minimis* in value or importance: to take an extreme but practical example, it would cover a director's arrangement to use a company-owned car for one day or one week, both in the case where he paid the company for its use and the case where he did not.

Thirdly, Article 313 also requires that the board's approval be given in advance, forego-ing the possibility (not unusual in corporate life) of board approval and ratification at a point in time after the contract has been executed. The articles, however, do not state the consequences if an interested-director contract is *not* approved by the board. Is the con-tract then void? Is it voidable by the company at the company's option? Is it valid but giving rise to a damage claim by the company against the director?¹²⁾

Fourthly, they do not define the concept of a director's "indirect or direct interest". Nor do they provide guidelines to determine when it exists: does it, for example, encompass the inter-est of a family member of the director?

Fifthly, they do not require that the board members who approve the contract must themselves have no interest in the contract or any related transaction; and they do not re-quire that full disclosure of the director's interest must be made to the board, or that the ap-proval will be effective only if the board has all the material fact about the director conflict.

Finally, they require that all such approvals be reported to the shareholder assembly even if the contract is *de minimis* in value or importance.

To deal with these points, a replacement of Articles 313 and 344 has been proposed in Macedonia that has three parts. First, it would impose an affirmative duty of loyalty on directors in *all* matters (not only contracts) affecting the company in which they have a per-sonal interest. It would do this by stating, simply, that:

a director who has a personal interest in a matter affecting the company has a duty to act fairly and loyally to the company with respect to that matter.

-
10. Articles 313 and 344 have other important, and sometimes not fully clear, provisions, and there are significant differences between the two articles, This, however, is beyond the limited points made in this contribution.
 11. The closest thing to an affirmative imposition of the director's duty of loyalty in the LTC appears to be the state-ment in Article 314 that directors of one-tier companies "are obliged to work in the interest of the joint stock company and its shareholders *and employees*" (italics added). There does not appear to be a corresponding provision for directors of two-tier companies.
 12. On these issues it should, however, be pointed out that Articles 345 and 346, which apply only to two-tier board companies, state that contracts which have been disapproved by the supervisory board may be annulled "if the contracts are harmful to the company" and that "a complaint for annulment shall be filed Špresumably with a courtČ within three months after the contract was exe-cuted". There is not a corresponding provision for one-tier board companies.

Second, the proposed version sets forth a detailed and fairly broad definition of the term "personal interest" in the hope of forestalling the endless arguments which could otherwise ensue on when and whether it is present. The suggested definition states, among other things, that a director has a personal interest in an "act or transaction" if: (1) either he or a family member (a term which is, in turn, specifically defined elsewhere to include immediate family members and their spouses and any other persons sharing the same home with the director) is a party to the act or transaction, or (2) he has a financial or family relationship to a party to it which could reasonably be expected to affect the director's judgment adversely to the company, or (3) he is under the control or controlling influence of a party to the act or transaction which could reasonably be expected to affect his judgment adversely to the company. As in the case of the above-proposed definition of due care, this definition of "personal interest" requires some subjective judgment, but that appears to be unavoidable in dealing with this value-laden issue, where each case will be different and will often require that individual judgments be made.

The third part of the proposed amendment has the same purpose as Articles 313 and 344, namely, to state specific circumstances in which a director will be protected from liability notwithstanding his conflict of interest. The proposal does this, however, in a way that tries to answer some of the questions raised above. It states, among other things, that a director has not violated the duty of loyalty, and will not be personally liable for damages or other legal sanctions arising from his conflict, *if either* (1) all material facts concerning the interest are known to the board of directors and the board authorizes the transaction in good faith by majority vote of *disinterested* directors, *or* (2) all such material facts are known to the shareholders and the transaction is approved by *the shareholders* in good faith by majority vote at a shareholder assembly, *or* (3) the transaction, judged under the circumstances at the time it was entered into, is shown to be fair to the company.

It will be noted that clause (2) in the preceding sentence provides for the option of shareholder approval, and that clause (3) assures that the company may have the benefit of a contract which is favorable to the company even if the contract was not approved - which might have happened through inadvertence or may even have happened through deliberate concealment on the part of the interested director. It also allows the interested director the benefit of such a contract if he can show that it was favorable to the company.

4. Directors' Duty Not to Compete with the Company

While a director's duty not to compete with the company is part of his duty of loyalty, many company laws including Macedonia's deal with it separately. As will be seen below, the LTC provisions on this subject are particularly restrictive and are also different for directors of joint stock companies which have a single-tier board (covered in Article 312), for directors of joint stock companies which have a two-tier board (covered in Article 327), and for directors of limited liability companies (covered in Articles 178 and 194).

Article 312 (for directors of joint-stock companies with a one-tier board) begins with an extremely broad proscription. It states:

Executive members of the board of directors may not perform any paid or unpaid registered activity or involve themselves in any kind of paid or unpaid activities of another company whether on their own behalf or on behalf of a third party, without prior permission of the non-executive members.

The article next states that the company's shareholder assembly "shall be notified of decisions of the board approving the involvement of an executive member in certain activities". While this quoted language is not completely clear, it was probably intended to mean that the assembly must be notified of all decisions made by the non-executive members of the board which approve any activities of the kind described in the first part of Article 312. In a third provision Article 312 requires that, prior to the appointment of a natural person as a non-executive director, the proposer of that person shall disclose to the company's "body in charge" all of the activities of the proposed person of the type described in the first part of Article 312 (quoted above).

Article 327 (which is for directors of joint-stock companies with a two-tier board) contains the first two above-described provisions from Article 312, with the language adapted for the terminology of a two-tier board. However, Article 327 does *not* contain the third above-described provision from Article 312 (requiring disclosure), but it *does* contain important and detailed additional provisions (not included in Article 312). The latter states that the company: (1) may request compensation for damages from a managing board director who violates the board-approval requirement stated in the first part of the article; (2) in lieu of that compensation, may request of the violating director that the offending competitive actions be registered on behalf of the company, and (3) may request that the violator transfer to the company the remuneration he received for the offending competitive activity. Article 327, unlike Article 313, also has a time-barring "statute of limitations"; it states that the company's claims shall be barred three *months* after the time when supervisory board members learned of the offending actions or five *years* after those action occurred.

Articles 178 and 194 (for directors of limited liability companies) are in some ways less, but in some ways more, strict and inflexible than the provisions for directors of joint stock companies. Articles 178 and 194 state, in paragraph 1, that a director may not, without approval of the *shareholders assembly*, be a shareholder with unlimited liability or a chief officer in another company involved in similar commercial activities. Article 178 then provides, like Article 327 but unlike Article 312, that the company may claim damages or claim that the director assign the benefit of the offending activity to the company. Article 178 also provides for time-barring but differently from Article 327; the time-bar in Article 178 is three months after the directors learned of the offending activity or three (not five) years after it occurred. Article 178 combined with Article 194 also prescribes a draconian and highly specific penalty: directors "*who are not shareholders* may be expelled from their duties *without prior notice* for violating paragraph 1 of this article" (italics added).

Many observations can be made on these provisions. Firstly, the most obvious is that they are different for each form of company, whereas a director's duty not to compete with his own company should be the same whatever the form of company.

Secondly, an equally important point is that the provisions for joint stock company directors (Articles 312 and 327) *do not apply at all* to nonexecutive directors in single-tier-board companies or to supervisory board members in two-tier-board companies; those provisions apply only to executive directors and management board members. Yet a company's nonexecutive and supervisory board directors are the most senior, and legally the most important, of a joint stock company's directors. There is no reason to exempt them from the law's prohibition against competition with their companies.

Thirdly, it should also be noted that the restrictions in these articles apply to a director's involvement in *all* outside companies and activities. The restrictions apply even when the other companies or activities are *de minimis* in size and when they are not in the same business as the company of which he is a director. The restrictions also apply to a director's involvement in other companies which, even though they might be in the same business, are not in competition with the company of which he is a director. To take several examples, the articles would seem to apply to: (1) a director's involvement in charitable or civic activities which are unrelated to his company; (2) a director's investing some of his personal savings in stock of a publicly-traded company which might be in the same business as his company but where his stock represents under one per cent of the other company's public ownership and no possibility or intention of control; (3) a director of one company serving also as a director of a subsidiary of that same company; and (4) a director of a shoe-store company in one city who helps his children by investing in a non-competing shoe store which they operate in another city hundreds of kilometers away.

Finally, these articles do not in fact prohibit competition by a director with his company or state that his doing so would violate a director's duty of loyalty. They take the quite different approach of requiring, rather, that his activities outside the company - competitive or not - must be approved by the company's board. This suggests two dangers that the law should protect against: the law should not under any circumstances allow a company's board to legitimize activities of a director which constitute competition that is harmful to the company, and the law should prevent board members who themselves have an interest from voting to approve a fellow board member's competing activities.

All of these issues have arisen in the current activities to revise the LTC. In response it has been proposed to replace Articles 312 and 327 with a single provision that would: (1) apply to all directors, (2) apply only to directors' outside activities which are in business competition with the company, (3) require that approval of any such activities be subject to the same standards as approval of other activities which involve a director's duty of loyalty, and (4) allow such approval by either the board or the shareholders.

The provision which has been suggested would state, simply, that a director may not directly or indirectly engage in "business competition" with the company unless one of three circumstances is applicable:

- (a) there is no reasonably foreseeable harm to the company from the competition,
- (b) the competition is authorized by majority vote of disinterested members of the company's board of directors acting in accordance with the standards governing approv-

al of other interested-director actions which are discussed and suggested above in section 3 of this article, or

(c) the competition is authorized by majority vote of disinterested shareholders.

Macedonian lawyers have pointed out that the above wording requires a subjective judgment as to when a director's activities do or do not involve "business competition" and that, therefore, it may actually be preferable for the law to require a director to disclose, and obtain board or shareholder approval of, *all* of the director's activities outside the company, as the present LTC provisions contemplate. It has further been argued that full disclosure of this kind is especially needed in transition countries where there is limited business transparency. The author's view is that such judgments - while admittedly subjective - should not be hard to make since they are based on concepts of basic fairness. Furthermore, it can be intrusive (to the director) and burdensome (on the company) to require review of each and every outside director activity. To require such a thing can invite evasion by a director, can discourage qualified persons from serving as directors and can, as a consequence, discourage outside investment. This may continue as an open issue as the meetings on revision of the LTC proceed.

Conclusion

The above discussion shows that it is easy to criticize the present Macedonian law, but such criticism, and the law revision process which is now going forward, should be seen in context. At the end of the Socialist period Macedonia, like many of its neighbor countries, had an almost immediate need for new and comprehensive business laws in many areas - not only company law but also securities law, collateral and mortgage law, bankruptcy law, obligations law and accounting standards law, to name just a few. Macedonia responded quickly with a large corpus of new laws which included the LTC and which have served well through the 1990s to today. These are the laws which are now called the "first generation". It was inevitable that with experience and with increasing foreign investment the time would come for revision of those laws. Macedonia is very fortunate to have an active bar and judiciary participating in this process, and it is hoped that the suggestions made above will be a useful contribution.

Др Љубица М. Зјалић
научни саветник Економског института, Београд UDK 331.5:332.012.32

Запосленост у процесу приватизације

Извод

Приватизација је утилитарно поднеша за остале друштвени и привредни развој, уколико је више усаглашена са свим другим развојним интересима - реформама. Процес усаглашавања реформи већан је ако се изводи на јасно дефинисаној структури, односно ако је преходно преструктурирана привреда. Запосленост у процесу приватизације треба да буде сагласна са развојним потребама привреде и друштва.

Три су аспекти овог процеса: прво, запосленост је инструмент који мора да одијеша значајну улогу у развоју; друго, циљеви запослености и приватизације су једнако важни у транзицији, јер је својом динамиком убрзавају; треће, тражишице рада је месец у којем се одијешава сирова стварност за запослене, који су се нашли у његовом захтевају. Са тоја суштински, приватизација је основна улога транзиције и кључ за свеобухватне реформе које воде ка интеграцији и глобализацији.

Кључне речи: запосленост, приватизација, тражишице рада, преструктуирање, процес, приступ.

Увод

Приватизација је и сачељавање са сложеним проблемом запослености, односно незапослености, који тражи компромисе, јер се улагање у људе (хумани капитал) разликује од улагања у погоне и опрему. Осим тога, индивидуална иниција-

тива и иновације су основе тржишне конкуренције, опстанка и развоја. Како одолети великом притиску незапослених - то је један од основних економских проблема у интензивном трагању за новим парадигмама. Одговор је: треба ићи на стабилан и дугорочни економски раст, који неће бити сам по себи довољан да употребности елиминише незапосленост, али ће спречити да запослени постану дугорочно незапослени. То подразумева мењање структуре запослених, комплетног система радних односа и система образовања. Потребан је целовит и свеобухватан приступ овој проблематици, превасходно, и даљем развоју. Економија се данас идентификује са "економијом знања", са значајем знања за привредни развој. Са економског становишта, није толико битна стабилност (привреде) колико слободно пословање и постојано одрживи раст, јер је главни генератор раста извоз, који мора да расте брже од друштвеног производа, што покреће запосленост и подстиче рад као примарну људску вредност. У том процесу постоје нове економске и опште друштвене непознанице. Не може се, ипак, са осиромашеним радништвом поступати на исти начин као и са материјалним, технолошким и природним ресурсима. Свакако, треба обезбедити не само минимално прихватљива решења која на међе фактичка реалност, него тежити да се нешто промени, да се покрене другачији начин мишљења, да се другачије креирају и реализују одговарајући програми.

Запосленост - значај и положај

Потпун и објективан увид у стање запослености (код нас), како захтева елементарна научна методологија, данас је тешко стећи. Вероватно се запосленост детаљније не прати: престало је да се региструје и све друго што се (тако) бурно догађа, а област запослености је исувише динамична. Разлози су вишеструки, али је основни, по свему судећи, што се сматра да запосленост нити изражава значајни друштвени интерес, нити остварује значајне социјалне и економске ефекте, па се сходно томе, не схвата као значајнији развојни потенцијал.

Најлакше је запослене лишити радног места проглашавајући их в и ш к о в и м а. Запосленост чине тенденције из периода прогресије, али и периода систематске деградације. Мора се, ипак, признати да је у периоду регресије и суноврата (као што је то било последњих десет година 20. века) било истицања неких нових функција, облика и садржаја запослених и повезивања са развојем људских ресурса. Постоје нове (па и законске) форме и практичне садржине за уклапање у међународне стандарде (економске, технолошке, регионалне и др.), али ипак, има доста методолошких непознаница и тешкоћа да се запосленост реално презентира и да се схвати њен значај. А запосленост, по свему судећи, мора да буде конципирана као суштина економских реформи, кроз коју ће се видети јасна економска позиција предузећа чији је основни циљ да брину о повећању профита. Из тих разлога (углава) се и обликују циљеви и задаци политике запошљавања.

При отварању нових радних места, посебно у пропулзивним секторима, постоје нерационалности у распореду радне снаге према величини предузећа, што

посебно долази до изражaja током процеса приватизације. Запосленост и приватизација нису независни него међусобно веома су условљени процеси. Сматра се да приватизација не би могла и не би смела да се обави ако би се драстично угрозила запосленост, односно ако се не би нашло решење за запослене.¹⁾

Ипак се запослени са доста сигурног радног места потпуно пресељавају у никада нежан загрљај тржишта, односно тржишта рада на које се сливају "вишкови" запослених. А "вишкови" запослених у Србији процењују се на 600000 до 800000, док је стопа незапослености 29,4% (новембар 2001. године) са корекцијом на горе. Технолошка достигнућа, али и приватизација која се одвија у Србији (ригидност реалних и релативних надница, високи трошкови за ангажовање нових радника, високи трошкови њиховог отпуштања и др.), трајно стварају вишкове, па се тржиште рада сматра местом за стицање посебних (потребних) знања и вештина за послове на новим радним местима и за иновирање знања. То има опет сасвим другу улогу за сваког појединца, јер се посматра као значајан механизам социо-економских промена. Тако су се запослени нашли пред многим изазовима које је покренула приватизација, чинећи им будућност неизвесном.

Међутим, када би се одговорност за запослене и запосленост уградила у друштвени механизам за реализацију социо-економских развојних циљева, створили би се услови да се запосленост дефинише у контексту саме њене прихватљивости. Чувајући се опасности коју са собом носи свако дефинисање (а посебно овако осетљиве категорије, као што је запосленост), неминовно је рећи да запосленост у процесу приватизације обухвата читав низ различитих друштвених захтева који се, у основи, своде на механизам за интересно повезивање субјеката унутар предузећа и изван њега. Ни један чинилац тако јасно не утиче на резултате пословања као што утичу квалитет и структура запослених. Разлог је у суштинском обележју. Наиме, функција власништва потпуно се одваја од функције управљања. То од запослених захтева најсавременија знања, теоријска и практична решења, проверен концепт тржишног вредновања и тачну оцену у процесу рада, како би могао да се држи корак са новим технолошким достигнућима. Тако је дошло до схватања значаја и положаја запослених у социо-економском развоју.

Није ипак добро што је запосленост превише оријентисана емпирији, јер се сматра да је проблем запослености сав од чињеница, али би и измене постојећих теоријских схватања отвориле нове области истраживања, многе претпоставке би

1. Видети како је решен проблем "Заставе" Крагујевац, David H. Fretwell - "Приватизација и запошљавање радне снаге у другим делатностима: програми, трошкови и финансирање", Извештај мисије, септембар, 26-28. 2001, стр. 4.

У међувремену су четири велике банке у Србији отишли у стечај са 8500 запослених. Нуде им се као решење: а) једнократна новчана помоћ од 6000 динара за сваку годину радног стажа или 24 просечне нето зараде у привреди Србије, б) да се пријаве тржишту рада и да очекују новчану надокнаду за незапослене, в) да прихвате преквалификацију. За то време следила би им надокнада за незапосленост и посебна новчана помоћ у току преквалификације, односно 20% од просечне плате. А ако успешно положе испит следовала би и награда од 3000 динара. - "Политика" од 4. I 2002., стр. 12.

се могле објаснити, што би свакако било потребно. Примера ради: "Зашто увек страдају запослени када долази до структурних промена у друштву?", "Зашто је приватизација та која ће одузети вољу за рад онима који су били оригинални и способни за то да има идеје, а дестимулисана је њихова креативност за врхунска решења?" Можда нису могли, односно нису били у могућности да објаве своја решења, која је било могуће претворити у производе.²⁾ То би значило да је у својој основној структури запосленост друштвени механизам дистрибуције знања и информација и дистрибуције способности, потребне оронулој привреди, каква је наша (па се с правом може рећи да је запосленост и услов националног опстанка). Треба, свакако, знати да добра структура запослених даје велике могућности за развој и стабилност, што је неопходно за трансформацију друштвене средине, лакше пролажење кроз фазу транзиције, боље сналажење на тржишту рада и стварање одређеног степена егзистенцијалне сигурности. То, свакако, доводи до стварања вишег нивоа свести при доношењу одлука и мотивише сваког појединца да стиче одређена знања, јер се намећу нови услови за опстанак и сналажење у новим променама. Али, од када је у речник ушла реч "тржиште", она превасходно означава трагање за изворима представа и развојем нових образовних структура, које би попуниле празнине у знањима запослених. Једноставно речено, у основи раста и развоја запослености нашао се феномен конкуренције, којој се може одолети, ако се овлада савременим методама и да се поседује стабилан мотив да се инвестира у себе. Тада задатак се може испунити ако се учи целог живота, што је у центру збивања запослених управо сада [7,7]. Учењем се помаже изграђивање одређених форми понашања, а то онда неминовно тражи и одређивање приоритета и акциони план у глобалној стратегији развоја.

Запосленост то може да стимулише живом снагом изнутра и из овог процеса много може да се научи. Много остаје и недоречено, јер људски ум нема увек ни способност да то све разуме. Неопходан је велики напор у тој борби (јер свака победа јача карактер), који треба усмеравати према потребама и на њима развијати одређени квалитет. Зато се можда гледа на запослене у технолошки неопремљеним фабрикама као на технолошке "вишкове", које треба усмеравати према тржишту рада. Међутим, према кензијанској концепцији, која најдетаљније објашњава (не)запосленост, проблем (не)запослености није везан за тржиште рада, већ за стање привреде као целине (посебно је значајно стање на тржишту капитала). [18,74] Сматра се да је међународно кретање капитала (данас) део организма светске привреде, иако кретање капитала из једне земље у другу постоји откако посто-

2. Цитирају по сећању Бенјамина Френклина: "Краткотрајно пристајање за добијање слободе ради добијања сигурности, дугорочно се своди на губитак слободе и сигурности". Тако изгледа да је наука социјални феномен. Ако своја открића научник објави у мало познатим часописима (публикацијама), онда као да није ништа учинио. Идеје и резултати се морају публиковати у међународно признатим часописима да би били приступачни широком научном аудиторијуму и о њима се мора расправљати на научним скуповима. То има позитивне и негативне ефекте, о чему смо се већ уверили када су наше идеје реализоване други. - "Политика" од 31. XII 2001. и 1. и 2. 2002, стр. 31.

ји сам капитал [3.,9]. Али, стање и пласирање развојног међународног капитала постало је, на крају 2000. године, прави крвоток светске привреде, па је то кретање у свету било четири пута веће од светског извоза роба и услуга.³⁾ Ко онда треба да одлучује да ли ће запослени бити "вишак" или не? Све је то постало нејасно у процесу приватизације самим тим што је ово већ четврти покушај (приватизације), па је природно да се упоређује нови модел приватизације са ранијим. Уколико је учињени корак велики (у односу на раније покушаје), онда ће нови проблеми у запослености бити дубљи, а биће их и више него раније. Па, што се више напредује у томе сазнању, то се јасније разазнаје величина незнанња. Обавештеност о ранијим најкрупнијим замкама запослености у кругу приватизације држи управу у центру пажње начин на који се приватизација одвија и упозорава да пре приватизације треба преструктурирати привреду. Али, пре него што се криза развила, отпуштање радника је могло да изазове велике проблеме. Зато се очекује да ће нови покушаји бити што је могуће смелији и неочекиванији, да подстичу постојање ривалских хипотеза или теорија, што се већ догађа. Свака од њих довела би до тога да се одбаци нека дотада поштована форма у корист друге, која је са њом неспојива.⁴⁾

Можда се ипак не оскудева толико у капиталу колико се оскудева у идејама, јер се своди на то како приватизацију извести на прави начин, па да запосленост потраје, посебно да се вишкови запослених не преселе у отворену незапосленост. Зато и јесте потребно да се промене, посебно оне које се одвијају кроз тржиште рада, уклапају у укупне тржишне реформе.

Приватизација - нови концепт

Актуелни модел приватизације [27,38], који је четврти по реду у Србији, зачињива се на продаји предузећа. Тако се и по четврти пут мења правни режим приватизације (1988, 1992, 1997, 2001. године). Продаја предузећа користи првенствено тендерску (јавни тендер = позив) и аукцијску (лицитацијом) продају, нуди страним и домаћим купцима да откупе 70% вредности предузећа. Део капитала предузећа који остане после аукцијске продаје (30%) и после тендерске продаје (15%) може бити подељен бесплатно запосленима. А сав непрдати капитал предузећа (после

3. Термин "развојно међународно кретање капитала" обухвата средњерочно позајмљивање или други облик пласмана капитала од 1 до 5 година, и/или дугорочне пласмане капитала са роком преко 5 година. То, у основи, у односу на БДП, извоз, инвестиције и друге релевантне показатеље, одсликава до сада незабележену динамику, а све као последица глобализације и либерализације светске привреде.
4. Све ово подсећа на научне револуције. "Научне револуције су овде узете као оне некумултивне развојне епизоде у којима се стара парадигма у потпуности или делимично замењује новом која је неспојива са старом". - Kuhn, T.S., The Structure of Scientific Revolutions, Chicago, University of Chicago Press, 1962, стр. 91. А науку не чине само научне револуције већ и кумулација несумњивих знања - Бранимир Стојковић, Осврти и прикази - "Социолошки преглед" бр. 1-2/2001. стр. 167.

тендерске продаје и бесплатне поделе запосленима) биће бесплатно подељен свим грађанима [5,12].

Запосленима се тиме, по четврти пут, мењају права и положај у приватизацији. То ствара правну неједнакост због учествовања у различитим приватизацијама, због повлашћења једних и ускраћивања других, мада према Закону о приватизацији (2001.) њихова се права не умањују у односу на досадашња [12,53]. Сматра се да се овим моделом скраћује време структурног прилагођавања предузећа успостављањем система управљања изведеног из власништва.

Приватизацију спроводи (обавља) Агенција за приватизацију. Она и контролише поступак приватизације, као и извршење уговора о приватизацији.⁵⁾ Зато је ту потребна изузетна припрема. Предузећа која имају тржишни потенцијал, али су презадужена, а треба их преструктурирати, свакако су највећи изазов приватизацији, али ће тај процес најдуже трајати. Зато у том послу морају да координирају многе институције. Поставља се, углавном, дилема - преструктуирање или стечај? Све што се може треба преструктурирати јер је најлошије решење стечај, мада је и то некад неминовно. Али, ако се пође од тога да су технолошке промене у основи структурних промена, онда преструктуирање предузећа (привреде) нису само физичке, него суштинске промене. Важно је и како ће се рад организовати, ко ће то обављати, која знања треба поседовати [4,6]. Преструктуирање предузећа се спроводи и због структуре ресурса, због величине тржишта, идентификације подручја на којима се може располагати материјалним и људским ресурсима. У тим оквирима треба тежити да преструктуирање предузећа допринесе снажној афирмацији тржишних кретања, укључивању у интеграционе процесе у оквиру регионалних аранжмана и у правцу глобализације. Преструктуирање је и битан фактор за продају предузећа и за очување запослености и, свакако, значајан услов за убрзање приватизације.

Треба имати у виду да је нашу земљу (последње деценије 20. века) задесила историјска катализма, која је (у потпуности) озбиљно нарушила темеље њене егзистенције, а за такве догађаје се није било спремно. Па, за разумевање природе садашњег стања потребно је пре свега, сагледати реалност. Уочава се да је модел приватизације продајом предузећа знатно еволуирао у односу на раније концепте, али као последица тога настало је функционално раслојавање. Па, како приватизације није формула већ приступ, све до доношења овог Закона (2001.), приступ приватизацији је имао само два циља: а) раст ефикасности увођењем власничког управљања (*corporate governance*) и б) супротстављање политизацији економије. Углавном је приоритет у преузимању предузећа дат запосленима, који се појављују као купци друштвеног капитала на основу стечених права, пре свега, минулог рада. Суштина приватизације није била продаја предузећа запосленима, већ куповина купаца. Зато је такав модел приватизације имао ограничен домет, а омогуће-

5. Када је у питању контрола, треба се сетити К. Попер-а који каже: "Основно питање у политици није ко треба да командује, већ како можемо контролисати оне који командују".

на је приватизација малих и средњих предузећа. Ван процеса приватизације остало су велика предузећа пословно контролерзна и државна предузећа. Остале су још банке и осигуравајуће компаније.

Разлог за одлагање приватизације финансијског сектора је унакрсно власништво предузећа и банака као и теза да ће се приватизацијом предузећа доћи и до приватизације банака. А управо је одлагање приватизације финансијског сектора узрок његовог пропадања [8,57]. У актуелном процесу приватизације налази се око 2500 предузећа у привреди Србије.⁶⁾ Завршетак приватизације је излазак акција на финансијско тржиште, односно на финансијску берзу, на којој владају сирови услови, за које се треба посебно оспособити. На то наводе бројне околности. Између осталог и повлашћена информација (необјављена информација) [20,7]. Та је информација о тачно одређеним чињеницама о једној или више компанија, односно о њиховим хартијама од вредности, које се јавно нуде на тржишту (које обухватају и тзв. изведене хартије од вредности - финансијске деривате). Та повлашћена информација, ако би била позната јавности, знатно би утицала на цену тих хартија. Одавање тих информација може, у процесу приватизације, утицати на обарање вредности предузећа. Из тих разлога треба се бојати корупције, јер "корупција постоји уколико дође до намерног нарушувања принципа непристрасности при доношењу одлука у циљу присвајања неке погодности" - Вито Танзи [2,10]. Али не само то. Реч је о настојању појединца да то окрене у своју корист.⁷⁾ То је као "друштвена аrena" где, у принципу, појединач може да учествује у одлукама које се тичу становништва уопште; о томе како се стварају и користе друштвена средства; каква ће бити спољна политика и слично [6,10].

Већ самим тим што су ван приватизације остало предузећа која су у некој врсти кризе (стратегијској, тактичкој или оперативној), чија приватизација захтева друге видове трансформације, пре свега консолидацију, овим предузећима су потребни нови власници који ће променити њихову позицију. Отуда и обазрив приступ приватизацији. Иначе, сам приступ подразумева (две битне промене): а) продају предузећа, б) државу у уз洛зи продавца. Па, да би се убрзала транзиција у зони приватизације, треба довршити приватизацију предузећа која су започела са тим

6. По ранијем Закону о власничкој трансформацији (1997.) 145 предузећа завршило је приватизацију, а у другом кругу налази се 686 предузећа - подаци из Министарства за приватизацију и привреду. Веза између Закона (1997.) и Закона о приватизацији (2001.) је у томе, што предузећа која се налазе у првом кругу приватизације предају остатак акције Акцијском фонду, који их продаје по правилима новог Закона о приватизацији (2001.). У процес приватизације по овом приступу ушла су најбоља предузећа. Слабост овог приступа је спрост.
7. Није само материјална погодност у питању већ и пролонгирање времена да би се изгубили рокови у којима је могуће постићи одређене резултате.
Основни извори корупције су: ограничена понуда ресурса, лоше стање у јавним службама, избегавање обавеза према држави, организовани криминал. У ограничену понуду ресурса убрајају се: несташница производа, енергената, хране итд., оскудица кредита, недостатак девиза, увозно-извозна ограничења. Др Предраг Јовановић: "Анатомија корупције", Transparecz International Serbia, Београд, 2001, стр. 5.

процесом; отворити процес приватизације у до сада заклоњеним секторима (велика предузећа, пословно контроверзна предузећа, државна предузећа и финансијски сектор), а треба развити и потребну инфраструктуру, како би профункционисала финансијска тржишта. Актуелни Закон о приватизацији (2001.) настоји да реши ове приоритете. Поред тога, тежи се привлачењу страних инвестиција, пушњењу буџета и сл. Предвиђа се преструктуирање⁸⁾ предузећа пре приватизације. Овај Закон настоји да брзо и дефинитивно пренесе својину у руке релевантних власника, а да купац има могућност куповине већинског удела. (Исто то важи за предузећа која су се трансформисала по претходним законима.)

Како је искуство са приватизацијом у бившим социјалистичким привредама у транзицији било успешно, претпосавља се да су финансијска тржишта, заправо, одиграла улогу инфраструктуре за јефтино преузимање добрих предузећа, омогућујући куповину акција и/или предузећа са дисконтом страним инвеститорима. На то посебно обратити пажњу код нас, јер је ово изузетно значајно при стварању привредног амбијента. А у условима закаснеле транзиције, па тако и приватизације као што је то код нас, отварање нових предузећа треба да буде подстрек који ће да убрза успорене процесе, јер је по дефиницији приватизација иницијална каписла која отвара ланчану реакцију промена. До сада проведена приватизација је довела до најмање два битна ефекта. Прво, дошло је до промене доминантно правног облика предузећа у смислу да је форма друштвеног предузећа замењена формом акционарског друштва.⁹⁾ Друго, модел приватизације (самоприватизације) је имплицитно предодредио визију привредног система коме се тежи, односно визију модела тзв. "радничког капитализма", да се временом трансформише у предузетнички капитализам, уколико унутрашњи власници крену у преузимање предузећа из руку спољних власника [8,15]. Али без обзира на тешкоће и ризике, приватизација се мора спровести што је могуће пре (за четири године). Ипак, треба елиминисати брзоплетост и нејасне циљеве у процесу приватизације, пазити на границе социјалне заштите. Актуелни Закон о приватизацији испуниће своју мисију, уколико значајан део постојеће привреде буде радио и уколико, у што краћем року, преко 50% привреде буде у приватном власништву.

8. Прво преструктуирати па приватизовати, предлагало се и пре доношења Закона о приватизацији (2001.). - Види: Др Љубица М. Зјалић: *Преструктурирање као услов за функционисање привреде*, монографија: "Раст, структурне промене и функционисање привреде Србије", редактори: др Радослав Маринковић, др Милан Илић, др Илија Росић, Економски факултет Универзитета у Крагујевцу и Економски факултет Универзитета у Нишу, Крагујевац, 1998., стр. 123; Др Љубица М. Зјалић: *"Преструктурирање привреде и затоноси"*, монографија: "Раст и структурне промене привреде Србије у условима транзиције", Економски факултет у Крагујевцу и Економски факултет у Нишу, Крагујевац, 1996, стр. 123.
9. У питању је форма тзв. затвореног "акционарског друштва", пошто акције нису (још) предмет трансакције на берзи" - Др Драган Ђуричин: *Србија у новом покушају спровођења транзиције*, IX Милочерско саветовање: "Финансије у условима закаснеле транзиције", Милочер од 19. до 21. IX 2001, стр. 15.

Главна улога предузећа у новом амбијенту је да стварају вредност за власнике, мада затечено стање у економији захтева измену привредне структуре и привлачење што вишег инвестиција. Међутим, предузећа која су у стратешкој кризи не могу да рачунају на приватизацију. Ту је и опасност у примени новог Закона о приватизацији (или популарно Модела II) у поређењу са Законом о својинској трансформацији (Модела I - из 1997), која се састоји у томе да до продаје (тендерске и аукцијске) уопште не дође или да држава прода предузећа једино по бесмислено ниској цени. То озбиљно налаже висок степен опрезности у примени овог Закона (Модела II) и мора да буде под неупоредиво већом контролом (неко ранији облици приватизације, мада је и њих требало више контролисати), јер је далеко осетљивији и велика опасност му прети од корупције.¹⁰⁾ А корупција је велика препрека реформама и, посебно, приливу страних инвестиција. Изазови су далеко већи јер се ради о много мањем броју великих трансакција, а не о огромном броју малих трансакција [5,12]. Изазов је и што приватизација доводи до незапослености, иако се зна да процес приватизације захтева кадровску екипираност¹¹⁾ и укупно другачије понашање за нову унутрашњу организацију привреде, посебно према иностраним инвеститорима. Ово није време за учење, него за примену већ знаног и адекватно примењивог, па свака висока позиција нестручних (људи) може угрозити процес приватизације коју запослени доживљавају као кризу. Већ сама примена приватизације, од факултативне до обавезне, одлучујуће утиче на карактер и операцionalизацију институције за подршку овом процесу, јер се после многих реформи практично стартује у транзицији. А прелаз ка тржишној економији ипак се не може остварити по универзалном рецепту. Јављају се и спонтане реакције на развој и захтеве тржишта, иако је привреда доведена у стање мировања и на граници је потпуног колапса, из кога се може извући једино значајним инвестиционим улагањима и бољом организацијом рада.

Сматра се да су узроци кризе великих предузећа у националној привреди лоцирани у домену кадровске политике запослених и да продаја предузећа има последице које се одражавају на запослене јер их излаже ризику да остану без посла. Мотив страних инвеститора који купују наша предузећа је да, уз што мање улагања, остваре што већи профит. Неће сигурно улагати у отварање нових радних места, већ само у модернизацију процеса производње. Пошто Агенција за приватизацију одлучује ко ће победити на тендеру, а не запослени, треба направити стратегију одбране да страни инвеститор не затвори фирму. Треба безусловно захтевати да не буде тајни и документата при продаји предузећа, да не буде корупције, јер је управо корупција највећа препрека и страним улагањима и приватизацији. При

10. "Корупција је постала не само свеприсутна... Кршење моралних норми и правила је свакодневна појава која готово никада не изненађује. Исти је случај и с корупцијом" - Др Слободан Вуковић: *Расширеност и осуда корупције у Србији*, "Социолошки преглед" бр. 1-2/2001, стр. 13.

11. "Не може шегрт да замени мајстора" - Др Бошко Мијатовић у интервју "Политици" од 15. XII 2001, стр. 6.

јавном позиву на аукцијску продају може да стоји и обавеза да се улажу средства за решавање проблема запослених, за обезбеђивање континуитета пословања, заштиту животне средине и др. А обавеза давања гаранције предвиђа се само у аукцијској приватизацији (мала и средња предузећа), а не и у тендерској приватизацији (велика предузећа). Истина, ту је решење Закона чудно, јер је у тендерској приватизацији, која се односи на (лоше стојећа) велика предузећа гарнција потребнија. Није јасно да ли је то омашка или је то, можда, намерно учињено да би се великим улагачима више "удовољило" [12,38]. А што се тиче преструктуирања предузећа, оно треба да се обави пре приватизације уз сагласност постојећих власника (акционара) из ранијих модела приватизације. Али, ако је жеља да се својина и управљање над лоше стојећим предузећима повери страним инвеститорима, бесmisлено је да им се предају у руке профитабилна предузећа уз симболичну материјалну надокнаду. Не треба чекати да за то неко одговара него спречити да се то догоди, јер ће то бити мало исплативо због ниске процене и ниске продајне цене друштвеног капитала. "Ако новац пређе први, сви путеви су отворени" - Shakespeare.¹²⁾

А како онда говорити о запослености, која открива неоткривено, упознаје неизвестано, ствара у духу ствараоца, а у процесу приватизације нестаје на "прагу" капитализма. Шта учинити да запосленост опстане пошто је настала као раскошна, разбарушена, мирна, постала реч за негодовање, за неразумевање, за помоћ? Да ли је то зато што је привреда Србије била у конфузији, а и сада је, или је томе до-принео неискрен однос према приватизацији на њеном почетку, па је потцењен до-принос запослених? Али, ипак треба размотрити опстанак за запослене да се тензије и сукоби у друштву не би на њих још више одразили. У основи, можда су само директне стране инвестиције кључни фактор за подизање људског капитала, редуковање спољне рањивости, јер се структурне промене спроводе снагом замаха. Потенцијалне користи од страних инвеститора су вишеструке: носиоци су трансфера нових технологија, управљања и организације know-how [14,3] и др., па и поддржке приватизацији.

Шта приватизација значи за запосленост?

У процесу приватизације укрштају се и сукобљавају стварна збивања које запослене не остављају равнодушним. Улази се у односе чији је циљ да се схвати ку-да се ишло последњих (неколико) година, да се разјасне услови под којима је то могуће оправдати, јер пад запослености у досадашњој приватизацији (која утиче на пораст броја пензионера) је забрињавајући. Запосленост није било могуће одржати јер није било подстицања за производњу и извоз. Потребно је конципирати приватизацију у складу са људским ресурсима, образовањем, новим технологијама и стањем привреде. То зато да би се омогућио привредни раст, простор за инвестиирање у привреду и отварање нових радних места. А не мора се све ни приватизо-

12. *The Merry Wives of Windsor*

вати,¹³⁾ јер треба, при свакој продаји предузећа, оценити предности и последице које ће уследити таквом јавном одлуку, јер је приватизација сама по себи врло комплексна и, самим тим, врло је тешко издржати је. Сам Закон о приватизацији (2001.) подразумева продају предузећа ради брзе транзиције. А, можда, овај Закон може да се покаже бољим у појединачним предузећима (у којима буде спроведен), иако постоји опасност да ће бити и сувише мали број предузећа која се могу приватизовати моделом продаје. Када се и прода, рецимо 10 одсто тих предузећа, то тешко може да унапреди тржишност привреде као целине. То само показује да је неопходно, не само преструктуирање предузећа, већ и изградња тржишног амбијента да би се створили услови за интензивније инвестирање у привреду. А за све то треба испунити критеријуме, треба створити конкурентску тржишну економију и оспособити је за преузимање обавеза које интеграциони процеси намећу (тзв. Копенхагенски критеријум). То треба схватити као прави "велики прасак" (big bang), догађај који је, према досадашњим научним теоријама, створио свет.¹⁴⁾

На почетку самог процеса приватизације долази до преусмеравања огромног броја неадекватно запослених који се третирају као "технолошки вишкови" да би се приватизација учинила прихватљивом, али не и да се изгуби посао.¹⁵⁾ Зато треба изградити концепт заштите запослених од незапослености, што би олакшало функционисање тржишта рада. Било која стратегија да буде у функцији, мора се признати да функционисање тржишта рада зависи од тржишта производа и осталих тржишта (као што је тржиште капитала), као и од добро осмишљеног свободуватног система образовања који омогућава појединцима да овладају новим захтевима економије. Исто тако, омогућавање покретљивости радника (обезбеђивањем станова) ствара се боље окружење и побољашава (олакшава) алокација радне снаге. Али, многе земље (у транзицији) принуђене су да отпуштају радну снагу

13. Да се не мора све приватизовати порука је Јосефа Стиглеца, једног од добитника Нобелове награде за економију 2001. године. Нобелову награду за економију 2001. су добили: Josef Stiglitz (58) Columbia, University New York, George Akerlof (61) Berkly University Kalifornia, Michael Spens (58) Harvard University, за нализе како функционише тржиште када неки људи знају више од других према концепту названом *асиметрична информација* (asimmetry of information). А асиметрична информација као израз значи, на пример, да менаџери или чланови менаџерског борда једне корпорације знају више него акционари о profitабилности те корпорације, као што *даваоци зајма* знају више о онима којима позајмљују, од оних који позајмљују, о њиховим перспективама за отплату дуга. Ови научници су још седамдесетих година поставили основе нове *информационе економије*. Развили су *идеје*, а потом и доказали како *несавршеност информација и асиметрија информација* дубоко погађа аспект *тржишне економије*, која је добила на револуционарности *виртуалним прилазом тржиштиму*. - "Политика" од 13. X 2001, стр. 5.
14. "Уздрмани градови, поиметени људи, узнемирени народи, смештене вође" - Четврта књига Јездрина, 9 - цит. према: Имануел Великовски: "Светови у судару", Југославија, Београд, (Просвета, Београд), 1982, стр. 237.
15. Када дође до отпуштања, неопходно је понудити одређена оквирна решења. Треба конкурсом понудити (друга) радна места, да би се поново запослили. Истина, то их ставља у неравноправан положај са осталима, али им улива наду да ће се запослити у другом предузећу.

па, долази до пролонгиране незапослености и успоравања процеса преструктуирања предузећа.

Главни излаз је у преструктуирању привреде и отварању радних места за преусмеравање запослених. А пошто је стратегија тржишта рада (у концепту) уско повезана са макроекономским развојем¹⁶⁾ и инвестирањем у знање, програми тржишта рада треба да буду координирани, јер се кроз тржиште рада пројимају тржишне и економске реформе чији је циљ управо убрзање и побољшање ефикасности приватизације, мада се реформе тржишта рада изузетно тешко спроводе у било којој земљи.¹⁷⁾ То је зато што прелазак на тржишну економију потпуно мења начин на који се тражи посао и зарађује за живот. Долази до опадања животног стандарда, отворене незапослености и све већих разлика у платама (зарадама). Ствара се динамично, флексибилно тржиште рада које, на неки начин, унапређује могућности привреде, подстиче раст продуктивности и усмерава огромну масу радне снаге (управо запослених) према другим радним местима. Зато и јесте све већа потреба да се радници заштите од неизвесних зарада, губитака посла, недостатка знања и квалификација, сиромаштва и да им се пружи заштита од ризика самог тржишта рада. То је могуће ако се запослени усмеравају директно према неким другим предузећима, имајући увид у њихову стручност, образованост и радна места за каквим постоји потреба тамо где се (пре)усмеравају, да им се нађе посао док још нису отпуштени.¹⁸⁾

Велика већина развијених земаља има нову филозофију и нови приступ тржишту рада стварањем услова за креирање и реализацију програма за запошљавање. Све то мора да пружи увид какве су званично институције тржишта рада (Закон о радним односима [28,70], колективни уговори и др.) и да ли оне могу, у одређеној мери, да заштите запослене од недостатака тржишта рада, а да се при том не спречава најпродуктивнија алокација радне снаге. Важно је да се запосленима, којима се пружа заштита, не спречава креирање посла и не повећава незапосленост међу појединим групама. Могуће је повећати зараде инвестирањем у знање, а програм осигурања против незапослености треба да буде механизам да се

16. Централни проблем разумевања економског развоја и раста није разумевање процеса у коме је заједница, која је пре уштедела 4 или 5% од свог националног доходка или мање, претвара у економију која добровољном штедњом даје темпо од 12 до 15% националног доходка или више. То је централни проблем зато што је централна чињеница врло брза акумулација капитала (која у капитал укључује знање и стручност. - Arthur Lewis (1954, p. 155), цит. према: William Easterly and Ross Levine: *It's Not Factor Accumulation: Stylied Facts and Growth Models*, The World Bank Economic Review (Oxford) No 2/2001, стр. 177.
17. Земље у транзицији (њих 28) подељене су у две групе: а) европске земље. - Mansigor Rashid и Jan Rutkovski: *Тржишта рада у земљама чија је привреда у транзицији: скорашиња досегнућа и будући изазови*. Review The World Bank, април 2001, стр. 36 (Сепарат).
18. То се може извести економским (математичким) моделом, који има интерну структуру и представља неку врсту механизма. Проблем мора бити јасан у приступу и мора се распологати адекватном базом података. - Детаљније "The World bank Economic Review", No 2/2001, p.p. 283, 226.

савлада ризик од губитка посла. Падом производње редукује се број запослених и намеће усмеравање према тржишту рада. Али, не улази се овде у разлоге овако високог пада производње, него је укидање радних места временом учестало и до- лазило је до нагомилавања радне снаге све више што је производња опадала све брже. Долазило је до повећања неједнакости у зарадама што је, опет, утицало да се повећа сиромаштво. Међутим, почетни пад запослености, на шта је утицала приватизација, био је много већи.

У ранијим фазама приватизације била је дилема шта пре учинити - преструктурирати предузећа или их приватизовати? Предност је дата приватизацији над преструктуирањем, јер су директори предузећа присвојили највише деоница и њихов однос према запосленима није био коректан и вероватно се није разликовао од будућих власника, који ће се појавити управо куповином предузећа. Једноставно, није се размишљало о запосленима. Важан је профит.¹⁹⁾ Према актуелном Закону о приватизацији (2001.), преструктуирање предузећа претходи приватизацији. Сматра се да ће се за преструктурирано предузеће постићи виша цена при продаји, а сачуваће и запослене. Зато образовање постаје битан показатељ статуса запослених који у преструктурираном предузећу могу да се задрже. Истина, међу онима који се отпуштају су ниско образовани, али има и високо образованих, па преструктуирање и напори да се изврши приватизација мотивишу поновно алокацију радне снаге и подстичу запосленост. Тако су укупно привредно и институционално окружење вероватно најважнији фактори који објашњавају развој тржишта рада. А пролонгирана запосленост, која је и даље кључни проблем, управо указује на неусклађеност потражње и стручности радника. Благо ограничење финансијских средстава предузећа може да значи да менаџерима (директорима) недостаје прави подстицај за ефикасно коришћење радне снаге, тражењем посла за запослене, што је њихов превасходни задатак. Ипак, недостатак посла ствара тзв. "вишак" запослених много раније него што се испостави да је то технолошки вишак. Може се с правом рећи да има више оних који онемогућавају друге да рад, него оних који не раде, имајући управо у виду функцију менаџера, који су дужни да обезбеде посао. А менаџери не треба да владају људима, него професијом, јер се људима руководи. Зато и јесте улога оних који руководе много сложенија него што је они схватају и обављају, јер тражење посла и реализација добијених послова мораће освестити менаџере пре него што отпусте раднике.²⁰⁾

Само куповање предузећа и преструктуирање у процесу приватизације смањиће спремност послодаваца да отпусте запослене ако своје способности усмере у

19. Строге мере за структурно прилагођавање су: либерализовати трговину и финансије, пустити да тржиште одређује цене - "подесити цене", зауставити инфлацију - "макроекономска стабилност", спровести приватизацију", Noam Chomsky: "Profit over People - Neoliberalizam und Global Order", Светови, Нови Сад, 1999, стр. 20.

20. Види: Др Драгослав Словић: "Психологија и менаџмент", ФИНЕКС, Београд, 2001. стр. 93, 119. - "Менаџери, иначе, не могу да контролишу ињекције или откуп низих инвеститора". - "The World Bank Economic Review", No 2/2001, стр. 335.

правцу њиховог ангажовања, доносећи послове предузећу, јер су економске и личне слободе међусобно повезане. На први поглед може бити збуњујуће што су се флексибилнија тржишта рада (у европским земљама у транзицији) лошије припремила и што су мање ефикасна од тржишта рада (у развијеним земљама Европе) која се чине "нефлексибилним".²¹⁾ Зато је од свих активних програма на тржишту рада најисплативије пружање помоћи у тражењу посла, иако је за успех потребан привредни раст и усменост на одређене циљне групе (не)запослених. То је можда могуће када се уђе у другу фазу приватизације, у којој се повећава стопа креирања посла и преструктуирање доводи до понове алокације посла, као и повећања продуктивности рада. Али, креаторима успешних програма тржишта рада су потребне кључне базе података да би се оценило (проценило) дешавање на тржишту. Такође, треба провести евалуацију активних програма тржишта рада да би се оценило могу ли они да помогну (не)запосленима, посебно да се њихов обим и карактер фино подесе. Исто тако, треба спровести испитивање тржишта рада као сталног средства за мерење стопе незапослености, као и његовог трајања, поред осталих показатеља збивања на тржишту рада. Зато се и сматра да приватизација може успети ако се буде строго било над запосленошћу и над тржиштем рада, а те промене морају ићи у пакету с другим променама да би се приватизација учинила прихватљивом и за свеукупно становништво.

Финансијска тржишта обезбеђују драгоцене информације како инвеститори примећују будућност и какве одразе и ефекте имају њихови погледи на будућност, колико их занимају активности са аспекта глобалне економије [25,23]. Треба бити маштовит у стварању нових неконвенционалних приступа који могу подстицати промене. Повезивање запослености и инвестиција, уз иновативни приступ тржишта рада, показује да је приватизација најтежи тип реформе за примену и да преусмеравање великог броја запослених из једних у друге привредне гране на основу промене својине, много утиче управо на правце привредних кретања и саме резултате. Преструктуирање предузећа је изазов који треба позитивно да утиче на пораст запослености и продуктивност рада. Али, ако због приватизације неизбежно дође до отпуштања запослених, а да се процес приватизације не заустави, биће потребно развити пилот програме и сагледати ефекте тих програма, као и применити пасивне мере (кроз привремену новчану помоћ), да би се забринули радници из предузећа са високом запосленошћу, јер хумани капитал утиче на квалитет правила управљања тржишним трансакцијама и поткрепљује та правила [24,13]. Судећи по овоме, треба детаљно истражити све проблеме пошто суочавање са изазо-

21. Претпоставља се да ће нова европска монета ЕВРО, која је ушла у употребу почетком 2002. године ојачати на путу успостављања паритета 1:1 са америчким доларом, дати подстрек да свака од двеју монетарних зона исправља властите економске слабости. Највећа слабост САД је дефицит платног биланса са иностранством док се крхкост ЕВРА огледа у "склоности" влада зоне ЕВРА да "прекомерно троше". - мишљење је Роберта Мандела, канадског професора, добитника Нобелове награде за економију 1999. године. - "Политика" од 11. I 2002, стр. 4.

вом преструктуирања привреде које, због технолошких достигнућа и застаревања знања, ставља запослене у деликатну позицију (на свим подручјима), које захтева и посебан избор стратегије развоја [15,15], да би се стандарди за регионалне и европске интеграције уклопили, као одговор на глобализацију у свету.²²⁾ То су, уједно, изазови који треба да воде хармонизацији односа, да указују шта се све може научити од других, пошто је приватизација најосетљивија тачка транзиције чији се, на око непремостив јаз, мора у ходу пребродити организовањем привреде и живота изнутра, јер је већ све у променама, а промене стално предстоје самим тим што се револуција информационих технологија разликује од револуција ранијих технологија [26,139]. Информациона технологија ствара услове за унапређивање економије дајући значајан учинак у извозу продуката информационих технологија, укључујући промовисање флексибилног тржишта рада и успешне сервис секторе.

Баш због тога би до интеграције у Европу могло доћи: а) док је процес реформи у току, б) када се реформе окончају. Међутим, процес интеграције и није једно од кључних питања. Значајније је: како приватизацију, као кључну картику у транзицији извести успешно и праведно у сусрет глобализацији, која је исто тако супрова и одолети јој, односно опстати.

Закључна разматрања

Истражити запосленост и приватизацију, феномене који попримају црте отвореног сучељавања, није лако дати у наговештеном облику, а камоли у потпуности. Није могуће ни поуздано закључити какви су изгледи да се приватизација до краја изведе, опстане у времену у коме има толико изазова. Можда се може оправдати само водећа мисао да је подстицање приватизације неминовно, поготово што је приватизација више пута одлагана. Она, иначе, улива страх од губитка посла, што истовремено показује да је реч о изузетно комплексном процесу. Садашње стање карактерише (једино) отвореност, мада и недовршеност.

Сувише се дugo чекало да се процес приватизације отисне у авантuru, а у њој су се показале слабости, као што је корупција која је присутна у свим порама друштва и опасна за сам процес приватизације. Дубина поремећаја се можда само поједностављено интерпретира, па се не виде трошкови производње, трошкови рада, фискална оптерећења и др. Порезима и доприносима више су оптерећене зараде испод, него зараде изнад просека.²³⁾ Сматра се да се препрека може уклонити оног тренутка кад буде засметала. Па ипак, како се дешавају непредвидиве промене у ситуацији препуној нових догађања, тачност запажања па и предвиђање слаби, јер је за брзе промене потребно више података да би одлуке биле ефикасне. Не

22. "А глобализација светске економије узрокована је различитим факторима: растом трговине, растом међународних токова капитала, убрзаним технолошким развојем и растом мобилности радне снаге". - WORLD ECONOMIC OUTLOOK - October 2001. - "The Information technology Revolution", IMF: Washington, 2001, p. 145.

сме се испустити из вида да се оне, па и процеси, одражавају на културу, економију, на вредносна опредељења, већ самим тим што се економски развој мора посматрати у спрези са развојем технологије, којим је условљен. То је посебно карактеристично за преструктуирање привреде, за нове профиле запослених, што подразумева оспособљеност за квалитетно и ефикасно обављање послова. А преструктуирање привреде иде у прилог таквој запослености, мада су наша многобројна предузети губитачи [16,40], па "онај део грађанства који жели да се имовина очува, мора бити јачи од оног дела који то не жели".²⁴⁾

Досадашњи покушаји приватизације били су, по свему судећи, бег од нерешивих проблема, као и обрачун између идеје и неспособности оних који су је изводили. За свакога је дужност борити се за добре идеје, а посебно научника, иако на томе путу нико није сигуран да ће доћи до успеха, али помисао на неуспех није разлог за одустајање.²⁵⁾ Приватизација која је у току није понављање, него настављање приватизације, а то није исто. Настављање је, свакако, преобликовање прошлости у смеру ка будућности, заправо њено исправљање, јер увођење новог модела исправља раније моделе. Ту је још нешто присутно, а то је исправљање превида. Овде је зато будност незаобилазна, јер је стабилност посла неизвесна и присутан је страх да се он не изгуби. Запослени су изложени тржишту рада и честим променама запослења уз нестабилне послове кратког трајања. Дугорочно, решења ће се тражити у решавању проблема производње, већом запосленошћу и зарадама, јер је неприхватљиво да буде "профит изнад људи" [6,5].

Приватизација и запосленост су једна другој потребне, да би се добио одговор да ли је приватизација ефикасна и да ли се статус запослености може очувати.²⁶⁾ Познато је да су баријере у развоју друштва биле превазилажене снажном енергијом знања и јавном акцијом и опет би могло тако бити (N. Chomsky, 1999, стр. 180).

- 23. Др Стојан Стаменковић и аутори: *Економска политика у 2002. у концепцију дугорочне стварање*, ИЕН, Београд, (20. новембра 2001), стр. 21.
 - Илустрације ради се узима основица за обрачун зарада и коефицијент радног места, чији обрачун изгледа овако: $600,00 \times 10,10 = 5509,09$ (новембар, 2001.), уместо 6060,00 динара. Можда се ово може сматрати и људском грешком у обрачуну, али је свакако смањило при мања неоправдано.
- 24. У томе је вештина стицања имања и вештина вођења имања: *Имање је средство за живот, а богатство је мноштво тих имања* Аристотел: "Политика", БИГЗ, 1984, стр. 7.
- 25. "Моћ појединачног убеђења често је снажнија од колективног. Кад појединачац својим идејама ради за друге, тада ради и за себе. У борби за своје идеје појединачац не мора да победи колектив, али збир индивидуа чини колектив и збир дубоко индивидуалних мишљења чини квалитетније друштво. А од појединца настаје креација, а без креативности нема ни напретка, па је креација награђена напретком". Владислав Бајац: "Бекство од биографије", Чигаја штампа, 2001, стр. 3. А човек треба да оствари највишу визију о себи и треба инсистирати на високим критеријумима. - СМ.
- 26. "Има више ствари на небу и земљи - Хорацио, него снова у твојој филозофији".
 - William Shakespeare - HAMLET, акт 1, сцена 5, цит. према: William A. Brock and Stevan N. Durlaut: *Growth Empirics and Reality*, "The World Bank Economic Review" (Oxford) No 2/2001, p. 229.

А то ће показати да је вредело залагати се за све те огромне промене, али је тешко прихватити да многобројни радници остану без посла, иако би терет реформи морао свако да сноси у складу са својим могућностима. Зато је битан и ачин на који се те промене догађају. Ипак је потребно направити биланс између спољних "притисака" и својих визија развоја да би се забринули запослени, плански и осмишљено. Постоји потреба да се успостави правна држава, ефикасан рад судства, сузбије корупција, реформише образовни систем, смање фискални захтеви, али су захвати делимични и нису усаглашени. Просто се све таласа. Изаши ће се, сигурно, из тих превирања "Покораваћу се разуму ако води рачуна о мојој части и мом интересу".²⁷⁾

Л И Т Е Р А Т У Р А

1. Аристотел, (1948) "Политика", БИГЗ, Београд.
 2. Antonić, D. and authors, (2000) "Corruption in Serbia", CLDS, Belgrade.
 3. Бабић, Б., (1982) "Страни приватни капитал и развој неразвијених земаља - нека искуства Азије", ИМПП, Београд.
 4. British Steel Consultants (BSCOS), (1991) Студија о реструктуирању црне металургије у Југославији - прилози за (п)реструктуирање, Извештај фазе II Смедерево, Београд.
 5. Цвјетичанин, Д. и Колундија, Н., (2001) "Два модела приватизације", IX Милочарско саветовање - "Финансије у условима закаснеле транзиције", Милочер, 19-21. септембра.
 6. Chomsky, N., (1999) "PROFIT OVER PEOPLE - Neoliberalism and Global Order", Светови, Нови Сад.
 7. Деспотовић, М., (2001) "Образовање одраслих у Југославији - стање и перспективе", Палић, новембар 2000, Београд.
 8. Ђуричин, Д., (2001) "Србија у новом покушају спровођења транзиције", IX Милочарско саветовање - "Финансије у условима закаснеле транзиције", Милочер, 19-21. септембра.
 9. Fretwell, W.D., (2001) Приватизација и запошљавање радне снаге у другим делатностима: програми, трошкови и финансије, Извештај мисије 26-28. септембра.
 10. Институт економских наука, (2001) ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА У 2002. У КОНТЕКСТУ ДУГОРОЧНЕ СТРАТЕГИЈЕ, саветовање НДЕЈ, Економски факултет 4-5. децембра.
 11. Јовановић, П., (2001) *Анатомија корупције*, "Transparency International Serbia", Београд.
-
27. Сер Валтер Скот: "Легенда о Монтрозу", цит. према David Henderson: "Innocence and Design": The influence of Economic Ideas on Policy, Економски институт, Београд, 1991, стр. 1.

-
12. Јовановић, Н., (2001) "Грлом" у приватизацију, "Право и привреда" бр. 9-12, Београд.
 13. Kuhn, T.S., (1962) "The Structure of Scientific Revolutions", University of Chicago Press, Chicago.
 14. Kekić, L., (2001) *Foreign direct investment and the East European Transition*, International Conference - "The European Future of FR Yugoslavia", Novembar 22-24, Belgrade.
 15. Министарство за науку, технологију и развој Републике Србије, (2002) "Стратегија индустриског развоја", Београд.
 16. Ранковић Ј., (2001) *Анализа ренабилитетног и финансијског положаја јавних предузећа Србије*, "Економска предузећа" бр. 4, Београд.
 17. Расхић, М. и Рутковски, Ј., (2001) *Тржиште рада у земљама чија је привреда у транзицији - скорашиња доспетићући и будући изазови*, "The World Bank", април (Сепарат).
 18. Стојановић, Ј.Б., (1997) "Тржиште рада и проблеми запослености у европској унији", ИЕС, Београд.
 19. Словић, Д., (2001) "Психологија и менаџмент", Финекс, Београд.
 20. Васиљевић, М., (2001) *INSIDER TRADING (DEALING) - новлашћене информације*, "Право и привреда" бр. 9-12, Београд.
 21. Великовски, И., (1982) "Светови у судару", Југославија - Просвета, Београд.
 22. Вуковић, С., (2001) *Рационалност и осуда корупције у Србији*, "Социолошки преглед" бр. 1-2, Београд.
 23. "The World Bank Economic Review", (2001) Volume 15, No 2, Oxford.
 24. "The World Bank", (2002) WORLD DEVELOPMENT REPORT - *Building Institutions for Market*, Washington.
 25. "WORLD ECONOMIC OUTLOOK", (2001) December - *The Global Economy After September 11*, IMF, Washington.
 26. "WORLD ECONOMIC OUTLOOK", (2001) October - *The Information Technology Revolution*, IMF, Washington.
 27. Закон о приватизацији, (2001) "Службени гласник Републике Србије" бр. 38, Београд.
 28. Закон о радним односима, (2001) "Службени гласник Републике Србије" бр. 70, Београд.
 29. Зјалић, М. Љ., (1998) *Преструктуирање као услов за функционисање привреде*, монографија - "Раст, структурне промене и функционисање привреде Србије", редактори: др Радослав Маринковић, др Милан Илић, др Илија Росић, Економски факултет у Крагујевцу и Економски факултет у Нишу, Крагујевац.
 30. Зјалић, М. Љ., (1996) "Преструктуирање привреде и запосленост, монографија - Раст и структурне промене привреде Србије у условима транзици-

је", редактор: др Милан Илић, Економски факултет у Крагујевцу и Економски факултет у Нишу, Крагујевац.

(чланак примљен 11. II 2002.)

Ph. D. Ljubica M. Zjalić
Councel, Institute of Economy, Belgrade

Employment under Privatization Process

Abstract

The more compatible privatization in respect of any other development approach - reforms has been obtained, the more fruitfull it is in respect of general, social and economic development. Process of harmonization of reforms is valid only when carried out upon clearly defined structure, i.e. upon formerly restructured economy. Employment under privatization process should be in accord with development demands of economy and society.

There are three aspects of this process: the first, employment is an instrument which has to have important role in development; the second, employment and privatization targets have the same validity in transition as their tempo make transition go faster; the third, labour market is place of severe reality for the employed people being in its embrace.

From this point of view, privatization is the basic lever of transition, as well as the key for comprehensive reforms which lead to integration and globalization.

Key words: employment, privatization, labour market, reconstruction, process, approach.

*Проф. др Мирољава Милјковић,
Правни факултет, Ниш*

UDK 349.2

Незаконити и неоправдани престанак радног односа

Резиме

Основи и случајеви престанка радног односа подлежу ступротом режиму позитивног законодавства. У радном односу, као уговорном односу, свака уговорна смирања мора се придржавати утврђених правила уносимућу доношењу одлуке о престанку радног односа. Законом утврђени основи и поступак код престанка радног односа јаранијују законитост престанка радног односа, односно оправданост разлога за даље описа. Незаконит опис је онај који је супротан законским нормама које уређују престанак радног односа, док је неоправдани опис онај који предсказава злоупотребу права на опис и који је немотивисан правим разлогима послодавца.

Кључне речи: незаконит опис, неоправдани опис, престанак радног односа, опис уговора о раду, забрана описа, накнада штете.

Питање престанка радног односа, тачније мотива за доношење одлуке о престанку радног односа, није питање само правнотехничке природе, како би се то на први поглед могло схватити, већ то питање има дубљи друштвени и економски значај. Економска и социјална стабилност једног друштва у доброј мери зависи и од остваривања права на рад, њених за рад способних грађана, односно броја упослених лица, од сталности запослења али исто тако и од стабилности и сигурности

запослених лица која су у радном односу. Ако у савременом свету социјални мир у једној заједници зависи од односа у троуглу: послодавац – запослени – синдикат, онда за сваког од ових социјалних партнера престанак радног односа запослених, односно губитка запослења, има посебан значај не само са становишта броја лица које евентуално остају без посла већ је то и од посебног значаја за свако друштво у целини, а нарочито за она у транзицији као што је наша. Зато престанак радног односа, односно мотиви и основи за престанак истог треба да буду у складу са законом и да до отказа долази само онда уколико то налажу економски интереси или организационе и технолошке потребе послодавца.

Код престанка радног односа треба имати у виду интересе и једне и друге стране, како послодавца тако и запосленог. Послодавац иако има право да раскине радни однос то своје право треба да користи у складу са својим економским и производним интересима. Он неће или не би требало да одлучује о престанку радног односа запосленом само зато што на то има право, већ ће то чинити рационално и селективно, јер га на то приморавају економски услови привређивања. Није спорно да је послодавац јача страна у радном односу и да он своје право може увек да искористи ако је то у његовом економском интересу, али исто тако није спорно ни да право отказивања може да се злоупотреби. Са друге стране, запослени, иако је слабија страна у радном односу, може своје право на отказ уговора о раду да злоупотреби и да послодавца доведе у неповољан положај са становишта уредног извршавања послова и задатака у процесу производње.

Престанак радног односа, односно отказ уговора о раду није препуштен ћудима или уским интересима било једне било друге стране у том односу. Савремено законодавство ово питање не препушта случају већ га уређује највишим законодавним актима. Престанак радног односа против воље запосленог, почев од Устава из 1963. године, код нас је уставна категорија. Према Уставу СРЈ (“Службени лист СРЈ” бр. 1/92) члан 54. став 2. “Запосленом може престати радни однос против његове воље под условима и на начин утврђен законом и колективним уговором”. Устав одређује само два општа правна акта који могу да уређују услове и начин престанка радног односа: закон или колективни уговор. До сада је углавном то уређивано законом, док колективни уговори (без обзира на врсту) нису уређивани престанак радног односа. Уставно решење треба схватити у пуном значењу: престанак радног односа је непосредна брига друштва као целине и он не може бити препуштен случајевима.

Да се престанак радног односа уређује само законом нормира и сам Закон о раду (“Службени гласник РС” бр. 70/01). У члану 97. наведени су неки основи престанка радног односа али је утврђено да радни однос може престати и “у другим случајевима утврђеним законом”. Као што се види Закон о раду не даје могућност, попут Устава СРЈ, да се случајеви престанка радног односа утврђују колективним уговором. Занимљиво је да Закон о основама радних односа (“Службени лист СРЈ” бр. 29/96) садржи норму да запосленом престаје радни однос “и у другим случајевима утврђеним законом и колективним уговором” - члан 64. став 1. тачка 9.

Наш рад нема за циљ да одговори на питање зашто отказ уговора о раду није уређен и колективним уговором, већ да укаже да основи и случајеви престанка радног односа подлежу строгом режиму правних норми, у одређеној хијерархији правних аката, без обзира на стварни економски положај страна у уговору о раду. Свака страна у уговору о раду мора се придржавати утврђених правила у поступку доношења одлуке о престанку радног односа, без обзира на стварну моћ коју има у том односу. Строга законска процедура престанка радног односа непосредно гарантује законитост отказа и оправданост разлога за давање отказа. Она је брана злоупотреби права раскида радног односа, неоправданом или немотивисаном отказу, отказу из обести или шикане, отказу којим се жели да се другој страни нанесе штета или отежа њен економски положај. Зато потреба и нужност да само закон пропише основе и случајеве престанка радног односа, односно правила отказа, чиме искључује сваку аутономију норми у овом питању.

Незаконити престанак радног односа

КОЈИ ЈЕ ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА НЕЗАКОНИТ? – Закон о раду, а то нису чинили ни ранији закони о радним односима нити постојећи Закон о основама радних односа, не уређује питање незаконитог отказа, односно незаконитог престанка радног односа. Остаје да се одговор тражи на основу законског одређивања основа и случајева престанка радног односа, односно отказа уговора о раду. Ако се пође од законског одређивања престанка радног односа може да се узме да је незаконит сваки онај престанак радног односа, који је супротан изричitim законским нормама које уређују основе и случајеве престанка радног односа. Како се права, обавезе и одговорности по основу рада уређују и колективним уговором о раду (члан 1. став 2. Закона о раду), то је незаконит и онај престанак радног односа о коме послодавац одлучује а он је супротан материјалним и процесним нормама општег акта послодавца или одредбама уговора о раду. Из природе радноправног односа не може се узети да је незаконит престанак радног односа само онај који је супротан закону, а не и општем акту којим се уређује радни однос.

Незаконит престанак радног односа није само у случају када отказ даје послодавац, већ и у оним случајевима када отказ даје и сам запослени. Међутим, у већини случајева отказ даје послодавац и отуда у највећем броју случајева и повреда закона од стране послодавца.

Незаконитост престанка радног односа увек је када било једна било друга страна у радном односу одлучује о престанку истог, и при том, о одлучивању поступа супротно нормама утврђеним законом али и општем акту или уговора о раду. Незаконитост престанка радног односа је управо у томе што онај, који одлучује о престанку радног односа, чини то супротно изричitoj норми (ама) која уређује када и под којим условима може да престане радни однос. Свака повреда норми којима је уређен поступак престанка радног односа, чини тај престанак незаконитим. Иако Закон о раду изричito не одређује који је престанак радног од-

носа незаконит у пракси неће бити тешко утврдiti незаконитост престанка у сваком одређеном случају.

У КОЛИМ СЛУЧАЈЕВИМА СЕ СМАТРА ДА ЈЕ ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА НЕЗАКОНИТ? – Који је престанак радног односа незаконит мора се процењивати у сваком одређеном случају. Незаконит је онај престанак радног односа који послодавац дâ запосленом а законом је то изричito забрањено, на пример, да се даје отказ одређеној категорији запослених или запосленима који се налазе у посебном положају. У питању је неподударност одлуке послодавца о престанку радног односа са изричитом законском забраном да до таквог престанка може да дође, а да се непосредно не повреди законска норма. Закон, обично, штити запослене у одређеним случајевима и док је та заштита присутна радни однос им не може престати. Ако послодавац, и поред изричите законске забране, ипак одлучи о престанку радног односа, он непосредно вређа законску норму, тј. даје незаконити отказ.

У сваком предузећу или установи постоји надлежни орган који, непосредно на основу законске или аутономне норме, има право да одлучује о престанку радног односа. Своја овлашћења он непосредно врши. О праву на доношење одлуке о престанку радног односа надлежни орган, у предузећу или установи, сам одлучује и то његово право не може да врши неки други орган. Према томе, ако одлука о престанку радног односа буде донета од ненадлежног органа, односно од органа који за то није изричito овлашћен, такав престанак радног односа се сматра незаконитим. У предузећу и установи, поред директора, могу бити и други запослени са одређеним овлашћењима и одговорностима. Ови запослени, без обзира на положај у хијерархији предузећа, не могу одлучивати о престанку радног односа и уколико би донели такву одлуку она би била донета од неовлашћеног органа а самим тим и незаконита, наравно, уколико за то није имао законито овлашћење.

Ако је законом прописан поступак доношења одлуке о престанку радног односа, односно утврђена су правила поступања којих се послодавац мора придржавати у поступку доношења одлуке о престанку радног односа, онда непридржавање тих правила значи непоштовање законских норми, а ако се поштују законске норме у поступку одлучивања његов крајњи резултат – престанак радног односа – не може бити законит. Поступак у доношењу одлуке о престанку радног односа није само форма већ оно има и своју садржину, а то је поштовање права запосленог или права послодавца које он има у том поступку.

Када запослени има право на приговор против одлуке о престанку радног односа, онда о приговору може да одлучује само надлежни орган. Право одлучивања о приговору мора бити унапред одређено, тако да запослени у тренутку подношења приговора на одлуку о престанку радног односа тачно зна коме треба да поднесе приговор и ко ће о приговору одлучивати. А ако је већ дато право на приговор онда се одређује и рок у коме надлежни орган по приговору треба да одлучи. Он би требало да се придржава одређеног рока, јер његовим прекорачењем чини се повреда законске норме а самим тим и престанак радног односа је незаконит.

Право на доношење одлуке о престанку радног односа може бити везано и одређеним роковима. Отказ, на пример, може да се да само 1-ог или 15-ог у месецу, или месец дана или 15 дана пре дана одређеног за престанак радног односа. Утврђени рокови за доношење одлуке о престанку радног односа, нарочито ако су законом одређени, морају се строго поштовати па повреда законске одредбе о роковима представља незаконитост саме одлуке. Одредбе о отказним роковима имају за циљ да унесу одређени ред у поступку доношења одлуке о престанку радног односа, да се њиме заштите како интереси запосленог тако и послодавца.

НЕАКОНИТИ ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА ПРЕМА ЗАКОНУ О РАДУ. – Закон о раду утврђује основе престанка радног односа (члан 97), али изричito не одређује који је престанак радног односа незаконит. Отуда треба поћи од сваког основа престанка радног односа, утврђеног законом, да би се видело да ли је незаконит или не.

Ако је радни однос заснован на одређено време (члан 23. Закона о раду) и његово трајање унапред одређено самим уговором о раду, то је доказ да су воље и запосленог и послодавца биле управљене на његово тачно, временски одређено, трајање. Ако послодавац пре истека времена одређеног у уговору о раду одлучи о престанку радног односа запосленог, такав престанак радног односа сматраће се незаконитим, јер је тај радни однос заснован, према закону, на одређено време а послодавац га супротно томе, пре истека рока, раскида. По нашем мишљењу и ако запослени раскида радни однос пре истека времена за који је заснован и такав раскид треба сматрати незаконитим.

Запослени и послодавац могу се писмено споразумети да престане радни однос (члан 99. Закона о раду). Престанак радног односа огледа се у сагласности њихових воља да до престанка радног односа стварно и дође. Да би заиста и дошло до престанка радног односа њихове воље морају бити подударне и слободно дате. Недостатак слободне воље у поступку изјашњавања не може се узети као доследно поштовање законске норме, јер у изјави воље може бити принуде, преваре или заблуде, па самим тим нема споразума о престанку радног односа у оном смислу како то закон схвата.

Може ли доћи до повреде закона и када запослени отказује уговор о раду у смислу члана 100. Закона о раду? Иако је у питању једнострана изјава воље запосленог усмерена на престанак радног односа, изјава његове воље мора да се креће у законом одређеним оквирима: она мора бити у писменом облику и достављена послодавцу најмање 15 дана пре дана који је запослени навео као дан престанка радног односа. Према овоме повреда закона би била ако би запослени желео да отказ усмено дâ, односно да дан престанка радног односа буде краћи од 15 дана.

Код престанка радног односа вољом послодавца повреда изричите законске норме би била ако послодавац није утврдио да запослени не остварује резултате рада или да нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради или да није учинио повреду радне обавезе, а послодавац га на то није уговорио у смислу закона, или да се није вратио у року од 15 дана после истека неплаће-

ног одсуства или мировања радног односа или да није учинио кривично дело на раду или у вези са радом или није злоупотребио боловање или да код послодавца није дошло до технолошких, економских или организационих промена, те да не може да престане радни однос због технолошког вишке.

Ако радни однос престаје зато што запослени навршава одређене године живота и године стажа осигурања, повреда закона постоји ако запослени има мање од 65 година живота или мање од 15 година стажа осигурања. Престанак радног односа је у складу са законом само ако су испуњена оба услова: и године живота и стаж осигурања.

Када до престанка радног односа долази на захтев родитеља или старатеља запосленог млађег од 18 година живота, незаконит престанак радног односа био би ако нема захтева родитеља или старатеља или захтев није аутентичан, односно не изражава стварну жељу за престанком радног односа или није стварно поднет од родитеља или старатеља.

Закон о раду (члан 76) изричito забрањује давање отказа одређеним категоријама запослених док се налазе у одређеном стању (трудноћа) или имају одређене обавезе (нега детета). Законска норма је изричита и не оставља послодавцу могућност другачијег избора. Међутим, забране нема ако је радни однос заснован на одређено време, јер он престаје истеком времена за које је закључен, или ако запослени учини повреду радне обавезе утврђене уговором о раду или не поштује радну дисциплину или учини кривично дело на раду или у вези са радом (члан 101. став 1. тачка 3 до 5 Закона о раду).

ПОСЛЕДИЦЕ НЕЗАКОНИТОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА. – Постојање повреде законитог права запосленог решава се тако што се успоставља раније стање. Наиме, поништава се одлука послодавца о престанку радног односа и поново се успоставља радни однос. По правилу долази до реинтеграције запосленог, до његовог враћања на посао. То враћање на посао и представља успостављање повређеног законитог права запосленог.

Незаконита одлука о престанку радног односа може бити незаконита са становишта и материјалног и процесног права. Одлуком послодавца могу бити повређене законске норме које се односе на само право или одговорност запосленог, али исто тако и норме које се односе на надлежност и овлашћења органа који је учествовао у доношењу одлуке о престанку радног односа.

Закон о раду посебно уређује питање незаконитог отказа (члан 108.). Ако суд донесе правноснажну одлуку којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, запослени има право да се врати на рад, ако то захтева.

Закон утврђује право запосленог на реинтеграцију код послодавца, односно враћање на рад. Праву запосленог на враћање на рад због незаконитог престанка радног односа стоји обавеза послодавца да га прими. Међутим, полазећи од принципа добровољности при заснивању радног односа и чињенице да је доношењем одлуке о незаконитом престанку радног односа између запосленог и послодавца дошло до поремећаја међусобних односа, до враћања (реинтеграције) на посао мо-

же доћи само “ако то захтева” запослени. Ако запослени на основу правноснажне одлуке суда не постави захтев за враћање на посао, до враћања неће доћи.

Било да се запослени врати на рад или не, послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају и уплати доприносе за обавезно социјално осигурање. Накнада штете се исплаћује за све време док запослени није радио зато што му је незаконито преостао радни однос па све до тренутка док се не врати на посао и отпочне рад, односно до тренутка док не изјави да не жели, не “захтева”, да се врати на рад.

Неоправдани престанак радног односа

КОЈИ ЈЕ ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА НЕОПРАВДАН? – Ако лако може да се утврди који је престанак радног односа незаконит, толико има тешкоћа у утврђивању који је престанак радног односа неоправдан. Право на отказ уговора о раду, односно доношење одлуке о престанку радног односа не представља апсолутну слободу послодавца да раскине радни однос када он то жели и са киме жели. То није право послодавца које он може да користи слободно према свом избору како у односу на личност запосленог тако и у односу на број. Наше радно законодавство има норме које забрањују или ограничавају право на одлучивање о престанку радног односа, које ограничавају самовољу послодавца код давања отказа.

Неоправдани отказ је злоупотреба права код једнострог раскида радног односа, било да се то право злоупотребљава од стране послодавца било од стране запосленог. Код незаконитог отказа увек је у питању објективна повреда права, изричите правне норме које одређује понашање страна у радноправном односу. Код неоправданог отказа, по правилу, у питању је лична, субјективна грешка онога ко доноси одлуку о престанку радног односа и углавном је то послодавац, јер он може то своје право да користи у недозвољене сврхе.

Злоупотреба права једнострог раскида радног односа (отказа), по нашем мишљењу, присутна је када до њега не долази услед озбиљних економских тешкоћа послодавца или зато што је у питању увођење нове технологије, односно нове организације послодавца. Са друге стране злоупотреба права на отказ је и када до престанка радног односа не долази због понашања запосленог на раду или у вези са радом или због неизвршавања његових радних обавеза. То је отказ који се не може правдати напред реченим разлогима али који у себи има личност, који је неоправдан, непотребан, сумњиве моралне вредности, нецелисходан, отказ само зато што неко има право да га дâ, не улазећи у његову правичност или правну ваљаност.

Ако послодавац, на пример, своје право на доношење одлуке о престанку радног односа (давању отказа) не користи у сврхе у које му је овлашћење дато, онда је то злоупотреба права отказивања уговора о раду. У основи давања отказа треба да се налазе економско-организациони или техничко-технолошки разлоги, а не лични мотиви. Лични мотиви, приликом доношења одлуке о престанку радног односа,

уносе неповерење и сумњу, доводе до тензија и супротстављености запосленог и послодавца, демотивишу запослене у процесу производње.

Свакако да је тешко повући строгу границу између оправданог и неоправданог отказа. У сваком одређеном случају морају се узети у обзир све околности које прате одлуку о престанку радног односа (отказа). У питању је заштита права запослених на сталност и сигурност запослења и заштита од злоупотребе права једне стране у радном односу, поготово што код престанка радног односа не влада увек аутономија воље.

СЛУЧАЈЕВИ НЕОПРАВДАНОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА. – Неоправдани престанак радног односа мора се пажљиво процењивати, с обзиром да се он најчешће налази у домену субјективне грешке послодавца. У већини случајева он је неоправдан, без разлога, самовољан. Отуда потреба да се објасне неки могући случајеви неоправданог престанка радног односа.

Престанак радног односа због учешћа запосленог у штрајку, увек треба сматрати као неоправдани отказ, уз услов да је запоселни учествовао у штрајку на начин како је то уређено законом. Штрајк је успешно средство у рукама запослених за остваривање и побољшање њиховог економског и социјалног положаја. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (Усвојен Резолуцијом УН, 1966. године) у члану 8. предвиђа да се државе чланице обавезују да обезбеде "право на штрајк, с тим да се оно врши саобразно законима сваке поједине земље". Право је сваког запосленог на штрајк и то право држава треба да му обезбеди у складу са законом. Запослени који користи своје право на учешће у штрајку, не треба због тога да има неповољне последице, а поготово да му престане радни однос. Неоправдани је престанак радног односа ако би послодавац искористио своје право на давање отказа само зато што је запослени учествовао у штрајку. То не би био оправдани разлог за отказ, већ злоупотреба једностраног раскидања радног односа само зато што је друга страна (запослени) користила једно своје право утврђено законом, а што другој страни (послодавцу) у датом тренутку не одговара или сматра да не треба да га буде.

Универзално је право запослених да образују и ступе у синдикат ради заштите својих права. Чланство у синдикату представља и активност на остваривању његових програмских циљева. Деловање у синдикату не може да утиче на радноправни статус запослених, поготово ако се то деловање одвија у складу са правима и обавезама односног синдиката утврђених његовим статутом и ако синдикат делује у границама законом дозвољеним. Обављање функције у синдикату је без ограничења од стране послодавца, наравно уколико се исто не коси са општим правилима понашања утврђеним код послодавца или његовим економским интересима. Иако интереси послодавца и запосленог нису идентични то не значи да су они супротстављени једни другима. Не, они могу да ускладе своје понашање у обостраном интересу. Није интерес послодавца (или бар не би требало да буде) да се супротставља деловању синдиката и да његове чланове онемогућава у синдикалној

активности, као и да због тога раскида радни однос са запосленим који је синдикално активан.

Исто тако и заступање интереса запослених, односно иступање у њихово име у односу према послодавцу, не треба за запосленог да представља неповољну чињеницу. Због такве активности запосленог послодавац не треба према њему да има посебан однос који би се огледао у одлуци о престанку радног односа. Таква одлука о престанку радног односа нема свој основ у обављању послова и задатака код послодавца, већ у чињеници његовог деловања на заступању интереса запослених. Послодавац би злоупотребио своје право да одлучи о престанку радног односа, јер он (отказ) није мотивисан економским разлогима нити понашањем запосленог на раду.

Запослени може да се јави као учесник у поступку против послодавца због то-га што се послодавац не придржава закона или других прописа у вези са радом. Одговарајући државни органи могу да утврде извесне неправилности у примени прописа од стране послодавца а које се односе на остваривање и заштиту права запослених. Његово учешће у поступку пред државним органом није последица његовог односа према послодавцу и раду, већ понашање послодавца према импера-тивним нормама закона и других прописа. Тај однос је без утицаја на радноправни статус запосленог и отказ радног односа који би због тога уследио, био би злоупо-треба права од стране послодавца, неоправдани отказ.

Случајеви који се наводе нису једини који се могу сматрати као неоправдани у случају престанка радног односа. У њима се само показује да код истих, на пример, нису испуњени неки елементи код престанка радног односа. Наиме, они нису веза-ни за испуњење – извршавање послова и радних задатака запосленог, односно по-нашање запосленог на раду и у вези са радом. Нису присутни ни озбиљни економ-ски разлози код послодавца; нема организационих ни функционалних интереса или потреба послодавца, а самим тим послодавац нема ни вљаних разлога за до-ношење одлуке о престанку радног односа, односно нема мотива који оправдава тај отказ. Једино “оправдање” била би чињеница да је овлашћен да одлучује о пре-станку радног односа али то није довољан и убедљив разлог да такав престанак радног односа буде и оправдан, односно да послодавац не злоупотреби своје право.

ЗЛОУПОТРЕБА НЕОПРАВДАНОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА ПРЕМА ЗАКОНУ О РАДУ. – Закон о раду има посебну одредбу (члан 102.) у којој су утврђени разлози који не могу бити основ (нису оправдани) за престанак радног односа, односно отказ уговора о раду. Једна група разлога (три) наступа због оправдане спречености за рад запосленог, а друга група (два) због припадно-сти или оправдане активности запосленог.

Не сматра се оправданим разлогом ако је запослени привремено спречен за рад услед болести, несрће на раду или професионалног оболења. У овим случајевима запослени према Закону о раду (члан 86.), има право на накнаду зараде за време одсуствања са рада. Занимљиво је да запослени има право на накнаду за-раде (члан 86.) и за време одсуствања са рада због повреде ван рада. Међутим,

када се говори о неоправданом отказу уговора о раду “повреда ван рада” се не помиње, па се може закључити да би такав отказ уговора о раду био оправдан. Склопни смо да тврдимо да је и такав отказ уговора о раду неоправдан, иако није изричично поменут у закону, јер и он спада у групу случајева у којима се прима накнада за раде за време привремене спречености за рад.

Други случај је одсуство са рада ради коришћења породиљског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета. Занимљиво је да у овим случајевима Закон о раду (члан 76.) изричito забрањује отказ (дозвољава га само у два изузетна случаја). Према закону отказ у овим случајевима је незаконит а не неоправдан и можда је на томе и требало остати у закону. Који су разлози да се отказ уговора о раду у овим случајевима сматра и неоправданим тешко је одговарати.

И трећи случај “одслужење или дослужење војног рока” не сматра се као оправдани разлог за отказ уговора о раду. Међутим, Закон о раду (члан 63) утврђује да запосленом мирују права и обавезе које се стичу на раду и по основу рада због одласка на одслужење, односно дослужење војног рока и он има право да се у року од 15 дана врати на рад код послодавца. Мировање радног односа је институт који штити запосленог – “мирују права и обавезе” – и отказ док та права и обавезе мирују, по нашем мишљењу, био би незаконит јер послодавац не може да чини било какве промене у односу који мирују. Са друге стране, други случајеви мировања радног односа, који су такође уређени законом, не помињу се у члану 102., па се може стечи утисак да би отказ уговора о раду у овим случајевима био оправдан. Међутим, то би био погрешан закључак из разлога који су напред наведени.

Не сматра се оправданим отказ уговора о раду због чланства у политичкој организацији, синдикату, због пола, језика, националне припадности, социјалног порекла, вероисповести, политичког и другог уверења или неког другог својства запосленог.

У Конвенцији 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (Усвојена од МОР-а а ратификована код нас – “Службени лист СФРЈ” бр. 4/84) у члану 5. и 6. и Препоруци 166, наведени су случајеви у којима се неће сматрати вљани разлози за престанак радног односа. Ти случајеви су скоро у целини преузети у члану 102. Закона о раду, тако да се може рећи да Закон о раду преузима међународне стандарде када су у питању случајеви давања неоправданог отказа.

ПОСЛЕДИЦЕ НЕОПРАВДАНОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА. – Најприроднија последица неоправданог престанка радног односа била би да се запослени врати на посао код послодавца. Међутим, имајући у виду одредбе члана 108. Закона о раду, може се закључити да код неоправданог престанка радног односа запослени има право на накнаду штете. Ово због тога што према члану 108. право да се врати на рад има запослени за кога је правноснажном одлуку суда утврђено да му је радни однос престао незаконито, али само и тада “ако то захтева”, што је запосленом препуштен избор: право да се врати на рад или исплати накнада штете.

Код неоправданог отказа уговора о раду послодавац злупотребљава своје право на раскид уговора о раду. Између њега и запосленог долази до супротстављања интереса, ствара се неповерење и сумња у праве циљеве послодавца. Свакако да тако оптерећени међусобни однос, не пружа гаранцију за пуно радно ангажовање запосленог на раду и његов стални страх да ће му престати радни однос. У таквој ситуацији, по нашем мишљењу, најприхватљивије је решење да се послодавац обавеже на накнаду штете запосленом. Јер ако је радни однос раскинут злупотребом права, без оправданог разлога, једностраним изражавањем воље послодавца, његовом субјективном проценом односа, онда тај однос не треба принудом поново успостављати. Накнада штете у оваквим условима више одговара новом концепту радног односа израженог у Закону о раду.

Да ли ће судска пракса у будућим споровима око неоправданог отказа имати сличан став тешко је рећи. Она може да се определи да је послодавац дужан да врати запосленог на рад, коме је неоправдано престао радни однос, а накнада штете би се исплатила само уколико запослени не захтева да се врати на рад, у коме случају би неоправдани отказ по својим правним последицама био изједначен са незаконитим отказом. Остаје нам да видимо њен став.

(чланак примљен 26. II 2002.)

Prof. Ph. D. Miroslav Miljković
Faculty of Law, Niš

Illegal and Unjustified Termination of Labour Relationship

Summary

Current legislation is strict on regulating the grounds of terminating a labour relationship. Since labour relationship has contractual nature, each party in it has to observe established rules about the proceeding of making decision as to its termination. Grounds and proceeding regulated by the statute as to the labour relation termination guaranty legality and of labour relationship termination and the justification of grounds of firing off. A dismissal is illegal if it is contrary to statutory rules, while it is unjustified if made by misfeasance of right to firing off, when not based on real reasons of employer.

Key words: Illegal Dismissal; Unjustified Dismissal; Termination of legal Relationship; Cancellation of Labour Contract; Prohibition of Dismissal; Damage Compensation.

*др Боса Ненадић,
саветник Компаније »Дунав осигурање«*

UDK 65.011:658.3

Неспојивост јавних и других функција са чланством у управном одбору привредних друштава

Резиме

Принцији нespoјivости функција стапа међу основне принципије организације и функционисања савремених друштава. Почетак примене овог принципа био је везан за носиоце функција у организацијама државне власности оних земаља у којима је власност била организована на принципу поделе власности, да би се поштом његова примена проширила и на функције у другим организацијама и институцијама, укључујући и функције у организацијама управљања привредних друштава. Данас се овај принцип све више односи и на обављање појединачних професионалних делатности и послова.

Несpoјivostи јавних функција са другим функцијама и обављањем професионалне делатности, у савременим земаљима, дат је у ставни ранг. Ближа разрада овог ставног принципа врши се организмским законима и другим правним актима о организацији и раду државних органа, односно законима којима се утврђују права и обавезе носилаца јавних функција. Када је у ставању примена принципа нespoјivости функција у привредним друштвима, овај принцип је, по правилу, предмећ уређивања закона и других прописа о правном положају привредних, односно привредних друштава, као и прописа којима се уређује обављање одређених делатности. Законодавство у економски развијеним земаљама посебну пажњу поклања утврђивању нespoјivости чланства у организацијама управе извршних конку-

ренитих друштава, као и несјојивосћи истовременој чланстиве у органима једног истог привредног друштва.

Кључне речи: несјојивосћ функција, јавна функција, професионална делатносћ, привредно друштво (предузеће, банка, организација за осигурање), чланство у јавном одбору

1. Општи осврт на принцип неспојивости функција

Принцип неспојивости функција¹⁾ представља један од основних принципа организације и функционисања савремених земаља. Примена овог принципа у почетку је била везана за носиоце функција у органима власти оних држава у којима је власт била организована по принципу поделе власти, да би се потом његова примена проширила и на функције у другим организацијама и институцијама, укључујући и функције у органима управљања привредних друштава. Данас се овај принцип све више односи и на обављање поједињих професионалних делатности и послова.

Основни разлог установљења принципа неспојивости функција огледа се у томе, што његова примена, у одговарајућој области у којој се он успоставља, искључује могућност сукоба интереса. Доследна примена овог принципа потом обезбеђује: а) ефикасно и одговорно обављање одређене функције, односно посла; б) непристрасност у обављању одређене функције, односно посла, в) стручно и компетентно обављање јавних, управљачких и других функција, односно послова. У условима тржишног начина пословања, примена овог принципа искључује могућност нелојалне конкуренције.

Неспојивост јавних функција са другим функцијама и обављањем професионалне делатности у савременим земаљама, скоро без изузетка, подигнута је на ниво уставног принципа. Ближа разрада овог принципа врши се законима и другим правним актима о организацији и раду државних органа, односно законима којима се утврђују права и обавезе носилаца јавних функција. Када су у питању привредна друштва овај принцип је, по правилу, предмет уређивања закона и других прописа о правном статусу предузећа, банака, осигуравајућих компанија, фондова и других привредних друштава; затим прописа којима се уређује обављање одређених привредних делатности (као што су: банкарски послови, послови осигурања, берзански послови и др.), као и прописа којима се уређује обављање поједињих професија и занимања (као што су: адвокатура, заступање, ревизија, рачуноводство, актуарство и др.). Принцип неспојивости функција налази своју правну разраду и у статутима и другим општим актима привредних друштава, професионалних удружења и асоцијација. Законодавство развијених европских земаља којим се уређује

1. Овај принцип, у правној теорији и струци, познат је и под називом "принцип инкорпоративности функција", односно "принцип неподударности функција", и др.

правни положај привредних друштава, посебну пажњу поклања неспојивости истовременог чланства у органима управљања привредног друштва (нпр. чланства у управном одбору, односно борду директора са чланством у надзорном органу тог друштва), као и неспојивости управљачких функција у привредном друштву са обављањем одређених професионалних делатности или послова. Такође, треба указати и на решења у овим законодавствима, по којима члан управе једног привредног друштва не може истовремено бити члан управе другог конкуренtnог друштва, нити може за такво привредно друштво обављати било какву делатност.

Имајући у виду значај принципа неспојивости функција за даљу изградњу правног система наше земље, ми смо се определили да у овом раду ближе сагле-дамо неспојивост јавних и других функција са чланством у управном одбору привредних друштава. Наше разматрање овог питања изложићемо на следећи начин:

Прво, принцип неспојивости функција у законодавству савремених држава.

Друго, неспојивост јавних функција са другим функцијама и обављањем професионалне делатности у правном систему СР Југославије.

Треће, неспојивост јавних функција са чланством у управном одбору привредних друштава.

Четврто, неопходност даље правне уређености, односно доградње принципа неспојивости функција у југословенском законодавству.²⁾

2. Принцип неспојивости функција у упоредном законодавству

Принцип неспојивости функција има своју дугогодишњу примену у развијеним земљама Европе и Америке. Анализа правне регулативе и праксе у тим земљама показује да њихови устави и закони садрже одредбе по којима носиоци јавних функција не могу у исто време обављати функције у органима законодавне и извршне власти, односно судске власти, као и одредбе по којима носиоци највиших јавних функција не могу обављати било коју другу функцију, нити професионалну или другу делатност. Сматра се да би истовремено обављање тих функција, односно послова од стране једног истог лица било супротно принципу поделе власти и принципу одговорности. Лице које би истовремено вршило две функције власти могло би угрозити остваривање циљева који се желе постићи доследном применом принципа поделе власти, као што је ефикасно, компетентно, не-пристрасно и одговорно обављање одређених јавних послова, који су по својој природи и значају од општег интереса за једно друштво, односно државу и њене грађане.

2. Ово је иначе питање, које се мора размотрити и са становишта потребе хармонизације нашег правног система са правом земља чланица Европске уније и других економски развијених земаља.

Примена принципа неспојивости функција временом се проширила и на друге положаје и функције. Круг тих положаја и функција у свим земљама није исти и, по правилу, разликује се од земље до земље. Тако се примена овог принципа проширила и на функције у јединицама локалне самоуправе, затим на функције у установама које обављају послове од јавног интереса, односно које су у неком «зависном положају према влади или парламенту». Са јачањем економске мочи привредних друштава и са њом повезане политичке моћи, а посебно са јачањем улоге и значаја њихових управљачких структура, примена принципа неспојивости одређених јавних функција са функцијама управљања у предузећима, банкама, осигуравајућим друштвима и другим привредним друштвима постала је неминовност. У савременим земљама са утемељеном владавином права, принцип неспојивости функција огледа се све више и у немогућности истовременог обављања одређених функција и појединих професионалних делатности, односно послова.³⁾

Илустрације ради, навешћемо решења о принципу неспојивости која познају правни системи поједињих европских држава, а која по нашој оцени могу бити од значаја за даљу законодавну разраду овог принципа у нашем правном систему, а потом и за његову доследну примену.

У Француској је принцип неспојивости функција предмет уређивања Устава Француске и органских закона, као и закона који уређују статус привредних друштава и обављање поједињих делатности. Када су у питању највише јавне функције у органима власти Француске, уставотворац Француске је утврдио да су те функције неспојиве са вршењем «било каквог парламентарног мандата, функције професионалног представљања општенационалног карактера и било какве јавне службе или професионалне активности».⁴⁾

Законик о трговачким друштвима Француске⁵⁾ садржи одређена ограничења за носиоце функција у управном одбору привредних (трговачких) друштава. Тако је, пре свега, утврђено ограничење по коме једно физичко лице не може истовремено бити члан у више од два управна одбора у тзв. новом дводомном систему,⁶⁾ односно у осам управних одбора у тзв. класичном систему акционарских друштава

3. О принципу неспојивости функција опширије вид. Б. Ненадић, "Неспојивост функције члана Савезне владе са другом јавном функцијом и вршењем професионалне делатности", Право, бр. 5-6, 1994, стр. 35. и д.
4. Вид. Устав Француске Републике из 1958. године, и то: члан 23. Устава који утврђује неспојивост функције члана Владе; члан 25. Устава који упућује да ће се посланичке неспојивости уредити посебним органским законом и члан 57. Устава који утврђује неспојивост функције члана Уставног савета са другим функцијама и пословима.
5. Вид. чл. 92. и 136. Трговачког законика Француске (Code de commerce, Quatre-vingtième Edition, Dalloz, Paris, 1984-1985.)
6. Слично решење садржано је и у одредбама чл. 29, 31. и 290. Закона Мађарске о привредним друштвима из 1988. године, које ограничавају чланство у управним одборима на највише два друштва истовремено, под условом да та друштва не обављају конкурентну делатност.

која имају своје седиште на територији Француске метрополе. Рок у коме се једно физичко лице може прихватити новог мандата, уз предходно ослобађање неког од постојећих, је три месеца. Законодавац даље утврђује правила за истовремена чланства у управним одборима тзв. повезаних предузећа и у управним одборима привредних друштава за регионални развој. У ставу 4. члана 92. наведеног законика утврђено је правило по коме се мандати једног физичког лица у управним одборима различитих (акционарских) друштва за осигурање, која послују под истом фирмом, рачунају као један мандат. Закон о осигуравајућим друштвима Француске не садржи одредбе о инкопатибилности функција у органима управљања осигуравајућих друштава. Овај закон пре свега, регулише питање државне контроле над радом ових друштава.⁷⁾

У Великој Британији принцип неспојивости јавних функција уређен је посебним правилима Парламента и Владе, која пре свега утврђују забране које се односе на министре.⁸⁾ Ова правила обезбеђују да «не дође до сукоба између вршења министарске функције, тј. јавних интереса и њихових приватних интереса »с обзиром да министри одлучују о питањима од којих зависи стање у индустрији и привреди уопште, а посебно на финансијским тржиштима.⁹⁾ Најзначајнија од тих правила, с обзиром на тему овог рада, су следећа : а) министар не сме активно учествовати у раду било ког привредног друштва које има уговорне или било какве односе са било којим министарством или другом владином институцијом; б) поступању на дужност министар мора поднети оставку на сваки »директорски положај« који је до тада евентуално заузимао у некој компанији (укључив и добротворне организације уколико постоји било какав ризик од конфликта интереса који би из тога могао произаћи); в) министар који је оснивач, односно ортак или члан фирме која пружа професионалне услуге, мора поступању на дужност престати да врши послове своје фирмe; г) ако министар у некој компанији има контролни пакет акција, поступању на дужност, тај контролни пакет акција се мора продати; д) ако министар има акције у некој компанији која има пословне везе са министарством, и такве акције се морају продати.¹⁰⁾

7. Вид. Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, Dalloz, Paris, 1973, str. 373-413. i Picard et Besson, *Les entreprises d'assurance*, Tome 2, Paris, 1972.
8. О правилима понашања министара и њиховој одговорности у Великој Британији вид. опширније R. Brazier, "Constitutional Practice", Clarendon-Press-Oxford, 1988, str. 129-142. i B. Nenadić, оп. си., стр.36. и 37.
9. Сваком министру, поступању на дужност, уручује се примерак правила, која се на њега без изузетка примењују.
10. Од министра се не очекује да се реши свих својих инвестиција, већ само инвестиција утврђених поменутим правилима. Међутим, Доњи дом Парламента води регистар свих пословних интереса министара који су његови чланови. Интересантно је напоменути и забрану установљену поменутим правилима, по којој министри не могу да објављују књиге које се односе на рад њихових министарстава, нити им је пак дозвољено да пишу редовне рубрике за новине. У новинама могу објавити само повремене прилоге. Вид. опширније R.Brazier, оп. си., стр. 130 и д.

У Савезној Републици Немачкој принцип неспортивости јавних функција предмет је уређивања Основног закона Савезне Републике Немачке – највишег правног акта ове земље. Овим уставним актом утврђено је да »председник савезне државе не може да буде члан владе, нити законодавног тела федерације ни савезних покрајина, нити може да држи било какву другу плаћену функцију, нити да се ангажује у неком позиву или занимању, нити да практикује стручку, нити да припада управи или савету директора неког предузећа образованог ради стицања профита«.¹¹⁾ Чланови владе, такође, не могу да имају «други стално плаћени посао, нити могу да се ангажују у некој професији, нити да практикују било које занимање, нити да припадају управи предузећа».¹²⁾ Полазећи од наведених уставних решења, Закон Немачке о савезним министрима утврђује да чланови Владе «не смеју поред своје дужности да обављају другу плаћену дужност, делатност или занимање». За време свог мандата министри «не могу бити чланови управног одбора, надзорног одбора или управног савета предузећа усмереног на стицање добити и не могу да раде уз накнаду као арбитри или да дају стручна мишљења». Бундестаг може да дозволи изузетак од забране да министар, који је из реда његових чланова, буде члан надзорног одбора или управног савета. Такође, за време мандата чланови Владе «не треба да обављају јавну почасну дужност, с тим што им Влада може дозволити изузетке од овога».¹³⁾

На правни положај привредних компанија у Немачкој примењују се закони који уређују статус трговачких друштава, организованих као друштва лица или друштва капитала. Другим речима, то значи да се на предузећа, банке, осигуравајуће компаније и друга привредна друштва која су организована као акционарска друштва примењује Закон Немачке о акцијама (акционарским друштвима).¹⁴⁾ Овај закон садржи одређена правила у погледу избора појединих физичких лица у управни одбор акционарског друштва. Тако члан управног одбора акционарског друштва не може бити истовремено члан надзорног одбора тог друштва.¹⁵⁾ Носиоци ових дужности не могу бити чланови управног одбора, директори или оснивачи друштва са ограниченој одговорношћу, нити пак могу бити чланови у органима одређених трговачких удружења без сагласности надзорног одбора.¹⁶⁾

11. Вид. члан 55. Основног закона Савезне Републике Немачке, који носи назив “Нема секундарног занимања”
12. Вид. члан 66. Основног закона Савезне Републике Немачке.
13. Вид. чл. 4. и 5. Закона Немачке о савезним министрима, из 1971. године.
14. Вид. Закон о акцијама, односно акционарским друштвима (*Aktiengesetz, vom 6. september 1965.*, у књизи *“Aktiengesetz mit Mitbestimmungsrecht”*, Deutscher Taschenbuch Verlag (DTV), 1986.
15. Вид. члан 105. Закона Немачке о акционарским друштвима. Законом је предвиђен изузетак по коме само “за једно одређено време, а највише за годину дана”, надзорни одбор може поједине своје чланове да постави за чланове управног одбора, уколико они недостају или су спречени да обављају функцију. За време обављања дужности члана управног одбора не може да се обавља дужност члана надзорног одбора.
16. Вид. члан 88. Закона Немачке о акционарским друштвима, који је по називу посвећен “клаузули конкуренције”.

Законом су такође утврђени и одређени услови које мора да испуњава члан управног одбора, укључујући и »неограничену пословну способност«.¹⁷⁾ Закон Немачке о контроли осигурања, не садржи одредбе о неспојивости функција у органима управљања осигуравајућих друштава, већ упућује на примену трговачког законодавства.

У земљама централне и југоисточне Европе које своје законодавство усклађују са правом Европске уније, принцип неспојивости јавних функција са другим функцијама и са вршењем професионалне делатности, подигнут је такође на ниво уставног принципа. Поједини аспекти овог принципа уређени су законима који регулишу статус и организацију државних органа и организација (тзв. органски закони), а потом и законима који уређују правни положај привредних друштава, компанија, удружења, установа и других облика организовања. Ради илустрације изложићемо како је неспојивост јавних функција са истовременим вршењем других функција и професионалних делатности, укључив и чланство у управном одбору привредних друштава, уређена у законодавству Чешке Републике. За законодавство ове земље определили смо се из разлога што је Чешка своје законодавство ускладила са правом савремених, економски развијених земаља Европе и правом Европске уније, сагласно упутствима садржаним у Белој књизи, коју је Комисија Европске уније наменила земљама централне и југоисточне Европе које су се определиле за улазак у Европску унију.

Уставом Чешке Републике из 1992. године,¹⁸⁾ је утврђено да су највише јавне функције у овој републици, као што су функције председника Републике, посланика и сенатора у Парламенту, министара у Влади и судија инкопатибилне са другим функцијама и обављањем професионалне делатности. Тако је, према Уставу функција посланика и сенатора инкопатибилна са другим функцијама, али и са »вршењем било које службе одређене законом«.¹⁹⁾ Чланови Владе не могу »обављати било коју активност чија је природа неспојива са вршењем његове функције«, тј. активност која противречи функцији министра, с тим што се законом утврђују »ближа правила о инкопатибилности функције члана Владе«. Слично је чешки уставотворац поступио и приликом уређивања инкопатибилности судијске дужности.²⁰⁾

Правни положај привредних друштава у Чешкој Републици уређен је Трговачким закоником из 1991. године.²¹⁾ Овим закоником утврђена су и одређена правила о принципу неспојивости функција у органима управљања поједињих облика трговачких друштава. Када су у питању акционарска друштва, чешки зако-

17. Вид. члан 76. став 3. Закона Немачке о акционарским друштвима, који је посвећен условима које морају да испуњавају чланови управног одбора.

18. Вид. Устав Чешке Републике, 1992 (Constitution of Czech Republic, of December, Prague, 1992.).

19. Вид. члан 22. Устава Чешке Републике.

20. Вид. чл. 70. и 82. Устава Чешке Републике.

21. Вид. Трговачки законик Чешке Републике (Commercial code »Obchodni zakonik«, Act No. 513/1991, Coll. as subsequently amended, Copyright, Trade Links, May 1995).

нодавац је за неспојивост функције члана управног одбора (одбора директора),²²⁾ утврдио следећа правила: а) члан управног одбора не може истовремено бити члан надзорног одбора истог друштва; б) члан управног одбора не може да користи права »статутарног тела, или да буде члан статутарног или сличног тела другог правног лица које се бави сличном пословном активношћу, осим ако је реч о правном лицу у коме друштво има власнички интерес«.²³⁾ Такође, законодавац је изричito утврдио да чланови друштва »оснивачким уговором могу да одреде до-датне случајеве инкопатибилности функција или околности због којих једно лице не може да постане члан једног или другог органа управљања привредног друштва«.²⁴⁾

Када је реч о неспојивости функција у органима осигуравајућег друштва, Закон Чешке Републике о осигурању²⁵⁾ је таксативно утврдио јавне и друге функције и професионалне делатности које су инкопатибилне са чланством у органима управљања осигуравајућег друштва.²⁶⁾ Тако, према одредбама члана 12. овог закона, члан управног одбора осигуравајуће компаније²⁷⁾ не може бити: а) посланик и сенатор у Парламенту Чешке Републике; б) члан Владе Чешке Републике или његов заменик;²⁸⁾ в) члан управе или запослени у: Врховном ревизорском бироу, Народној банци Чешке Републике и у Комисији за хартије од вредност; г) лице које учествује у државном надзору над осигурањем, односно над радом и пословањем осигуравајуће компаније; д) члан органа управљања или надзорног тела или носилац овлашћења (заступник) друге осигуравајуће или реосигуравајуће компаније, пензијског фонда, банке или компаније која се бави посредништвом сагласно Закону о осигурању,²⁹⁾ Ѯ) агент или брокер осигурања; е) одговорни (овлашћени) ак-

- 22. Функцију органа управљања друштвом, према Трговачком законику Чешке, врши Одбор директора.
- 23. Вид. члан 196. Трговачког законика. Идентична правила Закоником су утврђена и за чланове других облика привредних друштава, као што су друштва са ограниченој одговорношћу, кооперативе, поједини облици друштва лица и др. Вид. чл. 136, 139, 200. и 249. Трговачког законика Чешке.
- 24. Вид. нпр. члан 247. Трговачког законика Чешке.
- 25. Вид. Закон Чешке Републике о осигурању и амандманима на неке сродне законе (Закон о осигурању тј. Закон бр. 363/1999), који је донет 21. децембра 1999. а ступио је на снагу 1. априла 2000. године.
- 26. О нормативној уређености делатности осигурања у Чешкој вид. Б. Ненадић, Осигуравајуће компаније у законодавству Чешке Републике, Привреда и право, бр. 5-8, 2001, Београд, стр. 650-666.
- 27. Члан 12. Закона Чешке о осигурању односи се и на чланове свих других органа управљања осигуравајуће компаније, који су образовани статутом компаније (чешки законодавац их назива "статутарна тела"), као и на чланове надзорног тела компаније. Вид. и Б.Ненадић, Оп. цит., стр. 652. и д.
- 28. Изузетно, заменик члана Владе може бити члан управног одбора осигуравајуће компаније, само ако је држава акционар у тој компанији.
- 29. Ово правно правило, односно забрана не примењује се уколико су наведена правна лица »контролисана од стране осигуравајуће компаније«.

туар;³⁰⁾ ж) запослени у Клиринском центру за хартије од вредности или организатор ванберзанског тржишта.

У бившим републикама СФРЈ, сада независним државама, принципу неспојивости функција дат је, такође, уставни ниво. Круг функција за које је утврђен овај принцип у овим земљама се разликује, с тим што је у нормативној разради уставотвораца Републике Македоније отишао најдаље.³¹⁾ Међутим, у законодавствима ових земаља принцип неспојивости јавних функција није доживео значајнију законодавну разраду, па ни у законима који уређују организацију и рад државних органа, односно права и обавезе носилаца јавних функција.

Закони ових земаља о трговачким друштвима (Хрватска и Македонија), односно привредним друштвима (Словенија и Босна и Херцеговина), садрже појединачне одредбе које се односе на неспојивост, тј. немогућност истовременог вршења функције члана управног одбора са другим функцијама.³²⁾ Анализа решења о неспојивости функције члана управног одбора привредних друштава која су утврђена у тим законима, показује да су тим решењима, са незнатним разликама, установљена следећа правила: а) неспојивост истовременог чланства у управном и надзорном одбору друштва;³³⁾ б) немогућност истовременог чланства у органима конкурентних друштава;³⁴⁾ в) ограничење вишеструког чланства у органима привредних друштава.³⁵⁾ Ова решења су у основи идентична са решењима која садржи југословенски Закон о предузећима. Укажимо и то, да закони ових држава о обављању делатности осигурања не садрже одредбе о неспојивости функције члана управног одбора осигуравајућег друштва.

-
30. У ставу 2. члана 12. Закона о осигурању, законодавац прави изузетак, по коме овлашћени актуар може бити члан надзорног тела осигуравајуће компаније, али не и других органа компаније.
 31. Вид. чл. 105, 133. и 166. Устава Републике Словеније (1991.); чл. 96. и 123. Устава Републике Хрватске (1991), и чл. 67, 83, 88, 104, 107. и 111. Устава Републике Македоније (1991.).
 32. Вид. Закон о трговачким друштвима Републике Хрватске ("Народне новине", бр. 111/93); Закон о господарских дружбах Републике Словеније ("Урадни лист", бр. 30/93), Закон о привредним друштвима Федерације Босне и Херцеговине ("Службене новине", бр. 23/99) и Закон за трговските друштва на Република Македонија ("Службен весник", бр. 28/96).
 33. Вид. нпр. члан 263. Закона о господарских дружбах Републике Словеније; члан 186. Закона за трговските друштва на Република Македонија и члан 255. Закона о трговачким друштвима Републике Хрватске.
 34. Вид. члан 248. Закона о трговачким друштвима Републике Хрватске; члан 254. Закона о господарских дружбах Републике Словеније; члан 254. Закона о привредним друштвима Федерације Босне и Херцеговине и чл. 178, 312. и 327. Закона за трговските друштва на Република Македонија.
 35. Вид. нпр. одредбе чл. 310. и 325. Закона о трговските друштва на Република Македонија, по којима једно лице може бити члан управног одбора највише у пет трговачких друштава која имају седиште на територији Републике Македоније.

3. Принцип неспојивости функција у уставном систему Југославије

Принцип неспојивости функција је први пут, са доношењем Устава СРЈ из 1992. године, постао предмет значајнијег уређивања, од стране југословенског уставотворца.³⁶⁾ Тако, Устав СРЈ и устави република Србије и Црне Горе изричito утврђују неспојивост јавних функција у органима федерације, односно организма република чланица, са истовременим вршењем других функција и обављањем професионалне делатности. Устави република чланица се, у погледу регулисања принципа неспојивости функција, само делимично разликују.

Према Уставу СРЈ принцип неспојивости функција односи се на функцију председника Републике,³⁷⁾ члана Савезне владе,³⁸⁾ судије Савезног суда,³⁹⁾ савезног државног тужиоца⁴⁰⁾ и судије Савезног уставног суда.⁴¹⁾ Ове уставом утврђене функције неспојиве су са било којом другом јавном функцијом или са обављањем било које професионалне делатности или службе. У сада важећем савезном законодавству у потпуности је изостало ближе уређивање и разрада наведених уставних решења.

Устав Републике Србије из 1990. године утврдио је неспојивост функције председника Републике Србије,⁴²⁾ судије Уставног суда,⁴³⁾ судије и јавног тужиоца⁴⁴⁾ са другим јавним функцијама и обављањем професионалне делатности, од-

- 36. Устав СФРЈ је познавао само тзв. парламентарну неспојивост. Сагласно члану 348. став 5. тог устава, председнику и члану СИВ-а који би били изабрани из реда делегата у Скупштини престајао је посланички мандат.
 - 37. У члану 97. став 4. Устава СРЈ утврђено је да "председник Републике не може обављати друге јавне функције нити професионалну делатност".
 - 38. У члану 100. став 3. Устава СРЈ утврђено је да "члан Савезне владе не може обављати другу јавну функцију нити професионалну делатност." Општије о неспојивости функције члана Савезне владе, вид. Б.Ненадић, Оп. цит. , стр. 37 –42.
 - 39. У члану 109. став 6. Устава СРЈ утврђено је да "судија Савезног суда не може обављати другу јавну, нити професионалну делатност".
 - 40. У члану 112. став 4. Устава СРЈ утврђено је да "савезни државни тужилац не може обављати друге јавне функције нити професионалну делатност".
 - 41. У члану 125. став 4. Устава СРЈ утврђено је да "судија Савезног уставног суда не може обављати другу јавну, нити професионалну делатност".
 - 42. У члану 86. Устава Републике Србије утврђено је да "председник Републике не може обављати другу јавну функцију или професионалну делатност ".
 - 43. У члану 126 . Устава РС утврђено је да "судија Уставног суда не може вршити другу јавну или професионалну делатност".
 - 44. У чл. 100. и 106. Устава РС утврђено је да судија, односно јавни тужилац не може обављати службу или посао који је законом утврђен као неспојив са његовом функцијом.
- У члану 5. Закона о судовима ("Службени гласник РС", бр. 46/91, 60/91, 18/92 и 71/92) утврђено је да судија не може "бити народни посланик, посланик или одборник, вршити политичке и управне функције нити може вршити другу службу, посао или дужност која би могла утицати на његову самосталност и независност или која би умањивала његов углед или углед суда ". Истоветно решење садржано је и у члану 7. Закона о јавном тужилаштву ("Службени гласник РС", бр. 43/91 и 71/92), када је у питању неспојивост функције тужиоца .

носно посла или службе. Неспојивост функције члана републичке Владе са другим јавним функцијама и обављањем професионалне делатности није предмет уређивања Устава Републике Србије⁴⁵⁾, већ републичког Закона о државној управи. Према овом закону министар у републичкој Влади не може «вршити никакву јавну, професионалну и другу дужност која је неспојива са његовом дужношћу», с тим што Влада може дати сагласност за «ангажовање министра и других функционера Владе који имају научно звање у научнообразовним установама уколико се тиме не доводи у питање ефикасан рад органа државне управе».⁴⁶⁾

Устав Републике Црне Горе из 1992. године, такође садржи одредбе о неспојивости поједињих јавних функција са другим функцијама и обављањем професионалних и других делатности и то за функцију члана републичке Владе,⁴⁷⁾ председника и судије Уставног суда⁴⁸⁾ и судије и јавног тужиоца.⁴⁹⁾

Из наведених одредаба савезног и републичких устава видна је интенција уставотворца да се принцип неспојивости функција угради у наш уставни и правни систем, као један од основних принципа. С обзиром на карактер устава, односно његов предмет уређивања, југословенски уставотворци су утврдили само одређена ограничења за носиоце јавних функција у органима државне власти. Та ограничења огледају се у забрани по којој носиоци уставом утврђених функција не могу да врше истовремено другу функцију, односно да обављају други посао или службу. Наравно, уставотворац није улазио у уређивање принципа неспојивости функција мимо уставом утврђених органа и функција, па тиме ни функција у привредним друштвима. Међутим, уставотворац је ипак могао учинити још један корак, којим би допринео дубљем утемељењу принципа неспојивости у нашем правном поретку. Тако је уставотворац могао изричito утврдити обавезу ближе законодавне разраде уставних одредби о неспојивости. Појмови које је уставотворац употребио, као што су »јавна функција«, »друга јавна функција«, »друга функција«, »јавна делатност«, »професионална делатност« и др., су недовољни да јасно и потпуно изразе суштину овог принципа и определе обухватност, тј. обим његове примене. Неспорно је да законодавац има могућност да сваки уставни принцип конкретизује и разради у законима и правним актима ниже правне снаге од устава,

45. Чланови републичке Владе могу истовремено бити народни посланици у Скупштини Републике Србије (члан 91. став 2. Устава РС).
46. Вид. члан 49. Закона о државној управи („Службени гласник РС”, бр. 20/90, 6/93, 48/93, 53793, 67/93, 48/94 и 49/99).
47. У члану 93. Устава Републике Црне Горе утврђено је да члан републичке Владе “не може вршити посланичку и другу јавну функцију нити професионално обављати другу делатност”.
48. У члану 111. Устава РЦГ утврђено је да “председник и судија Уставног суда не могу вршити посланичку и другу јавну функцију нити професионално обављати другу делатност”.
49. У члану 106. Устава РЦГ утврђено је да “судија, односно јавни тужилац не може вршити посланичку и другу јавну функцију нити професионално обављати другу делатност”.

независно да ли уставотворац на то изричito упућује или не. Но, било би много боље да је и југословенски уставотворац, попут уставотвораца бројних европских земаља, утврдио (макар и упућујућим одредбама), обавезу законодавца да се неспојивост појединих функција утврђених тим уставом ближе уреди савезним законом, односно законом. Уз постојање потпуне и целовите нормативне разраде одређених уставних принципа, много је мање отворених питања која се могу постављати у примени уставних одредби.

Анализа важећег југословенског законодавства којим се уређује организација и начин рада државних органа, као и права и обавезе носилаца појединих јавних функција, показује да се у Југославији није отишло далеко у уређивању неспојивости уставом утврђених јавних функција са вршењем других функција и са обављањем професионалних делатности. Нагласимо само да законодавне, као ни друге правне разраде овог принципа уопште нема за савезне посланике, за судије Савезног уставног суда, судије Савезног суда, савезног јавног тужиоца,⁵⁰⁾ па ни за савезне министре и друге савезне функционере и запослене у министарствима и другим органима савезне управе, укључив и запослене у органима монетарне власти и носиоце функција и запослене у регулаторним телима финансијског тржишта у Југославији.⁵¹⁾ Близку одредбу о овом принципу у савезном законодавству садржи само Закон о Народној банци Југославије,⁵²⁾ у којем је утврђена неспојивост функције гувернера, заменика гувернера и вицегувернера са истовременим чланством у «управном или надзорном одбору банке и друге финансијске организације или другог правног лица». У републичком законодавству то је учињено само у законима о судовима, јавном тужилаштву и о државној управи.

4. Принцип неспојивости функција у органима привредних друштава у Југославији

Принцип неспојивости управљачких функција у органима привредних друштава у савременом југословенском законодавству, предмет је ближег уређивања

- 50. Вид. Закон о Савезном уставном суду (“Службени лист СРЈ”, бр. 36/92), Закон о Савезном суду (“Службени лист СРЈ”, бр. 27/92) и Закон о Савезном јавном тужиоцу (“Службени лист СРЈ”, бр. 27/92).
- 51. Тако Закон о хартијама од вредности (“Службени лист СРЈ”, бр. 26/95, 28/96 и 59/98) не садржи одредбе о неспојивости функције члана Комисије за хартије од вредности и финансијско тржиште са другим јавним функцијама и обављањем професионалне делатности, као ни Уредба Савезне владе о Савезној комисији за хартије од вредности и финансијско тржиште (“Службени лист СРЈ”, бр. 36/95 и 9/99). При томе, у Закону о хартијама од вредности утврђене су одређене забране за лице које ангажује Комисија, тако да то лице не може “за то време бити директор акционарског друштва, члан управног и надзорног одбора акционарског друштва, нити члан органа берзе” (члан 85. Закона). Међутим, као што смо већ констатовали, ова забрана није установљена за чланове Комисије и запослене у Комисији, што је очигледно пропуст законодавца.
- 52. Вид. члан 82. Закона о Народној банци Југославије (“Службени лист СРЈ”, бр. 32/93).

прописа о правном статусу привредних друштава, а пре свега Закона о предузећима. Поједине одредбе о овом принципу садрже и закони који уређују обављање одређених делатности, односно службе.

1. *Закон о предузећима из 1996. године⁵³⁾* је основни и системски закон који уређује правни положај предузећа, с тим што се одредбе овог закона примењују и на правни положај других привредних друштава. Тако се овај закон примењује на правни положај осигуравајућих организација, осим ако поједина питања нису Законом о осигурању друкчије уређена.⁵⁴⁾ Поједине одредбе Закона о предузећима примењују се и на банке и друге финансијске организације,⁵⁵⁾ као и на друга правна лица која се баве делатношћу ради стицања добити.

Принцип неспојивости функција у органима управљања предузећа, као и друга ограничења и забране у погледу чланства у тим органима, предмет су уређивања основних одредаба Закона о предузећима. Тако су овим одредбама Закона регулисана следећа питања:

прво, искључење чланства у надзорном одбору (члан 67. Закона);⁵⁶⁾

друго, неспојивост функција у органима предузећа (члан 68. Закона);⁵⁷⁾

треће, ограничење вишеструког избора у органе предузећа (члан 70. Закона);⁵⁸⁾

четврто, забране (ограничења) поседовања одређеног својства у два или више предузећа, односно истовременог обављања одређених функција и послова у предузећима која могу бити конкурентна- клаузула конкуренције (члан 92. Закона).⁵⁹⁾

53. Вид. Закон о предузећима (“Службени лист СРЈ”, бр. 29/96).

54. У члану 9. Закона о осигурању (“Службени лист СРЈ”, бр. 30/96, 57/98 и 53/99), утврђено је да се ”на организације за осигурање и агенције за послове пружања других услуга у осигурују примењује савезни закон којим се уређује правни положај предузећа, ако овим законом за поједина питања није друкчије одређено”.

55. Вид. члан 4. Закона о банкама и другим финансијским организацијама (“Службени лист СРЈ”, бр. 32/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/95, 61/95 и 44/99), у коме је утврђено да се на ”банке и друге финансијске организације примењују одредбе Закона о предузећима које се односе на акције с више власника, амортизацију акција на име, оглашавање акција неважећим, замена оштећених акција и спајање и дељење акција, заштиту права мањинских акционара и одговорност за штету”.

56. У члану 67. Закона о предузећима утврђено је да за чланове надзорног одбора не могу бити бирани:

“-чланови управе(односно,чланови управног одбора и директоријатор предузећа –Б.Н.);
-прокурори;
-чланови извршног одбора директора предузећа и повезаних предузећа;
-други запослени у предузећу,одређени оснивачким актом или статутом;
-срдници тих лица (мисли се на лица из алинеја 1. до 4. –Б.Н.) до трећег степена сродства.”

57. Вид. члан 68. Закона о предузећима и наслов изнад тог члана, који гласи: ”Неспојивост функција”.

58. Вид. члан 70. Закона о предузећима и наслов изнад тог члана, који гласи: ”Ограничавање избора ”.

Из одредби члана 67. Закона о предузећима јасно произлази да је функција члана управног одбора неспорива са функцијом члана надзорног одбора предузећа. Законодавац не утврђује шта бива у случају избора који би био извршен противно овој одредби Закона. Такав избор би, неспорно, био ништаван.

Члан 68. Закона о предузећима законодавац по називу посвећује неспоривости функција. У одредбама овог члана, које у суштини регулишу одређене забрањене за носиоце функција управљања у повезаним предузећима, утврђено је да:

-директор матичног предузећа не може бити директор зависног предузећа, а директор зависног предузећа – директор матичног предузећа;

-директор матичног предузећа не може бити председник управног одбора зависног предузећа, а директор зависног предузећа – председник управног одбора матичног предузећа;

-директор предузећа, директор повезаних предузећа, члан извршног одбора директора, члан надзорног одбора и управног одбора, не могу бити представници друштвеног капитала у скупштини предузећа.

Закон о предузећима, даље утврђује одређена »ограничења избора» и то за случај тзв. вишеструког избора истог лица у органе управљања више предузећа. Тако је, према одредби члана 70. Закона, утврђено да исто лице може истовремено бити члан управног одбора највише у три предузећа, али под условом да та предузећа не обављају исту или сродну делатност, а председник – у једном од тих предузећа. Поред тога, у овом члану Закона, утврђена је и обавеза наведених лица да о вишеструком избору обавесте предузеће, као и да је избор који је извршен противно одредбама овог закона о ограничењу избора ништаван. Када је у питању ограничење броја истовремених чланстава једног лица у управним одборима повезаних предузећа, законодавац »ублажава ово ограничење«⁶⁰⁾ тиме што чланство у управним одборима таквих предузећа сматра чланством у једном одбору.

Клаузула конкуренције према члана 92. Закона о предузећима односи се, по ред осталих лица, и на чланове управе предузећа, тј. на чланове управног одбора и директора предузећа. Сагласно одредби става 1. овог члана, члан управног одбора једног предузећа не може имати то својство, нити бити запослен, односно про-куриста у било ком другом предузећу, односно другом правном лицу исте или сродне делатности или делатности која би могла бити конкурентна, нити може бити предузетник који обавља такву делатност. Дакле, да би се обезбедило лојално понашање члана управног одбора предузећа према предузећу, законодавац је изричito утврдио императивну обавезу, односно забрану, за чланове органа управљања предузећа, по којој они не могу да буду истовремено у органима управљања или запослени у другом предузећу које може бити конкурентно предузећу којим управљају. Ова забрана се dakле не односи на чланство у предузећима која обављају различиту, тзв. неконкурентну делатност. Међутим, према ставу 2.

59. Вид. члан 72. Закона о предузећима и наслов изнад тог члана, који гласи: ” Клаузула конкуренције ”.

60. Вид. М.Васиљевић, Коментар Закона о предузећима, Београд, 1996., стр. 87.

овог члана, оснивачким актом, односно статутом предузећа ова забрана се може проширити и на друга привредна друштва. Поред тога, овим актима предузећа се може прописати, да наведена забрана за чланове управних одбора траје и после губитка својства члана управног одбора, али не дуже од две године. Законодавац је утврдио и санкције у случају кршења ових забрана, односно ограничења.⁶¹⁾

Анализа наведених решења Закона о предузећима показује да је законодавац установио један број значајних правила о принципу неспојивости функција у органима предузећа, али су поједини аспекти овог принципа остали неуређени. Другим речима, решења која садржи Закон о предузећима о овом принципу јесу значајна, али не и довољна. Примера ради, Закон тако не искључује кумулацију чланства једног истог лица у управном и надзорном одбору два предузећа. Потом, законодавац не ограничава укупан број мандата, односно истовременог чланства у управним одборима предузећа и управним одборима других привредних друштава, као што су напр. банке и друге финансијске организације или осигуравајуће организације. Интересантно је указати и на то да Закон о предузећима, осим једног ограничења које важи у периоду тзв. дисквалификације,⁶²⁾ не утврђује друге основе чије постојање може бити препрека избору поједињих лица за чланове органа управљања предузећа.

2.У савременом југословенском законодавству, одредбе о принципу неспојивости функција у органима управљања финансијских организација садржи и *Закон о банкама и другим финансијским организацијама*. Основни текст овог закона из 1993. године, није познавао принцип неспојивости функција, већ су поједине одредбе о овом принципу унете приликом његових измена и допуна 1999. године.⁶³⁾ Тако је у одредби члана 41. Закона изричito утврђено правило, по којем чланови управног одбора банке не могу бити "именовани за чланове управног одбора, надзорног одбора, чланове других органа банке и за директора банке у некој другој банци или финансијској организацији."⁶⁴⁾ Значај овог решења огледа се превасходно у томе, што примена ове одредбе искључује могућност конфликтности интереса, односно могућност нелојалне конкуренције. Такође, одредбом члана 41. Закона уведен је један важан основ који искључује могућност да чланови управног одбора банке буду изабрани у "управу предузећа и надзорни одбор предузећа, уколико су били у уговорном или радном односу у банци или другој финансијској организацији којој је Народна банка Југославије одузела дозволу за рад." Период ове "дисквалификације" траје 10 година. Значај ове одредбе је не-

61. О основним карактеристикама одредаба Закона о предузећима којима је утврђена клаузула конкуренције вид. опширније М. Васиљевић, Привредна друштва, Београд, 1999., стр. 366 и 367.
62. Вид. члан 66. Закона о предузећима, који говори о правним последицама осуде на избор чланова органа предузећа.
63. Вид. члан 41. Закон о банкама и другим финансијским организацијама ("Службени лист СРЈ", бр. 32/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/95, 61/95 и 44/99).
64. Ограничења утврђена у члану 41. Закона односе се и на "чланове надзорног одбора, чланове других органа банке и директора банке".

споран у смислу обезбеђивања компетентности и личне одговорности чланова управе банака. Међутим, ова одредба је мањакава, пре свега због тога што ову забрану законодавац утврђује само у погледу чланства у управном одбору предузећа, а не као општу забрану. Та забрана требало би да се односи не само на немогућност избора наведеног лица за члана управног одбора предузећа, већ превасходно на немогућност његовог избора за члана управног одбора друге банке или финансијске организације, а затим и за члана управног одбора било којег другог привредног друштва.

Недостаци Закона о банкама и другим финансијским организацијама у погледу уређивања принципа неспојивости функције члана управе банака и других финансијских организација, су видни. Законодавац је тако остао дужан потпуном и целовитом уређивању неспојивости функције члана управног одбора банке или друге финансијске организације, јер није изричito утврдио основе чије постојање искључује могућност избора одређених лица у органе управљања тих финансијских организација, односно није утврдио јавне и друге функције и професионалне делатности чији носиоци не могу бити бирани за члана управног одбора банке. Наime, када је у питању примена принципа неспојивости функција у банкама и другим финансијским организацијама, законодавац је само утврдио неспојивост функција, односно чланства у органима истоврсних субјеката, тј. банака и других финансијских организација, а није утврдио никаква ограничења за истовремено чланство тих лица у органима других привредних друштава (нпр. у органима предузећа, осигуравајућих друштва и сл.). Поред тога, југословенски законодавац не познаје доследну примену овог принципа ни у односу на сферу која је изузетно важна за обезбеђивање законитости и сигурности банкарског пословања, а то је сфера монетарне власти. Тако нпр. није утврђена ни инкопатибилност управљачких функција у банкама са истовременим вршењем јавних функција, односно вршењем функција у оним органима државне власти који утврђују услове за рад банака или који обављају контролу над њиховим радом. Овог ограничења у Закону нема ни за физичка лица која обављају одређене професионалне делатности и службе. Ове мањкавости Закона о банкама и другим финансијским организацијама ублажава чињеница, да је Законом о Народној банци Југославије утврђено правило, по којем "гувернер, заменик гувернера и вицегувернер не могу бити чланови управних или надзорних одбора банака и других финансијских организација или других правних лица."⁶⁵⁾ Међутим, слабост овог законског решења, огледа се у томе што је оно формулисано тако да се не односи и на друге носиоце значајних функција у Народној банци Југославије, као ни на запослене у тој банци који врше послове контроле над радом банака и других финансијских организација.

Поднормирањост принципа неспојивости управљачких функција у организма банака и других финансијских организација, постала је још очигледнија након

65. Вид. члан 82. Закона о Народној банци Југославије.

измена Закона о банкама и другим финансијским организацијама, извршених 1999. године. Овим изменама искључена је супсидијерна примена Закона о предузећима на банке и друге финансијске организације, а тиме и примена оних одредба тог закона које се односе на принцип неспојивости функција у привредним друштвима. Тим изменама је примена Закона о предузећима на правни положај банака и других финансијских организација сведена само на узак круг питања, која су изричito утврђена у члану 4. Закона о банкама и другим финансијским организацијама.⁶⁶⁾ Након ових измена Закона, нема више дилеме да ли се одредбе Закона о предузећима које се односе на неспојивост функција у органима управљања предузећа односе или не и на банке и друге финансијске организације. Одговор је - не. То је свакако лоше нормативно решење, јер је законодавац оставио правну празнину по овом питању у једној изузетно значајној и осетљивој сфери привређивања.

З. *Закон о осигурању имовине и лица* не садржи одредбе о принципу неспојивости управљачких функција у осигуравајућим друштвима, нити одредбе о било каквим ограничењима везаним за избор или чланство у органима управљања осигуравајућих друштава.⁶⁷⁾ Отуда се намеће питање, који се то прописи примењују приликом утврђивања које физичко лице не може бити изабрано за члана управног одбора осигуравајућег друштва, са становишта неспојивости те функције са другим функцијама или послом. У одговору на ово питање треба поћи од Закона о осигурању имовине и лица и поред тога што овај закон не садржи одредбе о неспојивости функција у органима осигуравајућег друштва. Ово због тога, што је у основним одредбама Закона о осигурању имовине и лица утврђено да се на "организације за осигурање и агенције за послове пружања других услуга у осигурању примењује савезни закон којим се уређује правни положај предузећа, ако овим законом за поједина питања није друкчије одређено".⁶⁸⁾ Наиме, одредбом члана 9. Закона о осигурању имовине и лица утврђено је правило о супсидијерној примени Закона о предузећима (тј. закона који уређује правни положај предузећа) на правни положај организација за осигурање. Полазећи од овог става, поставља се питање да ли се приликом избора члана управног одбора осигуравајуће организације, мора водити рачуна о одредбама Закона о предузећима које се односе на неспојивост функција у предузећима. Мишљења смо да забране и ограничења која су утврђена у одредбама чл. 67, 68, 70. и 92. Закона о предузећима о неспојивости функције члана управног одбора предузећа важе и за носиоце те функције у осигуравајућим компанијама. Овај став је неспоран, јер Закон о осигурању имовине и лица није за ова питања ништа друкчије одредио, односно није их уопште уредио.⁶⁹⁾

66. Текст одредбе члана 4. Закон о изменама и допунама Закона о банкама и другим финансијским организацијама ("Службени лист СРЈ", бр. 44/99) дат је у фусноти бр. 55.

67. Вид. Закон о осигурању имовине и лица ("Службени лист СРЈ", бр. 30 /96, 57/98 и 53/99).

68. Вид. члан 9. Закона о осигурању имовине и лица

69. О супсидијерној примени Закона о предузећима на правни положај организација за осигурање вид. П. Шулејић, Право осигурања, Београд, 1997, стр. 48. и д.

У прилог овог става истичемо и то, да се одредбе Закона о предузећима о неспортивости функција, као и одредбе о одређеним ограничењима и забранама које законодавац установљава за носиоце функција у органима предузећа, налазе у делу првом Закона, који носи назив “Заједничке одредбе” и које се, сагласно члану 103. тог закона, примењују на све облике предузећа. Нема спора да су осигуравајуће организације, које се оснивају као акционарска друштва, такође предузећа која обављају делатност са циљем стицања добити.⁷⁰⁾

4. Полазећи од анализе поменутих одредаба устава и закона у правном систему СРЈ, поставља се питање које су то, дакле, функције и делатности које су неспортиве са чланством у управном одбору једног привредног друштва, независно да ли се ради о предузећу, банци или осигуравајућој организацији. Пре одговора на ово питање, сматрамо неопходним да се утврди, односно определи да ли је чланство у управном одбору привредног друштва “друга функција” или не, у смислу уставних и законских одредби о неспортивости функција које смо у овом раду анализирали. При сагледавању овог питања треба поћи од решења садржаних у уставноправном систему Југославије, али и од решења у упоредном законодавству и то управо оних земаља које имају дугогодишњу праксу примене принципа неспортивости функција. Имајући то у виду, по нашем мишљењу, чланство у управном одбору привредних друштава, није јавна функција, јер нема у себи елементе, односно обележја власти, али јесте ”друга функција”. То је функција управљања једним профитним привредним друштвом и то друштвом чији правни положај, а често и услове пословања и обављања делатности, регулише држава. Поред тога, кад су у питању банке и осигуравајуће организације, због значаја делатности коју обављају, држава је та која их вишеструко контролише. Другим речима, држава не само да контролише рад финансијских и осигуравајућих друштава, већ њени органи доносе одлуке којим битно утичу на обављање делатности тих друштава, укључујући и прописивање услова под којима она послују. Изнето потврђује да постоји могућност сукоба различитих интереса, тј. да истовремено вршење јавних функција и функција у органима привредних друштава која послују ради добити, може довести до колизије интереса. Отуда је неспорно, да је функција члана управног одбора привредних друштава неспортивна са вршењем јавних функција. Такође, вршење ове функције је неспортивно са истовременим обављањем одређених професионалних делатности и служби, за које је законом утврђено да се врше у општем интересу, стручно и непристрасно (као што је нпр. адвокатура)⁷¹⁾. У случају истовременог вршења јавне-државне функције, или одређене професионалне делатности и чланства у управном одбору наведених привред-

70. Вид. члан 10. Закона о осигурању имовине и лица.

71. Вид. члан 4. став 1. тачка 6) Закона о адвокатури (“Службени лист СРЈ”, бр. 24/98, 26/98. и 69/2000.), у којем је утврђено да право уписа у именик адвоката има лице које, поред других услова, испуњава услов да се “не бави другом професионалном делатношћу, осим у научној, педагошкој, преводилачкој, уметничкој, публицистичкој, хуманитарној и спортској области”.

них друштава долазило би до сукоба два различита интереса. Тада сукоб могао би довести у питање непристрасност и ефикасност у вршењу јавне функције, односно професионалне делатности, што свакако није интенција ни једног уставотворца, односно законодавца, па ни југословенског.

Из одредба устава и наведених закона, за које смо у овом раду констатовали да непосредно или посредно говоре о неспојивости одређених функција и делатности са чланством у управном одбору привредних друштава, произлази да за члана управног одбора тих друштава не би могли бити бирани:

1) Носиоци јавних функција у савезним и републичким органима власти, и то:
а) председник СРЈ и председник републике чланице; б) председник и члан Савезне владе; в) председник и члан републичке владе и заменик члана републичке владе; г) гувернер Народне банке Југославије, његов заменик и вицегувернер; д) судија Савезног уставног суда и судија уставних судова република; ћ) судија Савезног суда и судија врховних судова република, и е) судија и јавни тужилац.

2) Носиоци функција у органима управљања привредних друштава, и то: а) члан органа управљања или лице које је по било ком основу ангажовано од стране другог привредног друштва које се бави истом или сличном врстом делатности (тзв. конкурентна друштва); б) члан надзорног одбора истог привредног друштва; ц) лице које је већ члан у три управна одбора привредних друштава која се баве различитим делатностима, осим ако се не ради о повезаним друштвима;⁷²⁾

3) Носиоци професионалних делатности, и то адвокати.⁷³⁾

И на крају, поставља се и питање које су то још функције које су по својој природи и карактеру неспојиве са чланством у управном одбору привредних друштава, а које према важећем југословенском законодавству нису утврђене као инкопатибилне. Имајући у виду решења у упоредном законодавству и праксу земља у којима се принцип неспојивости ефикасно примењује, и у нашем законодавству могло би се утврдити да за члана управног одбора привредног друштва не би могла бити изабрана, примера ради, ни следећа физичка лица: а) посланици и одборници у претставничким телима; б) функционери и запослени у државним органима, односно органима државне управе који учествују у вршењу било какве контроле и надзора над радом појединих привредних друштава; в) чланови Комисије за хартије од вредности и финансијско тржиште и запослени у Комисији; г) за-

72. Има мишљења према коме за члана управног одбора једне осигуравајуће организације уопште не може бити биран члан органа управљања, запослени или било које физичко лице које је ангажовано од стране друге осигуравајуће компаније, независно којом се врстом осигурања бави та компанија, тј. да по Закону о предузећима не постоји могућност вишеструког чланства у органима осигуравајућих друштава.

73. О томе да се принципу о неспојивости у нашем законодавству није посвећивала дужна пажња најбоље говори и то да закони, којима се уређује обављање појединих професионалних делатности (као што су нпр. ревизија, актуарски послови и сл.), уопште не садрже одредбе о неспојивости истовременог вршења тих послова са одређеним функцијама и другим пословима. Изузетак представља већ поменути Закон о адвокатури.

послени и друга лица која су по било ком основу ангажовани од стране конкурентног привредног друштва; д) овлашћени ревизор и др.

Наравно, није нам намера да у овом раду таксативно наводимо круг лица, тј. носилаца јавних и других функција и професионалних делатности на која би се односио принцип неспојивости, јер су поводом тог питања могућа различита решења. Тим пре што круг тих лица зависи и од тога да ли се ради о предузећу, банци или о осигуравајућем друштву, због одређених специфичности и разлика међу овим друштвима, као и карактера власништва у тим друштвима.⁷⁴⁾ Те разлике су условљене и врстом делатности коју ова друштва обављају. Поред тога, тај круг ће се веома брзо мењати са увођењем нових институција у наш привредни и правни систем, својствених новом начину привређивања.

Закључна оцена

У циљу афирмације принципа неспојивости функција (по много чему новог принципа у нас) и отклањања у пракси различитог тумачења уставних и законских одредби о неспојивост функција, у нашем правном систему неопходно је приступити значајној нормативној активности. То значи, да најпре треба прићи целовитом и потпуном законодавном уређивању уставом утврђене инкопатибилности највиших јавних функција, како је то уосталом, већ учињено у законодавству савремених европских земаља. Потом би, основна правила о принципу неспојивости функција у органима привредних друштава потпуније и прецизније требала додградити у Закону о предузећима, односно закону о привредним друштвима,⁷⁵⁾ а поједина специфична правила о инкопатибилности треба утврдити и у законима о банкама, другим финансијским организацијама, осигурању имовине и лица и другим законима. Слично треба поступити и са законодавним уређивањем инкопатибилности обављања одређених професионалних делатности (као што су нпр. ревизија, актуарство и сл.). Оваква нормативна активност у нашем законодавству је неопходна тим пре што у законима, односно другим правним актима који уређују организацију и рад поједињих државних органа, односно права и дужности носилаца јавних функција, по правилу, нема одредби о неспојивости функција, а ако их има, тада су то најчешће само преузете одговарајуће уставне одредбе. Законодав-

74. Нпр. носиоци одређених јавних функција и запослени у државним органима могли би бити чланови управе у привредним друштвима чији је оснивач држава или које држава контролише по основу државног капитала.

75. Решење које ми заговарамо, са одређеним разликама, било је присутно у појединим фазама припреме Закона о предузећима, али је то решење приликом разматрања у Савезној влади и радним телима Савезне скупштине изазивало велике расправе. Немогућност усаглашавања ставова о обиму и домашају примене принципа неспојивости функција, односно о томе које су то јавне и друге функције и професионалне делатности и службе неспојиве са истовременим вршењем функције члана управног одбора предузећа имало је за последицу изостављање тих решења из Закона о предузећима. Вид. нпр. Нацрт закона о предузећима, Београд , 1995., Документација Савезне владе.

на уређеност принципа неспојивости у савременим европским земљама, представља јасна и прецизна правна правила о инкопатибилности са одговарајућом правном последицом утврђеном законом у случају кршења тих правила. Доследна примена законодавних решења обезбеђује да у пракси не "долази до сукоба између вршења послова од јавног интереса и приватних интереса", односно сукоба различитих интереса до којег неминовно долази ако их носи једно исто физичко лице. Тиме би се створила једна значајна претпоставка да се принцип неспојивости и у нашој земљи у будућности примењује "скоро аутоматски" у свим областима где је по суду законодавца његова примена сврсисходна, као што је то данас случај у свим правно уређеним земљама.

(чланак примљен 11. XII 2001.)

**Ph. D. Bosa Nenadić,
Legal Advisor "Dunav Insurance", Belgrade**

The Incompatibility of Public and Other Functions with Membership in Companies' Board of Governors

Summary

The principle of incompatibility of functions is one of the main principles of organizing and functioning of contemporary societies. The beginning of its application was connected with high officials in state authority organs of those countries, which organize their government according to the authority division principle. Later, its application was enlarged in functions in other organizations and institutions, including the companies' management organs. Nowadays, this principle is even applied to certain professional activities and affairs.

The incompatibility of public functions with other functions and with performing professional activity has become the constitutional principle in modern countries. The statutes and secondary regulations on organization and work of state organs, together with the statutes, which regulate powers and duties of public high officials, develop this constitutional principle. The incompatibility of functions in companies and other commercial institutions is ordinary regulated by companies' laws and laws that regulate certain professional activities. Law of developed countries emphasizes the incompatibility of functions in management bodies of, so called, competitive companies, as well as the incompatibility of simultaneous membership in more organs of the same company.

Key words: Incompatibility of functions, Public functions, Professional activity, Company, Board of Directors, Membership

*Проф. др Мирољуб Врховсек,
судија Савезног суда, Београд*

UDK 336.71

Спорна питања код одузимања дозволе за рад и ликвидације појединих банака

Резиме

У тракси се појавио актиуелан проблем правилног и законитог решавања штитања везаних за доношење решења Народне банке Југославије, којима се одузима дозвола за рад и уједно покреће постапак прикупљање ликвидације појединих банака.

Основно стварно штитање је да ли НБЈ може донети решење о одузимању дозволе за рад некој банци искључиво на основу члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, а да преходно није у обавези да пре доношења таквог решења изрекне банци налоге и мере из чл. 53. до 57. Закона о НБЈ. Рад је посвећен покушају одговора на овако формулисано стварно штитање сагледавањем судске траксе, анализом њозићивних законских текстова из ове области са ослонцем на теоријске ставове по штитањима обавезносни судских одлука донетих у управном ступору.

Кључне речи: банка, Народна банка Југославије, Закон о Народној банци Југославије, Закон о банкама и другим финансијским организацијама, управни ступор и обавезносни судских одлука донетих у управном ступору.

I.

Оспореним решењем одлучено је да се спроведе ликвидација банке X и то на основу коначног решења гувернера Народне банке Југославије којим је овој банци претходно одузета дозвола за рад.

Против наведеног решења тужилац је поднео тужбу због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, погрешне примене материјалног права и повреде одредаба поступка, указујући да је оспорено решење у целини незаконито. Предложио је да се тужба уважи.

У одговору на тужбу тужена Народна банка Југославије предложила је да се тужба одбије као неоснована остајући у свему при разлозима из оспореног решења.

Тужба је основана.

Према стању у списима тужена Народна банка Југославије је у складу са овлашћењем из одредбе члана 53. Закона о Народној банци Југославије вршила контролу законитости пословања банке X (динарског и девизног) у периоду од 01.01.2000. до 30.05.2001. године, као и остварених показатеља пословања са стањем на дан 31.12.2000. године. У поступку је закључено да банка са стањем на дан 31.12.2000. године није извршила класификацију активе и ванбилиансних ставки везано за потраживање од 17 дужника, нити је по основу тих потраживања извршила обрачун и издвајање у посебне резерве за обезбеђење од потенцијалних губитака, чиме је поступила супротно одредби члана 54. Закона о банка и другим финансијским организацијама. Поред тога утврђено је да обрачун показатеља пословања банке на основу кориговане висине капитала није усклађен са одредбом члана 26. Закона о банкама и другим финансијским организацијама. И на крају, да је банка у току 2000. и 2001. године поступала супротно одредби члана 47. став 1. Закона о девизном пословању, јер је држала девизна средства и пословала преко рачуна страних правног лица које није банка.

По оконачању наведене контроле, Народна банка Југославије сачинила је записник и доставила га тужиоцу који је ставио примедбе на записник. Међутим, Народна банка Југославије је, не спроводећи поступак по примедбама тужиоца, налазећи да ова банка није пословала у складу са савезним законом, с позивом на одредбу члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, донела оспорено решење и банци X. одузела дозволу за рад.

Оспорено решење туженог органа није на закону засновано.

Народна банка Југославије је, као самостална и јединствена емисиона установа монератног система Савезне Републике Југославије, поред осталог, овлашћена да врши контролу банака и других финансијских организација.

Контрола, међутим, представља такав друштвени однос у коме, у овом случају Народна банка Југославије - контролор, предузима одређене радње у погледу поступања (понашања) банке или друге финансијске организације која је подвргнута контроли. Садржина контроле је најпре, у проверавању нечијег рада (или ре-

зултата тог рада) са унапред постављеним мерилима, затим, у оцењивању постигнутог учинка и тек, на крају, по потреби долази до одговарајуће интервенције вршиоца контроле у вези са предметом контроле. Дакле, правно уређивање појединачних ситуација одлучивањем о праву, обавези или правном интересу одређеног лица управним актом, мора строго да буде подређено принципу легалитета за шта је уосталом посебно заинтересовано свако демократско друштво.

У вези са тим, поступак контроле кога спроводи Народна банка Југославије над пословним банкама уређен је одредбама члана од 53. до 57. Закона о Народној банци Југославије, као и Одлуком о ближим условима и начину вршења контроле банака и других финансијских организација, поступку издавања налога и предузимању мера према банкама и другим финансијским организацијама (тачка 5, 7, 8 и 10).

Правилна примена наведених прописа у поступку контроле гарантује свим банкама објективност при контроли право да од Народне банке Југославије добију налоге за отклањање утврђених неправилности, право на време да отклоне недостатке по налогима Народне банке Југославије односно, гарантују сигурност банке да уколико поступи по налогу Народне банке Југославије у одређеном року да јој се при том не може одузети дозвола за рад и отворити поступак ликвидације, односно стечаја.

Народна банка Југославије овлашћена је да врши контролу бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација (члан 53. Закона о НБЈ).

Ако је банка поступала супротно прописима, Народна банка Југославије издаће налоге банци у смислу одредбе члана 55. истог Закона и истовремено примениће према таквој банци мере које су детаљно регулисани одредбом члана 56. наведеног Закона. Мере се изричу у трајању од најмање 30, а највише 360 дана.

Уколико и поред изречених мера банка не изврши дате налоге, тек тада ће Народна банка Југославије приступити наплати свих својих потраживања од банке коју је контролисала и донеће решење о одузимању дозволе за рад банке, као и покренути поступак њеног стечаја односно ликвидације.

Наведеном Одлуком, детаљно је регулисан начин и рокови у којима Народна банка Југославије даје налоге и предузима мере пре него што пословној банци код које обавља контролу одузме дозволу за рад.

Према одредби члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама Народна банка Југославије може одузети дозволу за рад банци решењем гувернера Народне банке Југославије, ако утврди да банка не послује у складу са савезним законом, што при том подразумева да поступање Народне банке Југославије у поступку контроле мора да буде у складу са поступком који Закон прописује.

У конкретном случају Народна банка Југославије извршила је контролу и сачинила записник који је достављен тужиоцу и на кога је тужилац ставио своје примедбе. Међутим, Народна банка Југославије уместо да претходно спроведе посту-

пак по примедбама тужиоца и да донесе решење о налозима и мерама прописаним наведеним одредбама Закона и Одлуке одузима дозволу за рад тужиоцу, чиме је повредила прописани поступак за доношење решења о налозима и мерама садржаним у одредбама члана 56. и члана 57. Закона о Народној банци Југославије.

С обзиром да решење о одузимању дозволе за рад банке X није донето у складу са поступком прописаним законом, те како је решење о ликвидацији ове банке последица решења о одузимању дозволе за рад банке, то оспорено решење није на закону засновано.

Са изложеног, одлучено је као у изреци пресуде.¹⁾

II

У поступку извршења наведене пресуде Савезног суда, Народна банка Југославије је, супротно законској одредби о обавезноти пресуда донесених у управним споровима, прописаној одредбом члана 4. Закона о управним споровима, донела решење којим је покренут поступак ликвидације над тужиоцем.

Против овог решења тужилац је у законском року поднео тужбу ради поништења наведеног решења и предложио је да Савезни суд тужбу уважи.

У одговору на тужбу, тужена Народна банка Југославије предложила је да се тужба одбије као неоснована остајући у свему при разлозима из оспореног решења.

Тужба је основана, па је зато Савезни суд донео пресуду:

Тужба се уважава, поништава се решење Народне банке Југославије.

Налаже се Народној банци Југославије да, ради отклањања неправилности констатованих у пословању банке X, спроведе поступак издавања налога и предузимања мера прописаних одредбама чл. 55. и 56. Закона о Народној банци Југославије.

О овој одлуци Савезни суд известиће Скупштину Савезне Републике Југославије.

Када суд пресудом поништи управни акт, поступак у односу на управној ствари се враћа у стање у коме је био пре његовог доношења. Ако је према природи ствари потребно донети други акт, надлежни орган је дужан да тај акт донесе без одлагања, а најкасније у року од 30 дана од доставе пресуде. По одредбама члана 61. и члана 62. Закона о управним споровима, орган чији је акт поништен везан је управним схваташњем и оценом суда, као и његовим примедбама у вези са поступком.

У конкретном случају поништавањем решења Народне банке Југославије којим је покренут поступак ликвидације банке X ствар је дакле, враћена у стање у коме је била пре доношења решења. С обзиром на правну природу ове управне ствари Народна банка Југославије била је дужна да ново решење донесе у складу са чл. 61. и 62. Закона о управним споровима уважавајући становиште заузето у

1. Према пресуди Савезног суда Ус бр. 544/2001 од 3. септембра 2001. године у Београду.

судској пресуди. Савезни суд је изнео недвосмислене разлоге да Народна банка Југославије претходно није спровела законом прописани поступак издавања налога и предузимања мера према тужиоцу предвиђен у одредбама члана 55. и 56. Закона о Народној банци Југославије, као и у тачкама 5, 6, 7, 8. и 10. Одлуке о ближим условима и начину вршења контроле банака и других финансијских организација, поступку издавања налога и предузимања мера према банкама и другим финансијским организацијама - коју је донео гувернер Народне банке Југославије, а којом је уређен поступак издавања налога и предузимања мера. Према наведеном становишту суда, тужена Народна банка Југославије била је дужна да својим решењем наложи тужиоцу отклањање записником утврђених незаконитости и неправилности, да изрекне према тужиоцу одговарајуће мере и у зависности од природе изреченог налога и мера, да тужиоцу остави прописима предвиђено време за отклањање утврђених неправилности, а не да поново донесе решење о одузимању дозволе за рад заменарујући схватање суда исказано у пресуди која је претходни управни спор решила.

Обавеза Народне банке Југославије је dakле, да контролу банке спроведе у свему по поступку и на начин како је то Законом и Одлуком прописано, а не може да расправља са судом о томе како су утврђене чињенице и да су се стекли услови који туженом омогућавају изрицање наведене законске мере супротно оним које је суд утврдио у управном спору.

Наведене законске одредбе су обавезујуће, а њихова правилна примена гарантује контролисаним банкама правну сигурност и могућност да, уколико у свему поступу по налогу Народне банке Југославије, у одређеном року и тиме отклоне разлоге за одузимање дозволе за рад и отворање поступка ликвидације, односно стечаја, наставе рад.

Према одредбама чл. 4., 61. и 62. Закона о управним споровима пресуда суда обавезна је како за саме странке тако и за суд који је ту пресуду донео. С обзиром на то ниједан државни орган, па ни Народна банка Југославије ни њен гувернер, не може да буде изнад и изван Закона и Устава и да не поштује обавезност судских одлука.

Како је Народна банка Југославије конкретан случај противно изричитом и јасном становишту овог суда, заузетом у правноснажној пресуди, повредила је и Закон о Народној банци Југославије и друге прописе који регулишу банкарско пословање, као и изричите одредбе чл. 61. и 62. Закона о управним споровима.

Са изложеног, одлучено је као у изреци пресуде.²⁾

III

Из наведених одлука Савезног суда и одговора НБЈ произлази да је основно спорно питање да ли НБЈ може донети решење о одузимању дозволе за рад некој

2. Према пресуди Савезног суда Ус број 907/2001 од 19. децембра 2001. године у Београду.

банци искључиво на основу члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, а да претходно није у обавези да пре доношења таквог решења изрекне банци налоге и мере из чл. 53. до 57. Закона о НБЈ.

У вези овако формулисаног спорног питања тужена Народна банка Југославије сматра да је за примену одредбе члана 30. став 2. наведеног закона **једини услов поступање банке супротно савезним законима** што је Народна банка Југославије и утврдила у поступку контроле), **а не и обавеза, пре доношења решења о одузимању дозволе за рад, изрицања налога и мера из чл. од 53. до 57. Закона о Народној банци Југославије.**

Овако изражени став НБЈ образлаже на следећи начин: Народна банка Југославије може донети решење о одузимању дозволе за рад и на основу члана 56. став 3. Закона о Народној банци Југославије, у ком случају је обавезна да претходно изрекне налоге и мере из чл. 54. до 56. Закона о Народној банци Југославије, у утврђеном трајању (од најмање 30, а највише 360 дана).

Народна банка Југославије је, на основу члана 53. Закона о Народној банци Југославије, овлашћена да врши контролу бонитета и законитости пословања банака. Такође, она је одредбом члана 114. Устава СРЈ дефинисана као самостална и јединствена емисиона установа монетарног система, одговорна за финансијску дисциплину банака. Своју уставом и савезним законом утврђену функцију успостављања финансијске дисциплине банака, Народна банка Југославије остварује вршећи контролу законитости њиховог пословања. Вршећи ту контролу, Народна банка Југославије одлучује да ли ће решење о одузимању дозволе за рад донети на основу члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама или на основу члана 56. став 5. Закона о Народној банци Југославије. Дакле, обе те одредбе могу бити основ за доношење наведеног решења и оне нису у колизији. Дискреционо је право гувернера да, у складу са одредбом члана 10. став 2. Закона о управним споровима, по слободној оцени а на основу и у границама овлашћења које му је дато прописима и у складу са циљем с којим му је то овлашћење дато - одлучи да ли ће решење донети на основу члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама - чија примена не подразумева претходно изрицање налога и мера из чл. 56. и 57. Закона о Народној банци Југославије или на основу члана 56. став 5. Закона о Народној банци Југославије - чија примена подразумева претходно изрицање тих налога и мера.

Савезни суд, пак, сматра да према одредби члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама Народна банка Југославије може одузети дозволу за рад банци решењем гувернера Народне банке Југославије, ако утврди да банка не послује у складу са савезним законом, што при том, подразумева да поступање Народне банке Југославије у поступку контроле мора да буде у складу са поступком који Закон прописује, а закон који то прописује је Закон о Народној банци Југославије.

У конкретним случајевима Народна банка Југославије извршила је контролу и сачинила записник који је достављен тужиоцу и на кога је тужилац ставио своје

примедбе. Међутим, Народна банка Југославије уместо да претходно спроведе поступак по примедбама тужиоца и да донесе решење о налозима и мерама прописаним наведеним одредбама Закона и наведене Одлуке, одузима дозволу за рад тужиоцу чиме је повредила прописани поступак за доношење решења о налозима и мерама садржаним у одредбама члана 54., 55. и 56. и члана 57. Закона о Народној банци Југославије.

Сматрамо да је став Савезног суда по формулисаном спорном питању једино исправан и на закону заснован, а да се став НБЈ, по истом питању, не може прихватити као такав са следећих разлога:

Надлежност, одговорност и функције НБЈ уређене су Законом о Народној банци Југославије ("Сл. лист СРЈ", бр. 32/93, 41/94, 61/95, 28/96, 29/97, 50/99 и 73/2000).

У члану 1. наведеног Закона је, између осталог, прописано да је НБЈ одговорна за финансијску дисциплину. Чланом 7. истог Закона је утврђено да је Народна банка Југославије овлашћена, између осталог, да врши контролу банака и других финансијских организација. Спровођење овлашћења из члана 7. Закона ближе је разрађено у V глави која носи назив: Контролна функција и посебна овлашћења НБЈ. Контролна функција НБЈ је разрађена по строго прописаној процедуре утврђеној од чл. 53. до 58. Закона. Посебна овлашћења су утврђена од чл. 58. до 62. Закона.

Према члану 53. став 1. НБЈ врши контролу бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација. Начин вршења те контроле и мере које може да предузма предвиђени су у чл. 54. до 58. Закона, што значи да се НБЈ мора стриктно придржавати наведених прописа приликом вршења контроле у смислу члана 53. Закона.

НБЈ се у свом изложеном ставу позива на то да је на вршење контроле, у свим конкретним случајевима, овлашћена на основу члана 53. став 1. Закона, али да при том није у обавези да испоштује строго прописане процесне одредбе из чл. 54. до чл. 58. Закона.

Такав став се апсолутно не може прихватити. Закон о НБЈ, као што је изнето, садржи врло уређен систем норми који се већ по самом свом називу односе на поступање НБЈ, између осталог и у вршењу контроле на основу члана 53. Закона. Та контрола се и не може другачије да спроведе него што је то предвиђено у одредбама чл. 54. до 58. Закона. Управо, уколико се строго предвиђена процедура не испуштаје долази до ситуације у којој се налазимо, до волунтаризма и правне несигурности, чиме се дубоко врећа правни и привредно финансијски систем једне земље у датом времену.

НБЈ при том изражава и став, позивајући се неосновано на члан 114. Устава СРЈ (поред изричитих одредби Закона о НБЈ, по Уставу се у оваквој ситуацији не може непосредно поступати), да иако је овлашћена на основу члана 53. Закона да врши контролу бонитета и законитости пословања банака, да она сама одлучује, значи сасвим произвољно и арбитрарно, иако за тако нешто нема законског

ослонца, да ли ће решење о одузимању дозволе за рад донети на основу члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама или на основу члана 56. став 5. Закона о Народној банци Југославије. По мишљењу НБЈ, обе те одредбе могу бити основ за доношење наведеног решења и да оне нису супротне. Наводно је, дискреционо право гувернера да у складу са одредбом члана 10. став 2. Закона о управним споровима по слобоној оцени одлучује да ли ће донети решење на основу члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама - чија примена не подразумева претходно изрицање налога и мера из члана 56. и 57. Закона о НБЈ или на основу члана 56. став 5. Закона о НБЈ - чија примена подразумева претходно изрицање тих налога и мера.

Ето ту, у овом гледишту НБЈ, је и главна и основна контрадикторност у разматрању, поимању, па и тумачењу правних норми, поготову уколико се исте посматрају целовито. Тако се морају посматрати, у целини.

Зашто?

Када започне контролу бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација у смислу члана 53. Закона онда мора ту контролу да спроведе стриктно се држећи начина и услова вршења те контроле предвиђених од чл. 54. до 58. Закона. Према члану 58. Закона, без сумње одредби искључиво декларативне природе, НБЈ **издаје и одузима** дозволу за рад банке и друге финансијске организације **под условима прописаним савезним законом**. Ова одредба има декларативни карактер, с обзиром да она само утврђује да је једино НБЈ овлашћења да издаје и одузима дозволу за рад банке **али под строго прописаним условима савезним законом, а ти су услови и начини управо предвиђени у чл. 53. до чл. 58. Закона**, као члановима који претходе члану 58. Закона. Разрада одредбе члана 58. став 1. Закона је извршена у члану 56. став 5. у коме је на изричит начин утврђено када ће и под којим условима НБЈ моћи да донесе решење о одузимању дозволе за рад банке на следећи начин: ако и поред мера предузетих у смислу става 3. овог члана банка или друга финансијска организација не изврши налог Народне банке Југославије из члана 55. став 1. овог Закона или се не придржава мера које су пре-ма њој изречене или у року од 180 дана од дана достављања решења о изрицању мера понови исту неправилност, Народна банка Југославије ће приступити наплати свих својих потраживања од те банке или друге финансијске организације и до-неће решење о одузимању дозволе за рад банке или друге финансијске организације, као и покренути поступак њеног стечаја, односно ликвидације.

Сви ови услови и начини вршења контроле су ближе разрађени у Одлуци о ближим условима и начину вршења контроле банака и других финансијских организација, поступку издавања налога и предузимању мера према банкама и другим финансијским организацијама ("Сл. лист СРЈ", бр. 44 од 25. јуна 1999. године), коју је Одлуку донео гувернер Народне банке Југославије на основу члана 57. Закона о Народној банци Југославије.

У Закону о банкама и другим финансијским организацијама ("Сл. лист СРЈ", бр. 32/93, 24/94, 62/95, 28/96 и 44/99), који је донет, значи, у исто време и објављен у

истом службеном листу као и Закон о НБЈ, са свим изменама и допунама објављеним, такође у истим службеним листовима, уређују се питања оснивања, организације, пословања и начин управљања банкама и другим финансијским организацијама, па између остalog, и надлежности Народне банке Југославије, као централне банке у вези са оснивањем банака и одузимањем дозвола за рад појединим банкама.

У општој одредби садржаној у члану 30. овог Закона је одређено у којим случајевима и под којим условима гувернер НБЈ може одузети дозволу за рад појединој банци. Према члану 30. став 1. Закона гувернер НБЈ **одузеће** дозволу за рад банци када утврди:

- 1) да је дозвола за рад дата на основу неистинитих података оснивача;
- 2) да банка у прописаном року није поднела пријаву за упис у судски регистар;
- 3) да банка у року од 60 дана од дана уписа у судски регистар није отпочела с пословањем;
- 4) да је новчани део оснивачког капитала банке мањи од прописаног овим законом;
- 5) да је број оснивача мањи од законом прописаног;
- 6) да банка није омогућила Народној банци Југославије и другом овлашћеном ревизору да изврши контролу њеног пословања.

У другом ставу члана 30. је предвиђено да НБЈ **може** одузети дозволу за рад банци решењем гувернера НБЈ **ако утврди** да банка не послује у складу са савезним законима. Произлази да је ова норма упућујућа за Народну банку Југославије како садржински тако и процесно. Видљиво је да НБЈ **може** одузети дозволу за рад под условом да претходно **утврди** да банка не послује у складу са савезним законима, из чега произлази да је ова одредба управо у складу са декларативном одредбом из члана 58. став 1. Закона о НБЈ, јер је и у тој одредби утврђено да НБЈ одузима дозволу за рад банке **под условима прописаним савезним законом** и у складу са одредбом чл. 54. став 1. Закона о НБЈ у којој је одређено да "ако се контролом из члана 53. овог Закона **утврди** да су банка и друга финансијска организација поступиле супротно прописима и мерама монетарне политике и на начин који угрожава њихов бонитет, Народна банка Југославије издаће налог банци и другој финансијском организацији **да отклоне утврђену неправилност и истовремено примене према њима мере**". Из овог упоређивања одредби чл. 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, те одредби чл. 58. став 1. и 54. став 1. Закона о НБЈ је видљиво да су ове одредбе међусобно повезане и кохерентне. Пропуштањем поступања по било којој од наведених одредби исте се крше и на тај начин се крши и закон.

Поред реченог, ваља такође имати у виду чињеницу да употребљени израз у члану 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, **може** одузети дозволу за рад, ни у ком случају не подразумева дискреционо право НБЈ за доношење одлуке о томе да ли ће у конкретном случају одузети или не дозволу за рад некој банци, већ тај израз исправним тумачењем значи да НБЈ **може** одузе-

ти дозволу за рад банци само **ако утврди** да банка не послује у складу са савезним законом, а то утврђивање ће бити валидно уколико је у свему спроведено стриктно прописаним условима и начинима у чл. 54. до 58. Закона о НБЈ.

С обзиром да наведене одредбе имају обавезујућу снагу јер су императивне природе, а како НБЈ није према контролисаним банкама предузела активности и мере предвиђене тим одредбама, то и нису постојали основи да се према тим банкама само на основу записника о извршеној контроли донесе решење о одузимању дозволе за рад.

Због свега изнетог и произлази да је наведени став Савезног суда, по спорном питању, једино исправан и на закону заснован, а да став НБЈ, са истих разлога, није прихватљив.

IV

Због тога је Савезни суд и наложио НБЈ и то у свим случајевима где није постојала у смислу наведених прописа Закона о Народној банци Југославије, на идентичан начин, да ради отклањања неправилности уочених приликом вршења контроле бонитета и законитости пословања банака на основу чл. 53. Закона о НБЈ спроведе поступак издавања налога и предузимања мера прописанх одредбама чл. 55. и 56. Закона о НБЈ.

Како НБЈ у поступку извршења овако донетих пресуда Савезног суда, супротно законској одредби о обавезности пресуда донесених у управним споровима, прописаној одредбом чл. 4. Закона о управним споровима није поступила по истима, то је Савезни суд донео нове одлуке којима је поново НБЈ дао налоге за законито поступање и о свим тим одлукама обавестио Савезну скупштину Југославије.

У одговору на тужбе контролисаних банака да НБЈ није испоштовала одлуке донете од стране Савезног суда, НБЈ указује на то да је ранији став Савезног суда, у вези са применом одредбе чл. 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, био да је утврђена чињеница да је банка пословала супротно прописима довољан основ да јој се одузме дозвола за рад на основу те одредбе, позвивајући се на одлуку Савезног суда Ус број 1324/96 од 19.11.1997. године. Пажљивом анализом наведене одлуке долази се до закључка да позивање НБЈ на исту и ставове заузете у њој није основано.

Наиме, у предмету Ус број: 1324/96 НБЈ је извршила контролу података код једне банке и утврдила да та банка има непокривен минус, тј. да је била неликвидна у месецу децембра 1995. године више од три дана узастопно, односно више од седам радних дана са прекидима. Полазећи од утврђеног чињеничног стања применом члана 38. став 1. тачка 4. Закона о НБЈ и тачке 7. Одлуке о дневној ликвидности банака која је донета на основу Закона о НБЈ, НБЈ је утврдила да контролисана банка није пословала у складу са законом и стога је, на основу овлашћења наведених у чл. 30. став 2. и 4. Закона о банкама и другим финансијским организација и чл. 58. став 1. Закона о НБЈ, донела решење којим се тужиоцу одузима дозвола

за рад. Дакле, поступила је управо како је по закону, због чега је Савезни суд у којем је тужиоца као неосноване, Савезни државни тужилац је на основу чл. 20. став 3. Закона о управним спровима подигао захтев за заштиту законитости са предлогом да се наведене судске одлуке укину и предмет врати већу тог суда на поновни поступак или да се исте преиначе, тако што ће се тужбе уважити и поништити побијана решења НБЈ, налазећи да схваташте већа Савезног суда изражено у наведене две пресуде није основано из следећих разлога: према подацима у списима, решење о одузимању дозволе за рад је донето на основу записника о извршеној контроли законитости пословања тужилачке банке, као и на основу чињенице да у прописаном року банка није доставила примедбе на наведени записник. Полазећи од тога и података садржаних у наведеном записнику, тужени је закључио да тужилачка банка није пословала у складу са савезним законима и да није доставила туженом прописане извештаје и податке о свом пословању, те да су се стекли услови да тужени поступи по члану 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, на основу чега је донео оспорено решење о одузимању дозволе за рад тужилачкој банци. Тужени на основу одредбе ст. 2. чл. 30. тог Закона може да одузме дозволу за рад банци ако за то постоје услови предвиђени у тој одредби. Значи, ради се о факултативном овлашћењу туженог према коме тужени по избору, тј. по слободној воли одлучује о судбини дозволе за рад, за разлику од императивног овлашћења туженог из става 1. истог члана, према коме тужени мора одузети дозволу за рад банци у случају стицања услова за то предвиђених том одредбом.

Пошто се ради о факултативном основу за одузимање дозволе за рад, то је тужени у обавези да одлуку о томе донесе на основу поступка прописаног Законом о Народној банци Југославије и Одлуци о ближим условима и начину вршења контроле банака и других финансијских организација, поступку издавања налога и предузимању мера према банкама и другим финансијским организацијама. Наиме, ако се контролом бонитета и законитости пословања банке из чл. 53. Закона о Народној банци Југославије и тачке 3. одредбе под 1. наведене Одлуке утврди да је банка поступила супротно прописима и мерама монетарне политике и на начин који угрожава њен бонитет, тужени ће на основу одредбе 54, ст. 1. тог Закона издати налог банци да отклони утврђену неправилност и истовремено примениће према њој мере. Поступање супротно прописима, с обзиром на природу пословања банке значи и повреду мера монетарне политике, а самим тим и угрожавање њеног бинитета. Стога је тужени, иако тужилачка банка није доставила примедбе на записник, био у обавези да у смислу одредбе чл. 54. Закона о НБЈ у вези одредбе чл. 5, 7. и 8. поменуте Одлуке, изда налог тужилачкој банци да отклони утврђене неправилности и истовремено примени према њој мере предвиђене одредбама члана 55. и 56. ст. 1-3. Закона о Народној банци Југославије. Само ако тужилачка банка и поред мера предузетих у смислу наведених одредби од стране туженог не

изврши налог туженог или се не придржава изречених мера или у року од 180 дана од достављања решења о изрицању мера понови исту неправилност, тужени ће у смислу одредбе члана 56. ст. 5. донети решење о одузимању дозволе за рад тужилачкој банци и покренути поступак њеног стечаја, односно ликвидације. Другим речима, од резултата поступка о изрицању наведнеих мера звисиће и оцена туженог да ли посotје услови за доношење решења о одузимању дозволе за рад банке, те покретања поступка њеног стечаја односно ликвидације. Пошто наведене одредбе имају обавезујућу снагу, а како је неспорно да тужени није применио пре-ма тужилачкој банци активности и мере предвиђене тим одредбама, то нису по-стојали основи да тужени на основу наведеног записника донесе решење о одузимању предметне дозволе. Самим тим нису постојали основи да се на основу решења о одузимању дозволе за рад донесе решење о ликвидацији тужилачке банке. Стога су супротно схватању већа Савезног суда доношењем оспорених решења, повређене одредбе чл. 30. ст. 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама у вези чл. 54-58. ст. 1. Закона о Народној банци Југославије и тач. 7. и 8. наведене Одлуке.

О уложеним захтевима Савезног државног тужиоца, против наведених одлука Већа, Савезни суд ће одлучивати у општој седници када се за то секну услови предвиђени у чла. 23. Закона о Савезном суду.

Савезни суд до сада, о спорном питању, није имао усвојено правно схватање на општој седници. Уколико би се поводом суђења по уложеном захтеву за заштиту законитости на општој седници, усвојило и правно схватање о спорном питању исто би било према члану 26. Закона о управним споровима обавезно за сва већа Савезног суда, што значи, да док то није случај различита већа могу различито да пресуђују одређену правну ствар, поготову у ситуацији када је против одлука једног већа већ уложен захтев за заштиту законитости.

Суд је дужан да суди и да доноси одлуке и у ситуацији када из објективних разлога (помањкања довольног броја судија) нема услова за одржавање опште седнице и пуноважно одлучивање на њој у смислу члана 23. Закона о Савезном суду, јер је то у интересу странака које подносе тужбе, између осталог и у материји управних спорова какав је овде случај.

Није основано ни позивање НБЈ, у одговору, да НБЈ при доношењу новог решења (после поништења ранијег решења) није поступала у складу са правним схватањима и примедбама Савезног суда, у смислу одредбе чл. 62. Закона о управним спровима, да и није могла, код различитих схватања Савезног суда, изражених у појединим одлукама да иста прихвати при доношењу нових решења.

Ово због тога што се овде и не ради о правном схватању суда о неком спорном правном питању, већ о примедбама Савезног суда у погледу правилности про-веденог поступка НБЈ на основу члана 53. Закона о НБЈ.

Наиме, према члану 4. Закона о управним споровима пресуде донесене у управним споровима су обавезне.

У члану 62. Закона о управним споровима је утврђено: "ако надлежни орган после поништења управног акта донесе управни акт противно правном схватању суда или противно примедбама суда у погледу поступка, па тужилац поднесе нову тужбу, суд ће поништити оспорени акт и по правилу сам решити ствар пресудом. О случају из става 1. овог става суд извештава орган који врши надзор." Према члану 61. истог Закона, кад суд поништи акт против кога је био покренут управни спор, предмет се враћа у стање у коме се налазио пре него што је поништени акт донесен. Надлежни орган је при том везан правним схватањем суда, као и предмedbama суда у погледу поступка.

Савезни суд је у својим, до сада, донетим пресудама ценио само да ли је НБЈ правилно спроводила поступак у смислу чл. 53. до 58. Закона о НБЈ и пошто је утврдио да стриктно одређене одредбе поступка нису испоштоване, давао је налоге НБЈ да их проведе. Дакле, примедбе суда су само у погледу поступка НБЈ и у том делу је НБЈ приликом доношења новог решења везана тим примедбама, како је изричito и одређено у чл. 61. Закона о управним споровима.

Према томе, Савезни суд је до сада доносио пресуде којима је стављао примедбе НБЈ у погледу проведеног поступка, како би се испоштовала везаност НБЈ примедбама Суда у смислу чл. 53. до 58. Закона о НБЈ, при том се ни у ком смислу не мешајући у надлежност НБЈ у погледу главне правне ствари. НБЈ је једини надлежни државни орган који, пошто проведе поступак у смислу чл. 53. до 58. Закона о НБЈ, може на основу члана 56. став 5, а у смислу чл. 58. Закона о НБЈ и члана 30. став 2. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, донети решење о одузимању дозволе појединој банци и покренути поступак ликвидације према истој.

Према томе, у наведеним пресудама Савезног суда се и не ради о израженом правном схватању о неком правном питању о коме решава неко од већа Савезног суда, већ се искључиво ради о примедбама Савезног суда у погледу поступка НБЈ који предузима на основу чл. 53. Закона о НБЈ.

V

Доказ изнетом налазимо у поступању Савезног суда у оним случајевима у којима је НБЈ приликом доношења решења о одузимању дозволе за рад поступила у свему у складу са примедбама Савезног суда у поступку који је предузела на основу члана 53. Закона о НБЈ. Примера ради, навешћемо једну такву одлуку Савезног суда: оспореним решењем Народне банке Југославије одузета је дозвола за рад тузиоцу.

Против наведеног решења тужилац је поднео тужбу због погрешно и непotpuno утврђеног чињеног стања, погрешене примене материјалног права и повреде одредаба поступка, указујући да је оспорено решење у целини незаконито. Предложио је да се тужба уважи.

У одговору на тужбу, тужена Народна банка Југославије предложила је да се тужба одбије као неоснована из разлога које је навела у оспореном решењу.

Тужба није основана.

Према стању у списима тужена Народна банка Југославије, у складу са овлашћењима из одредбе члана 53. Закона о Народној банци Југославије, вршила је контролу новчаног дела акционарског капитала на дан 31.12.1999. године код банке. У поступку је записником констатовано да ова банка има негативно стање новчаног дела акционарског капитала, односно да сагласно одредби члана 42. став 1. тачка 1. Закона о изменама и допунама Закона о банкама и другим финансијским организацијама није обезбедила да новчани део њеног акционарског капитала износи најмање 2 500 000 US долара у динарској противвредности. Тужилац на записнику о извршиој контроли није имао примедби, па је Народна банка Југославије у наставку поступка, сагласно одредби члана 54. став 1. Закона о Народној банци Југославије и члана 7. став 1. Одлуке о ближим условима и начину вршења контроле банака и других финансијских организација, поступку издавања налога и предузења мера према банкама и другим финансијским организацијама, решењем издала налог тужиоцу да у року од 30 дана од дана пријема тог решења обезбеди да новчани део акционарског капитала износи најмање 2 500 000 US долара у динарској противвредности и тужиоцу је уједно изречена мера обустављања одобравања и пуштања у течај кредита из примарне емисије.

Тужилац у остављеном року није извршио дати налог, па је Народна банка Југославије у складу са тачком 8. наведене Одлуке новим решењем поновила исти налог тужиоцу и изрекла му све мере прописане одредбом члана 56. став 1. Закона о Народној банци Југославије.

С обзиром да тужилац поново није поступио по датом налогу, Народна банка Југославије је применом одредбе члана 30. став 1. тачка 4. Закона о банкама и другим финансијским организацијама тужиоцу одузела дозволу за рад.

Оспорено решење туженог органа је на закону засновано.

У смислу одредбе члана 30. став 1. тачка 4. Закона о банкама и другим финансијским организацијама, Народна банка Југославије одuzeće дозволу за рад банци решењем гувернера Народне банке Југославије када утврди да је новчани део оснивачког капитала банке мањи од прописаног овим Законом, а чланом 26. став 1. истог Закона прописано је да је банка дужна да у свом пословању обезбеди да новчани део акционарског капитала у динарској противвредности увек буде у висини која није мања од 5 000 000 US долара.

У конкретном случају Народна банка Југославије је након извршене контроле у поступку спроведеном у свему сагласно одредбама од чл. 53. до 56. Закона о Народној банци Југославије те тачкама 5, 7. и 10. наведене Одлуке, издала налоге тужиоцу да у законом прописаним роковима обезбеди да новчани део акционарског капитала у сваком моменту износи 2 500 000 US долара у динарској противвредности како је то било прописано одредбама члана 42. став 1. тачка 1. Закона о изменама и допунама Закона о банкама и другим финансијским организацијама.

Пошто тужилац није поступио по датом налогу, правилно је Народна банка Југославије сагласно одредби члана 30. став 1. тачка 4. Закона о банкама и другим финансијским организацијама тужиоцу одузела дозволу за рад.

Сагласно одредби члана 41. став 2. Закона о управним споровима одлучено је као у изреци пресуде.³⁾

VI

Савезни суд је у свим до сада покренутим управним споровима ценио законитост примене прописа процесног права од стране НБЈ, као једне од странака у тим споровима. Пошто је суд у својим одлукама изнео одговарајуће примедбе, које се односе само на поступак, обавезне за НБЈ на основу чл. 4, 61. и 62. ЗУС, како у конкретним случајевима, тако и у свим другим случајевима истоветне природе. Једино на тај начин се испуњава начело обавезности садржано у члану 4. и 61. Закона о управним споровима, јер се само на тај начин обезбеђује правилно и јединствено тумачење и остваривање законитости. Супротно поступање изазива бројне негативне и неповољне последице у погледу правне сигурности и једнакости свих правних и физичких лица, што је суштински противно уставно-правном систему и законитости.

Чланом 14. Устава Савезне Републике Југославије је прописано да је НБЈ самостална и јединствена емисиона установа монетарног система Савезне Републике Југославије, одговорна за монетарну политику, за стабилност валуте и финансијску дисциплину и обављање других послова одређених савезним законом.

Закон о НБЈ је савезни закон и када је у V глави одређена контролна функција Народној банци бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација, онда је НБЈ и дужна да у свему, у вршењу те функције, поштује строго утврђени поступак предвиђен одредбама чл. 54. до 58. истог Закона. Уколико суд утврди да НБЈ није тако поступила у појединим случајевима и у том правцу изнесе одговарајуће примедбе у својој одлуци онда је НБЈ дужна да у смислу чл. 4. и 61. Закона о управним споровима, који је такође савезни закон, испоштује примедбе суда на спроведени поступак јер је на то обавезна цитираним прописима.

Таква судска пресуда обавезна је за обе странке у управном спору. Тужилац има право, пошто је након доношења пресуде суда, предмет враћен у стање у коме се налазио пре него што је поништени акт донесен, да тражи од тужене доношење другог решења, а тужена НБЈ је у обавези да такво решење донесе, с тим да то ново решење мора бити у свему у складу са примедбама у погледу поступка садржаним у судској пресуди, што значи да новим решењем отклони учињене повреде поступка.

Начело о обавезности правноснажних судских пресуда у управном спору основ је његове ефикасности и целовитости. Теоријски, обавезност о којој је реч

3. Према пресуди Савезног суда Ус број 1024/200 од 2. октобра 2001. године у Београду.

осветљава форму и садржинску повезаност управног и судског рада поводом конкретног правног уређивања исте управне ствари. *Иницијативност управне делатности и судске делатности у управном спору има смисао промовирања или заштитног обликовања, односно законитог усмеравања управног рада од споране суда.*⁴⁾

Суд може и да промени своје већ једанпут заузето становиште у погледу поступка без обзира на разлоге због којих то чини⁵⁾, али је и у том случају тужени орган у обавези да по таквој одлуци суда поступи. При том се имало у виду да је суд начелно слободан да заузима и мења једном већ заузети став у некој од одлука једног од већа у погледу примедби на поступак извршних органа, у које спада и НБЈ. "Кад решава у управном спору који је покренут прописом управног акта до-нейтог у извршењу његове раније пресуде, суд није везан правним схваташтвом на ко-ме је била заснована његова ранија пресуда.

Ако у каснијем спору нађе да треба одстапити од правног схваташтва заузетог у ранијој пресуди, суд ће ово учинити на начин прописан у члану 30. односно у члану 33. Закона о судовима".⁶⁾

НБЈ није у могућности да уради било шта против става Савезног суда израженог у правоснажној одлуци, већ мора да спроведе све што је тај Суд изричito наложио у својим примедбама у погледу поступка⁷⁾ и да након тога донесе ново решење које може бити позитивно или негативно за тужиоца. Из саме природе управног спора произилази да је суд приликом оцене законитости оспореног акта везан само законом, док је управни орган, у овом случају НБЈ, приликом доношења новог акта, у случају када му је ранији акт у управном спору поништен, **везан не само законом него и правним схваташтвом и примедбама суда у погледу поступка заузетим у пресуди којом је ранији акт поништен.**⁸⁾

(чланак примљен 18 I 2002.)

-
4. Проф др. Зоран Р. Томић, Управно право систем, изд. "Службени лист СРЈ", Београд, 1998. стр. 555.
 5. Др Мирко Перовић, "Теоријски и практични коментар Закона о управним споровима", изд. Правно економски центар Београд, 1985, стр. 67.
 6. Правни став заузет на Општој седници бившег Савезног врховног суда, објављен као правно схваташтво бр. 4/58 од 10.06.1958. у Збирци судских одлука, књига III, св. 2. сентенца XVI.
 7. Др Мирко Перовић, оп. сц. стр. 278.
 8. Вера Бачић и Зоран Р. Томић, Коментар Закона о управним споровима са судском практиком и регистром појмова, четврто, новелирано издање, изд. Службени лист СРЈ, Београд, 1997. стр. 82.

**Prof. Ph. D. Miroslav Vrhovšek,
Federal Court Judge, Belgrade**

Controversial Matters on Withdrawal of License and on Liquidation of Some Banks

Summary

There has been arisen a problem of justification and legality of Yugoslav National Bank's decisions on withdrawal license and compulsory liquidation of some banks. The main controversial matter is if Yugoslav National Bank is authorized to withdraw the license to a bank merely on the ground of article 30 paragraph 2 of the Banking Act, without paying attention to her preliminary duty to issue an order and directions to that bank according to articles 53 to 57 of the Yugoslav National Bank Act. This article is an attempt of giving answer in that matter on the ground of judicial practice and current legal provisions, backed up with theoretic opinions as to the mandatory nature of the judicial review decisions.

Key words: Bank, Yugoslav National Bank, Yugoslav National Bank Act, Banking Act, Judicial Review.

Весна Џагић,
Савезно министарство привреде и унутрашње прљовине
Антимонополска комисија
Виши саветник - руководилац Групе за нормативно-правне,
управне и оштите јослове, Београд UDK 339.9:332.1

Учествовање Антимонополске комисије у Регионалној иницијативи Пакта за стабилност "Политика и право конкуренције у земљама југоисточне Европе"

Резиме

Учествовањем у програму Регионалне иницијативе OECD-а под називом "Политика и право конкуренције у земљама југоисточне Европе" уочен је значај издавања свешти о конкуренцији у јавности.

Применом антимонополског закона Антимонополска комисија је у току свога рада и праћења одговарајућих прописа земаља у транзицији увиједла поштре-бу за његовом изменом. Овоме је дојринела и наша обавеза да у процесу асоцијације и стабилизације са Европском унијом ускладимо прописе у областима конкуренције.

Код измене закона прво ће се имати у виду организовање независног тела за заштиту конкуренције. Посебно је значајно и увођење још једног правила за заштиту конкуренције, а то је контрола концепција, тј. мерџера.

Одржавање трајег састанка Регионалне иницијативе у Београду од 25. до 27. марта 2002. године ће дојринети демонстрирању међународне подрике политички конкуренције у СР Југославији.

Кључне речи: Антимонополска комисија, иницијатива, конкуренција

Увод

Антимонополски закон је донет 1996. године ("Службени лист СРЈ", бр. 29/96) у циљу утврђивања радњи и аката привредних субјеката којима се злоупотребом монополског, односно доминантног положаја и закључивањем монополистичких споразума нарушава конкуренција и изазивају поремећаји на једниственом тржишту, као и мера за њихово спречавање и отклањање.

Уредбом Савезне владе о образовању Антимонополске комисије ("Службени лист СРЈ", бр. 44/97 и 67/00) конституисана је Антимонополска комисија као колегијални орган управе у саставу Савезног министарства привреде и унутрашње трговине, а састоји се од председника и шест чланова које поставља и разрешава Савезна влада.

Комисија обавља послове који се односе на праћење, утврђивање и анализирање пословања предузећа и других правних лица која имају монополски, односно доминантан положај на тржишту, утврђивање тог положаја; утврђивање постојања монополистичког споразума, праћење и анализирање споразума о удружијању или оснивању гранских или других облика удружијања, предузимање мера ради спречавања злоупотребе монополског, односно доминантног положаја и закључивање монополистичког споразума, као и предузимање других мера утврђених савезним законом.

I Програм Регионалне Иницијативе

Почетком јуна 2001. године Антимонополска комисија је добила позив да учествује у Регионалној иницијативи Пакта за стабилност југоисточне Европе, под називом „Политика и право конкуренције у југоисточној Европи“. Програм ове иницијативе је организован и финансиран од стране Организације за економску сарадњу и развој (OECD) и суорганизатора, антимонополских власти Словеније, Македоније и Бугарске.

Дугорочни циљеви Регионалне Иницијативе су:

- активна и ефикасна примена правила конкуренције;
- улога антимонополских власти као иницијатора реформи усмерених на смањивање утицаја државе на ограничавање конкуренције, са циљем стварања конкурентних тржишта;
- повезивање антимонополских власти у региону.

Средњорочни циљеви су:

- идентификовање главних сметњи за развој конкурентних тржишта, тј. фактора који ограничавају конкуренцију;
- проналажење и идентификовање одговарајућих средстава и правних лекова за борбу против ограничења конкуренције;
- поседовање плана активности за имплементацију тих средстава.

Предвиђено је да се програм одвија у две фазе, са трајањем до 2005. године. Прва фаза ће се реализовати до краја 2002. године, а подразумева уводни састав

нак, још три састанка и мисију OECD-а, тј. посету експерата свакој земљи у циљу сачињавања извештаја "Политика развоја конкурентског права" и прављење web-site-а "Конкуренција у земљама југоисточне Европе" који је требало да буде готов до децембра 2001. године.

Поред оваквог начина рада, OECD је предвидео да се обука службеника за рад у Антимонополској комисији врши путем семинара. Први такав семинар организовао је Уред за заштиту конкуренције Словеније и одржан је 22. и 23. октобра 2001. године у Љубљани. То је била прилика да четири службеника комисије одлушају предавање на тему „Увођење заштите конкуренције“ (законски оквир, изградња институције за заштиту конкуренција и примена конкурентског права).

У организацији Канцеларије за привредну конкуренцију Републике Мађарске и Министарства привреде и Федералне трговинске комисије САД-а одржан је семинар у Будимпешти јануара 2002. године на тему "Вештине истраживања у случајевима картела".

Такође су представници Антимонополске комисије присуствовали семинару одржаном у Лондону у јануару 2002. године, на тему "Политика конкуренције у земљама југоисточне Европе" у организацији енглеског Одељења за трговину и индустрију, тј. Уреда за слободну трговину.

Сваке године у мартау се одржава двонедељни семинар у Бечу у организацији OECD-а на тему "Политика конкуренције", где се по принципу радионице решавају конкретни случајеви. Предложено је да два службеника Антимонополске комисије узму учешће на овом семинару који ће се одржати од 4. до 15.3.2002. године.

Уводни саслушак Регионалне иницијативе је одржан 20. јуна 2001. године у Љубљани, а учесници су били представници углавном тела за заштиту конкуренције следећих земаља: Албаније, Босне и Херцеговине, Бугарске, Румуније, Хрватске, Македоније и Југославије, укључујући републике Србију и Црну Гору. Том приликом су размењене уопштене информације о постојању закона који регулише питање заштите конкуренције и органа надлежног за његову примену, те самог значаја питања конкуренције.

Осим Босне и Херцеговине све поменуте земље имају антимонополски закон и монополску власт у форми савета, уреда, комисије или одељења. Иако се тек од 1995. године у југоисточној Европи кренуло са доношењем закона за заштиту конкуренције као и организовањем тела за заштиту конкуренције, Бугарска, Румунија и Хрватска имају веома напредне законе за заштиту конкуренције рађене по узору на немачки закон, али се и даље усавршавају. Најчешће су тела за заштиту конкуренције независна, тј. нису владин орган, па директоре тела за заштиту конкуренције поставља Скупштина и једино њој одговарају за свој рад. Одлуке ових тела су коначне, а жалбе се подносе директно суду.

Македонија, међутим, има сличан начин организовања монополске власти као и наша земља. Наиме, у саставу су министарства привреде, директора поставља влага, а на одлуке монополске власти жалба се упућује министарству привреде.

Албанија има Одељење за заштиту конкуренције у саставу министарства привреде.

Босна и Херцеговина је у фази усвајања антимонополског закона.

Први саслушак Регионалне иницијативе одржан је 1., 2. и 3. октобра 2001. године у Букурешту на тему "Отварање тржишта за конкуренцију". Задатак за сваку земљу учесницу је био да припреми извештај о стању и проблемима на отварању тржишта, тј. да идентификује главне сметње за развој конкурентног тржишта, односно фактора који ограничавају конкуренцију, посебно у секторима где не постоји конкуренција као што су енергетика, телекомуникације и финансијски сектор. Извештај наше комисије се ослањао на зацртане економске реформе које привреду воде ка либерализацији и то првенствено ценама и спољнотрговинског промета, а затим и ка приватизацији као једним од начина за отварање тржишта за конкуренцију, идентификујући проблеме који се при томе јављају код увођења конкуренције.

Идеја OECD-а је у старту била да се, не улазећи у политичке проблеме СР Југославије што се тиче статуса Републике Црне Горе, укључе представници република Црне Горе и Србије у рад Регионалне иницијативе. Тако је на овом састанку представник владе Црне Горе изразио спремност владе Републике Црне Горе да питање заштите конкуренције регулише самостално и презентирао је нацрт антимонополског закона. Због тога је у генералној дискусији констатовано постојање два тржишта, а једног савезног закона који уређује јединствено тржиште. Појединачни експерти OECD-а и Европске комисије су се интересовали када ће антимонополски закон бити промењен, тј. усклађен са правом Европске уније и по чијем узору ће бити рађен. У мају 2001. године од стране Савезног министарства привреде и унутрашње трговине формирана је радна група за измену антимонополског закона. Представник Антимонополске комисије као члан ове радне групе, имајући у виду развој конкурентског права у земљама југоисточне Европе, презентирао је радној групи сугестије за измену антимонополског закона. Своју помоћ код измене овог закона и његовог усаглашавања са правом Европске уније понудила је организација „Америчка агенција за међународни развој“ (USAID), тако што њихов стручњак треба да учествује у изменама закона.

Закони за заштиту конкуренције земаља учесница ове иницијативе регулишу питање злоупотребе доминантног положаја, забрану постојања рестриктивних споразума и картела као и забрану концентрација као једну од могућности овлађавања тржиштем, за разлику од нашег који се не бави питањем концентрација (мерџера). У ствари и антимонополски закон има одредбу која обавезује удружења да своје споразуме о удруживању доставе комисији у року од 15 дана од њиховог потписивања, али без утврђених критеријума за удруживање. Сматрало се међутим, да сама комисија треба да усвоји критеријуме за удруживање. Овако значајан критеријум би ипак морао имати законску снагу. Један од битних критеријума за удруживање је, у највећем броју земаља, приход остварен од стране предузећа која желе да се удруже у години која претходи години удруживања. Свака земља у

закону за заштиту конкуренције одређује укупан износ до којег приходи предузећа која желе да се удруже могу да дођу да би удрживање било дозвољено.

У смислу приближавања праву Европске уније, другачије се мора решити питање организације и надлежности комисије у смислу њене самосталности. Такође, измене постојећег закона осим питања концентрација треба да обухвате и следеће:

- обезбеђивање коначности одлука Антимонополске комисије;
- прецизирање овлашћења службеника и чланова Антимонополске комисије;
- угађивање у закон критеријума за утврђивање тржишне доминације привредног субјекта;
- прецизирање изузетка од примене закона, како индивидуалних тако и блок изузетка;
- утврђивање обавезе достављања података у вези са испитиваним случајем, како од стране учесника у поступку тако и од стране државних организација, који могу дати податке и информације значајне за решење управне ствари;

Други састанак Регионалне иницијативе одржан је у Софији 19. и 20. новембра 2001. године. На овом састанку су расправљана два извештаја - стање и проблеми код предузимања акција против неконкурентног понашања, а обухватао је средства за борбу против неконкурентног понашања, тј. правна средства која нуди закон у циљу спречавања и ограничавања конкуренције на тржишту и Радни план на отварању тржишта за конкуренцију.

Трећи састанак Регионалне иницијативе ће се одржати у Београду од 25. до 27. марта 2002. године под називом „Установљавање институције за заштиту конкуренције и обезбеђивање фонда за међународну сарадњу у циљу изградње подршке конкуренцеске политике у СР Југославији“. Тема трећег састанка треба да буду опет два извештаја. Први је план активности - побољшање правних средстава у борби против неконкурентног понашања. Други је „Извештај о стању и проблемима у изграђивању институције за заштиту конкуренције и сарадње“. Трећи састанак ће се у оквиру другог извештаја бавити организационим питањима и питањем надлежности тела за заштиту конкуренције. Посебна пажња ће бити дата могућем преклапању надлежности или конфликтима између тела за заштиту конкуренције и других владиних институција. Ту се посебно мисли на однос комисије са институцијама које су одговорне за заштиту потрошача, слободну трgovину, контролу државне помоћи, регулацију сектора (енергија, комуникација и финансијски сектор), приватизацију и приближавање прописима Европске уније.

Друга тема за разматрање на трећем састанку је како би могла да функционише међународна сарадња у региону југоисточних земаља. Неформална сарадња између агенција за конкуренцију нордијских земаља развија се од 1970. године и може да послужи као пример. Такође, напредак развоја website-а на који су упућене земље југоисточне Европе у области конкуренције ће послужити као база података и правних средстава на пољу међународне регионалне сарадње.

У договору са организационим партнеријма (Словенија, Македонија и Бугарска) и самом комисијом, те другим учесницима ове иницијативе (биће позвани посебно представници република Србије и Црне Горе) трећи састанак ће бити проширен на отворену полуодневну седницу за приватни сектор, друге владине агенције, медије итд. у циљу демонстрирања међународне подршке конкуренције. Оваква једна отворена седница ће такође понудити прилику да сумира искуства са претходних састанака и да разради конкретне активности комисије и очекиване резултате.

(чланак примљен 25. II 2002.)

Vesna Džagić,
Federal Ministry for Economy and Inland Trade
Anti-monopoly Commission
Higher Counsellor and Administrator of Group for Regulation, Belgrade

The Participation of Anti-monopoly Commission in the Regional Initiative of the Pact for Stability "Competition Policy and Law in South-East European Countries"

Summary

The importance of creation the public consciousness about competition was noticed by participating in the OECD's Regional Initiative Program called "Competition Policy and Law in the South-East European Countries". In the process of enforcement of the Anti-monopoly Act, the Anti-monopoly Commission has noticed the need for its amending. It has been realized especially by comparison the FRY Anti-monopoly Act with similar provisions in countries in transition. The main aim of amending the Act is creation an independent body for protection of competition. It is also important the introduction a set of rules about merger control, as another means for protection of competition. The third meeting of Regional Initiative in Belgrade from 23 to 27 March 2002 will contribute to expression of international support to competition policy in FR Yugoslavia.

Key words: Competition; Anti-monopoly Act; Anti-monopoly Commission

**Мр. Јелена С. Перовић,
Економски Факултет, Београд**

UDK 347.7:34124

Правни аспекти страних улагања

Резиме

У међународним и националним правним актима нема јединствене дефиниције директних страних улагања. Одређења овог појма крећу се од најширих до најужих. Према дефиницији секретаријата Светске Трговинске Организације, директно страно улагање посматрају када улаћач из једне земље (*the home country*) савекне имовину у другој земљи (*the host country*) са намером да управља њом имовином. Намера управљања јесте оно што директно страно улагање у сууштини одваја од портфолија улагања. Директна страна улагања предсавављају значајан фактор економског повезивања индустријских земаља и земаља у развоју, а по следњих година и самих земаља у развоју. Преко 60 нових националних закона о улагањима и преко 1200 билатералних и мултилатералних споразума изражавају тенденцију либерализације прописа о страним улагањима и стварања новогодишњих услова за стапање улаћаче. У њом смислу, у листама се основано истиче да либерализација инвестиција и привреде, заједно са слободним прометом информација чине основни "поглавни стуб" глобализације светске економије. Национални закони као и међународни споразуми који се односе на област страних улагања, то правилу, садрже одређене страндардне клаузе и принципе улоге могућностима страног улагања у домаћу земљу, промесферу добијају инострансство, регистратурије страног улога, решавања спорова промишлјају из страних улагања, и сл. Такве одредбе и принципи предсавављају кључне теме новог југословенског Закона о страним улагањима.

Кључне речи: директна страна улагања, странни улагач, основни облици страног улагања, слобода страног улагања, национални третман, правна сигурност, трансфер добити, међународна арбитража

Уводна разматрања

Директна страна улагања представљају једну од основних покретачких снага процеса глобализације светске економије¹⁾. У тим оквирима, она су значајан фактор економског повезивања индустријских земаља и земаља у развоју, а последњих година и самих земаља у развоју. Ту чињеницу условила су два основна процеса: либерализација режима страних улагања земаља у развоју, посебно у правцу напуштања рестрикција везаних за стране инвестиције и оријентација мултинационалних компанија ка интегрисаној стратегији инвестиција и производње. Преко 60 нових националних закона о улагањима²⁾ и преко 1200 билатералних и мултилатералних споразума изражавају тенденцију либерализације прописа о страним улагањима и стварања повољних услова за стране улагаче.

Данас, кад се међурдјавна сарадња јавља као императив, државе закључују велики број билатералних и мултилатералних споразума; што је број таквих међународних инструмената већи, то је теже међународне послове и њихов правни третман раздвојити од домаћих. Заједнички именитељ усаглашавања прописа о страним улагањима на међународном плану огледа се у појединим стандардним одредбама које, по правилу, садрже како међународни споразуми тако и модерни национални закони из те области. Те одредбе односе се на: слободу страних улагања у домаћу државу, национални третман страних улагача као и постојећих односно новонасталих предузећа са страним улогом, слободан трансфер добити, решавање спорова на релацији држава-улагач, исл. О овим одредбама биће речи након генералног приказа најзначајнијих правних инструмената релевантних за област страних улагања.

Међународни споразуми и национални закони као извори права страних улагања

Бројне међународне организације баве се питањем страних инвестиција на посредан или непосредан начин. У том смислу, најзначајније су оне које су усмерене

1. У том смислу, у литератури се основано истиче да либерализација инвестиција и трговине, заједно са слободним протоком информација чине основни потпорни стуб глобализације светске економије. B. S. Schlemmer-Schulte, *The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, у. D.Bradlow, A. Escher "Legal Aspects of Foreign Direct Investment", Kluwer Law International, 1999, стр. 87; *Foreign Direct Investment – "IFC's Lessons of Experience"* 2-3, International Finance Corporation, 1997.
2. За увид у различите националне законе о улагањима, "Investment Laws of the World", ICSID, Oceana, 1997.

на успостављање пријатељских односа између нација, очување мира и заштиту људских права (*United Nations, International Court of Justice*)³⁾, економски и социјални развој (*The World Bank Group*), монетарна питања (*International Monetary Fund*)⁴⁾, међународну трговину робом и услугама (*World Trade Organisation*)⁵⁾, телекомуникације (*International Telecommunication Union*)⁶⁾, радне односе (*International Labour Organisation*)⁷⁾ и заштиту интелектуалне својине (*World Intellectual Property Organisation*)⁸⁾.

У тим оквирима, Светска банка има назначајнији утицај и најширу компетенцију на плану директних страних инвестиција⁹⁾. Једна од њених делатности огледа се у промоцији приватних страних инвестиција путем зајмова и гаранција. Три институције под окриљем World Bank Group непосредно се баве питањима везаним за страна улагања: International Finance Corporation, IFC (од 1956.)¹⁰⁾, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID (од 1965.)¹¹⁾ и Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA (од 1985.)¹²⁾. Уједно, први мултилатерални документ усвојен у области страних улагања јесте The World Bank's Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment (World Bank Guidelines), који је донет 1990. године. Иако без обавезујуће снаге, овај међународни инструмент извршио је значај утицај на формулисање закона и споразума везаних за страна улагања широм света¹³⁾.

Светска Трговинска Организација третира одређене аспекте страних улагања у Општем споразуму о трговини услугама (GATS)¹⁴⁾, Споразуму о инвестиционим мерама везаним за трговину (TRIMs)¹⁵⁾ и Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS)¹⁶⁾. У погледу одређених питања везаних за

3. Од 31. децембра 1997, Уједињене Нације имају 185 чланова.
4. IMF има 182 члана (IMF Annual Report 1998, at 5).
5. WTO има 132 члана и 34 посматрача (WTO Focus, Maj 1998, No. 30 at 1,5).
6. Од јула 1998, ITU има 188 члана.
7. Од јула 1998, ILO има 174 члана.
8. За остале међународне организације, в. "Yearbook of International Organisations" 1995/1996, Volume 1, 1670.
9. World Bank има 187 чланова (World bank, Annual Report 1998, at viii).
10. IFC има 174 члана.
11. Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и грађа других држава – Вашингтонска конвенција, усвојена 13.3.1965, остварила је висок степен еманципације међународне арбитраже од националних правних поредака држава које долазе у правну везу с резултатима арбитражног суђења. Правосудни органи тих држава немају контролних овлашћења у односу на арбитражни суд који поступа у складу са одредбама конвенције. Пристанак странака на арбитражу по одредбама конвенције подразумева, по правилу, одрицање од свиј других могућих путева правне заштите. До октобра 1997, конвенцију је потписало 143, а ратификовало 127 држава (ICSID, Annual Report 1997, 15-17). Југославија је Конвенцију ратификовала 1966. године.
12. 145 чланова (World Bank, Annual report 1998, at ix).
13. Више о томе, C.Schlemmer-Schulte, нав. дело, стр.88.
14. General Agreement on Trade in Services
15. Agreement on Trade-Related Investment Measures

улагања, ови споразуми одликују се посебно либералним приступом, због чега се у литератури наводе као модел који треба имати у виду приликом уређења односа у материји страних инвестиција¹⁷⁾. Истом идејом надахнут је и велики број других мултилатерлних споразума закључених у протеклој деценији¹⁸⁾.

Утицај Међународног Монетарног Фонда на директне стране инвестиције огледа се, између остalog, у могућности постављања захтева држави чланици за либерализацијом режима страних улагања, као условом за коришћење извора Фонда¹⁹⁾.

UNCTAD²⁰⁾ и OECD²¹⁾ имају посебно значајну улогу у овој области с обзиром да се њихова делатност непосредно односи на материју директних страних инвестиција.

Изазов глобализације у економском и правном смислу присутан је и на регионалном нивоу. Бројне земље Европе, Америке, Африке, источне Азије и средњег истока формирале су блокове за регионалну трговину и инвестиције. Степен повезаности унутар блокова зависи од различитих фактора као што су ниво интеграције држава чланица, близост националних правних система, институционална организација, и сл²²⁾. Неке од земаља успоставиле су зоне слободне трговине постепеним укидањем интерних тарифа и квота док су друге ушле у царинске уније са заједничким екстерним тарифама.

Највећи степен регионалне интеграције остварен је на нивоу Европске Уније. Према статистичким подацима, директне стране инвестиције брже расту у оквиру јединственог европског тржишта него у већини других делова света²³⁾. Томе је, пре свега, допринело постепено укидање трговинских и инвестиционих баријера између чланица Европске Уније, некадашње Европске Економске Заједнице²⁴⁾. Римским споразумом из 1958 формирano је заједничко тржиште, успостављена

16. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*

17. S.Schlemmer-Schulte, нав. дело, стр. 89.

18. Н. пр. *Asia-Pacific Economic Cooperation Non-Binding Investment Principles* од 1994; *North American FreeTrade Agreement* од 1992; *Energy Charter Treaty* од 1994. и сл.

19. Одличан пример у томе смислу представља stand-by аранжман између IMF-а и Јужне Кореје, када је Јужној Кореји постављен захтев за таквом либерализацијом.

20. United Nations Conference on Trade and Development заменио је 1993 некадашњи United Nations Centre on Transnational Corporations. UNCTAD своје интересе усмерава, пре свега, на трансфер технологије и директна страна улагања у земљама у развоју.

21. Organisation for Economic Co-Operation and Development основан 1961. од стране индустриских земаља. Данас броји 29 члanova. 1995, под окриљем OECD-а рађен је Међународни инвестициони споразум.

22. V. "Legal Aspects of Foreign Direct Investment", D.Bradlow, A.Escher, Kluwer law International, 1999.

23. J. H. Dunning, The European Internal Market Programme and Inbound Foreign Direct Investment, 35 "Journal of Common Market Studies", 1997, 1-5, 28, 189, 208-211.

24. О европском праву, P. Craig, G. de Burca, "EC Law", Oxford, 1995. О принципима европског уговорног права, O. Lando, H. Beale, Principles of European Contract law, Kluwer Law International, 2000.

царинска унија, а царине, тарифе и друге мере са сличним дејством укинуте су у односима између држава чланица. Поред тога, споразумом је предвиђено заједничко тржиште за пљоопривреду и утврђено слободно кретање робе, лица, услуга и капитала. Све те слободе засноване су на принципу недискриминације због националне припадности²⁵⁾.

Римски споразум допуњен је 1986. Јединственим Европским Актом²⁶⁾, путем кога је успостављено »инерно тржиште« као зона без унутрашњих граница, у којој је слободно кретање робе, лица, услуга и капитала у целини обезбеђено. Концепција интерног тржишта наметнула је укидање структуралних, техничких и фискалних баријера. Тим путем учињен је корак даље у креирању повољног амбијента за инвестиције у Европској Економској Заједници.

Споразумом о Европској Унији из 1992. (Маастрихтски споразум), успостављена је Европска Економска и Монетарна Унија (ЕМУ)²⁷⁾, што је означило увод у успостављање јединствене валуте, формирање Европске Централне Банке и усаглашене економске и монетарне политичке чланица ЕУ. Та политика заснована је на принципима отвореног тржишта, стабилности цене, здравих јавних финансија и платном билансу. Коначно, Амстердамским споразумом из 1997. разрађена су, пре свега, питања будућих политичких интеграција у Европи²⁸⁾.

Значајне факторе европске интеграције представљају наднационални органи и европско законодавство. Наднационални органи као што су Европска Комисија, Европски Парламент и Европски Савет доносе прописе и директиве који су обавезујући за државе чланице и који у одређеном року морају бити имплементирани у њихова национална права. Европски Суд Правде контролише легалитет ових прописа и стара се о њиховој униформној примени и тумачењу. У том смислу, изричito постављен циљ директне примене европског права и његовог униформног тумачења, огледа се у унапређењу економске интеграције и стварању повољних услова за стране инвестиције унутар ЕУ²⁹⁾.

Европска Унија има посебно активну улогу у остварењу сарадње са осталим регионима света, закључујући велики број уговора о сарадњи са другим државама, групацијама и међународним организацијама. Тако на пример, Јужноамеричко Заједничко Тржиште (*Mercosur*) и ЕУ закључили су 1992. Интеринституционални споразум о сарадњи, након кога је 1994. између Европског Савета и Европске Ко-

25. Римски споразум којим је успостављена Европска Економска Заједница потписан је 25 марта 1957, а ступио на снагу 1. јануара 1958. Споразум је ратификован од стране 6 земаља: Белгије, Француске, Немачке, Италије, Луксембурга и Холандије.

26. *Single European Act of February 28th, 1986*, "Official Journal of the European Communities", 1987 No.L 169/1.

27. *Maastricht Treaty of February 7th, 1992*, , "Official Journal of the European Communities", 1992 No. C 191/1.

28. *Amsterdam Treaty of October 2nd, 1997*, "Official Journal of the European Communities", 1997 No. C340/1.

29. Више, D.Bredlow, A.Escher, нав. дело, стр.18.

мисије с једне стране и *Mercosur-a* с друге стране закључена заједничка формална декларација. Поред тога ЕУ и *Mercosur*, као и њихове државе чланице потписале су регионални споразум у Мадриду 1995³⁰⁾. Сви ови споразуми усмерени су на промоцију директних улагања из ЕУ у земље Јужноамеричког Заједничког Тржишта. На исти начин, *Fourth Lomé* Конвенција закључена од стране 70 афричких, карибских и пацифичких држава и Европске Заједнице односи се на унапређење улагања као елемента у развоју сарадње и предвиђа адекватну правну заштиту страних инвестиција³¹⁾.

Универзално прихваћена решења

На основу анализе међународних мултилатералних и билатералних споразума, националних закона и других правних аката који уређују директна страна улагања, могу се констатовати њихове заједничке карактеристике. Ти документи, по правилу, садрже велики број стандардних клаузула, обухваћених одговарајућим целинама, као што су: област примене закона односно споразума; дефиниције основних појмова употребљених у закону односно споразуму, а пре свега дефиниције појмова страног улагања, страног улагача и страног улога; гарантована права страног улагача; подстицаји страног улагача; решавање спорова проистеклих из страног улагања; ограничења страног улагача и поступак регистрације страног улагања.

У међународним и националним правним актима нема јединствене дефиниције директних страних улагања³²⁾. Одређења овог појма крећу се од најширих до најужих³³⁾. Тако, према дефиницији секретаријата Светске Трговинске Организације, директно страно улагање постоји када улагач из једне земље (*the home country*) стекне имовину у другој земљи (*the host country*) са намером да управља том имовином. Намера управљања јесте оно што директно страно улагање у суштини одваја од портфолио улагања³⁴⁾. У сличном смислу, Међународни Монетарни Фонд директно страно улагање одређује као улагање које се предузима ради стицања трајног интереса у предузећу које послује у економији различитој од улагачеве, са намером улагача да учествује у управљању тим предузећем³⁵⁾. У суштини, критеријум за разликовање директног страног улагања од портфолио улагања је стечавање трајних пословних интереса и учешће у управљању предузећем у

- 30. European Union-Mercosur Relations, OECD Proceedings, Investment Policies in Latin America and Multilateral Rules on Investment, 1997, str.123-125.
- 31. Конвенција је ступила на снагу 1. марта 1990.
- 32. V., A.R.Parra, *The Scope of New Investment Laws and International Instruments*, "Economic Development, Foreign Investment and the Law", Robert Pritchard, 1996, str.27-44.
- 33. В. дефиницију дату у *Multilateral Investment Agreement* донетог под окриљем OECD-а у којој се поред општег одређења директног страног улагања, таксативно набрајају елемент овог појма.
- 34. WTO Secretariat, *Trade and Foreign Direct Investment*, PRESS/57, 1996, str.6.
- 35. IMF, *Balance of Payments Manual*, 1980, par.408.

које се улаже. Из тих разлога, поједини национални закони дефинишују директних страних улагања везују за одређени проценат основног капитала предузећа (најчешће 10%), предвиђајући да се директним страним улагањем сматра оно улагање којим страни улагач стиче удео или акције у предузећу домаће земље у износу који је виши од тог процента.

Ипак, без обзира на разлике у одређењу појма, може се констатовати да постоје три основне врсте директних страних улагања: *greenfield investments*; *merger&acquisitions* и *joint venture* између страног и домаћег улагача. Другим речима, страни улагач може, сам или са другим страним или домаћим улагачима: основати предузеће у домаћој земљи; купити акције или уделе у постојећем предузећу домаће земље; закључивати уговоре ради стицања других имовинских права којим он остварује своје пословне интересе у домаћој земљи, а пре свега права на покретним и непокретним стварима (својина, закуп, залога, концесија и др.), новчана и неновчана потраживања, као и регистрована и нерегистрована интелектуална права.

Гарантована права страних улагача, представљају, по правилу, посебну категорију у актима који регулишу страна улагања. У та права најчешће улазе: слобода страног улагања; национални третман страног улагача и предузећа са страним улогом, према коме страни улагач и предузеће са страним улогом уживају једнак правни положај, права и обавезе као и домаћи привредни субјекти; пуну правну сигурност страног улагача у погледу права стечених улагањем, која подразумева и његову заштиту у случају експропријације, национализације или друге државне мере са истим дејством; слободна конверзија домаће валуте у страну валуту и слобода плаћања у међународним пословним односима; право вођења пословних књига и сачињавања финансијских извештаја у складу са међународно прихваћеним рачуноводственим и ревизорским стандардима; право на слободан трансфер добити и имовине у иностранство (финансијска и друга средства у вези са страним улагањем); приоритет примене међународног или билатералног споразума чије су чланице домаћа држава и држава страног улагача, уколико такав споразум предвиђа повољнији третман за страног улагача.

Решавање спорова који проистичу из страних улагања изузетно је значајан елемент режима страних улагања. У том смислу, у упоредном праву, поред надлежности државних судова, редовно се предвиђа могућност решавања спорова пред уговорском домаћом или иностраном међународном арбитражом. У решавању међународних инвестиционих спорова од посебног је значаја Вашингтонска конвенција из 1965. донета у оквиру *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), о којој је претходно било речи.

У погледу ограничења страних улагача, сваки правни систем предвиђа извесне рестриктивне одредбе везане за могућност улагања у одређене области односно обављања одређених делатности од стране страног улагача. Ипак, у савременом праву, та ограничења су ускo постављана и односе се пре свега на области од националног значаја односно делатности везаних за националну сигурност (произ-

водња и промет оружја, гранични појас, национални парк, и сл.), као и на одређене активности које су противне јавном поретку односно којима се угрожава животна средина или здравље људи.

У оквиру регистрације страног улагања у упоредном праву је, с обзиром на национални третман страног улагача, напуштен систем пријаве ових улагања организма управе домаће земље и издавања сагласности за њихову регистрацију. Другим речима, страна улагања се по правилу региструју директно у надлежном суду, без претходних дозвола и формалних процедура.

Основна концепција новог Закона о страним улагањима

Циљ доношења. Нови југословенски Закон о страним улагањима израђен је уз узимање у обзир свих поменутих околности. Сврха његовог доношења огледа се у успостављању правног оквира система отвореног за страна улагања, а у циљу ефикасног развоја југословенске привреде, јачања њене конкурентне способности, широког учешћа југословенских привредних субјеката у међународној трговини, увоза нове опреме и савремене технологије, модернизације пословања и повећања извоза. Поред тога, овим законом настоји се, у оквирима могућности везаних за општа решења југословенског законодавства, остварити усклађивање југословенских прописа о страним улагањима са прописима земаља развијених тржишних привреда.

Садржај закона. Закон са својих 25 чланова подељених у VII делова у целини обухвата област страних улагања.

Први његов део посвећен је основним одредбама које утврђују област примење закона и дефинишу његове основне појмове, као што су: појам страног улагача, појам страног улагања, основни и посебни облици страног улагања, улог страног улагача.

Другим делом закона предвиђена су гарантована права страних улагача која због свог практичног значаја и теоријске изграђености представљају посебну категорију у овом закону. У гарантована права страних улагача, према закону, улазе: слобода страног улагања; национални третман страних улагача и предузећа са страним улогом, према коме страни улагач и предузеће са страним улогом уживају једнак положај, права и обавезе као и домаћи привредни субјекти; правна сигурност која подразумева и заштиту страног улагача у случају експропријације, национализације или друге мере државе са једнаким дејством; слободна конверзија домаће валуте у страну валуту и слобода плаћања у међународним пословним односима; право вођења пословних књига и сачињавања финансијских извештаја у складу са међународно прихваћеним рачуноводственим и ревизорским стандардима; право на слободан трансфер у иностранство финансијских и других средстава у вези са страним улагањем; приоритет примене међународног или билатералног споразума чије су чланице Југославије и држава страног улагача, уколико такав

споразум предвиђа повољнији третман за страног улагача (реч је о стандардној клаузули модерних закона о страним улагањима).

Трећи део закона односи се на подстицаје страних улагача. У том погледу треба констатовати да се ови подстицаји само начелно утврђују, док ће њихова разрада бити предмет других, одговарајућих закона, посебно оних царинског и пореског карактера.

Четврти део закона посвећен је решавању спорова који произистичу из страних улагања. У том смислу, поред надлежности државних судова, предвиђена је и могућност решавања спорова пред уговореном домаћом или иностраном међународном арбитражем. Другим речима, уговорне стране могу предвидети да ће спор или спорови који су настали или могу настати из њиховог правног односа везаног за страна улагања бити решени пред од њих изабраном домаћом или иностраном, институционалном или *ad hoc* међународном арбитражем. На тај начин, закон се приклања владајућим тенденцијама у упоредном праву када је реч о овом питању³⁶⁾.

У петом делу закона утврђују се посебне обавезе страних улагача у погледу заштите животне средине, што представља стандардну клаузулу модерних закона који уређују област страних улагања. Тим путем држава се штити од увоза штетних материја (нпр. нуклеарни отпад), односно обављања делатности које су у вези са њима. С друге стране, ограничења оснивања предузећа у одређеним областима, као и територијална ограничења у погледу делатности, рестриктивно су постављена и представљају даљи помак у либерализацији страних улагања. У погледу могућности страних физичких и правних лица да у својству страних улагача стичу право својине на непокретностима у Југославији, закон не решава ово питање, већ упућује на решења закона о основама својинскоправних односа и других прописа из ове области.

Шести део закона односи се на поступак регистрације и евидентије страних улагања. Овај део представља и највећу новину у односу на претходни Закон о страним улагањима. Наиме, циљ овог закона огледа се у томе да се у процедуралној области укину непотребна ограничења, поступак поједностави, смањи непотребно администрирање и спречи самовоља и арбитрност, а да то не доведе до незаконитости и злоупотреба у овој области. Из тих разлога, а у складу са предвиђеним националним третманом страних улагача, закон је поступак регистрације страних улагања изједначио са таквим поступком када је реч о домаћим привредним субјектима; страна улагања региструју се у надлежном суду, у складу са Законом о предузећима а суд по службеној дужности обавештава министарство надлежно за економске односе са иностранством о извршеној регистрацији страних улагања, ради евидентије.

Седми део закона посвећен је прелазним и завршним одредбама.

36. Такву одредбу садржао је и претходно важећи Закон о страним улагањима.

Техника Закона. По броју чланова (25), овај закон улази у категорију краћих закона. У односу на претходни Закон о страним улагањима (40 чланова), број чланова је готово упала мањи. Разлог томе може се видети у настојању да текст закона оствари захтев јасноће, разумљивости и прегледности, да буде што комплетнији а опет кратак, без оптерећења непотребним садржајем и понављањима.

Овакав став темељи се на универзално прихваћеној тенденцији дерегулације у овој области, која се одразила и на упоредноправе прописе релевантне за страна улагања - у већини земаља не постоји посебан закон о страним улагањима, већ су одредбе о овом питању укључене у неке друге законе; у оним земљама које су овај закон задржале као посебан, његове одредбе сведене су на минимални број (нпр. Закон о страним улагањима Руске Федерације – 28 чланова, Закон о политици директних страних улагања у Босни и Херцеговини – 24 члана, Закон о потицају улагања Републике Хрватске – 10 чланова и неколико одредаба о страним улагањима у оквиру закона који регулише трговачка друштва, итд.). У том смислу, Закон је одустао од регулативе одређених питања, било зато што су она већ регулисана другим законима (нпр. концесија, садржина уговора односно одлуке о оснивању предузећа), било зато што је, у складу са начелом аутономије воље, њихово уређење препустио самим уговорним странама, а у складу са законом релевантним у тој области. У истом духу, закон из области своје примене искључује уређење страних улагања у банке, осигуравајућа друштва, слободне зоне и ванпривредне делатности, што је и логично, с обзиром да су ове области обухваћене посебном регулативом других закона.

Законодавном техником примењеном у закону покушало се доћи до јасних и разумљивих формулатија, чemu посебно доприноси чињеница да сваки члан има свој назив, као и настојање да, увек када је то било могуће, сваки став садржи само једну реченицу којом се у целини изражава конкретна намера законодавца.

Основне дилеме. Нацрт закона о страним улагањима, у оквиру јавне дискусије, био је предмет бројних коментара, сугестија и контраверзних мишљења. Највеће дилеме односиле су се на два питања:

1. да ли доносити посебан закон о страним улагањима;
2. да ли је закон је искључиво упућујућег карактера и да ли садржи позајмице из страног законодавства.

У погледу првог питања потребно је констатовати да већина земаља развијених тржишних привреда нема посебан закон о страним улагањима, већ су ова питања, у виду неколико одредаба, регулисана у оквирима других закона. Неспорно је наиме, да се читав закон о страним улагањима може »сместити« у једну одредбу нпр. закона који регулише положај трговачких друштава; та одредба гласила би: »страни улагач у погледу свога улога, као и трговчко друштво са страним улогом, уживају једнак положај, права и обавезе као и домаћи привредни субјекти«.

С друге стране међутим, поставило се питање да ли је наша земља доспела у фазу у којој би таква регулатива односно дерегулатива представљала оптимално решење. Другим речима, да ли би за стране улагаче, с обзиром на висок степен не-

поверења и несигурности који још увек постоји у односу на улагања у Југославију, било повољније да пред собом имају закон који на јединствен начин обухвата питања страних улагања, почев од основних појмова и дефиниција, преко права и обавеза страних улагача, па све до поступка регистрације?

С обзиром да су ови прописи намењени првенствено страним улагачима, радна група је прихватила сугестије међународних институција релевантних за област страних улагања према којима је, бар у овој почетној фази, из практичних разлога боље имати посебан закон који би регулисао област страних улагања. Другим речима, овај закон представља једну врсту »прелазног решења«, све док се не остваре услови за укидање посебне регулативе у домену страних улагања у Југославији.

Одмах затим, отворила се и друга дилема: радити ревизију постојећег или писати нови закон. Према општој оцени, претходни закон у потпуности је одговарао духу времена у коме је донет. Његови недостаци сводили су се, у највећој мери, на недостатке формалне и терминолошке природе, непотребна понављања, као и компликовану процедуру пријаве и регистрације страних улагања. Поред тога, овим законом биле су регулисане и неке области које спадају у поље регулативе других, посебних закона. У погледу осталих суштинских питања, овај закон је на релативно задовољавајући начин уређивао област страних улагања.

С друге стране, закони се доносе, пре свега, у складу са потребама праксе. С обзиром да се те потребе, посебно када је реч о привреди, мењају, сваки закон временом почиње да заостаје за животом. Сваки такав заостатак, био он формалне или суштинске природе, може довести до нејасноћа и непрецизности, до правних празнина и потребе тумачења. Имајући у виду ту околност, као и мишљење релевантних међународних институција којима је важећи закон био у великој мери терминолошки нејасан и које су истицале да њиме нису јасно наглашена права и обавезе страних улагача којима је детерминисан њихов правни положај у Југославији, радна група је усвојила компромисно решење.

Израђен је нови закон који је у формалном смислу усаглашен модерним законима ЕУ (предлог је поседовао преамбулу, сваки члан има свој назив, у већини случајева један став има једну реченицу), усваја терминологију која је јасна и препознатљива онима којима је закон и намењен – страним улагачима, изричito предвиђа права, обавезе и ограничења страних улагача, а поступак регистрације страних улагања максимално поједностављује и либерализује. С друге стране, закон задржава она суштинска определења претходног закона која се из савремене перспективе могу оценити оптималним. У том смислу, овај закон се може схватити и као краћа, либералнија и модернија верзија претходно важећег закона о страним улагањима.

За разлику од претходне, примедба која се односи на »упућујући« карактер закона, те на то да закон садржи бројне »стране позајмице«, мора бити прихваћена уз одређене резерве.

На првом месту, треба констатовати да су у свакој земљи прописи о страним улагањима намењени првенствено страним улагачима. У том смислу, сврха ових

прописа не огледа се у предвиђању императивних правила и детаљној регулативи области страних улагања. Напротив, ти прописи су, по правилу, у највећем делу саздани од диспозитивних норми, којима се страни улагачи »информишу« о њихом правном положају у »домаћој« земљи. Ове одредбе се, по правилу, своде на нотирање оних домена у којима се положај страног улагача разликује у односу на положај домаћег. У упоредном праву, такве одредбе су рестриктивне и углавном се односе на узак број посебних случајева. У осталим случајевима, ови прописи просто упућују страног улагача на одговарајуће националне прописе, који важе и за домаће улагаче.

С друге стране, већ је истакнуто да се закони доносе у складу са потребама праксе и да се та пракса, посебно у области привреде, брзо мења. Из тих разлога, закони се приликом примене, нарочито судске примене, често морају прилагођавати потребама живота. Кад закон постане исувише »удаљен« од потребе факта, намеће се императив његове измене. Одлика квалитетног закона огледа се управо у томе да он представља један дуготрајан и свеобухватан правни акт, кога није потребно често мењати. Разуме се да то није лако постићи у условима фактичке и правне несигурности и немогућности предвиђања правца у коме ће се кретати токови економије и привреде једне земље. Та сврха се, међутим, може постићи другим путем: избегавањем стриктних и кругих формулатија и уношењем еластичних, упућујућих норми, оштих стандарда и универзално прихваћених стандардних термина. У овом закону употребљена је та техника у великој мери. Законом су наиме, утврђена само општа правила, чиме је судовима пружена широка могућност да сваки случај решавају у складу са свим релевантним околностима. Тим путем, омогућена је креативна улога суда, која пратећи промене у пракси искључује потребу интервенције законодавца.

Конечно, у погледу »позајмица« из упоредног законодавства, треба имати у виду чињеницу да је закон рађен уз узимање у обзир не само домаћег законодавства и праксе, већ и упоредног законодавства, међународних конвенција, ставова доктрине и праксе из области страних улагања. Томе треба додати и чињеницу да у домену законске регулативе страних улагања, разлике између држава све више нестају, те да се извори права страних улагања по правилу одликују сличним, стандардизованим клаузулама. Конечно, у међународним документима који се односе на страна улагања, као и у упоредном законодавству уопште, многа питања из ове области решена су на начин који више одговара потребама праксе него извесни домаћи прописи, почевши од терминологије па до суштинских решења. Из тих разлога, у овом закону има извесних »позајмица« које су пре свега формалне природе³⁷⁾.

Синтеза. То је био пут настанка новог закона о страним улагањима. закон је рађен искључиво у тежњи проналажења оптималних решења за нашу праксу, без

37. Основна примедба у том смислу односила се на преамбулу закона која је предложена од стране радне групе, с обзиром да је у модерном европском законодавству она постала уобичајени саставни део закона. Преамбула није усвојена у коначном законском тексту.

икакве догме или предубеђења. Правна судбина овог Закона одређена је судбином целине. О њеном коначном исходишту одговор може дати само време.

(чланак примљен 4. III 2002.)

**L. L. M. Jelena S. Perović,
Faculty of Economy, Belgrade**

Legal Aspects of Foreign Investments

Summary

There is no single valid legal definition of FDI. According to the definition utilised by the WTO secretariat, FDI "occurs when an investor based in one country (the home country) acquires an asset in another country (the host country) with the intent to manage that asset. The management dimension is what FDI distinguishes from portfolio investment in foreign stocks, bonds and other financial instruments.

Foreign direct investment forms an increasingly important economic link between developing and industrial countries and, in recent years, among developing countries as well. Over sixty recent investment laws and over twelve hundred bilateral and multilateral investment agreements reflect the trend of the liberalization in the field of FDI. In that sense, one can say that investment and trade liberalization together with the freer flow of information, constitute the main pillars of the increasing globalization of the world economy.

Most of national investment laws as well as bilateral and multilateral instruments contain standard clauses and principles about the access of foreigners to the host state, the treatment of existing or newly established foreign companies to the host state, the repatriation of funds, performance requirements and state-investor dispute. Those clauses and principles represent the fundamental points of the new Yugoslav Law on Foreign Investment.

Key words: foreign direct investment, foreign investor, basic forms of foreign investment, freedom of a foreign investment, national treatment, legal security, repatriation of funds, international arbitration.

**Драгољуб Симоновић,
руководилац Службе за правне послове
у ЈП “Електропривреда Србије”, Београд**

UDK 349.2(094.5)

Закон о раду – раскид са прошлочију

- *Sibi quisque peccat*
(Петронијус, 45,10)
- Свако греши на своју штету

Резиме

Закон о раду наставља реформске тенденције у нашеј радиој легислативи, ипе означава раскид са прошлочијом.

Републички закон добија нови назив. Донет је независно од савезног Закона о основама радних односа. Тиме је прекришен усавијавни принцип о усаглашености републичких прописа са савезним.

Закон се позива на хармонизацију са поизврђеним међународним конвенцијама, а оствараје у појединачним одредбама нехармонизован унутар правног биља Србије и Југославије.

Укинут је оглас и обавеза послодаваца да пријави Заједници за поштовања људских права и оснивача на слободном радном месту. Укинут је институција дисципилинске одговорности и двосмисленост у одлучивању о правима, обавезама и одговорностима радника.

Уведен су институцији: уговора о раду кућног помоћног особља; забране конкуренције; незаконитета пресуданка радног односа. Многе одредбе закона су претпостављене измене и дојаве.

Закон обилује нејасним и конtrapодикторним нормама. Изазиваће бројне тешкоће у штумачењу и примени.

Утицај је да је на реформском путу, који је неминован, Закон о раду ћејурио. Најравно је искорак испред времена у ком реално живимо, са још увек приступном доминацијом друштвене и државне својине.

Кључне речи: рад, радни однос, (не)хармонизација, уговор о раду, одмори и одсуствова, дисциплинска одговорност, законске новине, директор, нејасне и простирачне норме.

I - Увод

Наша радна легислатива показала је изузетну динамичност у послератном развоју друштва. Законске новеле су биле условљаване променом карактера производних и друштвених односа, променом уставног концепта, а понекад и тешко објашњивим разлозима идеолошког карактера.

Протекле су четири и по деценије од доношења Закона о радним односима,¹⁾ који се сматра кодификаторским првенцем нашег радног законодавства. Он је уједно и радноправне норме које су у периоду од 1946. до 1957. године биле расуте у двадесет подзаконских прописа.

У наведеном периоду, наша радна легислатива се кретала веома кривудавим стазама. Час нормалним, добро утабаним ослањајући се на традиционална и упоредноправна решења у складу са актима Међународне организације рада, час не-нормалним, девијантним путевима, грађећи неке, тобоже *sui generis* институте, какве нико у свету не познаје.

Одступајући од проверених радноправних решења, наша радна легислатива је западала у странпутице²⁾ непримерене организованом правном поретку и принципу правне сигурности.

Наше радно законодавство је делило судбину укупних уставно-идеолошких експеримената из времена “свачије и ничије” друштвене својине, самоуправљања, самоуправних судова, друштвених договора и бројних других института који су се удаљавали од уставноправног и радноправног традиционализма.

Бројни су опити изведени у нашој радној легислативи. Као да су законодавци хтели да покажу да експерименти нису “специјалитет” само природно-техничких, већ и друштвено-правних наука.

Бројни институти радног права су се, попут реке понорнице, губили и враћали у живот. Нестајали су из радне легислативе и, после краћег или дужег периода, доживљавали реафирмацију (новчана казна, пробни рад, уговор о раду, арбитражка за радне спорове³⁾ и тд.).

1. Објављен у “Службеном листу ФНРЈ”, бр. 53/57.

2. О странпутицама видети шире: Д. Симоновић, *Путеви и спротивпутнице нашеј радног законодавства*, “Гласаријум”, Београд, 1997.

Преплитале су се појмовне и суштинске заблуде. Чак је и основни појам радне легислативе – радни однос мењао своје руке. Егзистирао је као међусобни однос радника у удруженом раду.

У време појмовне реституције, уставотворац и законодавац су, по схваташњу аутора, направили нову грешку. Уместо „радника“ и „раднице“ уведени су појмови „запослени“ и „запослена жена“. Осим језичког, грешка има правни и историјски домашај. Појам „радник“ је надживео чак и време највећих радноправних заблуда, а нестао је из устава и закона управо у време појмовне стабилизације у нашем радном праву.

II - Радни закони из 1996. године

Савезни Закон о основама радних односа⁴⁾ и републички Закон о радним односима⁵⁾ из 1996. године, означени као реформски, унели су радикално нова решења у нашу радну легислативу.

Систем дисциплинских мера је сведен на две најтеже мере: новчану казну и престанак радног односа. Раније је постојао спектар више дисциплинских мера са репресивним и васпитно – моралним дејством.⁶⁾

Дошло је до раскида са колегијалним одлучивањем у сferи појединачних права, обавеза и одговорности радника. Директору је враћена функција дисциплинског старешине и свеукупног старешине у области радних односа.

Укинута је двостепеност у интерној заштити права радника, осим у случају изрицања дисциплинске мере престанка радног односа.

Враћени су уговор о раду и арбитража за радне спорове.

За разлику од својих претходника ови радни закони су временски најстабилнији у нашој легислативи.⁷⁾

III - Закон о раду

Нову прекретницу у нашој радној легислативи означава Закон о раду.⁸⁾ У великој мери он значи раскид са прошлопошћу. Донет је и, са различитим мишљењима

3. Арбитража за радне спорове је први пут уведена у нашу радну легислативу Законом о правима и обавезама радника у удруженом раду 1974. године („Службени гласник РС“, бр. 6/74). Укинута је после три године. Вратили су је радни закони 1996. године. Нажалост, реч је о бежivotном институту, годинама присутном само у „голој“ правној норми.
4. Објављен у „Сл. листу СРЈ“, бр. 29/96.
5. Објављен у „Сл. гласнику РС“, бр. 55/96.
6. Примера ради, Основни закон о радним односима из 1965. године („Сл. лист СФРЈ“, бр. 17/65) познавао је само једну меру са репресивним, а три са васпитно-моралним дејством.
7. Нарочито осамдесетих година радни закон у Србији је био подложен честим изменама и допунама, понекад непотребним. Било је случајева да се закон у календарској години мења два, па чак и три пута.
8. Објављен у „Сл. гласнику РС“, бр. 70/2001.

и одјецима, улази у правни живот као реформски закон. Том епитету, по схватању аутора, могу се додати одреднице: нејасан, конфузан и контрадикторан у великом броју одредаба.

Овај закон раскида са многим институтима и радноправним схватањима.

Међутим, он наставља непрекинуту путању странпутица наше радне легислативе, са нормама пред којима ће се дубоко замислити најбољи и најсавеснији тумачи права.

Предмет ове правне опсервације неће бити Закон о раду у целини, већ само неки његови делови који се, принципом *exempli causa*, могу утопити у прилично суморну слику наше радне легислативе и свакодневнице.

1) Назив закона

Ово је други наш закон који у корпус назива садржи реч “рад”, уместо “радни однос”. То је пре њега био случај са савезним Законом о удруженом раду.⁹⁾ У свим законима, савезним и републичким, у називе су биле инкорпорисане речи “радни однос” (“однос у удруженом раду”).

Назив Закона о раду је компатибilan са упоредно-правним решењима, а у до мађој легислативи он терминолошки означава раскид са прошлопошћу. И не само терминолошки. Он симболизује суштинске примене и раскид са остацима самоуправних односа и договорне економије, на путу стварања тржишних услова привређивања.

Појам “радни однос”, замењен у називу,¹⁰⁾ у тексту закона је задржао примерено место.

2) Хармонизација

Већ у првој одредби Закон о раду упућује на хармонизацију са међународним правним регулама.

Сходно чл. 1, ст. 1. Закона о раду, права, обавезе и одговорности по основу рада уређују се законом и посебним законом, у складу са потврђеним међународним конвенцијама.

У оквиру нормативне делатности међународне организације рада, Општа конференција рада доноси конвенције и препоруке.

Према Уставу Међународне организације рада, усвојене конвенције и препоруке се достављају свим члановима организације. Конвенције се достављају на ратификацију, а препоруке на разматрање, да би се примениле у форми националног закона или некој другој форми.¹¹⁾

9. Објављен у “Сл. листу СФРЈ”, бр. 53/76.

10. Пре деценију и стамбени однос је у називу закона замењен термином “становање”. Значи, Закон о раду наставља нит брисања ознаке одређеног правног односа из назива закона.

11. Боривоје Шундерић, "Право Међународне организације рада", Правни факултет, Београд, 2001, стр. 101.

Препоруке не подлежу ратификацији. Међутим, у стручној литератури има размислашења о томе да ли се оне усвајају или не. Према мишљењу које је прихваћено од већине домаћих аутора, препоруке се усвајају.¹²⁾

У литератури се указује да препоруке, иако имају мању правну снагу од конвенција, нису од мањег значаја, или од мање важности од њих. Морална снага и утицај извесних принципа садржаних у препорукама врше већи утицај на владе поједињих држава, тако да оне нису више, како се некада говорило, "сиромашни рођак конвенција".¹³⁾

У чл. 1, ст. 1 Закона о раду помиње само конвенције. Препоруке апстрактује, вероватно због тога што се оне не ратификују, те не постају саставни део националног права државе чланице.

Међутим, с обзиром на снажан морални утицај препорука, њихову бројност¹⁴⁾ и значај питања које регулишу, Закон о раду је у цитираној одредби требао и њих да нагласи.

Примера ради, Препорука бр. 129 из 1967. године предлаже да сваком раднику треба признати право на жалбу. Да је та препорука поштovана, институт заштите права радника, стимулisan радним законом из 1996. године и важећим Законом о раду, вероватно би другачије изгледао.

Тако је чл. 1 ст. 1 Закона о раду, према схватању аутора, непотпуно хармонизован са међународним радним правом. Међутим, он је у знатно већој мери нехармонизован на унутрашњем плану.

Наиме, у њему се уопште не помиње Савезни Закон о основама радних односа. Као да он не постоји.

Према Уставу СР Југославије, федерација уређује основе радних односа. Та уставна норма оживотворена је 1996. године, доношењем Закона о основама радних односа.

Према изричitoј одредби чл. 115, ст. 2 Устава СРЈ, закони републике чланице морају бити сагласни са савезним законом. Доношењем Закона о раду, независно од доношења новог или измена и допуна постојећег савезног закона, републички законодавац је повредио један од најважнијих уставних принципа.

Непоштовање поменутог уставног постулата и апстрактовање савезног закона говоре да је наша позитивна радна легислатива нехармонизована у односу на Устав као највиши правни акт, као и у оквиру сопственог бића.

12. Ратко Пешић, "Међународна организација рада", Нови Сад, 1969, стр. 125. Никола Тинтић, "Радно и социјално право", књига прва, Загреб, 1971, стр. 190. Цит. према: Б. Шундерић, оп. цит., стр. 103.

13. Б. Шундерић, оп. цит., стр. 140.

14. У оквиру Међународне организације рада закључно са 1999. годином, усвојено је 182 конвенције и 189 препорука.

3) Начин заснивања радног односа

Под једнаким условима, свакоме је досступно радно место. То јамчи Устав Републике Србије (у чл. 35.).

Ранији савезни Закон о основама радних односа није преузео институт конкурса из ранијих радних закона, већ је начин заснивања радног односа свео на институт огласа. Ранији републички закон је ближе нормирао начин заснивања радног односа (оглашавање, пријава, избор).

Како данас обезбедити остварење уставног принципа доступности радног места?

Закон о раду није преузео одредбе о огласу за пријем у радни однос од свог претходника. Такође, он не садржи одредбе о обавези послодавца да организацији за послове запошљавања пријави потребу за попуну слободног радног места, са одговарајућим условима.

Дакле, институт огласа и пријава потребе за попуњавањем слободног радног места не постоје у важећем Закону о раду. С друге стране, они егзистирају у Савезном Закону о основама радних односа, Закону о запошљавању и остваривању права незапослених лица¹⁵⁾ и Закону о евидентирању у области рада.¹⁶⁾ У одредбама наведених закона прописане су и санкције за послодавца који не пријави организацији за запошљавање слободно радно место.

У питању је очигледан пример унутрашње нехармонизације прописа. У колицији одредаба Закона о раду са одредбама других наведених закона, намеће се пишење: да ли је послодавац дужан да пријави потребу за оглашавање слободних радних места и да ли му прете санкције за непоступање?

Ево још једне прилике, уз обиље других, да се мишљењем огласи министарство надлежно за послове рада и запошљавање. Иначе, у дугогодишњој нејасној, недореченој и контрадикторној радној легислативи то министарство се показује као једна од “најпродуктивнијих фабрика” у Србији, честим давањем мишљења у циљу превазилажења нејасноћа и попуњавања правних празнина.

Начин заснивања радног односа треба да обезбеди једнаку доступност свих радних места под једнаким условима (право на рад). То се најбоље постиже оглашавањем слободних радних места, али у упоредном праву (нпр. француском и америчком) допушта се да послодавац запошљава раднике и без јавног оглашавања. Но, да би се обезбедила једнакост шанси у запошљавању, радно законодавство предвиђа обавезу послодавца да обавести службу за запошљавање о потреби за новим радницима.¹⁷⁾

Лице које тражи запослење, као и запослени, **не могу** се стављати у неповољнији положај у односу на друге, **без обзира** на пол, рођење, језик, расу, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, политичко или

15. Објављен у “Сл. гласнику РС”, бр. 22/92... 29/2001.

16. Објављен у “Сл. гласнику РС”, бр. 46/96.

17. Бранко Лубарда, *Основни циљеви радног законодавства*, “Правни живот” бр. 10/2001, стр. 573.

друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство.¹⁸⁾

Цитирана одредба значи забрану дискриминације у запошљавању и у раду и она представља новину у Закону о раду. Такође, новину представља и одредба чл. 14, ст. 2. Закона о раду, по којој послодавац не сме да условљава заснивање радног односа тестом трудноће.

Критични осврт на одређена законска решења подразумева и похвале и покуде. У бројним одредбама Закон о раду заслужује покуде. Међутим, две горе означене новине треба похвалити, нарочито другу. Познато је да су у пракси гравидне жене често биле дискриминисане у запошљавању и то у времену у ком се Србија суштава са веома израженим проблемом “беле куге”.

4) Уговор о раду

Уговор о раду је најстарији правни институт о успостављању и регулисању радних односа, познат још у римском праву.

Он је основни акт заснивања и регулације радних односа у капиталистичким земљама и смештен је у грађанско (облигационо) или радно право. У социјалистичким земљама је био укидан и враћан у корпус радног права.

За разлику од других правних форми, уговор о раду, осим функције заснивања радног односа, представља и стваралачки акт којим се на одређени начин уређују услови рада, права и обавезе из радног односа.¹⁹⁾

У ишој послератној радноправној регулативи уговор о раду је установљен подзаконским актом из 1948. године, а касније са још три прописа (1949. и 1950. године). Укинуо га је Закон о радним односима из 1957. године.

У нашу радну легислативу уговор о раду је враћен Законом о изменама и допунама Закона о радним односима 1995. године.²⁰⁾

Код уговора о раду не остварује се у пуном обиму принцип аутономије волje. Радник је слабија уговорна страна. Неједнакост уговорних страна је до те мере изражена да је основан закључак да уговор о раду у значајној мери има адхезиони карактер. С друге стране, садржина овог уговора је често детерминисана законским ограничењима.

Права, обавезе и одговорности утврђене уговором о раду су изведени из закона и колективног уговора, чиме је ограничено право слободног уговарања лица које заснива радни однос и послодавца, са претњом ништавости његових одредби којима се запосленом дају мања права од оних утврђених законом, односно колективним уговором.

18. Цитирана одредба чл. 12. Закона о раду, према схваташњу аутора, није добро језички формулисана. Речима “не могу” нису компаатибилне речи “без обзира”. Негацији би уместо речи “без обзира” одговарале речи “с обзиром”.

19. Предраг Јовановић, *Пиштање уговора о раду и радног односа по водом предлога Закона о основама радног односа*, “Право и привреда”, бр. 3-6/95, стр. 622.

20. Објављен у “Сл. гласнику РС”, бр. 49/95.

Самим тим, уговор о раду се јавља као изведен уговор из закона о колективним уговором утврђених права, обавеза и одговорности, у оквирима и границама општих интереса друштва предвиђених уставом и законом. Због тога се не може говорити о уговору о раду као правом уговору.²¹⁾

Закон о раду у чл. 16-19. регулише уговор о раду као акт заснивања радног односа, уговорне стране, облике, форму и садржину.

Уговор о раду закључује се пре ступања запосленог на рад у писменом облику (чл. 18, ст. 1.). Ако послодавац са запосленим не закључи уговор о раду у складу са ставом 1. члана 18, сматра се да је запослени засновао радни однос на неодређено време даном ступања на рад.

С обзиром да закон прописује писмену форму уговора о раду, језичким тумачењем права и применом принципа *argumentum a contrario*, основан је закључак да код нас није дозвољен усмени уговор о раду.²²⁾ У правној доктрини мишљења су подељена, од става да је само писмени уговор о раду правно ваљан, до опречног схваташња, по коме писмена форма уговора о раду није битни услов за његово постојање, те и усмени уговор може произвести правно дејство. Јер, уколико је уговор о раду строго формални уговор, законодавац би морао да предвиди иштавост уговора о раду уколико није закључен у писменој форми.

Одредба чл. 18, ст. 2. Закона о раду, чини се, иде на руку присталицима другог става. Ако послодавац и запослени не закључе писмени уговор о раду, сматра се да је запослени засновао радни однос на неодређено време даном ступања на рад.

По схваташњу аутора, одредбом чл. 18, ст. 2. Закона о раду, законодавац је предвидео својеврсну конвалидацију “непостојећег” уговора о раду и поменута законска норма заслужује оштру правну критику. Чему прописивање форме уговора, ако законодавац потоњом одредбом анулира њен значај?!?

Ова странпутица изазива још једну дилему. Како престаје радни однос раднику који га заснује према одредби чл. 18. ст. 2. Закона о раду, уколико се стекну разлози за отказ уговора о раду?

Шта се отказује у том случају: уговор о раду, који не постоји, или радни однос који постоји? Апсурдно је да послодавац отказује уговор о раду који не постоји. О томе законодавац није водио рачуна приликом доношења Закона о раду.²³⁾

Законодавац је требао да предвиди отказ радног односа који постоји. Тако се има поступити и у случају давања отказа запосленом који се налазио у радном односу на дан ступања Закона о раду, а који нније закључио уговор о раду по Закону о радним односима из 1996. године. И њему се не даје отказ уговора о раду, већ от-

21. Остоја Милисављевић, Жељко Албанезе, "Коментар Закона о раду", Пословни биро, Београд, 2001, стр. 27.

22. У упоредном и нашем ранијем праву заступљене су различите форме уговора о раду. Пријема ради, Правилник о садржини и начину закључивања уговора о раду ("Сл. лист ФНРЈ", бр. 29/49) прописивао је три могуће форме уговора: писмени (са строгом формом), усмени и прећутни.

23. О. Милисављевић, Ж. Албанезе, оп. цит., стр. 29.

каз радног односа, што је правно логично, без обзира на чињеницу што то није предвиђено Законом о раду.²⁴⁾

Према чл. 29, ст. 3. Закона о раду, на права и обавезе која нису утврђена уговором о раду примењују се одговарајуће одредбе закона и општег акта.²⁵⁾

Из наведене формулатије произлази да се даје приоритет у примени закона и општег акта уговора о раду, а самим тим и јача правна снага уговора од правне снаге закона и општег акта. Ту одредбу није требало уносити у Закон о раду. Јасно је из самог Закона и општег акта да се права и обавезе у уговору у раду уређују у складу са прописима (законом, општим актом, колективним уговором) и да се такве одредбе уговора о раду примењују у складу са законом и општим актом.²⁶⁾

Запослени који су до дана ступања на снагу Закона о раду засновали радни однос уговором о раду у складу са прописима који су били на снази до дана његовог ступања на снагу, нису у обавези да поново заснују радни однос закључивањем новог уговора о раду (чл. 167. Закона о раду).

Још једна збуњујућа норма и отворена дилема: шта са радницима који су били у радном односу пре ступања на снагу Закона о радним односима из 1996. године? Они, према изричitoј одредби тог закона, нису били у обавези да закључе уговор о раду. Они су, по оцени аутора, *ex lege* изједначени са радницима који ће према закону из 1996. године закључивати уговор о раду. Реч је о својеврсној правној фикцији. Ти радници имају исти положај као радници који су закључили уговор о раду.

Како поступити са тим радницима данас? Јесу ли они у обавези да закључе уговор о раду? Министарство рада (по сазнању аутора) одговара потврдно, а аутор одречно.

5) Одмори и одсуства

Одмор у току дневног рада, дневни, недељни и годишњи одмор Закона о раду регулише саобразно конвенцијама и препорукама Међународне организације рада.

Одмор у току дневног рада је ранијим законима одређиван у трајању од 30 минута, независно од радног времена.

Новина је у Закону о раду што овај одмор утврђује у трајању од најмање 30 минута за раднике који раде пуно радно време. Они који раде дуже од четири, а краће од шест часова дневно, имају право на сразмерни одмор у току дневног рада у трајању од најмање 15 минута.

Овакво прописивање даје могућност послодавцу да утврди одмор у току дневног рада у трајању дужем од 30 минута, у зависности од тежине посла и услова рада.

24. Ibidem.

25. Према чл. 358. швајцарског Закона о облигацијама, императивно право има предност над уговором о раду, а одступања у корист радника су пуноважна само уколико им се императивно право не противи изричito.

26. О. Милисављевић, Ж. Албанезе, оп. cit., стр. 29 и 30.

Закон о раду је задржао трационално ограничење по коме се овај одмор не може користити на почетку и на крају радног времена. Овакво ограничење је правно логично, јер би у супротном радни дан био противзаконито скраћен.

Одмор између два узастопна радна дана (дневни одмор) има за циљ да се раднику обезбеди довољно време за обнављање психофизичке снаге за наредни дан (спавање, рекреација, доколица). То је у интересу и радника и послодавца.²⁷⁾

Према конвенцији Међународне организације рада, годишњи одмор представља гарантовано и неогуђиво право радника, којег се он не може одрећи. Таква природа одмора, као и немогућност ускраћивања и одрицања традиционално су присутни у нашој радној легислативи.

Наши ранији радни закони су прописивали минимум и максимум годишњег одмора, а конкретна висина је утврђивана према аутономној регулативи.

Годишњем одмору Закон о раду придаје велики значај. Посвећује му чак девет чланова.²⁸⁾

Према чл. 52, ст. 1. Закона о раду, право на годишњи одмор се стиче после шест месеци непрекидног рада. Овим је враћено решење из наше старе радне легислативе, али је задржан и институт сразмерног годишњег одмора.

Закон о раду прописује само минимум годишњег одмора (18 радних дана), за разлику од својих претходника који су утврђивали и горњу границу. Конвенција Међународне организације рада гарантује минимум од три недеље годишњег одмора. Дужину одмора, утврђивање критеријума и максимума, законодавац пропушта општем акту или уговором о раду.

Закон о раду у значајној мери редуцира трајање плаћеног одсуства.

Запослени има право на плаћено одсуство у току календарске године највише до пет радних дана у случају склапања брака, порођаја супруге, теже болести или смрти члана уже породице, добровољног давања крви и у другим случајевима утврђеним општим актом или уговором о раду.

У дугогодишњој радној легислативи радник је имао право на плаћено одсуство до седам радних дана у календарској години по свим основама, с тим што су изван тог оквира била конституисана права на одсуство у случају смрти члана уже породице и добровољног давања крви.

6) Породиљско одсуство

Закон о раду прописује (чл. 69) право на породиљско одсуство и одсуство са рада ради неге детета, кумулативно у трајању од 365 дана. Само породиљско одсуство траје до навршења три месеца од дана порођаја, а остатак до годину дана се односи на негу детета.

27. У дужем периоду у Србији бројни радници скраћују дневни одмор, како би у економској кризи допуњавали кућни буџет.

28. Годишњи одмор је значајно право радника, али га је Закон о раду са девет чланова пре нормирао. Примера ради, уговор о раду закон посвећује четири члана.

Ова материнска права Закон о раду у великој мери сужава у односу на раније законе.²⁹⁾

С обзиром да важећи савезни Закон о основама радних односа прописује да породиљско одсуство траје најмање до године дана живота детета, решење Закона о раду (три месеца) се може означити нехармонизованим и штетним по веома угрожен наталитет у Србији.

У члану 69. Закона о раду не стоји формулатија да радница има право на породиљско одсуство **за време трудноће и порођаја**. На неправилност те формулатије, присутне у нашем радном законодавству преко три деценије, аутор је указивао у неколико радова³⁰⁾ и предлагао је замену речи “за време порођаја” језички исправним формулатијама “после порођаја”, “поводом порођаја”, или “за случај порођаја”.

Неправилна формулатија “за време порођаја” више не постоји у одредбама члана 69. Закона о раду који регулише породиљско одсуство. Али, нажалост, она није потпуно нестала из наше радне легислативе. У основним одредбама Закона о раду (чл. 9) прописано је да запослена жена има право на посебну заштиту за време трудноће и порођаја.

7) Посебни уговори радног права

Закон о раду посебно нормира закључење уговора о раду за обављање послова са повећаним ризиком. У питању су послови за чије су обављање прописани посебни услови рада. Ранији Закон о радним односима није посебно регулисао овај уговор.

Послодавац може да закључи овакав уговор само са лицем које испуњава услове за рад на тим пословима. Те послове запослени може да обавља само на основу претходно утврђене здравствене способности од стране надлежне здравствене установе.

Посебни услови рада су предмет регулативе неколико конвенција и препорука Међународне организације рада, а у домаћем праву њих третирају Закон о заштити на раду³¹⁾ и бројни подзаконски акти, као и специјални закони и њихови пратећи прописи за поједине области рада.

Посебна права запослених на овим пословима утврдиће се Законом о пензијском и инвалидском осигурању.

Три члана Закон о раду посвећује уговору о раду за обављање послова ван просторија послодавца (рад на сиц). Закон прописује садржину овог уговора и пре-

29. Закон о радним односима из 1996. године прописивао је породиљско одсуство у трајању до навршене године дана живота детета (за прво, друго, четврто и свако друго дете), а двогодишње породиљско одсуство за треће дете.

30. Видети, на пример: Д. Симоновић, "Путеви и странпутице нашег радног законодавства", оп. cit., стр. 183, 184.

31. Објављен у "Сл. гласнику РС", бр. 42/91. 92/98.

цизира чланове уже породице који могу обављати рад на сиц у име и за рачун послодавца.

Закон о радним односима из 1996. године предвиђао је, *exempli causa*, послове који могу бити предмет овог уговора (израда предмета домаће радиности, скупљање секундарних сировина, продаја књига, брошура, новина, пружање услуга на рачунару).

Закон о раду, одредбама које представљају новину, наглашава да овим уговором могу да се уговоре само они послови који нису опасни или штетни по здравље и не угрожавају животну средину.

Рад на сиц је предмет регулативе Конвенције бр. 177. и Препоруке бр. 184, које су усвојене у јуну 1996. Конвенција је ступила на снагу у априлу 2000. године. Она захтева од националних законодавстава да промовише једнакост поступања радника на сиц са осталим радницима и прописивање минималног узраста за запошљавање.

Као новину, Закон о раду уводи могућност закључивања уговора о раду за обављање послова кућног помоћног особља.

Тaj уговор је традиционално познат у упоредном праву. Новом регулативом Закон о раду озакоњује праксу дugo присутну код нас. У дневним и специјалним листовима свакодневно се исказује потреба за чувањем деце и за разне друге кућне послове.

Уговором о раду кућног помоћног особља може да се уговори исплата дела зараде у натури (обезбеђивање становића, исхране). Вредност дела давања у натури мора се изразити у новцу.

Према чл. 125. Закона о раду, послодавац може за обављање привремених и повремених послова, који не трају дуже од 180 радних дана у календарској години, да закључи уговор са лицем које је члан омладинске или студентске задруге.

Ове одредбе су у извесној колизији са специјалним прописима о задругарству. Према чл. 6. Закона о задругама,³²⁾ задруга у правном промету, или у име и за рачун задругара. Према ст. 1, чл. 40. Општих правила омладинског и студентског задругарства³³⁾ задруга у име и за рачун задругара закључује уговор са послодавцем и утврђује садржину уговора. Такође, прописано је да основни уговор, подаци о врсти и извршиоцу послова, могу бити утврђени упутом на рад који има карактер уговора.

Ова колизија води закључку да у готово сваком поглављу Закона о раду има нејасних и контрадикторних одредаба, које стварају недоумице у примени закона.

Закон о раду не преузима од свог претходника одредбе уговора о волонтерском раду.

32. Објављен у "Сл. листу СРЈ", бр. 41/96.

33. Објављен у "Сл. листу СРЈ", бр. 20/98.

8) Забрана конкуренције

Уговором о раду могу да се утврде послови које запослени не може да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, без сагласности послодавца код кога је у радном односу.

Овом одредбом (чл. 93, ст. 1. Закона о раду) у нашу радну легислативу уводи се институт забране конкуренције. У питању је институт факултативне природе. Дакле, уговором о раду или општим актима може, али не мора, да се уведе забрана конкуренције.

Забрана конкуренције може да се утврди само ако постоје услови да запослени радом код послодавца стекне нова, посебна важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или да дође до сазнања важних пословних информација и тајни (чл. 93, ст. 2. Закона о раду).

Општим актом или уговором о раду утврђује се и територијално важење забране конкуренције, у зависности од врсте посла на који се забрана односи. Ако запослени прекрши забрану конкуренције, послодавац има право од запосленог да захтева накнаду штете (чл. 93, ст. 3. и 4. Закона о раду).

Забрану конкуренције прописује Закон о предузећима³⁴⁾ за: 1) члана оргтачког друштва, комплементара командитног друштва, члана друштва са ограниченој одговорношћу, 2) члана управе, надзорног одбора и извршног одбора директора друштва са ограниченој одговорношћу, акционарског друштва, друштвеног и јавног предузећа (чл. 92, ст. 1).

Прекршај клаузуле конкуренције повлачи четири санкције, међу којима изрицање престанка радног или другог уговорног односа и накнаду штете.

Проширење обавезе лојалног понашања, стипулисане за лица (чланове) из чл. 92, ст. 1. Закона о предузећима, на све или на појединачне запослене у предузећу материја је посебних радноправних прописа и на њиховој основи колективних уговора.³⁵⁾

Такво проширење управо чини Закон о раду. Иначе, институт забране конкуренције је дуго присутан у упоредном праву.

Законска забрана конкуренције онемогућава рад радника за конкурентског послодавца у току трајања радног односа, а уговорна забрана иде корак даље, јер ограничава слободу рада за извесно време и после престанка радног односа.³⁶⁾

Закон о предузећима у чл. 396, ст. 6. прописује разлоге због којих се може разрешити директор друштвеног предузећа. Између осталог, он може бити разрешен ако прекрши правила клаузуле конкуренције.

34. Објављен у "Сл. листу СРЈ", бр. 29/96., 27/97.

35. Мирко Васиљевић, "Коментар Закона о предузећима", Удружење правника у привреди СР Југославије, Београд, 1996, стр. 110.

36. Б. Лубарда, оп. cit., стр. 573.

9) Дисциплинска одговорност

Дисциплинска одговорност радника представља значајан сегмент радног права.

Савезни Закон о основама радних односа унео је 1996. године радикалне новине у институт дисциплинске одговорности. Систем дисциплинских мера је сведен на две: на новчану казну и престанак радног односа. Упитању су најтеже репресивне мере. Истовремено, укинута је јавна опомена, последња дисциплинска мера са васпитно-моралним дејством. Директору је враћена улога дисциплинског старешине. Он покреће, води дисциплински поступак и изриче дисциплинске мере. Укинуто је право приговора на новчану казну. Норме о дисциплинској одговорности разрадио је републички Закон о радним односима.

Закон о раду не садржи ни једну једину одредбу о институту дисциплинске одговорности. Практично он је дерогирао тај традиционални и веома значајни институт радног права.

Шта је Закон о раду постигао оваквим потезом? Раскид са прошлопшћу и нову радноправну странпутицу, по схватању аутора.

Извршење кривичног дела и злоупотребу боловања, повреде радних обавеза из свог претходника, Закон о раду је “конвертовао” у разлоге за отказ уговора о раду од стране послодавца.

Осим та два разлога, Закон о раду у чл. 101. набраја још шест разлога за отказ уговора о раду, међу којима: ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене уговором о раду (чл. 101, ст. 1, тач. 3) и ако не поштује радну дисциплину (чл. 101, ст. 1, тач. 4).

Дисциплинска одговорност се данас нашла у веома неодговорном “врзином колу”. Утврђена је у савезном радном закону; укинута у републичком (који у чл. 101, ст. 1, тач. 3, утврђује да се уговором о раду утврђује повреда радне обавезе); разрађена у општем, посебним и појединачним колективним уговорима.

Институт дисциплинске одговорности постоји у упоредном праву. Тамо је поступак једноставан и рационалан.

У нашој радној легислативи решења иду из крајности у крајност. Према Закону о удруженом раду из 1976. године, дисциплински поступак је био доведен до ритуала, чији је врх персонификовао члан дисциплинске комисије изван радног колектива, биран са листе Већа удруженог рада Скупштине општине. Данас, Закон о раду брише и последње слово института дисциплинске одговорности.

Осим што постоји у савезном Закону о основама радних односа, институт дисциплинске одговорности постоји у законима који регулишу радне односе у државној управи, полицији и војсци. Нестао је само из бучно најављиваног, амандманима “бомбардованог” и компромисима “крпљеног” Закона о раду.

10) Заштита права радника

Интерна заштита права радника се обезбеђује код послодавца, а екстерна се остварује пред судом и органом инспекције рада.

Интерна заштита подразумева двостепеност у одлучивању код послодавца о појединачним правима, обавезама и одговорностима радника.

Готово пола века у нашој радноправној регулативи раднику је обезбеђивана двостепеност у одлучивању. По његовим приговорима (жалбама, захтевима за заштиту права) одлучивали су различити органи, по правилу орган управљања или посебна другостепена комисија.

Радни закони из 1996. године праве радикалан заокрет у овој области. Они укидају двостепеност у одлучивању, осим у случају изрицања дисциплинске мере престанка радног односа. Првостепена одлука донета код послодавца је коначна и радник је може оспоравати само у судском поступку.

Укидање двостепености у одлучивању о правима, обавезама и одговорностима радника је, заиста, радикалан потез који се, по оцени аутора, коси са уставом прописаним гаранцијама.

Устав СР Југославије прописује да се сваком јемчи право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву. Дакле, та уставна одредба гарантује двостепеност у одлучивању. На исти начин право на жалбу јемчи Устав Републике Србије.

Право на жалбу је садржано и у актима Међународне организације рада. То право регулише Препорука бр. 129 од 1967. године. У параграфу 3. препорука предлаже да сваком раднику треба признати право на жалбу у предузећу.

Препорука, даље, предлаже да заинтересованом раднику треба обезбедити да непосредно учествује у поступку по његовој жалби. Такође, треба му обезбедити право да му одређено лице помаже у жалбеном поступку, или да га заступа за све време решавања жалбе. Свако лице запослено у истом предузећу које помаже раднику, или га заступа за време решавања његове жалбе, ужива исту заштиту као и радник који поднесе жалбу (параграф 2а препоруке).

Закон о раду је брисао и последњи случај у коме је обезбеђивана двостепеност у одлучивању (приговор против одлуке о изрицању мере престанка радног односа). С обзиром да право на двостепено одлучивање у том случају постоји у Закону о основама радних односа, на терену смо још једне инкомпабилности Закона о раду и савезног закона.

Закон о раду је задржао институт арбитраже за радне спорове. Пред њу запослени и послодавац могу да изнесу спорна питања.

Арбитража има непаран број чланова. У њен састав улази подједнак број представника страна у спору и један арбитар споразумно одређен из реда стручњака за област која је предмет спора. Састав арбитраже и поступак пред њом уређује се општим актом. Арбитражна одлука је коначна и обавезује послодавца и запосленог.

Арбитражу за радне спорове у нашу радну легислативу вратио је Закон о основама радних односа 1996. године. Арбитража није орган мериторног одлучивања. Она само посредује и помаже у решавању спорног питања, са циљем да се спор између послодавца и радника оконча мирним путем (споразумно), те умного-

ме подсећа на мировно веће. Она превентивно делује у односу на судску заштиту, јер ако се постигне споразум пред арбитражом отпада потреба заснивања радног судског спора. Док траје поступак пред арбитражом, не теку рокови за покретање судског спора. Ова одредба има значајно процесно-правно дејство, јер спречава преклузију. Одлука о постигнутом споразуму пред арбитражом за радне спорове има снагу судског поравнања.

Како се види, у знатној мери се разликују одредбе савезног Закона о основама радних односа и Закона о раду у погледу арбитраже за радне спорове. Највећа колизија се односи на процесноправно дејство арбитражне одлуке.

Према Закону о раду, одлука арбитраже је коначна и обавезујућа за послодавца и запосленог. Шта ако се стране у спору предомисле? Не постоји процесна сметња да се коначна одлука напада у судском спору.

Јаче је процесноправно дејство арбитражне одлуке по Закону о основама радних односа, с обзиром да она има снагу судског поравнања.

Судско поравнање је вид правоснажног окончања парнице. Ако би страна у спору по закљученом судском поравнању поднела тужбу, суд би исту одбацио као недозвољену, с обзиром да је спорни однос правоснажно решен.

Потребно је хармонизовати одредбе о арбитражи за радне спорове. У овом моменту нема разлога за журбу, јер арбитраже за радне спорове у Србији још увек су “мртво слово на папиру”. Можда ће Закон о раду подстакти њихово оживотворење, пошто је двостепеност у одлучивању код послодавца у целини укинута.

Што се тиче екстерне (судске) заштите радника, Закон о раду прописује да спор пред надлежним судом против одлуке о повреди права може да покрене за-послени или синдикат, ако га он овласти.

Као новину, Закон о раду у чл. 122, ст. 3. прописује да се радни спор правоснажно окончава пред надлежним судом у року од шест месеци од његовог покретања.

Цитирана норма у судској реалности звучи сасвим утопистички. У дугом временском периоду радни спорови у Србији трају по неколико година. Најављене реформе у правосуђу су у самом зачетку. Без радикалних реформи, одредба о правоснажном окончању радног спора за шест месеци представља само пусту жељу законодавца.

У погледу домашаја спора, суд одлучује да ли је одлука послодавца у складу са законом, колективним уговором или општим актом (спор о законитости). Та врста спора је у дугом временском периоду доминирајућа. У спору о законитости суд се упушта само у законитост одлуке, а не и у њену целисност. Ако је одлука незаконита, суд је поништава са дејством *ex tunc*.

У знатно мањем обиму, суд је решавао у спору пуне јурисдикције (право на исплату зараде и других новчаних потраживања радника, право на накнаду штете, враћање радника на рад). У таквом спору суд одлучује о самом праву радника. Пресуда у спору пуне јурисдикције има конститутиван карактер. Она обавезује на чинидбу и подобна је за принудно извршење.

Према чл. 21, ст. 3. Закона о уређењу судова,³⁷⁾ општински суд у првом степену суди у споровима поводом заснивања, постојања и престанка радног односа; о правима, обавезама и одговорностима из радног односа и о накнади штете коју радник претрпи на раду или у вези са радом.

Правоснажне судске одлуке се морају извршавати. То је један од врховних принципа правног поретка. Обавеза извршења правоснажне пресуде је инкорпорисана у саме појмове права, правног поретка и судске власти. Нажалост, у нашој пракси неретко су се директори оглушавали о обавезу извршења правоснажне судске одлуке, без сношења негативних последица.

Савезни Закон о основним правима из радног односа из 1989. године³⁸⁾ прописивао је личну одговорност пословодног органа за неизвршење правоснажне судске одлуке. Запретио је директору когентном нормом, по којој због таквог неизвршења он чини тежу повреду радне обавезе за коју му се изриче дисциплинска мера престанка радног односа.³⁹⁾

Савезни Закон о основама радних односа из 1996. године није преuzeо одредбе свог претходника о дисциплинској одговорности директора због неизвршења правоснажне судске одлуке. Он прописује да је послодавац дужан да изврши правоснажну одлуку суда донету у поступку за заштиту права радника и да неизвршење те обавезе повлачи прекрајну одговорност.

Закон о раду не садржи одредбе о обавези извршавања правоснажне судске одлуке из радних односа. Или је у питању нехатни пропуст законодавца или намерно изостављање тих одредаба, с обзиром на важећу норму савезног Закона о основама радних односа и на општи принцип обавезности извршавања правоснажне пресуде.

11) Незаконит престанак радног односа

Савезни Закон о основама радних односа не садржи посебне одредбе о незаконитом престанку радног односа, нити их је садржавао ранији Закон о радним односима Србије.

Међутим, у дугогодишњој јудикатури искристалисана су правна правила у материји незаконитог престанка радног односа радника. На основу правоснажне судске одлуке, послодавац је био дужан да врати радника на посао, са потпуном репарацијом штете због незаконите одлуке о престанку радног односа.⁴⁰⁾

37. Објављен у "Сл. гласнику РС", бр. 63/2001.

38. Објављен у "Сл. листу СФРЈ", бр. 60/89.

39. Нажалост, у великим раскораку закона и праксе, ова императивна норма се свела на пукотретњу, без правног одјека у животу. Аутору није познат ни један случај директора коме је престао радни однос због неизвршења правоснажне судске одлуке.

40. Репарација је обухватала: накнаду изгубљене зараде, плаћање доприноса, регреса за годишњи одмор... Мишљења су била подељена у погледу исплате накнаде за топли оброк.

Закон о раду, у чл. 108, регулише питање незаконитог отказа радника. Ако суд донесе правоснажну одлуку којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, запослени има право да се врати на рад, ако то захтева.

Дакле, враћање радника на рад више није облигатна обавеза послодавца, већ зависи од воље самог радника коме је незаконито престао радни однос. То је битно другачији концепт од досадашњег.

Поред враћања на рад, послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту или уговору о раду, као и да му уплати доприносе за обавезно социјално осигурање (чл. 108, ст. 2. Закона о раду).

Већ у следећој одредби (чл. 108, ст. 3) Закона о раду наглашава да се накнада штете због незаконитог отказа умањује за износ прихода које је запослени остварио по било ком основу, после престанка радног односа.

Цитирана одредба представља законску новину и она ће се, по схватању аутора, тешко спроводити у пракси, с обзиром да се радник, у ишчекивању судске одлуке о враћању на рад, бави тзв. пословима “на црно” са нерегистрованим приходим.

12) Директор

Савезни Закон о основама радних односа је 1996. године означио прекретницу у области одлучивања о појединим правима, обавезама и одговорностима радника. Одзвонило је колегијалном одлучивању у области рада, које је кулминирало Законом о удруженом раду. Директору је враћена улога старешине радних односа.⁴¹⁾

Нова позиција директора у радној легислативи изазвала је питање: да ли директор има својство радника? Да ли је он уопште у радном односу?

Они који су тврдили да директор није у радном односу, узмицали су пред одредбом чл. 12. Закона о радним односима из 1996. године, по којој директор заснива радни однос (на основу одлуке о избору) уговором о раду који закључује са органом који га именује. Разуверила их је и законска одредба по којој о дисциплинској одговорности директора одлучује орган који га именује.

Према чл. 120. Закона о раду, о правима, обавезама и одговорностима из радног односа одлучује директор или лице које он писмено овласти. Овај концепт је шире од оног из претходног закона, по коме је директор могао пренети овлашћење за одлучивање у области радних односа на друго лице са посебним овлашћењима и одговорностима.

41. Синдикати су 1996. године оштро реаговали због реституције овлашћења директора у радним односима. Та овлашћења, од пријема радника, преко дисциплинског старешине, до отказа, оцењена су као претерана. Изражена је бојазан од самовоље директора. Истицан је став да нови закон, увођењем страха и репресије, неће оставити адекватну радну дисциплину. Масовно је тражено стављање ван снаге закона, нарочито одредаба о овлашћењима директора и о укидању двостепености у одлучивању.

Нови Закон о раду није преузео одредбе о заснивању радног односа директора од свог претходника. Сада се, из више разлога него пре неколико година, може поставити питање: да ли је директор у радном односу? Ево још једне прилике за замах Министарства рада у давању мишљења.

У упоредном праву, нарочито у земљама развијене тржишне привреде, правни основ ангажовања директора је, по правилу, уговор о налогу (мандату), а не уговор о раду. Тамо директор није, нити може бити у радном односу, с обзиром да није могућа кумулација уговора о мандату и уговора о раду. Када се изврши избор директора из реда запослених у самом предузећу, избрани мора дати отказ дотадашњег уговора о раду. Својство директора подразумева пуну самосталност и независност у вршењу управљачких функција, што исказује било какву субординацију без које нема уговора о раду и радног односа.⁴²⁾

У предноправна решења могу да пруже драгоцену помоћ у трагању за одговором на горе постављено питање о радноправном положају директора.

13) Неколико законских новина

Аутор је на претходним страницама указао на одређене новине у Закону о раду. У овом делу, без посебне систематике, он ће скренути пажњу на још неколико законских новина.

а) Ако запослени не ступи на рад даном утврђеним уговором о раду, сматра се да није засновао радни однос, осим ако је спречен да ступи на рад из оправданих разлога, или ако се послодавац и запослени друкчије договоре (чл. 20. Закона о раду).

Оправданост разлога за спреченост цени послодавац. Он треба да прихвати традиционално признате извињавајуће околности (смрт у породици, болест, виша сила и сл.).

б) Пуно радно време за запосленог млађег од 18 година живота не може да се утврди у трајању дужем од 35 часова недељно (чл. 34, ст. 2. Закона о раду).

Ова одредба допуњује законску регулативу која се односи на посебну заштиту малолетних радника. Принцип *argumentum a contrario* наводи нас на закључак да у овом случају радна недеља може да буде краћа од 35 часова, што зависи од послодавца. Њему закон одређује само горњу границу.

в) Код послова са повећаним ризиком, радно време се скраћује сразмерно штетном дејству услова рада на здравље и радну способност радника, а највише 10 часова недељно.

Ранији закони нису утврђивали доњу границу за скраћено радно време.

г) Радни дан, по правилу, траје осам часова (чл. 39, ст. 3. Закона о раду).

Ранији радни закони утврђивали су недељно радно време. Оно према савезном Закону о основама радних односа износи 40 часова у радној недељи (исто решење

42. Бранко Лубарда, *Правни основ ангажовања директора предузећа у упоредном и југословенском праву*, "Право и привреда" бр. 5-8/99, стр. 640.

је садржао ранији Закон о радним односима Србије). Закон о раду мења концепцију утврђивања радног времена. Он прописује да радна недеља траје пет радних дана и да послодавац утврђује распоред радног времена у оквиру радне недеље. Прецизирањем да радни дан, по правилу, траје осам часова закон у приличној мери збуњује. Какав изузетак може да направи послодавац? Хипотетички, тумачењем ове законске новине, радно време би могло да износи по осам и по часова четири дана, а петог дана (уочи викенда) шест часова.

д) Забрањена је прерасподела радног времена запосленом који је млађи од 18 година живота (чл. 45, ст. 1. Закона о раду).

И ова законска новина је у функцији обезбеђивања посебне заштите малолетних радника.

ђ) Ако је рад организован у сменама, мора да се обезбеди измена смена, тако да запослени не ради непрекидно више од једне радне недеље ноћу. Запослени може да ради ноћу дуже од једне радне недеље уз његову писмену сагласност (чл. 47, ст. 2 и 3. Закона о раду).

Ограничења која Закон о раду уводи у погледу ноћног рада имају заштитни карактер, с обзиром да је ноћни рад психофизички тежи од дневног.

е) Запослена жена за време последњих осам недеља трудноће не може да ради прековремено, односно ноћу (чл. 68, ст. 1. Закона о раду).

Ово материнско право Закон о раду је сузио. Према ранијем Закону о радним односима (чл. 78, ст. 1.), забрана ноћног и прековременог рада односила се на целикунни период трудноће.

ж) Запослени је дужан да, најкасније у року од три дана од дана наступања привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању, о томе достави послодавцу потврду лекара која садржи и време очекиване спречености за рад (чл. 80, ст. 1. Закона о раду).

з) Запослени има право на накнаду зараде за време одсуствовања са рада због привремене неспособности за рад до 30 дана, у висини 65% зараде коју би остварио у месецу у којем је наступила привремена спреченост за рад, ако је она проузрокована болешћу или повредом ван рада (чл. 86. Закона о раду).

Према Општем колективном уговору⁴³⁾ (чл. 33, тач. 2), накнада зараде за боловање износи најмање 80% од зараде коју је радник остварио у претходном месецу.

Законским новинама под ж) и з), законодавац је показао вољу да спречи, односно да смањи злоупотребе боловања.

и) Послодавац може да понуди запосленом закључивање уговора о раду под изменењеним условима, само из оправданих разлога. Запосленом који одбије да закључи изменењени уговор, послодавац може да откаже уговор о раду (чл. 103. Закона о раду).

43. Објављен у "Сл. гласнику РС", бр. 22/97 и 21/98.

Законодавац не наводи оправдане разлоге, чак ни *exempli causa*. Стога се ова норма може сматрати волунтаристичком. Оправдана је бојазан да се широким тумачењем оправданости разлога може злоупотребити норма од стране послодавца. Последице одбијања радника да закључи уговор о раду под измењеним условима је потенцијално отказивање уговора. Тиме је могућност отказа уговора о раду, по-ред случајева утврђених у чл. 101. Закона о раду, по оцени аутора, ушла у закон "на мала врата".

ј) Брисане су одредбе о обавезному заснивању радног односа из ранијег републичког Закона о радним односима (чл. 128). Запошљавање радника је ствар воље и интереса послодавца. Оно се не може решавати административном принудом.

IV - Закључак

Враћање на сами почетак овог рада значи понирање до Петрониуса: Свако греши на своју штету - *Sibi quisque peccat* (Petronius, 45,10). Оно не важи за законодавца.

Грешке законодавца материјализоване Законом о раду неће осетити доносилац, већ поданици закона. Они на које се закон односи и они који ће га применјивати.

Са свим манама и врлинама, Закон о раду означава раскид са прошлочију. Одзвонило је друштвеној својини и самоуправљању. Уређени имовинско-правни односи, тржишни услови привређивања и укључивање у светску економију су *conditio sine qua non* опстанка и развоја друштва.

Ипак, чини се да је на том неминовном путу, Закон о раду пожурио. Направио је искорак испред времена у ком реално живимо и испред социјалног миљеа у ком још увек доминирају друштвена и државна својина.

Многи институте радног права, традиционално познате у упоредном праву, законодавац је исхитрено и некритички инкорпорисао у Закон о раду. Решења добро утабана у развијеним земљама неспретно су накалемљена на дрво живота економски изнурене Србије, која тек првим корацима ступа на стазу транзиције и опоравка.

У тој журби, дошло је до знатног раскорака решења из Закона о раду са Уставом СР Југославије, Уставом Републике Србије, савезним Законом о основама радних односа и другим прописима.

Стиче се утисак да је Закон о раду боље хармонизован са европским правом, него унутар корпуса правних бића Југославије и Србије.

Нејасне и противречне норме изазваће недоумице у тумачењу и примени Закона о раду. Над неким решењима дубоко ће се замислити и најсвеснији тумачи права.

(чланак примљен 28. II 2002.)

Dragoljub Simonović
Legal Department Chief of Public Utility Company "EPS", Belgrade

The Labour Act – A Cancellation with Past

Summary

The Labour Act is continuation in process of reforms in our labour legislative, in the meaning of cancellation with past. That is a Republic's statute with a new title. It has been enacted independently of federal The Labour Relationship Grounds Act, which means that the constitutional principle of compulsory accordance of republic's provisions with federal provisions. The Act "asserts" to be harmonized with accepted international conventions, but it stayed disharmonized with the legal grounds of Serbia and Yugoslavia. The announcement and employer's duty of notification the Labour Bureau about its need for the new employees has been quitted. It has also been quitted the rules about disciplinary responsibility and two-phases proceeding in deciding on workers' rights, duties and responsibilities. The new rules have been introduced: labour contract of home service stuff; prohibition of competition; illegal termination of labour relationship. Many provisions of the former Act have been amended. The act is "rich" with unclear and controversial rules, which will cause many problems in its interpretation and enforcement. The impression is that the Labour Act has too early on the necessary "reform path". It made a step before our time nowadays, in which social and state ownership is predominant.

Key words: Labour; Labour Relationship; Harmonisation; Labour Contract; Vacation; Disciplinary Responsibility; Statutory Amendments; Director; Unclear and Controversial Rules.

**Мр Тамара Миленковић - Керковић,
асистент, Економски факултет, Ниш**

UDK 341.24:347.7

Учешће трећих страна према правном водичу УН за међународне контратговинске трансакције

Извод

Након другог свејског рата усвојавао се нови концепт ауторомног права међународне трговине, заснован на описане првих већима је једнојајнијим правилама, која су описане, транснационалност и арбитраже, као начин решавања спорова. Ауторома је правила која уређују послове у "арени" међународне трговине развијана су у пракси, изражена у моделима уговора, стварним клаузулама, описаним условима исторуке и трговачким обичајима. Ујрокос великом разликама у правној науци, у објашњавању природе ове "нове рођене lex mercatoria" постоји следећа објективна чињеница. У области lex mercatoria настало је мноштво нових уговора, непознатих у националним законодавствима, као што су франшизинг, франчоринг, лизинг, акредитив, евентуални акредитив, тајм-шеаринг уговори, правовремени уговори и други. Концепт контаратрговине изграђен је у оквирима нове lex mercatoria. Ујрокос чињеници да контаратрговина изледа заснивала, пракса контаратрговине расце у већини своји облика. Контаратрговина је заједнички израз за већину облика и начина који повезују два извозна посла, једног који произлази из извозникове земље и другог из увозникове. Ова два узајамна посла обухватају два уговора о набавци у два смера, повезана прописом. UNCITRAL је пријемио и 1993. године усвојио Правни водич УН за међународне контаратрговинске послове. Овај чланак се усредсређује на преторуку Водича и његове савете у решавању учешћа трећих лица у контаратрговинским пословима – случајеве у којима, одређено ли-

це њоверава куповину или продају робе коју намерава да обави, прећем лицу, уместо лично да је обавави.

*Кључне речи: контраџгонина, правни водич, Уједињене нације, међународни
џгонински послови*

Уводна разматрања о контратрговини

“What would this island be without foreign trade, but a place of confinement to the inhabitants, who (without it) could be but a kind of hermits, as being separated from the rest of the world: it is a foreign trade that renders us rich, honourable and great, that gives us a name and esteem in the world.”

*Charles Molloy,
De Jure Maritomo et Navale, 1676*

Другу половину столећа које је за нама обележиле су на светској трговинској сцени две “ускрсле”, за многе неочекиване појаве. Прва од њих, позната у правној доктрини, али све више и у међународној трговинској пракси, као *lex mercatoria* је средњевековног порекла, док је порекло друге појаве - контратрговине (*counter-trade*) сасвим древно. Оба ова феномена одговор су светске заједнице трговаца на проблеме које пред несавршено светско тржиште и ограничења националних законодавстава поставља захуктали привредни живот.

Космополитизам међународне трговинске праксе показао се неупоредиво инвентивнијим од права (тачније од националне легислативе) и постао “*spiritus modernus*” нарастајуће снаге новог универзалног права међународне трговине - нове *lex mercatoria*, као и једног од њених маркантних института - контратрговине. Поред чињенице да и *lex mercatoria* и контратрговина представљају појаве са којима се светска заједница трговаца кроз своју историју већ сусретала, као и да обе свој поновни поход почињу у периоду после Другог светског рата, њих повезује и заједнички, крајње контроверзан третман у правној доктрини. У правној се науци развила веома жива, и даље актуелна полемика о постојању и карактеру *lex mercatoria*, која с времена на време добија сразмере правог научног конфликта, доводећи своје учеснике на позиције избора између добра и зла. Сличну судбину, мада, исти не ради уз много мање интересовања, па чак и прећуткивања од стране правних аутора имала је и контратрговина, посебно у време своје највеће заступљености у међународној трговини, 70-их и 80-их година прошлог века.

Како доктринарна дихотомија о аутономности новог права међународне трговине- нове *lex mercatoria*, далеко премашује оквир овог рада, указаћемо само на основне поставке тог проблема.¹⁾ Након Другог светског рата отпочиње континуирана експанзија међународне трговине, а као последица огромног развоја науке и технике свет постаје “глобално село” у коме отпочиње борба за нова тржшта и унапређење средстава дистрибуције робе и услуга. Ограничења успостављена на-

ционалним законодавствима доводе до стварања нових правних техника и инструментата у међународној трговини и тиме до новог концепта права које регулише међународну трговину. Шездесетих година проф. C. Schmitthoff заједно са неколицином других аутора, међу којима Ph. Kahn, B. Goldman, E. Langen, A. Goldstein и др. почињу да уобличавају доктрину новог трговинског права које настаје независно од националних законодавстава, а утемељено је на општеприхваћеној трговинској пракси и обичајима проистеклим из те праксе.²⁾

Међународно трговинско право прошло је у свом развоју три стадијума. Први је период средњевековног трговинског права, старе *lex mercatoria* створене као сталешко право трговаца које се рађало у доба Првог крсташког похода. Само је ово право било истински интернационално јер се састојало од праксе и обичаја који су се примењивали широм Европе. На сваком месту трговци су на исти начин обављали послове, а исти обичаји важили су и у Лондону, Ремсу, Келну или Милану. У другом периоду развоја, у доба појаве националног трговинског права, оно почиње да губи свој космополитски карактер, кроз процес инкорпорације у национална законодавства европских земаља. Двадесети век донео је нову етапу у развоју права међународне трговине, кроз процес оживљавања универзалног права трговаца. Путем уговора које закључују на основу општеприхваћене праксе и обичаја који су темељ те праксе, а још више кроз своје трговинске асоцијације, трговци (али сада и сви други субјекти у међународним трговинским трансакцијама) креирају корпус права различит од оног у националним законодавствима који све више добија карактер аутономног правног поретка на транснационалном нивоу.

У једном од првих чланака посвећених новом концепту права које је у фази свог стварања, проф. Голдштајн наводи да је универзална једнообразност правила којима се регулише међународна трговина последица чињенице да су темељ тога права три фундаментална принципа: принцип аутономије воље уговорних страна, принцип по коме се уговорне одредбе морају поштовати (*pacta sunt servanda*) као и арбитражно решавање спорова.³⁾

Међутим, за разлику од средњевековне *lex mercatoria*, како истиче проф. Schmitthoff⁴⁾ нову *lex mercatoria* карактеришу два значајна обележја. Прво, да њен

1. Више о томе "Lex Mercatoria and Arbitration", A Discussieon of the New Law Merchant, ed. Thomas Carbonneau, Kluwer,1998. , C. M. Schmitthoff:"The Law of International Trade", in Commercial Law in a Changing Economic Climate, 2nd ed. .London:Sweet & Maxwell,1981. pp. 18-33, R. Goode:"Commercial Law in the Next Millenium", Sweet & Maxwell,London,1998. , H. Berman:"The Law of International Commercial Transaction (Lex Mercatoria)", Emory J. "International Dispute Resolution", Harvard University,1988, pp. 235-310, Goldstein,A. :"The New Law Merchant Reconsidered", in Law and International Trade, Frankfurt, 1973,pp. 171-174.
2. "In this way a new, autonomous law is being developed in practice, expresed in model contracts, standard clauses, general terms of delivery, commercial custom and trade usage. Moreover, to the extent settlement of differences is refferred to arbitration, a uniform legal order is being created. . . .", A. Goldstajn,"The New Law Merchant", International Business Lawyer, 1961,pp. 12.
3. A. Goldstein: "The New Law Merchant Reconsidered" in Law and International Trade, Festchrift for C. M. Schmitthoff (Frankfurt,1973),pp. 171-174.

међународни карактер мора бити у складу са концептом националног суверенитета на коме је светски поредак још увек заснован, а који је *fons et origo* читавог права. Друго, док је средњевековна *lex mercatoria* стварана стихијно и неплански, модерна *lex mercatoria* је промишљена креација стручних тела и њено отелотворење се врши кроз међународне конвенције, модел законе и правне водиче међудржавних и невладиних организација и агенција попут ICC, UNCITRAL, UNIDROIT и др.

О овој трећој, садашњој фази у развоју међународног трговинског права, аутори говоре као о “*resurrection de ius mercatorum*”, “*newly reborn lex mercatoria*”, сматрајући да се ради о новом, од националних законодавстава независном, аутономном и транснационалном правном поретку.⁵⁾

Поред афирмавативних, постоје и другачије доктринарне струје у правној науци које овом феномену оспоравају постојање, сматрајући да се ради о појединачним, специфичним правилима која имају алтернативни и допунски карактер у односу на државно право, као и да садржина и примена тих правила не одговара појму правне норме. Опоненти концепта *lex mercatoria*, као аутономног правног поретка, наводе да су правила и обичаји прихваћени од стране трговинског света исувише разнолика, али и недовољна да би могла да конституишу један објективни правни систем. Читава “енигма *lex mercatoria*” по њима је предимензионирана, и ова правила су у најбољем случају само корисно, али допунско средство у рукама арбитара.⁶⁾ Неки од представника ових доктринарних струјања истичу да никако не може бити речи о систему права, већ да се ради о скупу принципа и да концепт *principia mercatoria* много истинитије одражава природу, примену и садржај ових правила.⁷⁾

Не упуштајући се у спор о карактеру новог права међународне трговине, треба ипак истаћи да нагли и експанзивни развој нових правних инструмената и уговорних форми које настају изван националне легислативе (*contractus inominatus*, *contrat sans loi*), а још више кроз деловање трговинских и других асоцијација, све више долази до рационализације и униформности трговинских обичаја и општеприхваћених принципа. Кроз кодификаторски рад организација и удружења попут ICC, UNIDROIT, UNCITRAL, Европске комисије за унификацију уговорног права, Међународног удружења правника (ILA) и других, правила и обичаји *lex mercatoria* се осмишљено кодификују и унификају. О таквој тенденцији у развоју *lex mercatoria* говори и готово универзална прихваћеност и примена аката попут INCOTERMS, Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве (UCP) до-

4. C. M. Schmitthoff: "The Law of International Trade" in Commercial Law, ed. by Ross Cranston, Dartmouth, 1992, pp. 21.
5. Више о томе: R. Goode: "Commercial Law in the Next Millennium", Sweet and Maxwell, London, 1998. ; M. J. Bonell: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Towards a New Lex Mercatoria" Revue de Droit Affaires International 145, 1997.
6. A. Lowenfeld: "Lex Mercatoria: an Arbitrator's View" in Lex Mercatoria and Arbitration, pp. 71-91.
7. K. Hight: "The Enigma of the Lex Mercatoria" in Lex Mercatoria and Arbitration, pp. 133-135.

нетих од стране ICC (Међународне трговинске коморе), тзв. Њујоршка Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука (ратификацију извршиле 123 државе), потом Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (CISG) донета од стране UNCITRAL коју је до данас ратификовало 57 земаља, а тренд универзалности и транснационалне прихваћености настављен је 1994. год. доношењем од стране UNIDROIT Начела међународних трговинских уговора⁸⁾, као и Принципа европског уговорног права које је 1997. год. донела Европска комисија за унификацију европског уговорног права.

Међу инструментима правног промета које је изнедрила (прецизније речено, поново открила) нова *lex mercatoria* једно од значајних места заузима институт контратрговине. И поред своје велике заступљености на пољу међународне трговине, ова уговорна пракса која се развија *praeter legem*, изазвала је крајње опречне ставове у правној доктрини, а неретко се срећу и ставови оних њених критичара који је сматрају трансакцијом крајње непримереном степену развоја модерне трговине. Разлог томе је свакако поистовећивање контратрговинских трансакција са идејним полазиштем самог концепта контратрговине- у основи идеје контратрговине одиста је најстарија, људској цивилизацији позната трансакција - размена робе за робу - трампа.

Међутим, као што ће каснија анализа овог института показати, став који контратрговину своди на “*trade without money*” концепт далеко је од њене стварне суштине.⁹⁾ Контратрговина је својом великим заступљеношћу и огромним бројем појавних облика створила низ правних и практичних недоумица. То је, свакако утицало на промену првобитног става UNCITRAL по коме је контратрговина само метод финансирања других правних послова и да због тога не захтева посебну регулативу. Мењајући свој такав првобитни став, UNCITRAL 1993. год. усваја тзв. Правни водич за међународне контратрговинске трансакције који је припремила радна група на челу са Bonell-ом.¹⁰⁾

8. Наводећи случајеве у којима се од стране многих земаља Начела већ користе у процесу реформи домаћег законодавства (Руска Федерација, Камбоџа, Кина, Естонија, Индонезија, Израел и Литванија), Bonell даље истиче :”. . . (T)he UNIDROIT Principles are already making their mark in the international business and legal community. As several experts have acknowledged, the UNIDROIT Principles are likely to be well received and to make significant contribution because they reflect commercial law experience from around the world and are codified in a text that gives a definite and provable material existence to the *lex mercatoria*.”, J. M. Bonell, op. cit. pp. 255.
9. L. G. B. Welt: "Trade Without Money: Barter and Countertrade", New York, Washington, 1984.
10. Legal Guide on International Countertrade Transactions (New York, 4-22 May 1992). Правни водич који доноси Комисија УН за међународно трговинско право не представља акт који би попут Конвенције био обавезан документ за земље потписнице. Водич спада у тзв. soft лањ и има саветодавни карактер а његова је улога да успостави правила путем којих ће субјектима олакшати реализацију ових трансакција. Видети, Legal Guide, Introduction, pp. 1-4 (<http://www.uncitral.org>).

Иако без претензија да решава доктринарна питања која је примена контратрговине створила, овај Правни водич унео је преко потребни ред у ову област и својим решењима понудио одговоре на многа отворена питања.

Контратрговина - анахронизам модерне трговине?

За контратратрговину заиста није претерано рећи да је код ње готово свако питање спорно. Готово сваки од аутора који се њоме бавио дао је своје, различито виђење њеног појмовног одређења и њене типологије, користио други назив (у литератури је у оптицају преко 40 термина - тек је доношење Правног водича донекле довело до терминолошког уједначавања), давао другачију процену њене заступљености, предности и недостатака које њена примена доноси, различито се изјашњавајући о њеној правној природи. Недостатак једне свеобухватне анализе правних аспеката контратрговине (изузимајући Правни водич) свакако отежава појмовно одређење контратрговине.¹¹⁾

Већина аутора би се, међутим, сложила са констатацијом по којој је контратрговина генерички, општеприхваћени појам за било који облик трговине код које новац не представља једино или потпуно средство плаћања за примљену робу или услуге, већ се уместо или уз новчано плаћање формира специфична веза између два одвојена уговора о извозу (снабдевању робом или услугама), тако што извозник пристаје да купи робу или услуге од увозника до уговорене вредности. Ови се аранжмани отелотворују кроз различите типве трговинских уговора, почев од једноставног али све ређе коришћеног бартера, па све до сложених пословних трансакција које не коренспондирају ни са једном врстом познатих уговора.¹²⁾

У обичајено пословање у међународној трговини заснива се на концепту уговора о продаји чија је суштина у метаморфози робе или услуге у њен новчани еквивалент. Међутим, како један аутор¹³⁾ духовито примећује, има ироније у чињеници да оно што под трговином поимамо, у ствари представља куповину. Ма колико чудно изгледало, само се појам контратрговине (*countertrade*) заиста поклапа са оним што трговина јесте. Контратрговински аранжмани представљају алтерна-

11. J. Rajski: "International Compensation Trade Transactions", in International Contracts and Conflict of Laws, ed. by P. Šarčević, London, 1990, pp. 103-107. T. B. Mc Vey: "Countertrade: Commercial Practicies, Legal Issues and Policy Dilemmas", 16 International Law Journal of Georgetown University center, 1, 1984, pp. 2. ; P. Mishkin: "Countertrade and Barter: The Basic Legal Structure", International Business Lawyer, 2, 1986, pp. 7
12. ". . . Countertrade is a collective term which denotes various methods of linking two export transactions, one emanating from the exporter's country and the other from that of the importer. The simplest forms of countertrade are reciprocal sales and barter but, as will be seen later, other types of countertrade are also in use, some of great complexity." L. D'Arcy, C. Murray, B. Cleave; "Schmitt's Export Trade, - The Law and Practice of International Trade", Sweet & Maxwell, London, 2000, pp. 240.
13. G. Hammond: "Countertrade, Offsets and Barter in International Political Economy", London, 1990, pp. 2

тиву традиционалном романском концепту уговора о продаји (*emptio - venditio*). Они су настали, а и развијају се, као својеврstan анахронизам савремене трговине. Наиме, и поред чињенице да се у компликованом механизму савремених трговинских операција сваке секунде путем милиона електронских трансакција купују и продају робе или услуге вредне милијарде долара, са друге стране, у том истом свету се, кроз серије комплексних контратрговинских аранжмана, размењују робе и услуге, а да при том до плаћања или не долази, или само део новчано изражене вредности тих роба и услуга прелази из руке у руку. Употреба бартера и контратрговине бележи у последњих тридесетак година значајан пораст. Процене су веома различите, а неке од њих указују да контратрговина обухвата од 8 до 30 процената укупне међународне трговине.¹⁴⁾

Разлоге за коришћење контратрговинских аранжмана није тешко наћи - први од њих је недостатак новца. Међутим, спољнотрговински дефицит само је један од разлога за коришћење контратрговине. Поред њега у литератури се наводе освајање нових тржишта помоћу технике контратрговине, повећање обима продаје, превазилажење проблема са недостатком готовог новца, репатријација фондова блокираних у страној земљи, успостављање односа међусобног поверења са партнерима, обезбеђење од губитка конкурентног тржишта итд.¹⁵⁾ Постоје и други озбиљни разлози финансијског, економског и политичког карактера као што су заобилажење конкуренције, државног протекционизма и budgetског дефицита, додлажење до сировина из неразвијених и готових производа из развијених земаља, учешће држава ради заштите својих интереса и вођења економске политике али и многи други разлози.

Прву етапу у коришћењу међународних компензационих послова (како су у време своје појаве називани) налазимо тридесетих година 20. века, када се светско тржиште, сучено са колапсом тада важећег валутног система окреће овим аранжманима да би ублажило последице рецесије и несигурности коју је она створила. Иако је након Другог св. рата модерна трговина заснована на принципима мултилатералности и монетарности, као и на неспутаном протоку капитала, роба и услуга - светско тржиште је крајем 70-их година доживело оно што се у праву назива *rebus sic stantibus*. Крах концепта оличеног споразумом у Бретон Вудсу, узрокованим падом вредности долара као и каснијим вишеструким повећањем цене

14. Овако велике разлике у проценама учешћа контратрговине у светској трговини последица су читавог низа фактора од којих су најзначајније велике разлике у терминолошком одређењу контратрговине, тако да аутори под њом подразумевају сасвим различите трансакције. Осим тога велики број таквих трансакција остаје у домену пословне тајне и подаци о тим пословима се не објављују. По неким изворима, у време експанзије контратрговине средином 80-их година, она је обухватала чак 40% укупне међународне трговине. M. Brennan: "Government Pro-active Countertrade: a decade of deals", Murdoch Un. Press, No 171, June 1998. ,pp. 2.

15. Више о томе: D. West: "Countertrade - An Innovative Approach to Marketing", Barter News issue No. 36, 1996. , C. Guyot: "Countertrade - Recent Legal Developments and Comparative Study", Revue de droit affaires, No 8, pp. 759 - 781.

нафте довели су светско тржиште у стање које је најближе упоредити са рецесијом из тридесетих година. Продужена економска стагнација Запада, након бума из седамдесетих година, тешкоће које стварају незапосленост, монетарна нестабилност, enormни буџетски дефицити развијених земаља као и високи дугови неразвијених и земаља у развоју, само су неки од чинилаца који су довели до промена у светској привреди и отежали уобичајену трговинску размену између земаља, основану на традиционалној техници куповине и продаје. Поред недостатка новца и светске дужничке кризе, на нарастање контратрговинских трансакција утицале су у великој мери и политичке прилике актуелне седамдесетих година века који је за нама. Политичке и идеолошке конфронтације оваплоћене на пољу међународне трговине кроз концептуалне разлике између привреда Запада и "планских привреда" тадашњег Источног блока, без сумње су биле још један од снажних генератора контратрговине. Дода ли се свему томе и нарастајући протекционизам, сурога конкуренција и све већи глобални јаз између развијеног Севера и неразвијеног Југа, постаје јасније откуда тако значајно престројавање на уговорну технику контратрговине коју су многи сматрали реликтом неких прошлих времена. Мера учешћа контратрговине у међународним пословним трансакцијама представља меру ентропије савременог међународног финансијског система.

Значајан број аутора говори о контратрговини као о нужном злу и као о пошасти савремене трговине јер се, поред многих других недостатака у односу на класичну продају, она противи и основним принципима слободне трговине и либерализма оличеним у ГАТТ споразуму чији је наследник СТО. Међутим, противници контратрговине заборављају да разорно дејство на светску трговину имају економски услови, а не контратрговина *eo ipso*, јер она са свим својим варијететима представља само инвентиван и крајње практичан одговор светске заједнице трговаца на проблеме са којима се сусрећу. Критика контратрговине представља у ствари критику несавршеног међународног тржишта. У овим аранжманима узимају учешћа владе, корпорације и појединци, а на свеколику раширеност тих трансакција указује и огроман број посредничких агенција специјализованих за међународну контратрговину, оснивање бројних националних удружења за контратрговину (на пр. ACA -American Countertrade Association), као и чињеница да нема угледније банке у свету која нема посебно одељење за контратрговину.

И поред њене заступљености на светској трговинској сцени контратрговина остаје неименован и уговор аутономног права међународне трговине (ако се уопште и ради о уговору, јер је у теорији спорна и сама правна природа ових инструмената) и уопштено говорећи нема правних правила специфичних за овај институт.¹⁶⁾ Утолико су значајнија решења која нуди Правни водич УН о међународним контратрговинским трансакцијама.

Појмовно одређење и типологија контратрговине према Правном водичу УН

Део представника правне доктрине склон је крајњој симплификацији, па чак, ако је допуштено рећи и научној надмености у приступу проблему контратрговине, који изједначавајући је са бартером, сматрају да синтагма “неновчана трговина “објашњава све њене димензије, или се у најбољем случају она сматра “софицицираном формом бартера”¹⁷⁾. Бартер одиста представља базу и идејно полазиште контратрговине, али је бројним варијететима контратрговинских аранжмана као и луцидношћу практичних решења, та основа толико изменјена, да су све мутације, различита решења и могућности дефинитивно удаљиле контратрговину од њеног генусног појма - трампе (бартера). Та је веза у великом броју случајева толико танана да већина аутора, чак искључује бартер из појма контратрговине.

“Мистерија контратрговине” још је већа ако јој се дода и обиље термина који читав проблем још више замагљују. Не само да је аутори различито поимају, већ различитим називима уносе додатну конфузију у овај нимало једноставан институт. Поред, у последње време општеприхваћеног назива - countertrade, постоји, као што је претходно поменуто, још око 40 назива за овај тип трансакције, међу којима су најчешћи: везана трговина, компензациони послови, бартер аранжmani, реверзна трговина, реципрочна трговина, *offset*, *buy back*, контракуповина, двосмерна куповина, везана куповина итд. Ради отклањања терминолошке конфузије, а у циљу јасноће излагања у даљем излагачу, потребно је истаћи да термини контратрговина и контракуповина нису синонами. Као што ће касније бити објашњено, контракуповина представља варијетет контратрговинских трансакција.

Контратрговину Правни водич УН третира као генерички појам, као “семантички кишобран” за више различитих трансакција, укључујући у њега, за разлику од многих аутора и бартер, али и контракуповину, *buy-back*, као и директни и индиректни *offset*. Дефиницији контратрговине коју пружа Правни водич, многи аутори замерају исувиште велику уопштеност. По Правном водичу контратрговина је трансакција код које једна страна снабдева другу страну робама, услугама, технологијом или другом економском вредношћу, а за узврат, прва страна купује од друге стране унапред договорену вредност роба, услуга, технологије или друге економске вредности. Битно обележје ових трансакција које је разликују од дру-

-
- 16. Индонезија је једна од ретких земаља која има специфично законодавство везано за контратрговину, по чијим правилима долази до обавезног повезивања увоза робе у Индонезију са обавезом продавца (строног извозника) да купи (куповина у обрнутом смеру) индонежанску робу (осим нафте и прородног гаса) и то у вредности од 100% од вредности свог извоза у Индонезију. Овај се проценат назива контратрговински ratio. Инострани продавац ову своју обавезу према индонежанској влади може пренети на трећу страну чиме се ослобађа обавезе контратрговине. Више о томе : Scott Lochner:”Guide to Countertrade and International Barter”, The Int. Lawyer, Vo. 19, 1985, pp. 728 -730, Jerzy Rajska, op. cit. ,pp. 105 - 108.
 - 17. G. Hammond, op. cit. стр. 45.

гих, је постојање веће између снабдевања у два смера, тако што је закључење уговора о снабдевању у једном смеру (извоз) условљено закључењем уговора о снабдевању у другом смеру (контраизвоз - увоз од стране првобитног извозника).

Веза између два уговора о снабдевању (извозног и контраизвозног уговора) остварује се путем правног инструмента - протокола (*framework agreement*, у практици је употреби и као тзв. *memorandum of understanding*). Осим протокола, веза између ова два уговора може се остварити и путем закључивања тзв. контратрговинског споразума (*countertrade agreement*). Треба, међутим, истаћи да је у правној доктрини спорна правна природа оба ова инструмента. Без ове повезаности природа аранжмана била би сасвим другачија - то би, наиме била два одвојена и независна уговора о продаји. На следећем примеру илустровашемо функционисање контратрговинског аранжмана (тј. функционисање једног од варијетета контратрговине - контракуповине - *counterpurchase*¹⁸⁾). Продавац - извозник закључује посебан уговор са купцем, у коме се он (извозник - продавац) или треће лице (агенција) обавезује да купи одређену количину робе произведену у земљи купца. Настају, дакле, два паралелна уговора о продаји, извозни уговор и контракуповни уговор. Закључење ових уговора могуће је на два начина. Ти модалитети представљају један од најстреснијих елемената контратрговинског аранжмана чије је поимање довело до оштрих подела у правној науци али и у судској и арбитражној пракси.

У првом случају је обавеза извозника да закључи уговор о контракуповини предвиђена само оквирним споразумом -протоколом (*framework agreement*) а два уговора о куповини у обрнутом смеру (извозни и контракуповински) остају потпуно независна један од другог. По другој варијанти, услов правне важности првог, извозног уговора је закључење, или чак испуњење другог, контракуповинског уговора.¹⁹⁾

Ови модалитети закључивања контратрговинских аранжмана дотичу питање тзв. међузависности уговорних обавеза (*interdependent of obligation*) које је још увек неразјашњено у правној теорији, а чија је практична импликација дилема да ли незакључење или неиспуњење уговора о контракуповини доводи до раскидања првобитног уговора. Ни Правни водич не решава ову дилему, али експлицитно наглашава да се његова решења односе само на оне трансакције код којих је ова веза између уговора који чине контратрговинску трансакцију јасно изражена у уговорној форми.²⁰⁾

Правни водич у варијетете контратрговинских аранжмана, за разлику од неких аутора, сврстава **бартер** као најстарији облик трговине, оличен у јединственом

18. У литератури се ова врста контратрговинских аранжмана може срећи и под именом *reciprocal sales agreements*, и то је можда погоднији назив. Два су разлога за то, прво, да термин споразум о реципрочним куповама отклања могућу конфузију термина контратрговина и контракуповина, друго, термин споразум о реципрочним куповинама боље објашњава ratio и садржај трансакције која је у питању. Вид. Schmitthoff's Export Trade, оп. cit. pp. 242-244.

уговору о размени добара исте вредности. Бартер је јединствени уговор о двостраној размени одређених добара, у коме испорука робе у једном смеру замењује, потпуно или делимично новчано плаћање за робу испоручену у другом смеру.²¹⁾

Контракуповину (*counter-purchase*) као најчешћи варијетет контратрговинских аранжмана водич дефинише као трансакцију у којој стране, на основу уговора о продаји у једном смеру, ступају у споразум о закључењу уговора о продаји у другом смеру. За разлику од *buy-back*-а код контракуповине, роба која је испоручена на основу првог уговора о продаји, не користи се у производњи робе која је предмет другог уговора о продаји.

Buy-back који се у литератури често назива и компензационим споразумом најбоље је објаснити примером. Закључен је контратрговински аранжман између извозника опреме за производњу вештачког ћубрива из земље "А" и купца из земље "Б". Извозник "А" поседује све технолошке експертизе и потребна средства за изградњу фабрике вештачког ћубрива. Купац "Б" је заинтересован за производњу вештачког ћубрива али не поседује опрему и не познаје процес. Они закључују споразум о *buy-back*-у који укључује два уговора између извозника "А" и купца "Б". У првом уговору извозник "А" се обавезује да прода опрему и изгради фабрику за купца "Б". У другом уговору извозник "А" се обавезује да откупљује (*buy-back*) ћубриво од купца "Б". Своју обавезу плаћања из првог уговора купац "Б" ће испунисти испоруком (бесплатном или далеко испод тржишне цене) ћубрива извознику "А" у одређеном временском периоду, који може бити 20 па чак и 30 година. Правни водич дефинише *buy-back* веома концизно и уопштено, као тран-

19. Спор State Trading Corporation of India Ltd v. M. Golodetz Ltd: The Sara D (1989) Lloyd's Rep. 277 илуструје до каквих правних последица може довести међусобна повезаност уговорних обавеза у контратрговинском аранжману. У овом случају закључен је контракуповински споразум у коме су оба уговора формулисана независно један од другог. Међутим, веза између њих успостављена је преко финансијског аранжмана. Купац је био обавезан да отвори документарни акредитив док је продавац преузео обавезу давања тзв. контратрговинске гаранције којом је гарантовала испуњење своје обавезе контракуповине. Ситуација је још више погоршана чињеницом да је предвиђено симултано, истовремено испуњење обе ове обавезе. Купац пропушта да отвори документарни акредитив, а продавац не врши издавање контратрговинске гаранције. У овом спору Виши суд стао је на становиште да продавчева обавеза да изда контратрговинску гаранцију није била услов за испуњење купчеве обавезе на отварање документарног акредитива. Према томе, одговорност за неиспуњење уговорне обавезе лежи на страни купца, тј. последица је његовог пропуштања да отвори документарни акредитив. Цит. према Schmitthoff's Export Trade, p. 243.
20. "... Legal Guide deals only with transactions that express in contractual form such a link between contracts constituting the countertrade transactions.", Legal Gude, pp. 6.
21. Дефиниција бартера из Правног водича утолико је значајнија јер појам бартера није унификован у националним законодавствима разних земаља, па чак ни у оквиру једног правног система, у овом случају Common Law. Амерички концепт уговора о продаји шире је не само од Civil Law концепта, већ и од поимања уговора о продаји у енглеском праву. UCC - амерички Uniform Commercial Code s2-304(1)) предвиђа "... The price can be made payable in money or otherwise" (цена може бити исплаћена у новцу или на други начин) на основу чега је јасно да је уговор о бартеру у америчком праву истоветан уговору о продаји.

сакцију у којој једна страна испоручује другој производне капацитете, а уговорне стране се споразумевају да ће испоручилац капацитета (извозник) или лице које он одреди, куповати робу произведену у тим капацитетима.

Под **offset** трансакцијама Водич подразумева испоруку робе велике вредности и високе технолошке софистицираности (често наоружања) која укључује трансфер технологије и *know-how*, помоћ у виду инвестирања у земљу купца, као и помоћ у приступу одређеном тржишту. Водич разликује директни и индиректни *offset*. У првом случају, стране се споразумевају да једна другу снабдевају робом која је технолошки или комерцијално повезана (на пр. компоненте производа или роба која се заједно продаје). Иако директни *offset* у себи садржи елементе *buy-back-a*, од њега се разликује по томе што се обе стране обавезују да једна од друге купују међусобно повезане производе током одређеног периода.

Индиректни *offset* се односи на трансакције код којих владине агенције које омогућавају или преко којих се добија дозвола за увоз робе високе вредности, захтевају од снабдевача да у вредности испоручене робе изврши инвестиције у земљи или пружи помоћ на тржишту треће земље. Ова се врста *offset-a* мало разликује од контракуповине.

Разматрајући различите варијетете контратрговине Правни водич указује да се техника закључивања ових сложених трансакција може свести на два уговорна приступа. Први је закључивање путем јединственог уговора (*single contract approach*) у којој форми се закључује бартер и тзв. спојени уговор (*merged contract*).²²⁾ Други уговорни приступ је тзв. *separate contract approach* (закључивање кроз одвојене уговоре), где спадају сви остали варијетети контратрговине - дакле и контракуповина, *buy-back* и *offset* представљају мултиуговорне аранжмане.²³⁾

Учешће трећих лица у међународним контратрговинским трансакцијама

Једна од највећих препрека за улазак у међународне контратрговинске аранжмане је што се преузимањем обавезе контратрговине (*countertrade commitment*) извозник обавезује на куповину робе (или услуга) која му, најчешће није потребна. У највећем броју случајева у пракси, извозник врши поновну продају контракупљене робе и реализујући њену вредност, најчешће по цени нижој од тржишне, долази до новца. Услед непознавања контратрговинских трансакција и недостатка искуства код њивих учесника, велики број ових аранжмана завршава се неуспехом. У том смислу је тачна констатација из једног од водича за учеснике у овим трансакцијама кога је издало енглеско Министарство за трговину и инду-

22. "... (T)he difference between a barter contract and a merged contract is that, under a barter contract, the delivery of goods in one direction constitutes payment for the delivery of goods in the other direction, while, under a merged contract, each delivery of goods gives rise to a monetary payment obligation." Legal Guide p. 15.

23. Legal Guide, p. 12 - 19.

стрију, по којој "контратрговина није игра за аматере"²⁴⁾ Роба до које се долази на основу контратрговинског споразума најчешће је слабијег квалитета и ниске конкурентности на тржишту, тако да извозници још пре уласка у контратрговинску трансакцију ангажују неку од многобройних трговинских агенција специјализовану за ову врсту трансакција која ће уз одређену провизију (*disagio*) преузети куповину и пласман непотребне робе. У случају када се уместо извозника појављује треће лице (на пр. агенција) као купац робе, на чију се куповину извозник обавезао преузимањем обавезе контратрговине, поставља се са правног аспекта питање : ко је купац у контратрговинској трансакцији? Ко ће бити одговоран уколико треће лице не изврши обавезну куповину робе на коју се обавезао увозник, тј. да ли ступањем у уговор треће лице преузима права и обавезе првобитно обавезног извозника, или за неизвршење уговора извозник и даље сноси одговорност? Та питања која су у пракси изазивала велики број недоумица и спорова, покушао је да својим упутствима реши Правни водич за међународне контратрговинске трансакције, посвећујући овом проблему посебно поглавље.²⁵⁾

Водич указује на разлику између ситуације у којој првобитно обавезана страна у контратрговинском споразуму ангажује трећу страну да уместо ње изврши куповину робе предвиђене споразумом о контратрговини, као и ситуације у којој се трећа страна инволвира у уговор да би извршила продају робе уместо првобитно обавезаног увозника.

У првом случају, извозник који је преузео обавезу контракуповине робе из увозникове земље ангажује једно или више трећих лица која ће то учинити уместо њега. Та трећа лица могу бити или крајњи потрошачи робе која је предмет контракуповинског уговора или трговинске агенције које су специјализоване за куповину и препродају робе која је у питању.

Како се преузимање обавеза на куповину тиче закључења будућег уговора између извозника (првобитно обавезане стране) и увозника (будућег продавца робе која ће бити предмет куповине), Водич саветује да се могућност учешћа трећег лица предвиди већ на самом почетку целе трансакције, у иницијалном документу у самом контратрговинском споразуму (у протоколу, тј. оквирном споразуму, уколико су уговорне стране одабрале такав модалитет структуирања контратрговинске трансакције). Формулисањем права оригинално обавезане стране да своју обавезу пренесе на треће лице у самом споразуму о контратрговини, отклањају се сви каснији неспоразуми између учесника у трансакцији, и шансе за њен успех много су веће.

Одредбама контратрговинског споразума којима се предвиђа могућност учешћа треће стране може се извознику (првобитно обавезаној страни) дозволити

24. ". . . Countertrade is not a game for amateurs. Even experienced specialists expect, at best, only about one deal in ten to succeed, and even the successful transactions can prove more expensive and difficult than foreseen." нав. према A. Montague. "An Introduction to Countertrade", International Business Lawyer, September 1989. p. 360.

25. Legal Guide, Chapter VII. Participation of third parties, pp. 77-91.

слобода у избору трећег лица. Водич саветује да се у том случају предвиди обавеза извозника да претходно обавести увозника (будућег продавца) о учешћу трећег лица.²⁶⁾

Из различитих разлога увозник може имати интерес да ограничи учешће трећих лица у будућем извршењу обавезе контратрговине и, према Правном водичу, то може бити уређено на више начина. Једна од врста ограничења била би формулатија права увозника да именује лица која могу бити ангажована уместо првобитно обавезане стране, да утврди листу лица чије се укључивање може прихватити или да унапред утврди критеријуме за избор трећег лица. Осим тога у контратрговинском споразуму може бити предвиђена обавеза извозника (првобитно обавезане стране) да може ангажовати треће лице само уз претходни пристанак увозника (будућег продавца).

Уколико стране не дефинишу самим споразумом о контратрговини право на ангажовање трећег лица од стране првобитно обавезане стране, у каснијем току трансакције може доћи до спора између страна у вези тог права. Одговор на то питање би се у оваквом случају морао тражити у националном законодавству. Према одредбама нашег ЗОО (чл. 296 ст. 3.) поверилац је дужан да прими испуњење од трећег лица ако је дужник са тим сагласан, изузев када према уговору или природи саме обавезе ову треба да испуни дужник лично. Такође и одредбе које се тичу преузимања дуга (чл. 446 ЗОО) предвиђају да се преузимање дуга може вршити уговором између дужника и преузимаоца, али уз пристанак повериоца.

Најзначајније питање које се тиче учешћа трећих лица у контратрговинским трансакцијама је питање одговорности за неиспуњење обавезе контратрговине. Наиме, ко ће у случају неизвршења (или неуредног извршења) обавезе контракуповине бити одговоран увознику (потоњем продавцу). Водич саветује да то питање буде решено такође на почетку трансакције, у споразуму о контратрговини. Одговор на ово, најделикатније питање које се тиче учешћа треће стране, зависиће према Водичу, од тога да ли се трећа страна обавезала само првобитно обавезној страни (извознику) или се на контракуповину обавезала и према увознику.²⁷⁾ Уколико се треће лице које се укључује у контратрговински споразум обавезало само према извознику (оригинално обавезној страни) тј. уколико је из-

26. Водич даје пример, по коме уколико је "Y" страна првобитно обавезана на куповину, одредба о учешћу трећег лица може бити формулисана на следећи начин: "Y Company is authorized to engage a third-party purchaser to make a purchase necessary to fulfil the countertrade commitment" (Компанија Y овлашћена је да ангажује треће лице које ће извршити обавезу контратрговине). У зависности од споразума страна о томе хоће ли и након укључивања трећег лица, оригинално обавезана страна и даље остати одговорна за испуњење обавезе контратрговине, претходној се одредби може додати и одредба о одговорности за испуњење уговорних обавеза. Legal Guide, p. 80. Видети чланове 296. и 446. ЗОО.
27. Legal Guide, p. 81 - 83. На ову ситуацију односиле би се одредбе чл. 446 о уговору о преузимању дуга између дужника (случају контратрговине извозник) и трећег лица којим треће лице прима на себе дуг тог дужника(обавезу да купи робу на основу контратрговинског споразума, односно на основу њега закљученог уговора о контракуповини).

међу њих закључен уговор о преузимању обавезе куповине, одговорност за неизвршење остаје на страни првобитног дужника (извозника). Уколико се треће лице обавезало на куповину не само према извознику, већ је потпуним укључењем у контратрговинску трансакцију у потпуности преузело обавезу контракуповине, Водич предвиђа два могућа приступа.²⁸⁾ Према првом приступу, контратрговинским споразумом се може предвидети да ће за неиспуњење обавезе контракуповине поред трећег лица и даље бити одговоран и првобитни дужник (извозник) - на тај начин се дакле, врши очување првобитне обавезе дужника, али се у њу инволира и треће лице, чиме су права друге уговорне стране боље заштићена. Према овом решењу, оба лица су, дакле, обавезна према продавцу, а питање својих међусобних права и обавеза ће првобитни дужник (извозник) и треће лице решавати на основу свог, претходно закљученог уговора. Тиме се, дакле, формира со-лидарна одговорност дужника и трећег лица, а њихов међусобни однос за другу уговорну страну у контратрговинском споразуму, за продавца (првобитног увозника) је *res inter alios acta*.²⁹⁾ Према другом приступу, могуће је предвидети (наврно, у контратрговинском споразуму) да по укључењу трећег лица у контратрговински споразум и његовог преузимања обавезе контракуповине, првобитно обавезана страна, извозник, бива ослобођен те своје обавезе, а тиме и сваке одговорности за неизвршење или неуредно извршење обавезе контракуповине. На тај начин се одговорност за закључење будућег контракуповинског уговора и његова даља судбина потпуно преноси на треће лице.³⁰⁾ Уколико на овај начин буде стипуписан пренос обавеза на треће лице, по Правном водичу ће се за даљу судбину трансакције бити релевантна решења облигационог права која регулишу пренос потраживања а која садрже сва национална законодавства.

У случају да једна страна у контратрговинском споразуму ангажује треће лице које ће преузету обавезу извршти уместо ње, поставља се и питање стипулисања њиховог међусобног, унутрашњег односа. Правни водич нуди одређена решења, указујући на проблем дефинисања чврстине обавезе преузете од стране трећег лица, као и на питање провизије треће стране за обавезе преузете од извозника (првобитно обавезног на основу контраговниског споразума). У пракси се обавеза трећег лица по којој преузима обавезу куповине од првобитно обавезне стране мо-

28. Legal Guide, p. 81 - 82.

29. Правни водич даје предлог формулатије овакве одредбе: "The fact that Y Company engages a third party to make the purchases necessary to fulfil the countertrade commitment and that the third party makes a commitment to X Company to make those purchases does not release Y Company from liability for a failure to fulfil the countertrade commitment."

30. Водич даје илустрацију одредбе која регулише овакво решење учешћатреће стране: "Y Company will be released from liability for fulfilment of the countertrade commitment when, upon the engagement of a third-party purchaser by Y Company, the commitment of Y Company to purchase goods from X Company is transferred to the third-party purchaser (The transfer includes the obligation to pay the liquidated damages in the case of a failure to make a purchases). For such a transfer to be effective, Y Company, X Company and the third-party purchaser must agree to the transfer."

же испољити на два начина. Први је да се треће лице обавезује да испуни обавезу контракуповине (тзв. *firm commitment* - чврста обавеза), чиме наравно преузима и одговорност за неиспуњење. Ситуација је, међутим, другачија у другом случају када се треће лице обавезује да ће уложити највеће напоре и да има озбиљну намеру да купи робу од продавца, али не даје и гаранцију да ће ти напори уредити плодом(термини који се у том случају користе су "*best efforts*", "*serious intention*", "*good-faith efforts*"). Неопходно је да сви ови модалитети учешћа треће стране, на исти начин буду предвиђени и у контратрговинском споразуму (не, дакле само у уговору између дужника обавезе контракуповине и преузимаоца -трећег лица), јер би у супротном одговорност за неиспуњење у сваком случају била на страни извозника(носиоца обавезе контракуповине).

За међусобни однос извозника и трећег лица од највећег су значаја два питања: питање провизије и питање накнаде штете за неиспуњење преузете обавезе контратрговине (у случају модалитета по коме је контратрговинским споразумом предвиђено да учешће трећег лица не искључује одговорност првобитно обавезне стране -извозника). Висина провизије (у пракси се користе термини "*fee*", "*commission*", "*disagio*", "*discount*" итд.) зависи наравно од конкурентности робе и разлике у њеној цени на тржишту од цене коју је треће лице за њу према споразуму платило. Провизија се може одредити у једном апсолутном износу, или у проценту од цене за купљену робу коју је треће лице платило. Када су уговорне стране приликом закључења контратрговинског споразума избрали приступ по коме укључење трећег лица у трансакцију не ослобађа оригинално обавезану страну од одговорности за неиспуњење, за унутрашњи однос извозника и трећег лица веома је значајно питање накнаде штете извознику у случају да треће лице не изврши преузету обавезу контракуповине. Водич у том случају указује на потребу дефинисања тзв. "*hold-harmless clause*"(одредбе о обештећењу) којима ће се извозник обезбедити у случају неизвршења обавезе контракуповине од стране трећег лица.

Правни водич указује и на ситуацију која је, додуше у пракси много мање заступљена, по којој страну која се контратрговинском аранжману појављује као купац у првом уговору (увозник), уместо да у уговору у другом смеру буде продавац робе, ангажује треће лице које ће се уместо њега јавити као продавац и снабдити робом првобитног извозника. Могу се уочити два варијетета учешћа трећег лица на страни продавца (*third-party supplier*). Први је онај код кога страна која се јавља као купац у првом уговору, уместо да у уговору у обрнутом смеру преузме улогу продавца и изврши испоруку робе, услед разних тешкоћа (немогућност набавке, висока цена, квалитет који одступа од предвиђеног итд.) ангажује треће лице (најчешће специјализованог продавца или произвођача) које ће уместо њега извршити испоруку робе. Други варијетет је тзв. индиректни offset о коме је већ било речи. И у случају учешћа трећег лица на страни продавца, за сва правна питања специфична за контратрговину Водич нуди решења образложена у претходном случају, истичући да се као најзначајнији јавља проблем плаћања, обзиром на то да стране у контратрговинском споразуму најчешће врше повезивање плаћања за

испоруке у оба смера, тако што се испорука робе у једном смеру користи као плаћање за испоруку робе у другом смеру. Сасвим је сигурно да при таквом модалитету плаћања учешће трећих лица додатно компликује и онако замршене односе, па стога Правни водич механизму повезаног плаћања у контратговинским трансакцијама посвећује посебно поглавље.³¹⁾

Разлог због кога се контратговина сматра веома сложеном трансакцијом по-ред њене специфичне структуре и модалитета повезаног плаћања је и тзв. "*multi-party countertrade*". Ова се синтагма односи на споразуме у које је укључено више од две уговорне стране, тако да се формира читава мрежа испреплетаних правних инструмената (уговора). Ова се вишестрана контратговина разликује од претходно образложеног проблема учешћа трећих лица у контратговинским аранжманима.

Посебна глава посвећена је у Правном водичу овом модалитету контратговине, код кога се уочавају три различита типа трансакције. Први је трипартитна трансакција код које страна која врши испоруку робе у једном смеру ни у једном тренутку не преузима обавезу куповине у другом смеру. Уместо ње обавезу контракуповине од почетка преузима трећа страна. Очигледна је разлика од претходно анализиране ситуације у којој извозник ангажује треће лице да уместо њега изврши куповину робе по уговору у опрнутом смеру. Пример трипартитне структуре контратговинског аранжмана био би уговор о *buy-back*-у код кога извозник одређеног производног капацитета (фабрике, на пр.) нема интерес за робом која ће се у тој фабрици производити, и да би обезбедио финансирање, тј. да би успео да наплати своју испоруку, проналази треће лице заинтересовано за куповину производа тог постројења. У том случају споразум о контратговини се закључује између три стране, и њиме се стипулишу обавезе свих страна да у будућности закључе уговоре о снабдевању (и плаћању) у различитим смеровима.³²⁾ Други варијетет вишестране контратговине је ситуација код које је на страни продавца од самог почетка трансакције, уместо првобитног увозника, треће лице. И најзад, треба разликовати и трећу ситуацију, код које се као уговорне стране код оба уговора у снабдевању у обрнутим правцима налази више од два лица, тако да се ради о четвоространој трансакцији. Као што је већ током рада истакнуто проблемима повезаног плаћања и међусобне зависности облигација код контратговинских споразума Водич посвећује посебна поглавља.

-
31. Legal Guide, Chapter VII, "Payment", за решења која се тичу плаћања код мултиуговорног контратговинског аранжмана видети пар. 68., 75. и 76.
 32. Оваква структура контратговинске трансакције иницира многа, не само практична већ и доктринарна питања. Каква је природа споразума о контратговини? Ради ли се уговору, а ако је одговор потврдан каква је природа тог уговора? Није ли пракса довела до одступања од традиционалног римског концепта уговора као сагласности воље двају уговорних страна о битним елементима уговора? На та и слична питања правна наука тек ће пружити одговоре.

Проблем учешћа трећих страна у контратрговинским аранжманима, поред својих практичних импликација, веома сличковито илуструје сложеност ових операцija којима ће се правна наука тек бавити.

(чланак примљен 25. XII 2001.)

**Mr Tamara Milenković - Kerković,
Assistant, Faculty of Economy, Niš**

Participation of Third Parties According the UN Legal Guide on International Business Transactions

Abstract

After the Second World War there have been created a new concept of autonomous law of international trade based on universally accepted trade praxis. The main features of this keeping body of customary rules are universality, transnationality and arbitration as a method of dispute resolution. The autonomous rules which governs transaction in the "arena" of international trade are being developed in practice, expressed in model contracts, standard clauses, general terms of delivery, commercial custom and trade usages. Despite of the great legal doctrine's differences in explaining the nature of this "newly reborn lex mercatoria" there is an following objective fact. In the field of lex mercatoria have emerged many new legal instruments, unknown in national codifications such as franchising, factoring, leasing, letter of credit, stand by letter of credit, time-sharing contract, just-in-time contract etc. Concept of countertrade has been builed in the frame of the new lex mercatoria. Despite of the fact that countertrade is seeming anachronism in international trade transactions, praxis of countertrade in multitude of its forms is growing. Countertrade is an umbrella term for most forms and methods of linking two export transactions, one emanating from exporter's country and the other from the importer. Those reciprocal transactions embrace two supply contracts in the two directions linked with the protocol. UNCITRAL was prepared and in 1993. adopted The UN Legal Guide on International Countertrade Transactions which promulgates solutions in solving the legal issues arising in countertrade transactions. This essay focuses on the recomendation of the Guide and its sugestions in resolving the participation of third parties in countertrade transactions - the cases in which a party committed to purchase or committed to supply goods, instead of itself purchasing or supplying goods engages a third party to do so.

Keywords: Countertrade; Legal Guide; UN; International Business Transactions

**Мр Марко Милојевић,
Хемофарм Концерн А.Д.**

UDK 347.77(4)

**Рани радови на развоју лека пре истицања важећег
патента и повреда патента (“Roche - Bolar”)
у законодавствима неких централно и источно
европских земаља**

Резиме

Чланак се бави изузетима од ексклузивних права које додељује патент за фармацеутске производе. У штапању је модерна тема интелектуалне својине у свetu фармацеутског бизниса. Поред ових појмова о Roche – Bolar регулацији, чланак анализира постизање и/или примену овог принципа у оквиру законодавства изабраних земаља централне и источне Европе, као и на нивоу аката који се односе на фармацеутску регулацију у Европској унији. Тако су на ову тему, паралелно са пренуђеним и будућом ситуацијом на нивоу ЕУ, приказана и анализирана национална патентна законодавства Чешке, Словачке, Мађарске, као што су даље и на ову тему основне цртице патентних законодавстава Полске, Словеније и Хрватске.

Кључне речи: патент, ексклузивност, изузета, патентови, фармацеутски производ, ТРИПС.

I Увод

Фармацеутска фирма пре истека рока патентне заштите за одређени производ, процес за добијање тог производа или употребу тог производа, почиње да обавља неке од предрадњи. Наиме, без тражења дозволе носиоца права, а због спровођења процеса регистрације, та фармацеутска фирма почиње да припрема узорке кроз прву производну шаржу. Фирма покреће и поступак за одобрење за стављање лека у промет. Она жели да буде спремна. Спремна да оствари тржишни наступ одмах након истицања патентне заштите за управо тај производ. Да ли је ово у супротности са ТРИПС – ом који представља најзначајнији споразум уз споразум о Светској Трговинској Организацији (СТО), тј. да ли ово представља повреду ексклузивних права додељених патентом?

Сам израз који се данас масовно користи за појам изузећа од ексклузивних права додељених патентом, тзв. Roche - Bolar настао је судским прецедентом, наравно, у Сједињеним Америчким Државама орвеловске 1984. године када су се на суду суочиле фармацеутске фирме Roche Products Inc. и Bolar Pharmaceutical Co.¹⁾ Овај случај је мало касније преточен у законодавни акт, најпре у САД – у²⁾, а затим је дошло до прихваташа логике овог изузећа и у многим другим земљама света.

Упркос дуго изражаваним противљењима, Европска Унија³⁾ се све више усмерава ка прихваташа овог изузетка од ексклузивних права.⁴⁾ Овог лета је, нпр. Комисија ЕЗ у свом предлогу регулаторних реформи укључила и Roche - Bolar изузетак од ексклузивних права додељених патентом на нивоу целе Уније. Постоји и схватање да би овај изузетак требало увести за генеричке компаније.⁵⁾ У свом брифингу од 18. јула ове године, господин Philippe Brunet, начелник фармацеутске

1. 733 F.2d.858, Fed. Cir., cert. denied 468 US 856, 1984.

2. Прави назив овог акта је: *US Drugs Price Competition and Patent Term Restoration Act*, а донет је 1984. године. Roche – Bolar је уграђена у оквир у Hatch – Waxmann амандмана (назван по конгресменима који су били формални предлагачи амандмана) на Савезни Закон о хранама, лековима и козметичким производима, те омогућује фирмама пуштање генеричког производа на тржиште одмах по истицању патента. Тржиште САД - а зато посебно привлачи генеричке компаније. У тој земљи прва фирма која поднесе пријаву скраћеног поступка за генерички лек добија право на ексклузивност од 180 дана. Овим се знатно појачава конкуренција. На тај начин, могуће је, што је стварност, да генеричке фармацеутске куће имају годишњи обрт од којих се људима који раде у југословенским фармацеутским фирмама (које су генеричког типа) “врти у глави”. У том смислу, посебно бисмо издвојили две изразито генеричке фирме: америчку фармацеутску фирму Mylan Pharmaceuticals Inc. и израелску компанију Teva Pharmaceuticals.

3. У овом чланку изрази ЕЗ, ЕУ (Европска Унија), Заједница и Унија су међусобно заменљиви. Са чисто правне ташке гледишта, одговарајући израз јесте Европска Заједница, јер је ЕЗ та која потписује асоцијационе или партнериске споразуме са трећим Земљама (ЕЕЗ пре *Maastricht-a* и ЕЗ после *Maastricht-a*).

4. Видети: SCRIP No. 2663, July 25th 2001, p. 3.

5. Ibidem 4.

секције Комисије ЕЗ сматра да ће конкуренција у оквирима Европе бити оснажена предложеним Roche - Bolar одредбама на нивоу ЕЗ, што ће помоћи генеричким компанијама да своје производе изнесу на тржиште у неком кратком року по истеку патената за оригиналне производе⁶⁾.

Циљ овог рада јесте да упозна потенцијалног читаоцима са релевантним одредбама које се тичу Roche - Bolar одредби у законодавствима неких Централно и Источно Европских Држава, при чему ће се често правити паралеле са *de lege ferenda* и *de lege lata* Европске Уније, будући да се земље бившег Источног блока у сваком од могућих погледа равнају према ономе што генерише најбитнији део Европског континента.

II Roche – Bolar регулатива

Овај принцип који се односи на балансирање између различитих интереса, јасно значи да тестови за генеричке медицинске фармацеутске производе као и даљи неопходни акти који се односе на одобрење о стављању у промет пре датума истицања патентне заштите, секвенционално пре датума истицања важности цертификата додатне заштите,⁷⁾ могу бити предузети од стране производиоца генеричких медицинских фармацеутских производа.⁸⁾ У случају примене Roche – Bolar принципа, производиоџач генеричког лека може наступити на тржишту са производом одмах након истицања патентне заштите, наравно под претпоставком да постоји решење о одобрењу за стављање лека у промет. У случају забране примене Roche – Bolar принципа, тржишни наступ генеричког медицинског фармацеутског производа био би одложен процедуром одобрења за стављање лека у промет за неколико година од датума истицања патентне заштите, а одмах затим и од датума истицања важности цертификата додатне заштите у зависности од сложености ове процедуре.

- 6. Ибид 4. Такође видети и нешто другачије схватање у СЦРИП Но. 2683, Октобер 3^{рд} 2001, п. 3.
- 7. Више о овој теми видети у нпр: Mr Марко Милојевић: “Цертификат додатне заштите променљиве за медицинске производе у законодавствима неких Централно и Источно Европских земаља” у ПРАВО – теорија и пракса, број 12/01, Нови Сад, децембар 2001. године.
- 8. Заиста, у питању је терминологија која се користи на терену нашег фармацеутског права. Традиционални израз код нас уобичајен и у пракси и у теорији јесте “фармацеутски производ” који се смењивао са изразом “лек” у току историје југословенске доктрине и праксе фармацеутског права, која фактички почиње Краљевском Уредбом донетом после И Светског рата у ондашњој Краљевини СХС. Но, у најновије време, а под утицајем онога што долази из ЕУ, ‘омодерни’ се израз “медицински производ” или “медицински фармацеутски производ”. О овоме је најбоље распитати се у Савезном Секретаријату за здравство и социјално стварање, које у свом нацрту закона који би третирао производњу и промет лекова одустаје од овог израза. О истом питању видети нпр.: Адв. Братислав Новаковић: “Пријаве патентна за фармацеутске производе до 31. XII 1992.” у часопису “Правни живот”, број 11/1996, новембар 1996. године.

Светска заједница удружене у Светску Трговинску Организацију (СТО), а уз то и неке земље Европе удружене у ЕУ, подељене су у оцени питања примене принципа Roche – Bolar. Заиста, док су у разним земљама света изражаване симпатије за овај принцип, само је Европска Комисија била та која се једно време чврсто држала става да овај принцип не би требало примењивати. На тој основи, управо је Европска Комисија била та која је иницирала спор са Канадом пред СТО - м који је окончан одлуком панела СТО.⁹⁾ Из ове одлуке произлази да примена правног принципа који одговара Roche – Bolar принципу, а који омогућава генеричким фирмама да спроводе радове на развоју и тестирају производе који су неопходни за процесуру одобрења за стављање лека у промет пре датума истицања патентне заштите, јесте у сагласности са ТРИПС – ом. Панел је донео одлуку да је калузула која омогућава шестомесечно складиштење од стране генеричких производа која пре временског периода истицања заштите за оригинални медицински производ, што је важећа одредба канадског Закона о патентима, заправо супротна ТРИПС – у, зато што она неадекватно вређа апсолутна права власника патента према члану 28 ТРИПС – а, тј. право да забрани трећим лицима да праве, да употребљавају или да увозе суштину проналаска заштићеног патентом. У оваквој ситуацији, разумно се и могло претпоставити да би Европска Комисија могла поново ценити своју стриктно формирану позицију о овој теми у светлу чињенице да су многе чланице интерпретирале своја законодавства у корист примене принципа у питању.¹⁰⁾ Ставови Европске Комисије нису били најјаснији и то је био разлог за захтеве о неопходности одлуке о питању легалитета експерименталне употребе суштине проналаска заштићеног патентом. Зато је Европска Комисија у свом предлогу регулаторних реформи одлучила да правно могућим за генеричке производе учини ране радове на патентираним лековима и то по први пут у историји ЕЗ – е.¹¹⁾ Но, ова клаузула се појављује »уз бок« клаузули која омогућава производима патентираних медицинских фармацеутских производа (»специфичари«) тражење додатне године ексклузивности података за једну или више нових терапеутских индикација за њихове производе. Две одредбе представљају јасно успостављање равнотеже правних заштита доступним и генеричарима и специфичарима које послују у ЕУ. Појављују се у у члану 10 ревидираном тзв. *Community Code relating to medicinal products for human use*¹²⁾. У случају да буду одобрене од стране Комисије, чланица ЕУ и Европског Парламента, те одредбе ће постати део фармацеутског права ЕЗ почевши од (приближно) 2004. године.¹³⁾ У сваком случају, треба уочити да примена Roche – Bolar принципа до одређеног нивоа умањује негативност кон-

9. Случај WT / DS 114.

10. Видети фусноте 24 и 25.

11. Видети: SCRIP 2655, June 27th 2001, p 3.

12. Видети: *Council Regulation (EEC) No. 2309/93 of 22 July 1993, laying down Community procedures for the authorization and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Agency for the Evaluation of Medicinal Products*.

секвенци примене Церификата додатне заштите по генеричке компаније и државе чија је фармацеутска индустрија претежно генеричког профиле.

III Чешка Република

Чешка Република је потпуно свесна чињенице да је патентна заштита на пољу фармацеутике од виталне важности као једно од главних средстава охрабрења и заштите улагања у истраживање и развој нових производа.¹⁴⁾ То је био један од циљева Закона о патентима (ступио на снагу 1991. године) којим су на чешку сцену ступили патенти за фармацеутске и хемијске супстанце. Јануар 1991. године представља прву битну тачку преокрета када је у питању патентибилност фармацеутике у Чешкој Републици. Наиме, пре тог датума фармацеутски медицински производи су били искључени од патентибилности, те су могли бити заштићени само индиректним путем – путем који је водио преко процес патената.

Према Закону о патентима који је, посматрано са данашње тачке гледишта већ око једну деценију на снази, стање је следеће: фармацеутика и хемијски произведење субстанце могу бити патентиране; процеси за производњу било којих од по-менутих могу бити патентирани, а заштита патентом за процес продолжује се на производ који се директно добија патентираним процесом; претпоставка је да су идентични производи добијени применом патентираног процеса уколико се не докаже супротно; микробиолошки процеси и производи који су изведени из њих и микроорганизми као такви могу бити патентирани; прва медицинска или ветеринарска примена субстанце или композиције које су већ познате *per se* могу бити патентиране; такође друга или даље медицинске примене субстанце или композиције већ познате за употребу у третману друге болести (друга медицинска индикација) могу бити патентиране.

Закон о патентима је у погледу патентне заштите на пољу фармацеутике чак остварио одређену ретроактивност – »*pipe line*« заштиту. На основу ове одредбе, чешки Завод за патенте је имао овлашћења, по захтеву власника патента који је

13. Став који дозвољава Roche – Bolar гласи (у оригиналу):

“the realisation of trials with a view to application of the present Article to a generic medicinal product shall not be regarded as an infringement of the law on the protection of industrial and commercial property.”

Овај став је настављен посебним пасусом који продолжује десетгодишњи предлог Комисије за еклузивност података за једну годину до 11 година у случајима где, (током првих десет година):

“the holder of the marketing authorisation obtains one or more new therapeutic indications which, during the scientific evaluation prior to their authorisation, are held to bring an important clinical benefit in comparison with existing therapeutic products.”

14. *“Update on the current pharmaceuticals IP legislative status in the Czech Republic”*, говор Др Светлане Копецке, директорке Међународног и Европског сектора чешког Завода за индустриску својину, презентиран од стране Луције Фортове из чешког Завода за индустриску својину на IBC Conference *“Patents, Parallel Trade and Generics, Prospects for CEE in an enlarged EU”* 9. & 10. мај 2001. године, Hyatt Regency Будимпешта, Мађарска.

додељен у иностранству чија је суштина раније била искључена из патентибилности, да ретроактивно додели приоритетно право чак и оним пријавама проналазака које су поднете након приоритетног рока.

Усвајање Закона о патентима из 1990. године било је ипак само отпочињање рада на комплетном реструктуирању целокупног система заштите интелектуалне својине Чешке Републике и њено поравнање са системом који постоји и на нивоу Европске Уније и у самим земљама чланицама Уније.¹⁵⁾

Чешка регулатива не садржи Roche - Bolar одредбе.¹⁶⁾ Према одредбама Закона о патентима, права власника патента нису повређена употребом заштићеног проналаска путем радњи које се односе на суштину проналаска учињених у експерименталне сврхе. Спровођење клиничких тестова за циљеве добијања решења о одобрењу за стављање лекова у промет није изричито дозвољено за време важности патента. Чешка Република је на ову тему задржала своју постојећу праксу уз одржање поштовања за тренутни начин на који овом изузетку прилази Европска Комисија и државе Чланице Европске Уније.

Јасно, ни појединачна припрема лека у апотеци у складу са лекарским рецептом, нити употреба проналаска за некомерцијалне сврхе не представљају повреду патента.¹⁷⁾

IV Има ли Roche - Bolar одредби у законодавству Словачке?

Патентна заштита за медицинске производе у оквиру бивше Чешке и Словачке Федеративне Републике била је у правном смислу регулисана и омогућена путем заштите субстанце у Словачкој путем Закона о проналасцима, индустриским дизајнима и рационализаторским предлогизма Бр. 527/1991 од 27. новембра 1990. године који је ступио на снагу 1. јануара 1991. године (»Закон о патентима«). Поред тога, била је усвојена и привремена, јасно ретроактивна мера путем 82. члана овог Закона који је омогућио добијање патентне заштите за фармацеутске и хемијске производе патентиране ван Словачке без обзира на период приоритета од

15. Рад на законодавству је трајао током деведесетих година. Донето је низ закона: Закон о корисним моделима 1992. године, Закон о топографији и производима семи – кондуктора 1991. године, Закон о патентним заступницима 1992. године, Закон о жиговима 1995. године, У 2000. години донета су још три закона: Закон о заштити индустриских дизајна бр. 207/2000 који је пренета EU Directive 98/71/EC о правној заштити дизајна, Закон о заштити биотехнолошких проналазака бр. 206/2000 који је за углед имао EC Directive 98/44/EC и Закон о допунама неких Закона о заштити индустриске својине бр. 116/2000. Овај последњи Закон ступио је на снагу 10. маја 2000. године, при чему овај Закон може бити назван другом битном прекретницом у чешком прилазу патентибилности фармацеутикује јер представља велику допуну Закона о патентима. Њиме су допуњени Закон о патентима, Закон о корисним моделима, Закон о жиговима, Закон о топографији и производима семи – кондуктора.
16. Видети чланове 13 и 13а Закона о патентима Чешке Републике.
17. Ибидем 7.

12 месеци заснован Париском Конвенцијом. Ову згодну прилику искористило је око 200 страних пријавилаца за заштиту фармацеутских и хемијских проналазака. Та необична мера била је усвојена на основу трговинског споразума Чешке и Словачке Федеративне Републике и Владе Сједињених Америчких Држава од 12. априла 1990. године. Ипак, патентна заштита за фармацеутске производе се такође могла стећи под окриљем претходно важеће правне регулативе путем патента додељеног за производни процес, пошто је супстанца била заштићена индиректно кроз производни процес који је резултирао у стварању такве супстанце. Такав начин заштите био је нашироко коришћен при чemu ће права власника патента бити оснажена усвајањем нове правне регулативе Закона о патентима који омогућава заштиту супстанце директним путем.

У светлу чињенице да је патентна заштита за медицинске фармацеутске производе установљена у Чешкој и Словачкој Федеративној Републици међу првим земљама у централној и источној Европи, чак раније него у неким другим земљама које су пре ове две, сада посебне земље, постале чланице Европске Уније, као што је то нпр. случај са Финском, Шпанијом, Португалијом и Грчком, може се рећи да је обавеза која извире из члана 67 Европског Споразума о придржењу између Словачке Републике и Европске Уније да обезбеди заштиту права интелектуалне својине на нивоу равнотеже била испуњена у погледу патентне заштите за фармацеутске производе и то почетком деведесетих година сада већ прошлог века.¹⁸⁾

За Словачку републику се може рећи да је, упркос постојању и присуству снажних домаћих производиођача генеричких медицинских фармацеутских препарата, као што је то нпр. Словакофарма из Хлоховеца¹⁹⁾, а поред дубоког разумевања стручњака за Roche - Bolar принцип, заправо чудно да још увек нема законског основа за овај изузетак од ексклузивних права додељених патентом. Но, у светлу онога што смо у ранијим радовима покушали представити да се дешава у самој ЕУ на ову тему, не би било нереално очекивати да би Словачка Република могла ревидирати своје прописе у смислу афирмације и успостављања законске основе за Roche – Bolar принцип.

18. Може се рећи да иноваторска црта Европских споразума заправо лежи у садржају одредби о интелектуалној својини које се у њима налазе. Уместо да придржана земља само наставља да се повинује међународним конвенцијама које је већ потписала, Европским Споразумима је својевремено утврђен наредни корак: предвиђа се да придржене земље наставе са унапређењем заштите интелектуалне, индустриске и комерцијалне својине како би омогућиле, крајем пете године од ступања на снагу Споразума ниво заштите сличан оном који постоји у ЕУ, са укључењем средстава за обезбеђење самих тих права.
19. Само у првој половини 2001. године продаје Словакофарма-е су порасле за 22,5%, при чemu су продаје на домаћем тржишту порасле за 15%, а на суседном тржишту Чешке продаје су порасле за 26% кроз њихов дистрибуцијски субсидијар ЗП – Medica(y). На трећим тржиштима продаја је порасла за 21%. Пословне активности у Словачкој Републици су задржале неповољни тренд због мањака ликвидности здравственог система, које су процењене на око 50 милијарди словачких круна.

V Roche - Bolar у Мађарској

Највише дискусија од свих земаља централне и источне Европе са Европском Унијом о Roche – Bolar изузетку од ексклузивних права које омогућава патент, водила је влада наших северних суседа. Те дискусије су уједно биле и најсадржајније. Наиме, Европска Унија је више пута критиковала члан 19.6 Закона о патентима Мађарске²⁰⁾ (“Закон о патентима”), који гласи:

“Ексклузивно право искоришћавања се неће односити на ... б) радње учињене у експерименталне сврхе које се односе на суштину проналаска, укључујући експерименте и тестове неопходне за регистрацију лекова”.

Влада Мађарске је задржала став да је оваква одредба Закона о патентима у сагласности са ТРИПС – ом, а и са Конвенцијом о патенту Европске Заједнице, иако ова Конвенција никада није ступила на снагу. Насупрот изјавама званичника Европске Уније у току преговора о приступу, изгледа да нема ни једног правног система међу земљама чланицама ЕУ које би могле бити примењене на рад на пољу развоја које обављају генеричке компаније из фармацеутског света. Но, прецедентно право поједињих земаља чланица ЕУ, и то истичу Мађари, изгледа да демонстрира другачију философију, те се у нечemu и разликује од предлетеошњих ставова ЕУ у погледу ове теме.²¹⁾

Чланом 19.2 Закона о патентима обезбеђују се сва ексклузивна права која су набројана и чланом 28 ТРИПС – а, тј. радње које су предмет власникove сагласности по Закону о патентима су исте као и оне које су набројане у ТРИПС – у. Поред тога, по члану 30 ТРИПС – а, чланицама су дозвољени одређени ограничени изузети од ексклузивних права додељених патентом, све док такви изузети неразумно не угрожавају нормално искоришћавање патента и неразумно не спречавају легитимне интересе власника патента, узимајући у обзир легитимне интересе трећих лица. И историјске околности око преговора о ТРИПС – у и упоредно-правна анализа дозвољавају чланицама квалификацију радњи учињених у експерименталне сврхе као изузетке од ексклузивних права додељених патентом. Заправо је низ чланица, укључујући Сједињене Америчке Државе, Канаду и Јапан учинило овако нешто. Члан 7 ТРИПС – а пружа даљу подршку оваквој интерпретацији наведећи, очигледно са жељом наглашавања баланса различитих циљева који се желе постићи Споразумом, да заштита и остварење права интелектуалне својине треба да остваре своју функцију “...на начин њовољан по друштвено и економско благосићање” и да треба да постоји “... равнотежка права и обавеза”. Упућивање из члана 30 ка “легитимним интересима” трећих лица усмерено је ка постизању жељене равнотеже, пошто категорија “трећих лица” подразумева друштво у својој целости, потрошаче тако регулисаних производа, тј. кориснике система здравствене заштите и ентитете јавног и приватног сектора који уплаћују за здравствену заштиту и потенцијалне произвођаче тих производа који чине конкуренцију. Употребе

20. Закон број XXXIII из 1995. године о заштити проналазака патентима.

21. Видети фусноте 23 и 24.

ба генеричких медицинских производа има за резултат велике уштеде јавног система здравствене заштите и, према томе доприноси свом постојању и унапређењу здравствене заштите. Према томе, друштво у у целости и посебно корисници здравствене заштите имају необориви легитимни интерес у осигурању доступности генеричких медицинских производа по конкурентним ценама одмах након што истекне патентна заштита оригиналних производа.

Извештај Панела Светске трговинске организације (СТО) у поступку које је започела ЕУ и њене земље чланице против Канаде потврдио је ставове Мађарске излажући да национално законодавство које дозвољава експерименте и тестове које обављају компаније производи генеричких лекова, а за сврхе регулаторног одобрења током периода док траје патентна заштита, није у супротности са ТРИПС – ом. Ипак, Мађарској би био потребан одређени законски захват у смислу пречишћавања како би релевантне одредбе Закона о патентима постале неутралне са тачке гледишта технологије.²²⁾

Члан 19 Закона о патентима Мађарске, истичу у овој земљи, није у супротности ни са релевантном одредбом Конвенције о патенту Европске Заједнице, прецизније са њеним чланом 27 (б). Исто се може рећи и за предлог Европске Комисије за Уредбу Савета о патенту Заједнице.²³⁾ Закон о патентима се од Ковенције и Уредбе разликује само у идентификацији примера радњи предузетих у експерименталне сврхе. Тумачење ове одредбе се разликује од чланице до чланице ЕУ, али се може рећи да постоји тенденција проширења концепта истраживачких изузетака. Ово се може видети и по две скорије пресуде немачког Врховног суда (*Bundesgerichtshof*) у тзв. случајевима Клиничких испитивања (*Klinische Versuche I und II*). У другом од ових случајева Врховни суд је изнео схватање да клинички тестови у циљу установљења ефикасности и људске подношљивости лека који садржи активну супстанцу која је патентно заштићена неће повредити патент, чак и уколико је то било планирано и урађено са комерцијалним циљем прибављања података за неопходну правну фармацеутску дозволу, уз услов да такви тестови такође побољшавају стање технике на неки од начина.²⁴⁾ У Италији, Одлука Окружног суда у Милану је држала да власник патента не би могао забранити произвођачу генеричког лека експерименталну активност у вези са пријавом за регулаторно одобрење током важења патента.²⁵⁾

На нивоу Заједнице, скорије одлуке Суда правде Европске Заједнице²⁶⁾ потврдиле су надлежност чланица да одлуче када, и под којим условима, оне омогућа-

- 22. Dr Mihaly Ficsor, Head of the Leagal and International Department, Hungarian Patent Office, говор одржан на IBC Conference: "Patents, Parallel Trade and Generics, Prospects for CEE in an enlarged EU", 9 & 10 Maj. 2001, Hyatt Regency Budapest, Hungary.
- 23. COM (2000) 412 final, Art. 9 (b).
- 24. BGH Urt. vom 17. April 1997. – X ZR 68 / 94 (OLG. Dusseldorf), (1998) RPC 423.
- 25. E.R. Squibb & Sons Inc. vs Giovannia Aguggini, 12 June 1995, 1996 *Giur. annot. di Dir. Industriale* 13.
- 26. Случај C – 316 / 95, Generics BV vs Smith Kline & French Laboratories Ltd, (1997) ECR I – 3929.

вају власницима патената да се усротиве да трећа лица подносе узорке медицинских производа израђених у складу са патентираним процесом органима надлежним за издавање решења о одобрењу за стављање лекова у промет.²⁷⁾ А поред овога, није нереално очекивати ни да јасно правно преиспитивање Roche - Bolar принципа који је садржана у Извештају Панела СТО – а неће имати значајног утицаја на ново прецедентно право пред националним судовима земаља чланица Европске Уније.

Мађари су, наравно, схватили једну од последњих изјава из ЕУ²⁸⁾ да резултат Панела СТО-е не утиче на могућност ЕУ да одржи свој високи ниво заштите. Али, исто тако је изван сваке сумње да ЕУ до сада није искористила ову могућност, као и да на ову тему није усвојила неко посебно законодавство којем би наш северни сусед морао да се повинује по приступу Унији. Према томе, све док ова тема не буде потпуно појашњена и финално уобличена на нивоу Заједнице и њених земаља чланица, Мађарска не намерева да предузме било какве законодавне кораке у том смеру, зато што ће они вероватно бити прерани.²⁹⁾

V Неке друге државе региона и Roche - Bolar регулатива

Члан 69 Закона о патентима Польске у свом првом ставу говори о изузетима који неће представљати повреду патента. Тако се у трећој тачки каже да искоришћавање проналаска за истраживање и експерименталне сврхе, те за оцену у том смислу, анализу или едукацију неће представљати повреду патента. Треба нагласити, уз подсећање на Извештај панела СТО у случају Европска Унија - Канада, да овако формулисана одредба не покрива складиштење комерцијалних количина. Четврта тачка истог става члана 69 наводи да искоришћавање проналаска до неопходног степена, за циљеве предузимање чинидби захтеваних одредбама релевантног закона у погледу добијања решења о одобрењу за стављање лекова у промет, који су према намеравању употреби, услов да би се одређени производи појавили на тржишту, а нарочито фармацеутски производи – неће представљати по-

27. Поред тога, Европски парламент је усвојио и Resolution on the the outlines of an industrial policy for the pharmaceutical sector in the European Community (No. A4 – 0104 / 96, OJ C 141, 13.5. 1996. str. 63). У параграфу 17 ове Резолуције стоји следећа изјава:

(Европски Парламент)

«17. Considers that in order for the EU to be competitive in the growing European and international non – proprietary markets, measures should be introduced which enable pharmaceutical companies to begin, in advance of patent and supplementary patent certificate expiry, such laboratory experiments and regulatory preparations as may be required only for the registration of generic pharmaceuticals developed in the EU to be available on the market immediately, but only after the expiry of a patent or supplementary protection certificate for a proprietary product.»

28. CONF – H 39 / 00, CONF – H 14 / 01.

29. Ибидем 22.

вреду патента. Пета тачка истог става истог члана говори о промитној припреми лека на основу медицинског рецепта у апотеци, прецизирајући да се оваква активност неће сматрати повредом патента.

Пети став члана 69 Закона о патентима Польске каже да ће додела одобрења о пуштању у промет који се помиње у четвртој тачки првог става истог члана бити без прејудицрања грађанске одговорности за стављање у промет на тржиште производа без сагласности власника патента, када је таква сагласност потребна.

Закон о индустриској својини Словеније³⁰⁾ који ступа на снагу 07. XII 2001. године, у свом члану 19 обрађује питање ограничења права додељених патентом. Тако, у свом подпарagrafu (б), овај најсвежији Закон наводи да се ексклузивна права додељена патентом не проширују на ... »радње учињене у сврхе истраживања и у експерименталне сврхе било које врсте које се односе на суштину проналаска заштићеног патентом без обзира на њихову крајњу сврху.«

Хрватски Закон о патентима³¹⁾ у члану 52, став пети, има одредбу:

“Искључиво право носитеља патента на искориштавање изума не односи се на:

1. радње којима се изум искориштава у особне и некомерцијалне сврхе,
2. радње које се подузимају ради истраживња и развоја предмета заштићеног изума, особито: израду, упорабу, нуђење на продају, увоз или извоз заштићеног производа, кад су те радње разумно повезане с испитивањима и тестовима потребним за регистрацију хуманих и ветеринарских љекова, медицинских и ветеринарских производа и средстава за заштиту биља,
3. непосредну и појединачну припрему лијека у љекарни на темељу појединачнога лијечничког рецепта и на поступања која се односе на тако припремљени лијек.”

VI Закључак

Време које је пред СР Југославијом, уколико се деси да јој на најављеном референдуму једне чланице федерације (или можда референдумима у обе чланице) од стране њеног демоса буде дата шанса да продужи свој континуитет, биће обележено настојањима да се приђе Европској Унији. Уосталом, управо сачињавање предприступног сценарија који би резултирао споразумом о асоцијацији и стабилизацији са Унијом, према министру спољних послова, господину Свилановићу, један је од приоритета спољне политике СРЈ у 2002. години. Мора се нагласити да пред - приступни модели једноставно не постоје. У временима која су прошла, било је држава које су се придружиле Европској Заједници имајући са њом само трговински споразум (истини за вољу и СФРЈ је била једна од њих, али није имала

30. Видети: “Intellectual Property Acts of the Republic of Slovenia – Ljubljana: Slovenian Intellectual Property Office, Ministry of Economy”, 2001 – 09 – 06, стр. 9 – 73.

31. Видети: »Народне новине», Службени лист Републике Хрватске од 23. српња 1999., број 78, стр. 3087 – 3099.

снаге да пребрди проблеме које је остатак Европског континента раније пребрдио), док су друге, као што су то државе са којима су потписани Европски Споразуми, пристигле у дугу и сложену пред - улазну фазу која значи: опшири програм усклађивања закона; постепено заснивање структурних односа са институцијама Европске Уније; одговарање на врло детаљне упитнике Европске Комисије итд. Приступу Аустрије, Финске и Шведске претходио је далекосежни споразум о европској економској зони који је интегрисао земље ЕФТА - е (без Швајцарске) у унутрашње тржиште Уније. Новој земљи чланици, једном ушавши у Унију неопходан је прелазни период да би предузела неопходне законске мере које резултирају чланством. Тада је транзитни период увек временски ограничен.

Иако су интереси фармацеутских компанија са истока и запада често супротни, и то из разлога различитог нивоа развоја, али и конкуренције, те иако су и национални здравствени интереси понекад под знаком питања уколико се прихвате модели које у разговорима са овим земљама нуди Заједница, поступци које предузимају поменуте земље централне и источне Европе појашњавају њихов стратешки став да је чланство у Европској Унији нешто што је од необичне важности како за државу тако и за нараштаје који долазе на европску сцену са обе стране континента.

Унапређење интелектуалне својине до нивоа сличног ономе који постоји у ЕЗ би, у основи, требало бити учињено на два начина и то може бити представљено освртом на Европски Споразум Уније са Мађарском. Пре свега, члан 65(2) стипулише да Мађарска треба да се пријави за приступ Минхенској конвенцији о европском патенту, као и другим конвенцијама које обрађују интелектуалну својину, а државе ЕЗ су чланице тих конвенција или оних које су *de facto* примењене у чланицама ЕЗ.³²⁾ Друго, члан 68 Европских Споразума, кога треба посматрати, читати и разумети у светлу члана 67 Европских Споразума, одређује да усклађивање мађарског законодавства са постојећим и будућим законодавством ЕУ представља главни предуслов за економску интеграцију Мађарске у ЕУ. Према томе, наш северни сусед и на овом пољу преузима обавезу да »осигура компатibilност свог будућег законодавства са Европском Заједницом што више је то могуће« (члан 67 ЕС).

Главни, дакле, циљ изгледа да је елиминација неправилности у трговини из разлога различитог (читати: нижег) степена заштите интелектуалне својине који је присутан у земљама централне и источне Европе у поређењу са оним који постоји у ЕУ и њеним чланицама. Приметно је да овакве обавезе нема на страни земља чланица Заједнице. Вредно помена је да у Заједници, у недостатку мера хармонизације, права интелектуалне својине добијају признање националним правом

32. Annex XIII набраја главне конвенције које третирају интелектуалну својину: Мадридску и Римску Конвенцију, те стипулише да Асоцијациони Савет може проширити ову обавезу и на друге конвенције о интелектуалној својини. Такође су набројане и конвенције које се сматрају незаобилазним у области интелектуалне својине: Бернска и Париска Конвенција.

које се може разликовати, понекад и у значајној мери од државе до државе чланице ЕУ³³⁾. Још ваља поменути да, као што је формулисано у члану 65(2) Европских Споразума, све чланице ЕУ нису тренутно приступиле конвенцијама које третирају интелектуалну својину за које су се земље централне и источне Европе сложиле да постану Уговорнице.

Југословенски Закон о патентима је 1993. године дозволио патентну заштиту лекова. Од 1990. штити се нова супстанца, а од 1995. је омогућена заштита и нове примене. Надамо се, ако поступак хармонизације Закона о патентима са Конвенцијом о европском патенту доведе до прихватања одређених измена, да ће се направити мудар, неопходан избор уз коришћење искустава неких од земаља које смо поменули у овом тексту. У том смислу треба нагласити да тема која је овде разматрана, Roche – Bolar одредба о изузету ексклузивних права додељених патентом, спада заправо у домен националног права и тренутно не представља *acquis communautaire* (иако би то могла постати) Европске Уније. Поврх тога, Roche – Bolar одредба, као што нам је то Извештај панела у случају ЕУ - Канада показао, јесте конзистентна, те је у потпуности на линији са ТРИПС – ом.

(чланак примљен 6 XII 2001.)

**L. L. M. Marko Milojević,
Concern „Hemofarm“, Inc.**

**“The Medicinal Product Early Works before Expiration
of the Valid Patent and the Patent Infringement
in the Legislations of Certain CEECs”**

Abstract

The Article deals with the exemptions to the exclusive rights conferred by patent for pharmaceutical products. Here we have a modern issue in the domain of intellectual property rights of the pharmaceutical world. Besides the general overview on Roche – Bolar principle, the Article makes analysis of the existence of this very principle within the legislation of chosen Central and Eastern European Countries, as well as at the level of acts dealing with pharmaceuticals within the EU. This the way the national patent legislation of Czech Republic, Slovakia, Hungary, as well as the basics from the national patent legislation of Poland, Slovenia and Croatia have been depicted regarding this issue parallel with the current and future situation at the level of the European Union.

Key words:patent, exclusivity, exceptions, tests, pharmaceutical product, TRIPS.

33. За ово питање, видети разлику у законодавствима чланица ЕУ које се тичу заштите индустријских дизајна и модела: A Firth, “Aspects of design protection in Europe”, *EIPR* (1993), 42-7.

mr Ана Ђорић,
исследовач сарадник
Г-17 инситуит

UDK 341.24:656.62

Будимпештанска конвенција о уговору о превозу робе у унутрашњој пловидби – конвенција CMNI

Резиме

Уговор о превозу робе у унутрашњој пловидби није био регулисан на међународном нивоу на јединствен начин. Фактички, у међународним оквирима важила су различита правила, усвојена за сваку међународну реку посебно. Иако је постојало више иницијатива и то са различитих страна, оне све до октобра 2000. године, нису уродиле плодом. Међутим, на Конференцији у Будимпешти, организованој на иницијативу Централне Комисије за навигацију Райном, Дунавске комисије и Економске Комисије УН за Европу усвојена је Конвенција о уговору о превозу робе у унутрашњој пловидби (Конвенција CMNI) којом се ова матрија унификује.

Чланак садржи анализу свих кључних тачака уговора, уз паралелно поређење решења која даје Конвенција CMNI са решењима Конвенције CMR у друмском превозу, одн. Конвенције CIM у превозу железницом.

Кључне речи: Конвенција, унутрашња пловидба, превоз робе, уговор

Уводне напомене

За разлику од друмског и железничког саобраћаја, унутрашња пловидба дуго није била унификована. Док су уговори о међународном превозу робе

у друмском и железничком саобраћају одавно уређени конвенцијама, ова област остала је без јединствене правне регулативе.

Упоредна анализа показује да се уговор о превозу робе унутрашњим пловним путевима у европским земљама регулише на различите начине. Могуће је разликовати три система:

први - француски, у коме се унутрашња пловидба регулише нормама копненог превоза, највећим делом правилима о железничком превозу робе;

други - немачки, где постоји посебно законодавство за речни превоз;

трећи – мешовити, у коме се унутрашња пловидба регулише правилима која се примењују, углавном, и у поморској пловидби¹⁾.

Међународни пловидбени режим на међународним рекама се утврђује посебно за сваку реку²⁾. Разлике које се при том појављују отежавају бржи развој речног саобраћаја и стварају непотребне спорове. Изузетан економски интерес који евидентно постоји, утицао је да се још почев од педесетих година прошлог века почело да ради на Нацрту конвенције о уговору о превозу робе у унутрашњој пловидби³⁾. Овакав рад настављен је и касније, и то у оквиру различитих институција⁴⁾. Ипак, тек на Конференцији у Будимпешти, организованој на иницијативу Централне Комисије за навигацију Рајном, Дунавске комисије и Економске Комисије УН за Европу, од 24. септембра до 3. октобра 2000. године, усвојена је Будимпештанска Конвенција о уговору о превозу робе у унутрашњој пловидби (у даљем тексту: Конвенција CMNI)⁵⁾. Овом Конвенцијом на јединствен начин регулисан је уговор о међународном превозу робе у унутрашњој пловидби и тиме би се могло рећи да су сва три облика копненог саобраћаја сада уређена на међународном нивоу. Наравно, под претпоставком да ова Конвенција CMNI заживи.

Конвенција CMNI је успела да помири различите приступе материји уређења унутрашње пловидбе (француски и мешовити).

1. У Југославији се уговор о пловидбеном превозу ствари, путника и пртљага, регулише Законом о поморској и унутрашњој пловидби "Службени лист СРЈ", бр. 12/98, 44/99, 74/99, 73/00; у Републици Србији превоз ствари у унутрашњој пловидби уређен је Законом о унутрашњој пловидби "СГ СРС", бр. 54/90, "СГ РС", бр. 53/93, 67/93, 48/94; у Републици Црној Гори превоз ствари уређен је Законом о поморској и унутрашњој пловидби "СЛ СРЦГ" бр. 13/78, 8/79, 19/87, 36/89, 13/91.
2. Пловидба Рајном уређена је Конвенцијом из Манхјама из 1868. године; Пловидба Дунавом уређена је Дунавском конвенцијом из 1948. године и Братиславским споразумом из 1955. године.
3. Економска комисија ОУН за Европу је 1959. године израдила Нацрт, али он никада није усвојен, мада је неспорно да је имао значаја приликом израде закона у појединим земљама.
4. Препорука са Конференцију о безбедности и сарадњи у Европи од 1. августа 1975. године.
5. Интегрални текст конвенције, на енглеском, француском, немачком, холандском и руском језику може да се пронађе на Интернет адреси Економске Комисије УН за Европу (<http://www.unece.org/trans/main/sc3/cmniconf/cmni.html>).

Конвенција CMNI је од 22. јуна 2001. године отворена за потписивање, и до сада ју је потписало 13 држава⁶⁾, а ступиће на снагу када је буде ратификовало 5 држава.

Полje примене Конвенције CMNI

Уговор о међународном превозу робе у унутрашњој пловидби је, по слоју Конвенције CMNI, уговор настao сагласношћу волја уговорних страна. Овим уговором се превозилац обавезује да ће за накнаду – превознику, превести робу унутрашњим пловним путем⁷⁾. Исто решење садржи и Конвенција CMR⁸⁾, као и Конвенција CIM⁹⁾. На питања која нису уређена овом Конвенцијом примењују се одредбе права државе које уговорне стране одаберу или право државе са којом уговор о превозу има најближе везе¹⁰⁾.

Rationae loci. Конвенција CMNI се примењује само на међународне превозе, што значи да се лука укрцавања и лука искрцавања налазе у различитим државама од који је најмање једна потписница Конвенције¹¹⁾. Државе, међутим, могу да искључе примену Конвенције када се ради о неким навигационим путевима на њиховој територији, а могу и да је примењују у унутрашњем саобраћају¹²⁾. Нарочито је интересантно да Конвенција CMNI предвиђа могућност да се примењује и на бесплатне превозе, што је велико одступање имајући у виду да је уговор о превозу уговор привредног права и, као такав, по својој природи спада у теретне правне послове.

Rationae materiae. Конвенција CMNI се примењује само на уговоре о превозу робе унутрашњим пловним путем. Под условом да се не изда поморски коносман и ако је поморски пловни пут краћи од речног, она може да се примењује и на уговоре о поморско-речном превозу робе.

Форма уговора

Уговор је консенсуалан и сматра се да је закључен када се превозилац обавеже да превезе робу унутрашњим пловним путем, за одговарајућу нак-

6. Немачка, Холандија, Белгија, Португал, Бугарска, Чешка Република, Словачка, Хрватска, Швајцарска, Француска, Мађарска, Румунија и Луксембург.
7. Чл. 1.
8. Конвенција о уговору за међународни превоз робе друмом (CMR) од 19. маја 1955. године, ратификована Уредбом, Сл. Лист ФНРЈ, додатак бр. 11/58, стр. 8.
9. Конвенција о међународним превозима железницом COTIF, Једнообразна правила о уговору о међународном превозу робе железницама (CIM), ратификована Уредбом, Сл. Лист СФРЈ, међународни уговори бр. 8/84 стр. 283; Закон о потврђивању протокола о изменама и допунама COTIF Сл. Лист СРЈ међународни уговори бр. 3/93, стр. 45.
10. Чл. 29.
11. Чл. 2.
12. Чл. 31.

наду. Конвенција не спомиње никакву посебну форму за закључивање уговора, тако да може да се сматра да овај уговор спада у неформалне. Писмени документ, теретница или коносман, може да буде издат, али његово издавање не представља услов за закључење уговора, него само служи као доказ. Исти став заузима и Конвенција CMR, док Конвенција СИМ предвиђа обавезно издавање товарног листа¹³⁾ као услов валидности уговора о превозу.

Уговорне стране

Из дефиниције уговора произлази да су уговорне стране превозилац и пошиљалац. Међутим, на место превозиоца може да дође и тзв. субсидијарни превозилац. У случају да је превоз робе превозилац поверио субсидијарном превозицу, онда се он у уговору појављује као превозилац, а превозилац је у ствари пошиљалац. У складу са новонасталом ситуацијом, следи да се на субсидијарног превозиоца примењују све одредбе које би се иначе примењивале на главног превозиоца. Међутим, превозилац остаје одговоран пошиљаоцу са којим је склопио уговор о превозу и има обавезу да обавести превозиоца о томе да је ангажовао субсидијарног превозиоца да изврши превоз. Ако би се дододило да је превоз делом обавио главни, а делом субсидијарни превозилац, онда они одговарају солидарно, сразмерно превозном путу¹⁴⁾. Практично, овакво решење садржи и Конвенција CMR, која предвиђа да се уговори о превозу често извршавају тако што уместо превозиоца који је уговорио превоз, превоз стварно врши подвазар. Решење Конвенција CMNI само је унеколико слично решењу Конвенције CMR јер, када превозину плаћа пошиљалац, право на наплату има само превозилац, а не лице које уместо њега врши превоз, осим ако није извршена цесија потраживања.

Пошиљалац је лице на чију иницијативу долази до склапања уговора о превозу робе.

Прималац није уговорна страна. Он је титулар одређених права и обавеза из уговора о превозу (прима робу, има право располагања робом и обавезу да стави резерве у случају штете или губитка). Ипак, Конвенција CMNI не регулише питање које се поставља у тренутку испоруке – да ли прималац тада постаје уговорна страна или је уговор о превозу у ствари уговор у његову корист. Произлази да ће ово питање у пракси морати да буде решено од случаја до случаја по праву државе које ће се применити на уговор, као што је то предвиђено у чл. 29 Конвенције CMNI. По Конвенцији СИМ, од тренутка »искупљења« товарног листа, прималац постаје уговорна страна у уговору о превозу, а пошиљалац престаје да буде у било каквом даљем односу са превозиоцем.

13. Чл. 1.

14. Чл. 4.

Права и обавезе уговорних страна

Пошиљалац

Пошиљалац је лице на чију иницијативу долази до склапања уговора о превозу. Основно право које му на основу уговора припада је право располагања робом¹⁵⁾. Он одлучује о томе где ће бити место испоруке и коме ће се роба уручити.

Право располагања робом пошиљалац има до тренутка уручења примаоцу. Ако се превоз врши на основу товарног листа, он може да расположе робом чак и пошто је роба пристигла у предвиђено место испоруке, а ако се превоз врши на основу коносмана, онда докле год има један од оригинала.

Пошиљалац може да се одрекне свог права располагања у корист примаоца, што треба да буде назначено у товарном листу.

Будући да има право располагања робом, пошиљалац може да даје накнадне налоге превозиоцу које се тичу претовара робе, промене крајњег одредишта или чак самог примаоца. Конвенција CMNI се не изјашњава о форми ових накнадних налога, за разлику од Конвенција CMR и CIM које изричito захтевају да они буду у писменој форми¹⁶⁾. Превозилац за све накнадне промене и одступања од првобитног уговора може да захтева одговарајућу надокнаду.

Да би могао да се користи овим правом располагања, пошиљалац мора да буде у поседу коносмана, или неког другог превозног документа, мора да је надокнадио трошкове превоза превозиоцу, одн. трошкове који су превозиоцу проузроковани на основу накнадних налога¹⁷⁾.

Основна обавеза пошиљаоца је плаћање превознице. Сем тога, он има обавезу обележавања робе и укрцавања¹⁸⁾. Конвенција не садржи елементе на основу којих би се одредила висина превознице.

Пошиљалац треба превозиоцу да дâ основне податке о роби (врста, количина, број, тежина и тсл.), или другим речима, да га обавести о врсти пошиљке, њеној садржини и количини. Обавеза обележавања робе подразумева и њено паковање на одговарајући начин¹⁹⁾. Ова обавеза посебно је наглашена када се ради о превозу тзв. опасне робе²⁰⁾. Пошиљалац треба да преда превозиоцу и сва документа која прате робу²¹⁾.

15. Чл. 14 и 15.

16. Чл. 30 Конвенције CIM; Чл. 12 Конвенције CMR.

17. Чл 15.

18. Чл. 6.

19. Чл. 6 alinea 3.

20. Чл. 7.

21. Чл. 6 alinea 2.

Ако уговором није другачије одређено, пошиљалац је обавезан да робу укрца, стави и сложи на брод, у складу са важећим обичајима у унутрашњој пловидби²²⁾.

Превозилац

Основно право превозиоца по уговору о превозу је превознина. Осим тога, његово је право да стави примедбе – резерве на примљену робу и то у тренутку пријема робе. Ако резерви нема, сматра се да је роба примљена у добром стању²³⁾.

Превозилац има право на раскид уговора када пошиљалац није испунио своје обавезе у погледу података о роби. У том случају, он може да искрца робу на трошак пошиљаоца и да захтева одговарајућу накнаду која зависи од избора самог превозиоца и од тренутка када се уговор раскида (да ли је роба већ укрцана и да ли је превоз већ започео или не)²⁴⁾. Свакако би било интересантно да се напомене да Конвенција CMNI сем овде, нигде више не спомиње ни стојнице ни прекостојнице²⁵⁾. Ипак би могло да се сматра да превозилац има право на накнаду у случају прекорачења уговорених рокова за укрцавање.

Основна обавеза превозиоца је чинидба превоза робе до места искрцања у уговореном року и у стању у коме му је роба предата. То је обавеза коју треба да изврши са потребном пажњом, коју мора да покаже приликом избора брода и његове пловидбене способности (исти случај је и са одабиром опреме и посаде за превоз). Превозилац мора да провери да ли је роба на одговарајући начин укрцана, стављена и сложена у брод, да се не би угрозила сигурност брода у пловидби²⁶⁾, што је уобичајено код типских уговора о превозу.

Ограничења слободе уговарања

Конвенција предвиђа одређене ситуације у којима ограничава слободу уговарања. Тако, она изричito прописује да су одређене стипулације санкционисане ништавошћу уговора. Свака одредба која има за циљ да искључи, ограничи или пооштри одговорност било превозиоца, било лица које он

22. Чл. 6 алинеа 4.

23. Чл. 12.

24. Чл. 9.

25. У чланку C. HUBNER-а “La convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation interieure” објевљеном у часопису Le droit maritime français бр. 609 из новембра 2000. године, стр. 972 – 984 може се наићи на подatak да је пројекат Конвенције CMNI имао је и протокол о рачунању трошкова пловидбе, као и протокол о стојницама, али да су приликом расправе на Конференцији одбијени. (стр. 973).

26. Чл. 3.

ангажује ради извршења уговора о превозу, као и свака одредба која има за циљ да пребаци терет доказивања или да скрати рокове за приговор је ништавна. Ништава је и одредба која даје могућност превозиоцу да осигура робу²⁷⁾.

Ипак, уговорне стране могу да се споразумеју да превозилац још у неким случајевима не одговара за штету, као што је нпр. чињење или нечињење капетана или пилота брода, у случају пожара или експлозије на броду и тсл²⁸⁾.

Одговорност превозиоца

Превозилац одговара за штету на роби (њено оштећење или губитак), од тренутка преузимања робе до испоруке или за штету насталу као последица прекорачења рока, осим ако докаже да би штета наступила као последица околности које пажљив превозилац није могао да отклони, одн. избегне²⁹⁾. По својој природи, одговорност превозиоца је објективна, значи без обзира на кривицу. Овакво решење имају и Конвенција CMR и Конвенција CIM.

Из текста Конвенције CMNI произилази да је обавеза превозиоца обавеза резултата, а не обавеза средства³⁰⁾. Одговорност превозиоца временски је ограничена на период у коме је роба у државини превозица, одн. на период када је она физички на броду. За штете настале током укрцавања и искрцавања робе превозилац не одговара. Конвенција CMNI предвиђа могућност да се одговорност превозица прошири и на радње укрцавања одн. искрцавања. Тада ће се одговорност превозиоца регулисати по одредбама права које се примењује на уговор о превозу³¹⁾.

Превозилац одговара за чињења или нечињења лица која су радила по његовом налогу на извршењу уговора о превозу³²⁾ исто као да их је и сам извршио, под условом да они раде у оквиру својих овлашћења. Ако би против некога од ових лица била подигнута тужба, оно може да се позива на исте

27. Чл. 25 alinea 1.

28. Чл. 25 alinea 2.

29. Чл. 16.

30. "У зависности од начина остваривања преузете обавезе облигациони односи се деле на облигационе односе средства и облигационе односе циља. У облигационом односу средства дужник се ослобађа обавезе када је изврши са потребном пажњом, без обзира да ли је на тај начин постигао могући резултат за повериоца. У облигационом односу циља (резултата) дужник је у обавези да постигне циљ ради кога је облигација настала, те је своју обавезу извршио само уколико је постигнут циљ из уговора." – Илија Бабић, "Лексикон облигационог права", Службени Лист СРЈ, Београд 1997, стр. 213.

31. Чл. 16.

32. Пилот се не сматра као лице које је ангажовао превозилац, те он за његова чињења или нечињења не одговара.

оне разлоге за ограничавање одговорности или изузимање од одговорности као и сам превозилац³³⁾.

Превозилац може да се ослободи одговорности у случајевима када је штета или губитак последица неке од околности које су таксативно набројане у Конвенцији³⁴⁾:

- чињења или нечињења пошиљаоца, примаоца или неког другог лица које може да располаже робом,
- држања, утовара, слагања или истовара робе под руководством пошиљаоца, примаоца или трећег лица које ради у име пошиљаоца или примаоца,
- смештаја терета на палуби, ако је такав начин слагања терета уговорен са пошиљаоцем или је у складу са пословним обичајима или важећим прописима,
- природе робе, која је по својим својствима нарочито подложна оштећењу, мањку или губитку, а нарочито због лома, рђе, унутрашњег кварења, труљења, цурења, нормалног раста (у волумену или тежини) или деловања глодара,
- помањкања или слабог стања амбалаже, када је роба по својој природи склона кварењу или губитку,
- недовољног паковања или нејасних или недовољно трајних ознака на терету,
- спасавања или покушаја спасавања на пловним путевима,
- превоза живих животиња, осим ако превозилац није предузео мере или се није држао упутстава уговорених у уговору³⁵⁾.

Превозилац ће тако одговарати за штету само ако оштећени докаже да је штета последица неког другог разлога, одн. да није искључиво последица ових, горе наведених разлога, што је слично решењу које предвиђа Конвенција CMR³⁶⁾.

Уговорне стране могу да се споразумеју и око неких специфичних разлога ослобођења од одговорности, карактеристичних за унутрашњу пловидбу као што је нпр. случај са пожаром или неспособношћу брода, без обзира на пажњу превозиоца. Сматра се да би превозилац одговарао за наутичку грешку, ако није показао потребну пажњу.

Превозилац одговара за материјалну штету, а не и за изгубљену добит. У случају потпуног губитка робе, превозилац одговара за вредност робе у месту испоруке на дан испоруке. У случају да постоји делимичан губитак, или делимична штета на роби, он одговара до висине штете. Иста правила примењују се и за закашњење. Прекорачење рока испоруке постоји када роба није испоручена у року одређеном уговором, одн. у року који би се обзи-

33. Чл 17.

34. Чл. 18.

35. Чл. 18.

36. Чл. 17 став 4 Конвенције CMR.

ром на околности случаја, а имајући у виду превозни пут и пловидбу без сметњи и потребну пажњу превозиоца сматрао уобичајеним.

Ограниччење одговорности

Конвенција CMNI предвиђа да је одговорност превозиоца ограничена³⁷⁾. Од овог правила постоје изузети и то у случајевима када се ради о вредносној пошиљци код које је вредност робе била изричито назначена у транспортној исправи, а превозилац није имао примедбе на њу, као и у случају када су се уговорне стране сложиле око горње границе одговорности³⁸⁾.

Код закашњења, превозилац одговара највише до висине вредности превознице, а тај износ не може да пређе износ одштете коју би морао да плати за случај губитка или оштећења робе.

Превозилац, међутим, не може да се позива на ограничење од одговорности у случају да је проузроковао штету чињењем или нечињењем, било да је постојала намера да се штета проузрокује или свест о томе да ће штета вероватно наступити. Исто правило важи и за сва друга лица која раде по његовом овлашћењу³⁹⁾. Конвенције CMR и CIM су другачије решиле ово питање. Наиме, оне говоре о нехату⁴⁰⁾, одн. злуј намери и грубој непажњији⁴¹⁾ као случајевима када превозилац не може да се позива на ограничење одговорности.

Обрачунска јединица

Обрачунска јединица на основу које се врши ограничавање одговорности превозиоца до одређеног лимита је специјално право вучења⁴²⁾ који одређује Међународни монетарни фонд. Ова јединица може да се конвертује у националну валуту државе, према курсу на дан доношења пресуде, или према неком другом датуму о коме се споразумеју уговорне стране, а на основу паритета који утврђује ММФ.

37. Чл. 20.

38. Чл. 21.

39. Чл. 21.

40. Чл. 16 и 17 Конвенције CMR.

41. Чл. 44 Конвенције CIM.

42. 1969. године ММФ је створио специјално право вучења (СПВ), вештачку обрачунску јединицу, састављену од «корпе» националних валута. У ММФ-у се СПВ користи за за расподелу гласова и зајмова. И многе друге међународне организације користе СПВ, између осталих и Светска банка. Четири државе базирају своју националну валуту на СПВ. Подробније информације о СПВ могу да се пронађу на Интернет адреси ММФ-а : <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.htm>.

Заједничка хаварија

Конвенција не регулише питање заједничке хаварије, него за решавање овог питања упућује на одредбе права којим се уређује сам уговор о превозу, одн. на одредбе унутрашњег права које се примењује на прорачун штете и других потраживања за случај да штета наступи⁴³⁾.

Нуклеарне штете

Конвенција не дира у права и обавезе превозиоца које настају на основу међународних уговора или одредаба унутрашњег права, а тичу се ограничења одговорности власника бродова.

На основу Конвенције CMNI превозилац се ослобађа одговорности за штете проузроковане нуклеарним удесом, ако корисник нуклеарне инсталације или неко друго лице одговара за ту штету на основу закона или других одредаба државе која регулише ову врсту одговорности⁴⁴⁾.

Процесноправне одредбе

Конвенција CMNI не садржи посебне одредбе којима регулише поступак, али говори о приговорима (резервама) и застарелости одн. тужби.

Основна претпоставка да је превозилац извршио своју обавезу како треба огледа се у томе да по окончању његове престације нема никаквих примедаба. За случај да дође до губитка или оштећења, прималац треба да стави резерве приликом пријема робе⁴⁵⁾. Ако је роба примљена без резерви, претпоставља се да је превозилац испоручио робу у стању и у количини како их је и примио. Резерве морају да буду стављене у писменом облику и то у тренутку испоруке, ако је штета видљива, одн. у року од 7 дана, ако се ради о штети која није видљива. Оштећени мора да докаже да је штета настала док је роба била у државини превозиоца. Ако је превозилац закаснио са испоруком и тиме причинио штету примаоцу, на примаоцу је обавеза да у року од 21 дан од дана испоруке о томе обавести превозиоца. У супротном, превозилац му не дугује никакву накнаду. Исто решење садржи и Конвенција CMR⁴⁶⁾.

Рок за подношење тужбе⁴⁷⁾ је годину дана од дана испоруке робе, рачунајући од дана када је испорука извршена или је требало да буде извршена.

43. Чл. 26.

44. Чл. 27.

45. Чл 23.

46. Чл. 30 Конвенције CMR.

47. Чл. 24.

Прекид и застој рока регулишу се по праву којим се регулише и сам уговор. Слично решење садржи и Конвенција CMR⁴⁸⁾.

Конвенција CMNI експлицитно не спомиње ко су лица овлашћена на тужбу. Али, може се сматрати да су то пошиљалац и прималац.

Пошиљалац као уговорна страна несумњиво има интерес да поднесе тужбу против превозиоца. Могућност подизања тужбе директно је везана за право располагања робом. Стога, докле год има овлашћење располагања, он може и да подигне тужбу.

Прималац није уговорна страна, али несумњиво је лице које има одређена права и обавезе по основу уговора о превозу, што му даје и могућност да подигне тужбу.

Тужена страна је, по правилу, превозилац. Основ за тужбу је његова обавеза превоза робе и чињеница да је уговорна страна.

На месту туженог може да се нађе, уместо главног, и субсидијарни превозилац. На њега се односе потпуно исте одредбе као и на главног превозиоца.

Тужена страна може да буде и свако друго лице које превозилац ангажује ради реализације уговора о превозу.

Конвенција CMNI се не изјашњава ни по питању судске надлежности или арбитраже. У одсуству тих одредби, уговорне стране имају могућност избора да ли ће свој спор изнети пред суд и који, одн. да ли ће га решити арбитражом. У том смислу, може се сматрати да ће бити примењене одговарајуће одредбе које уређују питање сукоба надлежности у међународном приватном праву.

Закључак

Конвенција CMNI оквирног је карактера, јер не регулише сва питања везана за уговор о превозу робе у унутрашњој пловидби, него у многим случајевима упућује на одредбе унутрашњег права или на одредбе међународног приватног права. Интересантно је да не регулише изузетно значајно питање права ретенције, али зато развој нових технологија и изричito прописује могућност коришћења електронских докумената.

Чињеница да је остављена могућност државама које Конвенцији приступају да ставе одређена ограничења приликом ратификације или током саме примене, свакако слаби једнообразну примену, али омогућава да већи број држава приступи Конвенцији CMNI. Ипак, она представља значајан корак на путу ка унификацији уговора о међународном превозу робе у унутрашњој пловидби, јер се коначно, после вишедеценијских преговора и напора, дошло до решења које ће одговарати највећем броју држава.

48. Чл. 32 став 2.

Будући да се СРЈ вратила на међународну сцену и да је укључена у рад међународних институција, требало би размотрити приступање овој Конвенцији. Као први корак на том путу, могло би да се организује саветовање правника или правника и стручњака из других области саобраћаја, на коме би се заинтересовани ближе упознали са текстом ове важне међународне конвенције, и то утолико више што је другачија саобраћајна политика један од начина да се реше многи, а пре свега економски проблеми.

(чланак примљен 8. XI 2001.)

L. L. M. Ana Đorić,
Research Associate
G-17 Institute

Budapest Convention on Contract of Carriage of Goods in Inland Navigation – Convention CMNI

Summary

The rules about contract of carriage of goods in inland navigation were not unified in international relations. In fact, in international field there were different rules, established for every international river respectively. In spite of many incentives, from different parts, there was no success until the October of 2000. Then, in the Conference in Budapest, organized on proposal of the Central Commission for Rhine Navigation, Danube Commission and UN European Economy Commission was enacted the Convention on Contract of Carriage of Goods in Inland Navigation (Convention CMNI), which unifies this field.

This article comprises an analysis of all key questions of the contract, together with comparison of rules of the Convention CMNI with rules of the Convention CMR in road transport and of the Convention CIM in railway transport.

Key words: Convention, Inland Navigation, Carriage of Goods, Contract

**Мр Мирослав Милетић,
асистент, Правни факултет, Крагујевац**

UDK: 347.77:061

Органи и општи акти организације за колективно остваривање ауторског и сродних права

Резиме

Носиоци ауторског, односно сродних права треба да буду адекватно заступљени у органима како приватне тако и јавне организације, што им омогућава да одлучују о значајним штаманыма колективног оснивача њихових имовинскоправних овлашћења. Најшичнији такви органи су управни одбор и директор, при чему приватна организација има и своју скупштину. Најважнији општи акти организације су статут, тарифа и план расподеле. Статут је основни акт организације који уређује сва значајнија штамања њене делатности, осим оних које редуцишу тарифу и план расподеле. Тарифа предвиђа начине обрачунавања и износе накнаде коју организација налагајује корисницима за поједине облике искоришћавања предмета заштите одређене врсите. План расподеле садржи критеријуме на основу којих организација расподељује носиоцима права приход који је у виду накнаде за искоришћавање предмета заштите прикупила од корисника.

Кључне речи: организација, колективно оснивача, ауторско право, сродна права, носиоци права, корисници, органи, општи акти.

I Органи организације

По правилу, носиоци права су, у већој или мањој мери, заступљени у органима како приватне тако и јавне организације. Тиме се уважава широко прихваћени принцип по коме односни носиоци права или органи који их представљају треба да одлучују о начинима и правилима наплате и расподеле накнаде, као и о другим значајним аспектима колективног остваривања имовинскоправних овлашћења¹⁾. То је у складу са приватноправном природом субјективног ауторског и субјективних сродних права.

Међутим, постоје изузети од наведеног правила. На пример, то важи за америчке организације BMI и SESAC. То су акционарска друштва за колективно остваривање овлашћења на искоришћавање несценских дела у бестелесној форми. Акционари BMI-а су искључиво произвођачи емисија, а SESAC је био у својини једне породице до пре неколико година, када је продат тројици предузетника. Аутори и издавачи несценских дела могу бити једино комитети нечланови BMI-а, односно SESAC-а, при чему немају право да учествују у управљању овим организацијама, јер нису заступљени у њиховим органима. BMI истиче да му то омогућава већу објективност при одређивању тарифа и одлучивању о другим питањима²⁾.

Врсте анализираних органа зависе од приватноправног, односно јавноправног карактера организације, као и од облика правног лица у коме је она основана. Стoga, у пракси постоје различите варијанте у том погледу. Ради економичности излагања, пажњу треба углавном усмерити на решења предвиђена у два модела статута за организације које колективно остварују ауторско право у земљама у развоју³⁾. То су модел статут јавне организације за остваривање ауторског права (MSJO) и модел статут приватне организације за остваривање ауторског права (MSPO)⁴⁾. Упркос томе што су намењена организацијама у земљама у развоју, предложена решења су значајан покушај унификације односне материје и зато могу послужити као основа за анализу питања поменутих органа.

1. WIPO: Collective Administration of Copyright and Neighbouring Rights/Copyright, бр. 11, 1989, стр. 350; Чл. 53, ст. 1, тач. I Напрта модел одредби за закон у области ауторског права (документ СЕ/MPC/I/2-II)/Copyright, бр. 11, 1989, стр. 351.
2. Видети у Kernochan, J: Music Performing Rights Organizations in the United States of America: Special Characteristics; Restraints; and Public Attitudes/Copyright, бр. 11, 1985, стр. 391.
3. Светска организација за интелектуалну својину (WIPO) и Организација уједињених нација за образовање, науку и културу (UNESCO) су сазвале комитет владиних експерата који се састао два пута, јуна 1980. г. у Паризу и октобра 1983. г. у Женеви, при чему је на овом другом заседању усвојио поменуте модел статуте. То је био наставак ранијег и мање амбициозног покушаја из 1969. године, када су Међународни биро за заштиту интелектуалне својине (BIRPI) и UNESCO сачинили „Напрт модел статута за организације аутора у афричким земљама“ (тзв. the Abidjan Statute).
4. Statuts types d'organisme public de gestion des droits d'auteur, Statuts types de société privée pour la gestion des droits d'auteur/Le Droit d'Auteur, бр. 12, 1983, стр. 351-357.

1. Органи приватне организације

Органи приватне организације су генерална скупштина, управни одбор и генерални директор, којима помажу други органи, нарочито статутарне комисије (чл. 7 MSPO-а).

Генералну скупштину чине сви чланови организације. Редовна седница генералне скупштине се одржава најмање једанпут годишње. Ванредна седница се одржава на захтев управног одбора или одређеног⁵⁾ процента чланова организације (чл. 8, ст. 1).

Редовну или ванредну седницу генералне скупштине сазива председник управног одбора и то најмање одређен број дана пре одржавања седнице, при чему истовремено објављује и дневни ред, било писаним или усменим путем. Уколико се генерална скупштина сазива ради одлучивања о изменама статута или интерних правилника, онда текст предлога ових измена мора бити достављен уз дневни ред (чл. 8, ст. 2).

Генерална скупштина може пуноважно одлучивати ако је присутан или представљен одређен минимални број чланова. У супротном, нова седница се заказује у року од 30 дана. Одлуке се доносе већином гласова присутних чланова, а када је реч о изменама статута или интерних правилника, онда је потребна двотрећинска већина. Допуштено је гласање преко пуномоћника који, у том погледу, може заступати највише два члана (чл. 8, ст. 3).

Генерална скупштина: доноси статут и интерне правилнике организације и одлучује о њиховим изменама и допунама, усваја завршни рачун организације и одговарајуће годишње извештаје, утврђује фондove намењене за реализацију циљева организације, бира чланове управног одбора и, уколико је то потребно, одређује им износ накнаде за покриће трошкова вршења ове функције, бира чланове финансијске комисије, одлучује о свим питањима која су на захтев управног одбора увршћена у дневни ред (чл. 8, ст. 4).

Управни одбор се састоји од одређеног броја чланова које, на одређен број година и по поступку предвиђеном изборним правилником, бира генерална скупштина. Надлежни државни орган (нпр. министарство културе) именује свог представника у управни одбор. Једна трећина чланова управног одбора се периодично мења ради одржавања континуитета у раду (чл. 9, ст. 1, тач. 1).

Оdređen број чланова управног одбора морају бити аутори. У управни одбор не могу бити бирани руководиоци било ког ранга који припадају управи институције која искоришћава ауторска дела са репертоара организације (чл. 9, ст. 1, тач. 2).

Управни одбор бира, из свог састава, председника, подпредседника, генералног секретара и благајника који заједно чине његов извршни орган. Они припре-

5. Сагласно типском карактеру статута, поједине његове одредбе нису прецизиране до краја, већ је препуштено организацији да то учини на начин који јој највише одговара. У том смислу треба схватити даљу употребу атрибута "одређен" у овом контексту.

мају седнице управног одбора и обављају текуће послове између две седнице (чл. 9, ст. 2).

Председник заказује редовну седницу управног одбора. Ванредна седница се одржава на захтев председника или одређеног броја чланова управног одбора (чл. 9, ст. 3).

Управни одбор одлучује ако је присутан одређен број његових чланова. Одлуке се доносе већином гласова присутних чланова. Глас председника је одлучујући у случају једнаке поделе гласова (чл. 9, ст. 4).

Управни одбор: управља пословима организације, усваја буџет, располаже свим социјалним фондовима и усмерава њихово коришћење (чл. 9, ст. 5), решава међусобне спорове аутора и/или издавача и то на њихов писани захтев (чл. 9, ст. 6); подноси генералној скупштини извештај о свом раду и одлукама које је донео (чл. 9, ст. 7), именује чланове комисије за идентификацију ауторских дела и комисије за социјалне и културне фондове (чл. 10, ст. 2), поставља и разрешава генералног директора (чл. 12, ст. 1).

Генерални директор: представља организацију; руководи организацијом у складу са смерницама и одлукама управног одбора; даје саветодавна мишљења органима организације; одлучује о запошљавању и отпуштању кадрова сагласно условима предвиђеним правилником о особљу организације (чл. 12). Према овој одредби, генерални директор не може бити члан организације.

Наведеним органима помажу следеће комисије: финансијска комисија (одобрава приходе и расходе организације, проверава рачуне и подноси извештај о свом раду генералној скупштини; у раду те комисије учествује и финансијски стручњак кога именује надлежни државни орган); комисија за идентификацију ауторских дела са репертоаром организације и комисија за социјалне и културне фондове - оне подносе извештај о свом раду управном одбору (чл. 10, ст. 1). Једна трећина чланова ових комисија се периодично мења ради одржавања континуитета у раду (чл. 10, ст. 2).

Југословенски Закон о ауторском и сродним правима (ЗАСП)⁶⁾ предвиђа да организацијом управљају њени оснивачи у складу са статутом организације (чл. 155, ст. 1). Њени органи су: скупштина, управни одбор, директор и надзорни одбор (чл. 155, ст. 2). На основу упоредне анализе ове одредбе и члана 60, става 1 Закона о предузећима (ЗОП)⁷⁾ може се констатовати да, у начелу, организација има истоврсне органе као и предузеће. То је резултат става по коме у погледу органа организације треба да постоји далекосежна аналогија са прописима који уређују ту материју код предузећа⁸⁾. Дакле, организацијама је остављено да у својим статутима конкретизују члан 155 ЗАСП-а, ослањајући се при том на одговарајуће одредбе ЗОП-а⁹⁾.

6. "Сл. лист СРЈ", бр. 24/98.

7. "Сл. лист СРЈ", бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99.

2. Органи јавне организације

Органи јавне организације су управни одбор и генерални директор (чл. 4 MSJO-а).

Управни одбор се мора углавном састојати од аутора. Његове чланове именује надлежни државни орган (нпр. министарство културе) и то на одређен¹⁰⁾ број година и на начин који омогућава равномерну заступљеност различитих категорија аутора. У управни одбор не могу бити именованы запослени у организацији, ни ти руководиоци било ког ранга који припадају управи институције која искоришћава ауторска дела са репертоара организације (чл. 5, ст. 1). Постоји мишљење да је удружењима аутора требало дати одлучујућу или бар саветодавну улогу у погледу именовања чланова управног одбора¹¹⁾.

Председник управног одбора се поставља и разрешава актом надлежног државног органа (чл. 5, ст. 2). Постоји мишљење да је требало препустити управном одбору да бира свог председника¹²⁾.

Управни одбор је обавезан да одржи одређен број редовних седница у току године. Ванредна седница се одржава на захтев надлежног државног органа, председника или одређеног броја чланова управног одбора или на иницијативу генералног директора (чл. 5, ст. 3).

Управни одбор одлучује ако је присутно више од половине његових чланова. Одлуке се доносе већином гласова присутних чланова. Глас председника је одлучујући у случају једнаке поделе гласова (чл. 5, ст. 4).

Управни одбор разматра извештаје генералног директора о функционисању организације. Такође, управни одбор доноси одлуке које се односе на: планирање прихода и расхода организације, усвајање завршног рачуна организације и одговарајућег годишњег извештаја, социјална питања, правилник о особљу организације, сарадњу са иностраним организацијама; формирање комисија и одређивање њихових чланова, оснивање заступништава организације у провинцијама, куповину, продају, размену или закуп одговарајућих непокретности (нпр. пословних просторија) и пресељење седишта организације у било које место националне територије, под условом да то одобри надлежни државни орган (чл. 5, ст. 5).

8. Службено образложење чланова 155-160 ЗАСП-а (Савезни завод за интелектуалну својину: Закон о ауторском и сродним правима, Београд, 1998, стр. 143). На организацију се сходно примењују одредбе савезног закона којим се уређује правни положај предузећа, уколико ЗАСП не предвиђа другачије (чл. 161 ЗАСП-а). Међутим, организација се не може сматрати предузећем, као ни удружењем у смислу наших прописа, већ има правни положај *sui generis* који је најближи статусу установе (видети детаљније у Марковић, С.: "Ауторско право и сродна права", Београд, 1999, стр. 342-343).
9. Заједничке одредбе о органима предузећа су садржане у члановима 60-81 ЗОП-а.
10. Видети фусноту бр. 5.
11. Ficsor, M.: *Development and Objectives of Collective Administration of Authors, Rights/Copyright*, бр. 10, 1985, стр. 350.
12. Ibidem.

Управни одбор је обавезан да сачини детаљан извештај са сваке своје седнице и да један његов примерак достави надлежном државном органу у одређеном року (чл. 5, ст. 6).

Генерални директор се поставља и разрешава актом надлежног државног органа (чл. 6, ст. 1).

Генерални директор: представља организацију (чл. 6, ст. 2), руководи организацијом у складу са одлукама управног одбора (чл. 6, ст. 3), присуствује свим седницама управног одбора, подноси му извештај о функционисању организације и даје му саветодавна мишљења (чл. 6, ст. 4), одлучује о запошљавању и отпуштању кадрова сагласно условима предвиђеним правилником о особљу организације (чл. 6, ст. 5). Генерални директор не може бити члан управног одбора (чл. 6, ст. 4).

Камерунска SOCADRA је типичан пример јавне организације. Њени органи су: управни одбор и генерални директор.

Управни одбор чине: председник (министар за информисање и културу), седам именованих чланова који су представници кабинета председника републике и министарства: информисања и културе, националног образовања, привреде и планирања, финансија, територијалне управе, правде, шест чланова изабраних од стране свих аутора под условима које одређује министар за информисање и културу.

Генерални директор се поставља председничким декретом и на челу је Генералне дирекције која обухвата три службе (службу рачуноводства, правну службу, службу за обраду података) и три одељења (одељење управе и финансија, одељење за документацију и расподелу, одељење за промоцију и уговоре).

"Из реченог произлази да је, најблаже речено, карактер "државне организације" превише наглашен у управљању SOCADRA-ом. То је резултат чињенице да је ова организација основана на иницијативу државе која, сходно томе, жели да задржи своју контролу и старатељство над SOCADRA-ом. Међутим, ресурсе те организације, осим умерене државне субвенције додељене за почетак њеног рада, чиње накнаде које прикупља SOCADRA, а које су приватни капитал. Ова ситуација може довести до сукоба интереса између државе која брани јавни интерес и аутора, чији су интереси приватног карактера. У случају таквог сукоба, аутори ће бити надгласани, јер су у мањини у управном одбору"¹³⁾.

II Општи акти организације

Овим актима се на општи начин уређују одређена питања делатности организације. Најважнији општи акти организације су: статут, тарифа и план расподеле. Они су експлицитно предвиђени у ЗАСП-у (чл. 156, ст. 1).

13. Epacka, Y.: *Collective Administration of Authors' Rights: the Practical Experience of an African Society*, Copyright, бр. 12, 1987, стр. 377.

ЗАСП садржи два правила о хијерархији правних аката организације. Прво, статут је основни акт организације, што значи да остали општи акти морају бити у сагласности са њим (чл. 156, ст. 2). Друго, појединачни акти које доносе органи и овлашћени појединци у организацији морају бити у складу са општим актом организације (чл. 156, ст. 3). Ове одредбе су аналогне са чланом 94, ставовима 2, 3 и 4 ЗОП-а. То је резултат поменутог става по коме у погледу органа, као и општих аката организације треба да постоји далекосежна аналогија са прописима који уређују ту материју код предузећа¹⁴⁾.

1. Статут

Статут је основни општи акт организације. Његова садржина варира у зависности од организације. У том погледу, значајан покушај унификације су поменути Модел статути.

Они садрже одредбе о: називу, седишту, циљевима, функцијама и органима организације; колективном остваривању ауторског права; промотивним и информативним активностима организације; искоришћавању дела националног фолклора; средствима за социјалне и културне фондове; унутрашњој финансијској и административној контроли над организацијом¹⁵⁾.

MSPO садржи и одредбе о: условима за учлањење у организацију (чл. 4); правима и обавезама члanova (чл. 5 и чл. 6); престанку организације (чл. 18 и чл. 19). Насупрот томе, MSJO не садржи одредбе о чланству у организацији. То је резултат чињенице да, у начелу, јавне организације немају своје члanova. Дакле, носиоци права могу бити једино комитетенти нечлanova таквих организација¹⁶⁾.

ЗАСП предвиђа да статут организације садржи одредбе о врсти и предмету ауторскоправних, односно сродноправних овлашћења која се на колективан начин остварују преко организације (чл. 157, ст. 1). Такође је прописано да статут доноси скупштина организације (чл. 157, ст. 2). ЗАСП не садржи одредбу која би прецизирала све елементе статута организације. Дакле, организацијама је остављено да одреде садржину својих статута на начин који им највише одговара, ослањајући се, пре свега, на члан 157 ЗАСП-а, одређене одредбе ЗОП-а¹⁷⁾ и одговарајућа решења прихваћена у статутима поједињих иностраних организација.

ЗАСП-у је претходио нацрт тог закона чији је члан 175 предвиђао да статут организације мора садржати одредбе о: имену, седишту и предмету рада организације; условима за чланство и престанак чланства у организацији; категоризацији носилаца права и члanova ради одређивања њихових права у организацији; начину одлучивања и управљања у организацији; правима и обавезама члanova; поступку за избор и разрешење лица која раде у организацији, али нису њени члanova; принципима расподеле финансијских средстава која организација прикупи од корисни-

14. Видети фусноту бр. 8.

15. Видети чланове 1-3 и 7-17 MSPO-а и све члнове MSJO-а.

16. Видети WIPO: Op. cit, стр. 315.

17. Чланови 219, 335 и 399 ЗОП-а одређују садржину статута поједињих облика предузећа.

ка; унутрашњој финансијској и административној контроли над организацијом; начину расподеле финансијских средстава и имовине организације у случају престанка њеног рада¹⁸⁾.

2. Тарифа

"Тарифа садржи износе накнаде коју организација наплаћује корисницима за појединачне облике искоришћавања појединачних предмета заштите"¹⁹⁾. По правилу, утврђивање тарифе, тј. начина обрачунавања и износа ове накнаде је кључно практично питање односа између организације и корисника. Упоредноправна анализа показује да то питање може бити у већој или мањој мери регулисани законом, подзаконским актима или у потпуности препуштено слободном договору заинтересованих страна. У сваком случају, оно је деликатно јер обликовање тарифе зависи од мноштва разноврсних параметара који су детерминисани конкретним условима у свакој појединој земљи. Упркос овој разноликости, могуће је уочити извесне принципијелне аспекте те проблематике.

Тарифа је конкретизација правила по коме носилац права треба да ужива економску корист од искоришћавања његовог предмета заштите. Износи накнаде у тарифи могу бити изражени у процентуалном или паушалном облику²⁰⁾.

У ЗАСП-у се предвиђа само први од ова два облика. Ту треба разликовати две врсте случајева, зависно од тога да ли искоришћавање предмета заштите од стране корисника непосредно доприноси његовим приходима.

"Тарифа се одређује у процентуалном износу од прихода који корисник остварује искоришћавањем предмета заштите. Тај износ мора бити у сразмери са значајем који за приходе корисника има искоришћавање предмета заштите са репертоаром организације, али не сме бити већи од 10% тих прихода"²¹⁾. Ту врсту случајева карактерише постојање непосредне везе између искоришћавања предмета заштите и прихода корисника. У свету је постало уобичајено да се, у тим околностима, економска корист носиоца права своди на разуман удео у бруто-приходу корисника. Искуство показује да се у начелу тај удео креће до 10% од овог прихода, при чему се често утврђује износ минималне накнаде у паушалном облику. На пример, разматрана врста случајева обухвата извођење музичких дела на концерту или њихово јавно саопштавање са носача звука у дискотеци, под условом да се за то продају улазнице или да постоје други облици наплате.

"Ако корисник не остварује приход, или ако искоришћавање предмета заштите није у непосредној вези са приходом који корисник остварује, тарифа се одређује у процентуалном износу од трошкова за искоришћавање предмета заштите"²²⁾.

18. Видети Марковић, С.: "Нацрт закона о ауторском праву и суседним правима", Београд, септембар 1995, стр. 18-19.

19. Чл. 158, ст. 1 ЗАСП-а.

20. Видети WIPO: Op. cit, стр. 345.

21. Чл. 158, ст. 2 ЗАСП-а.

Извођење музичких дела на бесплатној приредби је типичан пример ситуације где корисник не остварује приход од искоришћавања предмета заштите. У овом случају, висина накнаде се утврђује у процентуалном износу од хонорара интерпретатора или од укупних трошкова организовања приредбе (хонорари интерпретатора плус трошкови који се односе на рекламирање приредбе, разглас, декорацију, закуп сале и позорнице, итд.), при чему се обично предвиђа износ минималне накнаде у паушалном облику.

Јавно саопштавање дела са носача звука и/или слике у авиону може послужити као пример ситуације где искоришћавање предмета заштите није у непосредној вези са приходом корисника. У овом случају, висина накнаде би се могла одређивати у процентуалном износу од трошкова за искоришћавање дела (нпр. у односу на цену опреме за искоришћавање дела и трошкове њеног одржавања). Међутим, искуство показује да се у наведеном случају, као и у аналогним ситуацијама, углавном практикује одређивање висине накнаде у паушалном облику, при чему тај износ зависи од различитих фактора²³⁾.

ЗАСП не прецизира оквире у којима се мора кретати процентуални износ од трошкова за искоришћавање предмета заштите. Према члану 187 нацрта тог закона, тај износ не сме бити већи од: 10%, у правилу; 5% ако су трошкови искоришћавања изузетно високи или ако искоришћавање има сасвим мали самостални значај; 20% ако су трошкови искоришћавања изузетно ниски или ако искоришћавање знатно смањује тражњу за примерцима предмета заштите²⁴⁾.

ЗАСП садржи и одредбу која се односи на обе разматране врсте случајева: "Ако се искоришћавање једног предмета заштите врши заједно са другим предметом заштите, односно ако за једно искоришћавање има више носилаца права, тарифа се одређује сразмерно"²⁵⁾.

Износи накнаде у тарифи могу бити одређени и у паушалном облику. У том случају, они се изражавају одређеним бројем новчаних јединица или бодова, при чему се прецизира новчана вредност бода (ти износи се повремено прилагођавају инфлаторним кретањима). Паушални облик накнаде је углавном карактеристичан за ситуације где искоришћавање предмета заштите није у непосредној вези са приходом корисника. На пример, то важи за јавно саопштавање дела које се емитује или јавно саопштавање дела са носача звука и/или слике у занатским радњама (посластичарницама, фризерским салонима, итд.) и средствима јавног саобраћаја (аутобусима, возовима, авионарима, бродовима, итд.). У овим околностима, паушални износ накнаде може зависити од различитих критеријума као што су, између осталих, врста опреме за искоришћавање дела, површина занатске радње,

22. Чл. 158, ст. 3 ЗАСП-а.

23. Видети нпр. *European Committee for the study of tariff parameters in the field of music*, april 1992, стр. 21-29.

24. Видети Марковић, С.: "Нацрт закона о ауторском праву и суседним правима", Београд, септембар 1995, стр. 20.

25. Чл. 158, ст. 4 ЗАСП-а.

врста превозног средства и његов капацитет одређен према броју седишта или путника.

У начелу, тарифу одређује организација, било једнострano или на основу споразума са удружењима поједињих категорија корисника попут локалних РТВ станица, хотелијера, угоститеља, аутопревозника, власника дискотека и слично.

Неки национални закони прописују да тако утврђена тарифа важи ако је одобри надлежни орган. На пример, Савезна арбитражна комисија у Швајцарској, Министарство културе у Данској и Комисија за ауторско право у Канади одобравају тарифу која садржи износе накнаде за искоришћавање несценских дела у бестелесној форми²⁶⁾.

Поред тога, у неким земљама се законским или подзаконским прописима одређују износи накнаде по основу поједињих релативних овлашћења имовинског карактера. Ови износи могу бити изражени у процентуалном облику (нпр. удео аутора, односно његовог наследника на основу права слеђења) или у паушалном виду (нпр. у Немачкој се то односи на накнаду за фотокопирање дела и накнаду од продаје техничких уређаја и носача записа за умножавање предмета заштите).

ЗАСП предвиђа да управни одбор организације доноси тарифу која се објављује у "Службеном листу Савезне Републике Југославије"²⁷⁾.

3. План расподеле

"План расподеле садржи критеријуме на основу којих организација расподељује носиоцима ауторског, односно сродних права приход који је у виду накнаде за искоришћавање предмета заштите прикупила од корисника"²⁸⁾. По правилу, утврђивање ових критеријума је кључно практично питање односа између носилаца права и организације и најчешћи узрок њиховог међусобног спорења.

Према ЗАСП-у, план расподеле утврђује скупштина организације (чл. 159, ст. 3).

План расподеле може бити посебан општи акт или део статута организације. У сваком случају, обликовање плана расподеле је резултат утицаја мноштва разноврсних фактора који варирају у зависности од организације. Упркос овој разноликости, могуће је уочити извесне принципијелне аспекте те проблематике.

Приход који организација оствари наплатом накнаде за искоришћавање предмета заштите припада односним носиоцима права. Сходно томе, план расподеле прецизира једну од основних обавеза организације према тим носиоцима права. Наиме, организација је дужна да носиоцима права периодично расподељује сваки приход остварен од прикупљене накнаде за искоришћавање њихових предмета

26. Видети Милетић, М.: *Државна контрола над организацијом за колективно осигурување ауторског и сродних права*, "Правни живот", бр. 11, 2001, стр. 856; Freegard, M: *Collective Administration: The Relationship Between Authors' Organizations and Users of Works*, "Copyright", бр. 12, 1985, стр. 453.

27. Чл. 158, ст. 5 и 6 ЗАСП-а.

28. Чл. 159, ст. 1 ЗАСП-а.

заштите, при чему се претходно издаваја део тих средстава за покриће трошкова њеног рада²⁹⁾ и евентуално за социјалне и културне сврхе.

3.1. *Одбитак за покриће трошкова рада организације*

"У складу са статутом и одлукама својих органа организација издаваја део прихода прикупљеног од корисника за покриће трошкова свог рада"³⁰⁾. Тај одбитак треба да буде у сразмери са оправданим трошковима рада организације³¹⁾. WIPO сматра да могу бити оправдани само они трошкови који су разумни и неопходни за колективно остваривање имовинских ауторскоправних или сродноправних овлашћења односне врсте и при том износи две напомене³²⁾.

Прво, ваља нагласити да као оправдане треба третирати и трошкове вршења извесних допунских функција организације као што су, примера ради, давање правних савета носиоцима права, организовање одговарајућих семинара и курсева, предузимање активности на унапређењу односа са јавношћу које доприносе бољем разумевању и потпунијем уважавању имовинскоправних овлашћења која се остварују колективно.

Друго, треба примењивати принцип равноправног третмана свих носилаца права у погледу одбитка за покриће трошкова рада организације. Овај принцип се може посматрати са два аспекта. С једне стране, исти проценат поменутог одбитка треба да важи за све носиоце права чији се истоврсни предмети заштите искоришћавају на истоветан начин, с обзиром да су у том случају једнаки и трансакциони трошкови колективног остваривања кореспондирајућих имовинскоправних овлашћења. С друге стране, виши трансакциони трошкови у погледу поједињих врста предмета заштите и имовинскоправних овлашћења треба да оптерете само односну категорију носилаца права.

ЗАСП не прецизира оквире у којима се мора кретати процентуални износ одбитка за покриће трошкова рада организације. Насупрот томе, члан 192 нацрта тог закона је предвиђао да тај износ не сме бити виши од 30% од прихода прикупљеног од корисника³³⁾, што се на основу искуства у свету сматра разумном горњом границом односног издавања.

Уопште узев, висина поменутих трошкова, па тиме и износ кореспондирајућег одбитка зависе од врсте и предмета имовинскоправних овлашћења која се колективно остварују преко организације. Илустрације ради, тај износ се обично креће око 20-30% у случају овлашћења на искоришћавање несценских дела у бестелесној форми, док 10-15% представља његов уобичајени распон у погледу овлашће-

29. Видети чл. 164 ЗАСП-а.

30. Чл. 160 ЗАСП-а.

31. По правилу, јавна организација прима и државне субвенције.

32. Видети WIPO: Op. cit, стр. 346, 348, 349.

33. Видети Марковић, С.: "Нацрт закона о ауторском праву и суседним правима", Београд, септембар 1995, стр. 20.

ња интерпретатора и произвођача фонограма на разне облике јавног саопштавања интерпретације са издатог фонограма³⁴⁾.

Поред тога, наведени примери показују да организације у оквиру исте специјализације практикују различите процентуалне износе поменутог одбитка. То је резултат чињенице да висина трошкова рада организације зависи од мноштва разноврсних фактора, као што су пре свих: степен до кога план расподеле улази у конкретне случајеве искоришћавања предмета заштите, ефикасност рада организације, величина административног апаратра организације, локални услови на територији пословања организације.

3.2. Одбийак за социјалне и културне сврхе

У свету је веома раширена пракса да организација преузима један део социјалних и културних функција које би, у супротном, морала вршити држава. У том смислу, организација формира одговарајуће фондове који су намењени за социјално обезбеђење одређених носилаца права, као и за унапређење разноврсних културних активности. Организација прибавља средства за те фондове тако што изdvaja deo prihoda prikupljenog od korisnika.

Тај приход није зарада организације, већ припада односним носиоцима права. Стога се део тих средстава може користити за социјалне и културне сврхе само ако то дозволе ти носиоци права, наравно под условом да, непосредно или преко својих уредно овлашћених представника, имају могућност фактичког учешћа у одлучивању о том питању³⁵⁾. "Та дозвола се може дати на различите начине, на пример, индивидуално, тј. од случаја до случаја (није типично у пракси), прихватавњем услова за учлањење у организацију (прилично чест случај), одлуком органа који представља носиоце права (такође, прилично чест случај) или у оквиру реципрочног аранжмана организација (прилично уобичајена пракса)"³⁶⁾. Без обзира на начин давања те дозволе, исти проценат овог одбитка треба да важи за све носиоце права.

Наведени примери показују да у већини случајева носиоци права немају могућност непосредног учешћа у одлучивању о поменутом одбитку, већ само индиректно прихватају такву праксу. Штавише, тај пристанак је често резултат чињенице да носиоци права обично немају фактичку слободу избора у том погледу. На пример, приликом приступања организацији носилац права мора да прихвати и одредбу о овом одбитку, јер је она део општих услова пословања организације који се у целини заснивају на начелу "узми или остави". Такође, носилац права мора пристати и на то да на основу реципрочног аранжмана³⁷⁾ његова организација дозволи одговарајућој иностраној организацији да за поменуте сврхе издвоји део прихо-

34. Видети WIPO: Op. cit, стр. 317, 330.

35. WIPO: Op. cit, стр. 350.

36. Ibidem, str. 347.

37. Видети Милетић, М.: *Реципрочни аранжман*, "Правни живот", бр. 11, 2000, стр. 677-691.

да оствареног наплатом накнаде за искоришћавање његовог предмета заштите у тој иностраној држави.

У појединим земљама се законом прописује тај одбитак у одређеним случајевима, чиме се носиоцима права *de iure* укида слобода избора у том погледу, што је у супротности са наведеним принципом кога изричito подржава WIPO. Најчешће је у питању законска обавеза организације да за колективне (углавном социјалне и/или културне) сврхе издваја део прихода оствареног наплатом накнаде од продаје техничких уређаја и/или носача записа за снимање предмета заштите (нпр. у Аустрији, Финској, Француској, Шведској)³⁸⁾.

Без обзира да ли је односни одбитак резултат актуелне праксе или законске обавезе, може се закључити да његов процентуални износ варира у зависности од врсте и предмета имовинскоправних овлашћења која се остварују колективно. Међутим, у већини случајева се тај износ креће до 10% од прихода прикупљеног од корисника, што је пре свега карактеристично за овлашћења на искоришћавање несценских дела у бестелесној форми³⁹⁾.

Постоје изузети од тог правила. На пример, у случају овлашћења на накнаду од продаје техничких уређаја и/или носача записа за снимање предмета заштите овај износ је 25% у Француској, а 51% у Аустрији⁴⁰⁾.

Када је реч о релативном овлашћењу на давање примерака дела на послугу, тај износ је 20% на Исланду, 75% у Шведској, док се у Норвешкој и Финској остварени приход не расподељује односним носиоцима ауторског права, већ се користи само за покриће трошкова рада организације и колективне сврхе⁴¹⁾.

Тако поступају и поједине организације приликом колективног остваривања овлашћења интерпретатора на разне облике јавног саопштавања интерпретације са издатог фонограма⁴²⁾. То је резултат чињенице да ови облици искоришћавања интерпретације знатно смањују могућност ангажмана интерпретатора и стога се приход остварен наплатом односне накнаде користи за социјалне сврхе, а његов мањи део за покриће трошкова рада организације.

38. Видети у WIPO: Op. cit, стр. 333; Melichar, F.: *Collective spending of royalties in the light of national treatment and other international copyright aspects* у зборнику "Collective Administration of Copyrights in Europe", Amsterdam, 1995, стр. 32-33.

39. Историјски гледано, аустријски АКМ је још 1897. г. увео праксу одбитка од 10% за социјалне сврхе, што је 1900. г. прихватио немачки GDT (претходник организације GEMA), док су касније то учиниле и многе друге организације широм света. Након Другог светског рата, тај одбитак почиње да се користи како за социјалне, тако и за културне сврхе. Такође, члан 8, став 2 CISAC-овог модел уговора о сарадњи организација из различитих земаља, предвиђа да свака од организација има право да од износа прикупљеног за рачун оне друге организације одбије највише 10% за поменуте сврхе (видети у Melichar, F.: Op. cit, стр. 31).

40. Видети у Melichar, F.: Op. cit, стр. 32.

41. Ibidem, стр. 33.

42. Видети у WIPO: Op. cit, стр. 330.

WIPO сматра да је оправдана таква употреба оствареног прихода само ако је његов износ толико мали да се разумним делом тих средстава не могу покрити трошкови расподеле прикупљене накнаде односним носиоцима права⁴³⁾.

3.3. Расподела накнаде носиоцима права

Смисао организације је да односним носиоцима права периодично расподељује остварени приход, при чему може један његов део користити за покриће трошкова свог рада и евентуално за колективне сврхе. При том, организација је дужна да равноправно третира све те носиоце права.

"Будући да се међу конкретним појединачним носиоцима права расподељује приход који је остварен на бази колективног искоришћавања великог броја предмета заштите, расподела никад не може да одрази прецизну корелацију између накнаде коју појединачни носилац права прими од организације и стварног удела који је предмет заштите тог носиоца права имао у колективном искоришћавању предмета заштите са репертоара организације. Утолико пре није могуће наћи прецизну корелацију између износа накнаде коју је корисник платио организацији и накнаде коју организација додељује појединачном носиоцу права"⁴⁴⁾.

Упркос томе, план расподеле не сме бити произвљеног или *ad hoc* карактера, већ се мора засинавати на унапред утврђеним начелима. "Начела плана расподеле су: сразмерност, примереност и правичност, зависно од врсте предмета заштите, начина искоришћавања предмета заштите, обима искоришћавања предмета заштите и других циљева утврђених актами организације"⁴⁵⁾.

Сагласно тим начелима, расподела се мора засинавати на прецизним подацима, осим ако нема тих података или ако би њихово прикупљање било неприхватљив организациони и финансијски терет за организацију, при чему је тада дозвољено да се план расподеле заснује на проценама које произлазе из релевантних и проверљивих чињеница⁴⁶⁾. Ту се обично предвиђа обавеза одређених категорија корисника да организацији достављају податке о искоришћавању предмета заштите и другим околностима битним за обрачун накнаде која се расподељује носиоцима права. Уредно испуњавање ове обавезе је један од значајних предуслова за економичан рад организације.

"Захтев за економичношћу рада води извесном паушалном приступу у шемама расподеле. Што шема расподеле специфичније улази у стварне случајеве искоришћавања дела, то трошкови рада нужно бивају већи. Организација мора увек настојати што више да усагласи две непомирљиве супротности: што више индивидуалности и правичности у расподели, при што је могуће мањим трошковима резије"⁴⁷⁾. Наведена констатација важи *mutatis mutandis* и за колективно остварива-

43. Ibidem, стр. 347.

44. Службено обrazloženje članova 155-160 ZASPi-a (Савезни завод за интелектуалну својину: "Закон о ауторском и сродним правима", Београд, 1998, стр. 144).

45. Чл. 159, ст. 2 ЗАСП-а.

46. Чл. 165 ЗАСП-а

вање имовинских сроднотравних овлашићења. Међутим, она ће се овде илустровати примером расподеле прихода оствареног најлатом накнаде за искоришћавање несценских дела у бестелесној форми.

То су радње искоришћавања дела које карактерише веома учестаност и дифузност. У тим околностима, максимална индивидуалност и правичност у расподели накнаде појединачним носиоцима права захтева прикупљање и обраду потпуних и прецизних података о искоришћавању ауторских дела на свим односним местима. У већини случајева, то би проузроковало несразмерно високе трошкове чије би покривање оствареним приходом довело у питање расподелу накнаде појединачним носиоцима права⁴⁸⁾. Стога, организација мора успоставити равнотежу између интереса за стварањем поуздане основе за расподелу накнаде и интереса за избегавањем трошкова који претерано умањују остварени приход. Резултат те равнотеже је "груба правда" која се, у већој или мањој мери али неминовно, јавља у расподели накнаде појединачним носиоцима права⁴⁹⁾.

"По правилу, организација добија потпуне податке о програмима од емисионих предузећа (понекад добија те податке само од већих РТВ станица, нарочито ако је велики број тих предузећа у земљи), као и у погледу концерата и рецитала "класичне музике", укључујући и неке друге концерте и приредбе на којима се изводе дела. У осталим случајевима се обично примењује систем узимања узорака. Методи узорковања неких организација дају прилично детаљне податке; нпр. контролори организације редовно посећују практично сва места (ресторане, концертне сале, барове, итд.) где се искоришћавају музичка дела и прикупљају податке о програмима који садрже листу музичких дела која се искоришћавају. Неке организације примењују много селективнији систем узорковања; само се добија релативно мала количина информација за коју се сматра да одражава структуру искоришћавања дела од стране једне категорије корисника. У неким случајевима се уопште не прикупљају подаци од извесних категорија корисника (већ се накнада коју плаћају ти корисници расподељује било на основу података које достављају одабрани професионални ентитети или, на пример, према подацима о продаји примерака дела, топ листама и програмским шемама радио станица)"⁵⁰⁾.

На основу одговарајућих одредби плана расподеле организација за колективно остваривање овлашићења на искоришћавање несценских дела у бестелесној форми, може се констатовати да расподељивање накнаде односним носиоцима права пролази кроз четири фазе⁵¹⁾.

47. Melichar, F.: *Die Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften*, Muenchen, 1983, стр. 65-66 (наведено према Марковић, С.: *Организације за колективно остваривање ауторских и суседних права*, "Правни живот", бр. 11, 1995, стр. 724).
48. То нарочито важи за јавно саопштавање дела које се емитује и јавно саопштавање дела са носача звука и/или слике.
49. WIPO: Op. cit, стр. 316.
50. Ibidem, стр. 316-317.
51. Видети Uchtenhagen, U.: *Technical Problems in Collective Administration of Authors*, "Rights/Copyright", бр. 1, 1986, стр. 31-32.

У првој фази се прикупљени подаци о искоришћавању дела доводе у везу са документацијом организације о тим делима и односним носиоцима права.

У другој фази се одређује износ накнаде за свако такво дело при чему се, у том погледу, обично практикује бодовање дела засновано на објективним критеријумима (нпр. према начину, учестаности и трајању искоришћавања дела), с тим што се често узимају у обзир и субјективна мерила (нпр. велики број бодова се додељује за сваки минут емитовања дела класичне музике, него дела рок музике); свакако, при том се прецизира новчана вредност бода.

У трећој фази се тако одређени износ накнаде користи као основа за израчунавање висине удела аутора и издавача тог дела, док се међусобни однос удела утврђује уговором између односних страна или правилима организације.

У четвртој фази се састављају појединачни обрачуни (годишњи, полугодишњи или квартални, зависно од организације), који се морају доставити свим односним носиоцима права, укључујући и иностране уговорне организације, при чему треба без одлагања исплатити дуговане износе накнаде.

(чланак примљен 11. III 2002.)

**MA Miroslav Miletić,
Assistant at the School of Law, Kragujevac**

The Organs and General Acts of an Organization for Collective Administration of Copyright and Related Rights

Summary

Copyright or related rights owners should be represented adequately in the organs of both a private and a public organization, which enables them to make decisions on significant questions concerning collective administration of their economic rights. The most typical of such organs are the management board and the director, while a private organization has its assembly, too. The most important general acts of an organization are its statute, tariff and distribution plan. The statute is an organization's fundamental act which regulates all the more essential issues regarding its activity, except for those which are regulated by the tariff and distribution plan. The tariff provides for the methods of calculation and the amounts of the royalties which an organization collects from users for the particular forms of exploitation of the subjects of protection of a certain kind. The distribution plan includes the criteria on the basis of which an organization distributes among the rightholders the revenue collected from users in the form of the remuneration for exploitation of the subjects of protection.

Key words: organization, collective administration, copyright, related rights, rightholders, users, organs, general acts.

МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

Међународна регулатива и упоредно право

Избор извођача по UNCITRAL-овом водичу за састављање уговора

UNCITRAL је сачинио и понудио за коришћење у пословној и уговорној практици правни водич за састављање међународних уговора о грађењу индустријских објеката (*Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works*).

Из садржине правног водича може се видети која је материја у њему обухвата и обрађена; водич садржи следећа поглавља:

1. Студије пре уговора
2. Избор метода извршења посла
3. Избор извођача и закључење уговора
4. Опште напомене о састављању уговора
5. Опис радова и техничке гаранције
6. Трансфер технологије
7. Цена и услови плаћања
8. Избор опреме и материјала
9. Извођење радова на градилишту
10. Консалтинг инжењер
11. Подизвођење
12. Преглед и тестови за време производње и грађења
13. Завршетак, примопредаја и преузимање радова
14. Прелазак ризика
15. Пренос својине на стварима
16. Осигурање
17. Обезбеђење извршења обавеза
18. Закашњења, грешке и други пропусти
19. Уговорена штета и уговорна казна

-
- 20. Штете
 - 21. Ослобађајуће околности
 - 22. Измењене околности
 - 23. Измене у радовима
 - 24. Обустављање радова
 - 25. Престанак уговора
 - 26. Снабдевање резервним деловима
 - 27. Пренос уговорних права и обавеза
 - 28. Избор права
 - 29. Решавање спорова.

Састављачи Правног водича су идентификовали основне тешкоће у изградњи објекта, пре свега индустриских постројења у међународној пракси (водећи при том рачуна и о разликама које у појединим питањима постоје у различитим правним системима), те упутили на начин уговорног превазилажења правних проблема.

Свако поглавље илустровано је примерима из праксе, односно моделима клаузула који се могу користити при састављању уговора. Тако су уз трећу главу (Избор извођача и закључење уговора) дати илустративни примери позива за претквалификацију и позива за надметање. Како могу бити од интереса за домаћу праксу у овом периоду, преносимо ове клаузуле у оригиналну на енглеском језику са преводом на српски језик:

Пример позива на претквалификацију

Инвеститор је (____) са седиштем у (____) и бави се (____). Инвеститор предлаже изградњу објекта за производњу (____). Радови на изградњи треба да се обављају у складу са следећим захтевима (овде унети техничке карактеристике радова). Инвеститор намерава да закључи уговор са извођачем за испоруку технологије, опреме, материјала, извршење грађевинских радова и осталих грађевинских услуга (овде навести инвеститорове захтеве у погледу изградње објекта) неопходних за изградњу већ поменутог објекта. Ове радове треба завршити до (____) или у року од (____) од дана завршетка тендерске процедуре. Датум предвиђен за закључење уговора је (____).

Понуду за испоруку поменуте технологије, опреме, материјала и извршење грађевинских радова и осталих грађевинских услуга ће се разматрати само ако их поднесу квалифицирана предузећа и то на бази одговора по претквалификационом упитнику који је припремљен у вези са овим пројектом. Примерак овог упитника може се добити од (____). Попуњене упитнике треба послати на инвеститорову адресу закључно са (____).

Пример упитника за предузећа која желе да се претквалификују

Инвеститор захтева информације по следећим питањима од предузећа која желе да се претквалификују за понуђаче на изградњи објекта описаног у позиву на

претквалификацију. На основу информација које ће се дати у одговору на овај упитник, инвеститор ће одредити која предузећа су квалификована за понуђаче за изградњу.

Тражене информације су следеће:

1. извештај о предузећу које се јавља за претквалификацију, укључујући ту и детаље о његовој структури и организацији и о његовом искуству као извођача радова;
2. финансијски извештај који је потврдило меродавно независно лице и који садржи податке о средствима и обавезама предузећа и о његовим обртним средствима;
3. референце банака;
4. исцрпан извештај о броју, врсти и, тамо где је то могуће, имена и радне биографије кључног особља и осталог руководећег кадра који треба да ради на изградњи објекта и њихово искуство у изградњи индустријских објеката;
5. извештај о пореклу и врсти главних делова опреме и материјала који би се користили у изградњи објекта, имена главних подизвођача који треба да учествују у изградњи и делови радова за које ће они бити ангажовани;
6. листа пројектата сличног обима које је предузеће изградило у претходном периоду, листа инвеститора и консалтинг инжењера који су учествовали у тим пројектима; коначна уговорна цена и коначни трошкови изградње за сваки од тих пројектата; ако је коначна уговорна цена била виша од почетне уговорне цене - и разлоги ове промене; да ли је сваки од ових пројектата успешно завршен; сличне информације о пословима главних подизвођача које предлаже извођач;
7. информације о пропустима, ако их је било, тог предузећа да изврши обавезе из уговора о изградњи које је раније закључило;
8. постојећи и предстојећи аранжмани тог предузећа у области изградње;
9. врста и износ осигурања које је предузеће закључило у овом тренутку;
10. назив и адреса организације која је издала гаранције за добро извршење посла том предузећу у последњих пет година и у случају да није у питању иста организација назив организације која ће издати такве гаранције за будуће радове;
11. делатности које не спадају у изградњу за које је предузеће финансијски заинтересован;
12. све остале информације које се сматрају релевантним за ангажовање тог предузећа у изградњи објекта.

Пример позива за надметање

Инвеститор је (____) са седиштем у (____) и бави се (____). Инвеститор предлаже изградњу објекта за производњу (____). Радови на изградњи треба да се обављају у складу са следећим захтевима (овде унети техничке карактеристике радова). Инвеститор намерава да закључи уговор са извођачем за испоруку технологије, опреме, материјала, извршење грађевинских радова и осталих грађевинских услуга

(овде навести инвеститорове захтеве у погледу изградње објеката) неопходних за изградњу већ поменутог објекта.

Свако предузеће које је заинтересовано за испоруку све или неке од поменутих технологија, опреме, материјала и извршење грађевинских радова и осталих грађевинских услуга треба да преда тендерску документацију претходно попуњену, коју може да набави од (_____) и преда је попуњену у запечаћеним ковертима. Цена тендерске документације је (______). Тендерска документација се мора послати инвеститору на горњу адресу и то до (_____) часова дана (______).

Потребна је тендерска гаранција у износу од (______). Доказ о гаранцији треба предати заједно са комплетном тендерском документацијом.

Овај пројекат финансира (______). Према томе, пре него што понуда буде прихваћена понуђач мора испуњавати критеријуме подобности које тражи та финансијска институција.

Решавање међународних спорова

Нови правилник МТК за ADR

Међународна трговинска комора проширила је недавно свој "сервис" за решавање спорова из међународних пословних односа - издала је нови правилник за тзв. пријатељско решавање спорова (*ICC ADR Rules*). Тако је, поред арбитражног правилника, те правилника о међународном центру за вештачење, међународној пословној заједници понуђен и механизам за пријатељско решавање спорова, којим је замењен правилник за опционални поступак мирења (*ICC Rules of Optional Conciliation*) од 1988. Скраћеница *ADR* потиче од почетних речи у кованици: *Amicable Dispute Resolution* (у означи свог новог правилника МТК је употребила скраћеницу *ADR* у донекле друкчијем смислу од онога под којим се ова скраћеница уобичајено користи - наиме, у скраћеници се под "A" уобичајено подразумева реч *Alternative*).

Под пријатељским односно алтернативним начином решавања спорова МТК подразумева споразumno разрешење спорних питања (мимо арбитраже), те методе као што су посредовање (*mediation*), независна процена спорних питања (*neutral evaluation*), те тзв. скраћене или убрзане поступке решавања спорова (*mini trial*). Странке саме бирају метод разрешења спорних питања који им највише одговара; уколико се не договоре, примениће се техника посредовања. Резултат поступка по овом новом правилнику није одлука која обавезује странке.

Правилник за алтернативно решавање спорова на снази је од 1. јула 2001. Правилник је подељен на поглавља у којима се разрађује отпочињање поступка (члан 2), избор неутралног лица које помаже странкама у разрешењу спора и које се назива *Neutral* (члан 3), питање накнаде и трошкова поступка (члан 4), спровођење поступка (члан 5), окончање поступка (члан 6). Уз правилник су приложена четири предлога за клаузуле које стране могу унети у своје уговоре када желе да се на правилник позову.

(Правилник за пријатељско разрешење спорова доступан је на website-у МТК: www.iccadr.org.)

М.П.

Прикази

Слобода пружања и примања услуга у ЕУ

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

Дефиниција слободе пружања услуга, која произилази из целине аката уније и праксе њених судова, би се могла свести на следеће елементе: слобода пружања услуга обухвата право правних и физичких лица која су настањена, тј. имају седиште, држављанство или пребивалиште на територији неке од држава-чланица уније, да уђу на територију друге државе-чланице и да тамо стално или привремено пружају услуге односно да услуге пружају из своје државе лицима на територији других држава-чланица, или да примају услуге, без било каквих забрана и ограничења која би произилазила од унутрашњег законодавства или административне праксе, под истим условима као и домаћа лица, ако се тиме не крше одредбе о праву настањивања. Ово би значило да је за вршење услуга од стране држављана других држава-чланица односно правних лица која имају националну припадност других држава чланица уведен принцип националног третмана.

Слобода пружања услуга подразумева не само право лица да уђу на територију државе-чланице и да пружају услуге, већ и право уласка на ту територију ради примања услуга. Овде се ради о праву или слободи лица да примају услуге од давалаца који се налазе у другој (својој) држави, или о “пасивној” или “негативној” слободи вршења услуга. Иако одредбе члана 59 уговора о оснивању не садрже изричито овај аспект слободе, право корисника из једне државе-чланице да отптује у државу даваоца услуга и да тамо прими или искористи услугу под истим условима као и домаћи држављанин признато је у судској пракси (правосудних органа уније).

Поред одређивања појма слободе вршења услуга, треба одредити и на које се услуге та слобода односи. Под услугама се у смислу 60 уговора о оснивању подра-

зумевају оне услуге које нису обухваћене одредбама о слободном кретању лица и слободном промету робе и капитала. Према томе, одредбе о слободи вршења услуга се не примењују на услуге које су регулисане одредбама о слободи промета робе, капитала и лица (на пример, ако се услуга састоји у извозу или увозу робе, путем слања писама, примењују се правила о слободи промета робе, а не одредбе о слободи вршења услуга).

Поред напред наведеног негативног одређења, поменута одредба уговора наводи да услуге обухватају услуге индустриског, трговинског и занатског карактера, као и услуге које се пружају обављањем слободних професија (одредба члана 60 став 2 користи израз “нарочито”, из чега се закључује да је ово набрајање извршено примера ради). При том, уговор поставља услов да се те услуге обављају (по правилу) уз накнаду. Одредбе о слободи пружања услуга се не примењују на делатности које су у некој држави, макар и повремено, повезане са вршењем јавних овлашћења (Суд правде је појам ових делатности тумачио доста уско.).

Савет може квалификованом већином изузети и друге делатности од примене права слободног вршења услуга (али то своје право до сада није користио).

Слободно вршење услуга је подвргнуто изузетима на основу заштите јавног поретка, јавне безбедности и здравља (у складу са члановима 56 и 66 уговора).

У прописима те другим документима уније помињу се различите услуге у контексту отварања прекограницног промета без дискриминације. Усвојена су бројна упутства која се односе на конкретне услуге које су разврстане према стандардној класификацији свих економских активности.

У службне гране, према најчешћој подели и груписању услуга, обухватају: финансијске и пословне услуге, саобраћај, те телекомуникационе и информационе услуге, као и низ других услуга.

У сектор финансијских услуга сврставају се: банкарство, осигурање и промет хартија од вредности. Одскора се део ових услуга развија као посебна целина, тзв. инвестиционе услуге, у које се сврстава и промет дериватима, као посебним финансијским инструментима (финансијски и термински уговори, *futures* и *swap* уговори, и опције).

Пословне услуге обухватају: услуге инжењера и сродна подручја (услуге архитектата, урбаниста, грађевинских, машинских и електроинжењера, *quantity surveyor-a*, и др.), услуге руковођења (*management-a*), економску пропаганду, везе са јавношћу (*public relations*), обраду података, истраживање и развој (*R and D*), рачуноводствене услуге (вођење књига, ревизија рачуна). Пословне услуге укључују и услуге попут угоститељства, комуналног чишћења, служби сигурности итд. Ове услуге називају се још и практичним, локалним или оперативним, те традиционалним услугама.

Неке од пословних услуга се сврставају у посебну групу - у тзв. професионалне услуге (у које улазе, на пример, пружање правне помоћи, услуге лекара, ветеринара, фармацеута и сл.), дакле, које врше припадници слободних професија, у смислу да су организовани у професионална удружења, да постоје правила струке и

норме професионалног понашања (понекад је тешко направити ово разликовање на пословне и професионалне услуге - пример архитекте).

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

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

Услуге у још неким привредним областима, од посебног значаја за унију, сигурно се могу сврстати у подручје услуга за сврхе разматрања могућности размене преко граница држава и једнак третман давалаца услуга без обзира на држављанство, односно националну припадност. Ту спада пре свега туризам, који обухвата читав низ делатности, послова и активности које се шире у оквирима уније без препрека на границама. У овом смислу важан је и сектор пројектовања и пружања консултантских услуга, те грађења.

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

Изједначавање третмана свих давалаца услуга постиже се и у сектору услуга традиционално везаних за јавни сектор (као што су поштанске услуге).

Према одредбама члана 60 уговора о оснивању, садржина слободе пружања услуга је у правном смислу сведена на национални третман, односно на право лица које пружа услуге да их у том циљу привремено пружа у другој држави-чланици под истим условима који важе и за домаће држављане. То практично значи да је за остваривање слободе пружања услуга на целој територији уније било потребно укинути све препреке у националним законским и административним прописима и пракси којим су даваоцима из других земаља постављани другачији услови за пружање услуга од оних који су важили за домаће држављане. Отуда је уговором о оснивању (члан 59) прописана и генерална обавеза држава-чланица да укидају односно укину ограничења у пружању услуга (забрана дискриминације).

За спровођење начела слободног обављања услуга у ЕУ посебно је важна одредба уговора (члан 62), која садржи тзв. принцип *standstill*, тј. обавезу чланица да не уводе нова ограничења у односу на слободу остварену у тренутку ступања на снагу уговора.

Забрана дискриминације обухвата директна и индиректна ограничења слободе пружања услуга и отворене и прикривене облике дискриминације. Директним ограничењима се непосредно забрањује или спречава вршење услуга. И индиректним ограничењима се постиже исто дејство, али на тај начин што се спречава лице које је у вези са корисником (брачни друг, деца или запослени) да приме или пруже услугу, или постављају услови или формалности којима се, без обзира што нису директно повезани са вршењем економске активности, стварају тешкоће тако да се спречава или отежава коришћење права из уговора.

Постоји и подела на отворене и прикривене препреке. Као отворени облици дискриминације страних држављана сматрају се, нарочито, условљавање пружања

услуга добијањем: посебне трговачке дозволе, претходним боравком у домаћој држави где давалац намерава да пружа услуге, као и наметањем посебних додатних дажбина, захтевањем посебних средстава обезбеђења пре пружања услуга, онемогућавањем или отежавањем услова за професионално образовање које је неопходно за вршење услуга, забраном или ограничавањем страним држављанима да постану чланови предузећа или да врше поједине функције и др. Као акти прикрене дискриминације сматрају се ограничења која, иако су заснована на први поглед на неутралним критеријумима држављанства, боравишта или стручним квалификацијама, ипак доводе до практичне дискриминације (на пример, случај када је домаћим прописима наметнута иста обавеза и домаћим и страним предузећима да плаћају доприносе за соц. осигурање запослених, иако радници страних предузећа нису обухваћени системом домаћег осигурања).

Препреке које отежавају слободан промет услуга налазиле су се односно налазе се у врло различитим областима и сегментима законодавства, политике и праксе земља-чланица. Општа карактеристика многих услуга била је да су државе (или професионална удружења, својом "саморегултивом"), у оквиру своје регулативне улоге, најчешће то именујући као мере сигурности и економичности, за право ограничавали приступ на тржиште. Циљ европске интеграције у тим гранама је, стoga, јасно изоловање мера које се тичу стандарда економичности и сигурности од питања доступности тржишта.

Треба посебно размотрити препреке овој слободи у области пословних, посебно професионалних услуга које представљају: - захтеви у погледу школске спреме и потребног искуства за обављање одређених послова, те – правила професионалног понашања (у њима се види какве су препреке, али и метод превазилажења). Кад је у питању разлика у школској спреми, први корак је био да се, у циљу олакшања приhvатања и обављања самосталних делатности донесу потребна упутства ради усклађивања прописа држава-чланица који се односе на почињање и обављање тих делатности, као и упутства за међусобно признавање диплома, свеđочанstava и других потврда о стручним квалификацијама.

Слично захтеву за школском спремом, професионалне организације могу пружање услуга или приступ одређеној професији условити придржавањем од њих прописаних професионалних правила понашања. Ако се поштовање ових правила може оправдати јавним интересом, онда је њихова примена у принципу дозвољена. Али ако се примењују на дискриминаторски начин, онда у суштини представљају препреке слободном вршењу услуга, јер отежавају или чак онемогућавају појединим категоријама лица да се баве одређеним професијама у домаћој држави-чланици (на пример, захтев за боравком на домаћој територији као услов за пружање правних услуга – што је случај који је решавао и Суд правде и утврдио да тај захтев доводи до дискриминације). Поред тога, од примене правила професионалног понашања се очекује да произведе пропорционално дејство, па се њихово постојање може оправдати само ако се иста сврха није могла постићи другим, мање рестриктивним захтевом. Међутим, то не значи да се од давалаца услуга ни-

уком случају не може захтевати испуњавање посебних услова који су прописани њиховим професионалним правилима; сматра се да је дозвољено наметање оних услова који се односе на: правила организације, етику, квалификацију, одговорност, ако се тиме не вређају одредбе чланова 59 и 60 уговора о оснивању и ако се могу оправдати јавним, општим интересом, под условом да се примењују на сва лица која пружају одређену врсту услуге.

Суштину новог начина примене професионалних правила понашања, односно усклађених мера и стандарда, чини концепт тзв. јединствене дозволе. За добијање ове јединствене дозволе потребно је испунити услове у једној држави-чланици, али се на основу ње стиче право пружања услуга и у свим осталим државама-чланицама. Овај систем је посебно развијен у банкарству, осигурању и у области пружања финансијских услуга.

Из домаћег права пословања са иностранством

Нови пропис о страним улагањима

У "Службеном листу СРЈ" број 3 за 2002. објављен је нови Закон о страним улагањима.

Нови пропис је донео одређена побољшања у односу на ранији закон у овој материји (Закон о страним улагањима, "Сл. лист СРЈ" 79/94 и 29/96).

Најпре, терминологија коју користи нови закон је разумљива и не противречи уобичајеним значењима појмова у пословној пракси. Побољшана је и правна техника новог прописа, а решења у погледу оснивача, облика улагања, улога и других питања усклађена су са основним поставкама Закона о предузећима; поред тога, закон не уређује материју која је уређена Законом о предузећима.

Закон о страним улагањима односи се на страна улагања у предузећа и друге облике за обављање делатности ради стицања добити, а одредбе се, према њиховој сврси, односе пре свега на стране улагаче, али и на облике у које је извршено директно инвестирање из иностранства; у том смислу, закон се односи и на домаће субјекте који, заједно са странцима, учествују у инвестиционим подухватима.

Под страним улагачем се подразумевају (члан 2) страно правно лице (правно лице које има седиште у иностранству), страно физичко лице, те југословенски држављанин са пребивалиштем односно боравиштем у иностранству дужим од годину дана. Из условне дефиниције страног улагача ("у смислу овог закона") избачена су домаћа предузећа са већинским страним улогом и сопствена предузећа странаца (што је било решење које је доводило до неспоразума у пракси).

Нови закон одређује да се под страним улагањем подразумева тзв. директно инвестирање, тј. улагање у југословенско предузеће којим страни улагач стиче удео или акције у основном капиталу тог предузећа (члан 3 тачка 1). Прецизира се да страни улагач може те уделе или акције стечи тако што сам или са другим страним или домаћим улагачима оснује предузеће или купи акције или уделе у постојећем предузећу (члан 4 став 1). Поред ових основних облика страних улагања, закон предвиђа и посебне облике у које убраја концесију (дозвола за коришћење

природног богатства, добра у општој употреби или за обављање делатности од општег интереса), те тзв. БОТ подухвате (члан 5). Закон под основим облицима страних улагања подразумева и стицање других имовинских права (поред права по основу улагања којим се стичу акције односно удели у предузећу), којим страни улагач остварује своје пословне интересе у Југославији (члан 3 тачка 2). Уочљиво је да закон више не предвиђа "улагање у домаће предузеће за заједничко пословање" као облик страних улагања.

Највише пажње закон посвећује гаранцијама које се дају страним улагачима, те подстицајима за стране улагаче.

Странцима је, најпре, гарантовано да директно улажу у предузећа за обављање свих делатности ради стицања добити, а само законом се ова слобода може ограничити (члан 7).

Изричito је предвиђено да страни улагач у погледу свог улога ужива једнак третман (има исти положај, права и обавезе) као и домаћа лица (члан 8 став 1); предузеће са страним улгом има једнак правни положај и послује под једнаким условима и на једнак начин као и југословенска предузећа без страног улога (члан 8 став 2).

Поред овог "националног третмана", закон предвиђа да страни улагач ужива пуну правну сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем, тј. закон гарантује да се права страног улагача стечена у моменту уписа страног улагања у судски регистар не могу сузити накнадном изменом закона и других прописа (члан 9 ставови 1 и 2).

Закон такође изричito гарантује да улог страног улагача и имовина предузећа са страним улогом не могу бити предмет експропријације или других мера државе са једнаким дејством, осим када је законом или на основу закона утврђен јавни интерес и уз плаћање накнаде (члан 9 ставови 3, 4 и 5).

Законом је предвиђено да страни улагач има право да слободно и без одлагања трансферише у иностранство сва финансијска и друга средства у вези са улагањем, а посебно добит, имовину која му припадне после престанка предузећа односно престанка уговора о улагању, износе добијене од продаје акција или удела у предузећу, износе добијене по основу смањења основног капитала, те накнаде по основу експропријације или сличне мере (члан 12).

Предузеће са страним улогом може, поред вођења књига по југословенским прописима, водити пословне књиге и у складу са међународно прихваћеним рачуноводственим стандардима (члан 11).

Страна улагања региструје се у надлежном суду (члан 21). Законом је укинута надлежност савезног органа управе надлежног за економске односе са иностранством да оцењује усаглашеност акта о страном улагању (одлука, односно уговор о оснивању) са законом (члан 21). Регистарски суд, по службеној дужности, обавештава савезни орган управе надлежан за економске односе са иностранством о извршеној регистрацији страних улагања, ради евидентије (члан 22).

За документацију

Due diligence

Један од израза из енглеске терминологије, који се све чешће користи и у нас (посебно у вези са страним улагањима, приватизацијом и уопште пословним подухватима у које су укључени и страни актери је и израз *due diligence* ("дју дилигенс"). То је термин чије је најприближније значење "потребна пажња". Веома је распрострањен у међународној пословној пракси и користи се за означавање процедуре којом се једна уговорна страна, пре уласка у пословни аранжман (дакле, пре подношења понуде, пре закључења уговора) упознаје са свим околностима пословног подухвата. Ова процедура обухвата сагледавање и процену ризика, избор мера којима ће се ризици избећи, савладати или умањити - путем уговорних одредби, преко резерви у цени, путем осигурања од одређених ризика, пребацивањем ризика на друге учеснике подухвата и сл.

Due diligence је поступак који морају да следе пословни руководиоци, заступници предузећа пре него што уговорно обавежу предузеће; интерна правила и прописани методи рада појединих предузећа (банака, других финансијских организација, осигуравајућих организација и др.) често предвиђају обавезу руководећег особља да спроводе овакве поступке. У случају неповољног исхода пословног подухвата и настанка евентуалне штете за предузеће, одговорност директора и других руководилаца се, између осталог, процењује и по томе да ли су и како су спровели претходни поступак испитивања свих околности релевантних за доношење пословне одлуке. Један од елемената процедуре је и ангажовање професионалних саветника за поједина питања - адвоката, одитора, и других; њихови савети о појединим ситуацијама и активностима, под условом да су пажљиво изабрани, те поступање по саветима је битно за оцену одговорности директора. Но, с друге стране, *due diligence* морају да спроведу и сами професионални саветници - и за њих важи правило да у давању савета морају да испитају све околности случаја, односно да клијенту наведу све елементе на којима заснивају свој налаз и мишљење, те

предлог поступака (што отвара низ питања о одговорности професионалних саветника према својим клијентима).

Припреме за улазак на одређено тржиште, његове сегменте или у поједине послове често се завршавају израдом *due diligence* извештаја, у коме се набрајају сва истражена питања, могуће опције и дају савети, односно одређују путеви даљег ангажовања.

Due diligence процедура се може спроводити практично у сваком пословном подухвату. С обзиром на величину ангажованих средстава и друге параметре (знациј за привреду поједине земље и др.), овај се поступак најчешће помиње код директних страних улагања, приватизације уз учешће страних инвеститора, кредитних односа, послова на тзв. секундарном тржишту (откуп потраживања по дуговима појединих земаља, откуп потраживања по хартијама од вредности које издају поједине земље и предузећа итд.). Питања која се испитују у сваком конкретном случају зависе од низа околности и практично их није могуће унапред одредити за све могуће случајеве. Примера ради, типична правна питања која се у *due diligence* процедуре испитују код директног страног улагања у постојеће предузеће су, у најкраћем, следећа: статус предузећа, оснивачки документи (уговор о оснивању, статут), власничка структура (однос друштвене својине и акција/удела приватних власника), врсте акција, да ли су издаване акције или потврде о акцијама односно уделима, стање књиге акционара, ступањ спроведене приватизације и тешкоће у њеној реализацији, овлашћења органа предузећа, њихов однос и одговорност, процедуре капитала од стране овлашћених организација, уговори са значајнијим партнерима, спорови, итд. Наравно, поред приступа са становишта права, профил предузећа у које се улаже употребљује се и са низа других аспеката (финансијског, кадровског, техничко-технолошког и др.).

(У наставку се дају елементи за правне аспекте истраживања за потребе израде *due diligence* извештаја о приступању концесионом подухвату.)

Елементи за *due diligence* у вези са концесијом

1. Елементи концесионог односа

(а) Предмет концесије, концесиона делатност

- посебне обавезе у погледу вршења концесионе делатности (у односу према јавности, заштита природне околине, обим производње, постизање одређених циљева у постављеним роковима, и сл.)

(б) Подаци о обновљивом природном богатству или добру у општој употреби, односно о концесионој делатности

- услови и начин коришћења

(в) Период (рок)

(г) Концесиона накнада

(д) Да ли је почела концесиона делатност

2. Стране у односу

- (ђ) Ко је концесионар (лице које је добило дозволу за коришћење обновљивог богатства или добра у општој употреби односно за вршење делатности)
- да ли је страно лице (физичко или правно лице из иностранства)
 - да ли је југословенски грађанин који има боравиште у иностранству
 - да ли је домаће мешовито предузеће са већинским страним учешћем или сопствено предузеће странца
- (е) Ко врши концесиону делатност (постоји ли концесионо предузеће - предузеће формирало само за обављање концесионе делатности)
- (ж) Подаци о обновљивом природном богатству или добру у општој употреби

3. Концесиони акт и концесиони уговор

- (з) Основни детаљи о одлуци органа којом је дата концесија концесионару (број, датум, елементи)
- да ли је предвиђена обавеза да се формира концесионо предузеће
 - (и) Да ли је била потребна и да ли је постојала сагласност неког другог органа
 - (ј) Основни детаљи уговора о концесији (број, датум, стране, елементи)
 - да ли детаљи уговора одговарају одлуци о додели концесије
 - да ли уговор садржи одредбу о могућности да концесионар уступи уговор о концесији трећем лицу (концесионом предузећу)
- (к) Да ли је уговор о концесији уписан у прописану евиденцију и акт о томе (решење)

4. Концесионо предузеће

- (л) Да ли је обавезно оснивање или не
- (м) Да ли је основано ново предузеће или се користи постојеће
- (н) Делатност концесионог предузећа (само концесиона делатност или и друге делатности)
- (њ) Облик, фирма, седиште, органи (начин формирања, одлучивање и др.), лица овлашћења за заступање (ограничења одговорности)
- (о) Капитал (уписан, уплаћен, у чему се састоји)
- (п) Оснивачи (чланови, акционари, према облику)
- да ли је само лице које је добило концесију или има и других лица
 - однос у капиталу (акцијама, уделима), учешће у органима, посебни углавци (право да се именује директор и сл.)
- да ли су предвиђени посебни аранжмани оснивача и концесионог предузећа (давање стручњака, вођење послова или одређених функција - производња, финансије и сл.)
- (р) Оснивачки акт (уговор, одлука) и статут
- ако је предузеће са страним учешћем - да ли су испуњене формалности по раније важећем Закону о страним улагањима

(с) Подаци из судског регистра

- решење о упису оснивања и осталих података и промена; да ли решење одговара оснивачком акту; да ли су све промене уписане у регистар

5. Правни аспекти пружања концесионе делатности/пословања концесионог предузећа

(т) Спорови (парнице, управни поступци и спорови, поступци за привредне преступе и сл.)

(ћ) Радни односи, уређеност итд.

(у) Осигурање

СУДСКА ПРАКСА

*Вера Марковић,
судија Врховног суда Србије*

Сентенце из пресуда Врховног суда Србије

Корисник девиза је онај за чији рачун се врши плаћање у иностранству или онај које остварио коришћење девизног кредита у земљи и добио динарску противредност иностраног кредита.

- Члан 50а. Закона о девизном пословању -

Из списка произилази: да је предмет спора у овој правној ствари накнада штете која је настала по наводима тужиоца као курсна разлика и то у вредности од 5 608 831,21 USA долара са домицилном каматом почев од 1. децембра 1986. године, до исплате коју је тужилачка банка претрпела при враћању девизног зајма који је добила од Међународне банке за обнову и развој у Вашингтону.

Одлучујући о тужбеном захтеву првостепени суд је утврдио да је тужилачка банка од Међународне банке за обнову и развој у Вашингтону добила 24. јуна 1983. године девизни зајам који је у виду кредита пласирала у земљи за реализацију пројекта "регионални развој Србије" на подручјима Подринског, Колубарског и Подунавског региона и то преко Агробанке. Уговором о зајму тужилачка банка се обавезала према Међународној банци за обнову и развој да приликом враћања девизног зајма поред главнице и камате врати и одговарајући износ ревалоризоване главнице у висини курсних разлика између долара и корпе конвертибилних иностраних валута према којима се формира курс долара у време враћања доспелих ануитета. Оваква обавеза тужилачке банке произлази из уговорене клаузуле currency pool, којим међународна банка штити реалну

вредност пласираних средстава. Странке су 3. октобра 1984. године у складу са одредбом члана 7. Закона о плаћању конвертибилним девизама закључиле уговор којим се тужилачка банка обавезала да конвертибилне девизе које је добила по основу зајма од Међународне банке за обнову и развој прода туженој националној банци уз обавезу тужене да откупљени износ конвертибилних девиза прода назад тужиљи ради враћања зајма Међународној банци у време доспелости аунитета и то према курсу по коме их је откупила. У складу са наведеним уговором странака тужиља је продала туженој 65 365 597,82 USA долара сукцесивно према динамици како је повлачила средства зајма од Међународне банке за обнову и развој. Са своје стране тужена је наведени износ конвертибилних девиза које је откупила у целости поново продала тужиљи сукцесивно према динамици доспелих аунитета и према курсу по коме их је откупила извршавајући на тај начин своју уговорну обавезу. Међутим, у време доспећа појединих аунитета дошло је до курсних разлика између долара и корпе конвертибилних валута према којима се формира курс долара, па је тужиља поред главнице морала међународној банци за обнову и развој да плати износ на име ових курсних разлика од 5 608 831,21 USA долара.

Првостепени суд је усвојио тужбени захтев и тужену обавезао да тужиљи исплати наведени износ са домицилном затезном каматом на име курсних разлика закључујући да је тужена дужна да накнади овако претрпљену штету будући да је према становишту првостепеног суда тужена крајњи корисник девиза које је откупила. Упориште за овакав став првостепени суд налази у одредби члана 50а и члана 51. Закона о девизном пословању и кредитним односима са иностранством ("Сл. лист СФРЈ" бр. 15/77, 61/82, 77/82, 34/83, 70/83 и 71/84), који је био на снази у време откупа девиза. Према одредбама наведеног закона курсне разлике у пословању девизама сносе домаћа лица сразмерно износу девиза које користе ако их нису отклониле одговарајућим правним послом. Према становишту низkestепених судова тужена као крајњи корисник откупљених девиза није уговором о откупу отклонила примену цитираних законских одредби па је зато дужна да тужиљи накнади курсне разлике које је ова исплатила.

Другостепени суд је прихватио становиште првостепеног суда.

Врховни суд налази да су основани наводи ревизије и захтева за заштиту законитости којима се истиче да су низkestепени судови спорни однос расправили уз погрешну примену материјалног права.

Основано се у захтеву за заштиту законитости и ревизији истиче да предмет спора нису курсне разлике између динара и конвертибилних валута на које би се примењивале одредбе члана 50а. Закона о девизном пословању. Предмет спора је међувалутна разлика која се обрачунава по систему клаузуле currency pool, коју је тужилачка банка прихватила када је закључила уговор са Међународном банком за обнову и развој у Вашингтону.

Према становишту Врховног суда економски ефекат примене ове клаузуле представља трошак кредита који је тужилачка банка могла да пренесе на крај-

ње кориснике девизног кредита а што је тужилачка банка пропустила да учини на сопствени ризик. Стога неосновано тужилачка банка тражи да јој тај трошак надокнади тужена Народна банка. Тужена банка по становишту Врховног суда није корисник кредита нити је корисник девиза.

Ово пре свега са разлога што тужилачка банка није пренела Народној банци права и обавезе из узетог кредита да би она сада сносила трошкове кредита. Народна банка није прихватила ни уговором да сноси последице примене клаузуле currency pool, коју је тужилачка банка као зајмопримац код банке у Вашингтону прихватила. Према одредбама оквирног уговора између странака бр. 87-134/гљб од 19.12.1985. године странке су уговарале откуп девиза а не пренос кредита. Утврђени услови за откуп су били следећи: тачка 3 - за износ откупљених девиза Народна банка Југославије одобриће динарску противвредност по куповном курсу важећем на дан када су девизе одобрене на рачун Народне банке Југославије и то у року од 2 радна дана од дана извршеног преноса девиза на рачун Народне банке Југославије. Тачка 4 - девизе за отплату аликовотног дела кредита тј. девиза за отплату главнице до висине откупљених девиза обезбеђује Народна банка Југославије по курсу по коме су девизе продате Народној банци Југославије. Девизе за плаћање камате и других трошкова у вези са кредитом који се односе на део откупљеног кредита обезбеђује Народна банка Југославије у роковима до спећа обавеза плаћања с тим што се девизе продају по важећем курсу на дан извршења трансакције.

Дакле, уговором нису преузете обавезе из кредита па ни из клаузуле. У осталом, према члану 37. Закона о новчаном систему (који је тада важио "Службени лист СФРЈ", број 49/76) Народна банка обавезе плаћања према иностранству може пренети само на основу Савезног закона или другог акта Скупштине СРЈ. Из тога произилази да Народна банка није могла преузети кредит према иностранству уговором.

У самом уговору регулисано је да само за отплату главнице важи бонификација да се девизе откупљују и продају по курсу по којем су плаћене. За остale трошкове кредита као што су камате и други трошкови тужилац купује код Народне банке девизе по курсу у време куповине.

По становишту Врховног суда, у ту одредбу о трошковима спада и трошак за наплату међувалутарне разлике по систему унете клаузуле currency pool. Дакле обавезе Народне банке ограничene су уговором између странака. Погрешно је становиште нижеих судова да обавеза Народне банке произилази из одредбе члана 50а. Закона о девизном пословању као и закључак да је Народна банка корисник девиза. Народна банка је према одредби члана 1. тада важећег Закона о Народној банци Југославије и јединственом монетарном пословању Народних банака република и аутономних покрајина ("Сл. лист СФРЈ" бр. 49/76), национална институција задужена за остварење циљева и задатака монетарне и девизне политике. У остварењу тог задатка према члану 23. тада важећег Закона она је овлашћена да издаје и повлачи новац и купује односно продаје девизе

на јединственом девизном тржишту. Како је у тадашњој СФРЈ једина важећа монета динар то је тужилачка банка према тада и сада важећим прописима морала да прода девизе Народној банци осим ако се кредит узимао ради плаћања у иностранству. Како је кредит узет ради доделе корисницима у земљи и за те сврхе је и искоришћен, што произлази из списка онда је и без постојања уговора о откупу Народна банка била дужна да откупи конвертибилне девизе. Откупом девиза банка не стиче својство корисника девиза. Корисник девиза је онај за чији рачун се врши плаћање у иностранству или онај који је остварио коришћење девизног кредита у земљи, и добио динарску противвредност иностраног кредита.

Отуда је погрешно становиште низестепених судова да је Народна банка Југославије постала откупом корисник девиза. Народна банка Југославије је била дужна да изврши откуп девиза и без уговора као што је и тужилачка банка уколико није вршила плаћање у иностранству била дужна да прода девизе и без уговора, јер се у земљи не може користити туђа валута. Народна банка откуп девиза не врши ради стицања сопствене добити већ ради остварења циљева монетарне политike које утврђује држава. Како Народна банка није откупом девиза постала корисник тих девиза то произилази да се на њу и не може применити одредба члана 50а. Закона о девизном пословању.

Дакле како не постоји ни уговорна а ни законска обавеза Народне банке да сноси трошкове девизног кредита који је тужилачка банка подигла код међуванародне банке за обнову и развој у Вашингтону то произилази да су низестепени судови спорни однос расправили уз погрешну примену материјалног права.

Како тужилачка банка не може од Народне банке да потражује међувалутарну разлику која се дешавала на светском тржишту валута, из истих разлога не може се применити одредба Закона о девизном пословању. Како при том Народна банка уговором није прихватила да тужиоцу накнађује и трошкове кредита у које улази и трошак због примене напред наведене клаузуле то произилази да не постоји обавеза Народне банке да тужиоцу надокнади ову међувалутну разлику. Са тих разлога су низестепене пресуде преиначене и тужбени захтев одбијен као у изреци.

(Из пресуде Врховног суда Србије Прев. 283/99 и Пзз. 11/99 од 10.5.2000. године).

23.0801/љм

Купац који је пао у доцњу са извршењем своје обавезе нема право на раскид уговора због промењених околности које су наступиле после падања у доцњу.

Члан 133. тачка 3. Закона о облигационим односима

Из образложења:

Првостепени суд је одбио тужбени захтев из разлога што је утврдио да је тужилац уписан као власник у земљишно књижном одељењу у Загребу те да је ушао у државину непокретности, јер је саслушањем сведока утврдио да је тужилац био у државини непокретности две године пре купопродаје пошто је имао својство закупца. Тужени, као продавац, извршио је све своје уговорне обавезе и предао непокретност тужиоцу у државину.

Тужилац је поднео тужбу за раскид уговора о купопродаји због промењених околности односно избијања ратних дејстава и распада СФРЈ због којих према наводима тужбе није остварена сврха уговора. Међутим, првостепени суд је утврдио да су промењене околности наступиле тек пошто је тужилац пао у доцњу са исплатом другог дела купопродајне цене. Наиме, тужилац је први део купопродајне цене у износу од 50% непокретности платио 15 дана по закључењу уговора, а други део купопродајне цене био је дужан да исплати по завршномрачуни за 1990. годину, што значи до 1. марта 1991. године.

Дакле, исплата купопродајне цене је падала пре него што су наступиле промењене околности. У таквим условима првостепени суд је нашао да тужилац нема право на раскид уговора па је тужбени захтев одбио.

Другостепени суд је прихватио становиште првостепеног суда. Врховни суд налази да су нижестепени судови на тако утврђено чињенично стање правилно применили материјално право када су закључили да купац који је пао у доцњу са извршењем своје обавезе, нема право на раскид уговора због промењених околности које су наступиле после падања тужиоца у доцњу. Одредбом члана 133. тачка 3. Закона о облигационим односима прописано је да се страна која захтева раскид уговора не може позивати на промењене околности које су наступиле по истеку рока одређеног за испуњење њене обавезе.

Како су у конкретном случају промењене околности наступиле после истека рока за исплату другог дела купопродајне цене, то су нижестепени судови правилно нашли да тужилац нема право на раскид уговора. Отуда нису основани наводи ревизије да нижестепени судови нису правилно применили материјално право. Како ни други наводи ревизије нису основанни то је ревизија одбијена као у изреци.

(Пресуда Врховног суда Србије Прев. 41/01 од 14.3.2001. године).

23.08.01./ ЈМ

И када је предходна парница у прекиду, због стечаја основан је приговор литиспеденције, јер тужилац прекинуту парницу може наставити, с тим што ће правилно означити туженог као странку у стечају.

Члан 282. став 2. ЗПП.

Из образложења:

Из списка произилази да је првостепени суд утврдио да између истих странака тече спор пред Привредним судом у Београду, с тим што је прекинут када је над туженим отворен поступак стечаја.

У том спору тужилац је поставио исти захтев као и у овом спору а то је предаја 11 660 килограма свињског меса у виду француске обраде и 34 487 килограма свињских полутки - цепана полуутка. Чак је и чињенични основ исти.

Правилно су нижестепени судови одбацили тужбу на основу члана 282. став 2. ЗПП када су закључили да стоји приговор литиспеденције из разлога што се из списка види да између истих странака у погледу истог тужбеног захтева већ тече парница. И у предходној парници предмет тужбеног захтева је предаја ствари, па тужилац прекинуту парницу због стечаја туженог може наставити, с тим што ће правилно означити туженог као странку у стечају а свој захтев за предају ствари означити као излучни захтев.

Како између истих странака због предаје истих ствари већ тече спор, правилно је одбачена тужба тужиоца у овој ствари.

(Решење Врховног суда Србије Прев. 285/01 од 6.6.2001. године).

23.08.01./ ЈМ

Посредник не може створити обавезу ни за једну уговорну страну јер има само улогу посредовања у закључењу уговора.

Члан 818. Закона о облигационим односима

Из образложења:

Из списка произилази: да је тужилац 16.6.1995. године на основу непотписаног писменог уговора од стране туженог број 7-388 од 16.6.1995. године уплатио на његов жиро рачун 20 930,90 динара. Тужени је за извршену уплату сазнао тек 13.5.1996. године и истог дана посредством фирме "Енергброкер" уплатио на жиро рачун тужиоца износ 20 000 динара. Остатак уплаћеног новца у износу од 930,90 динара тужени није вратио.

Тужени признаје дуг у том износу заједно са законском затезном каматом од 14.5.1996. године. Првостепени суд је утврдио да парничне странке нису биле у уговорном односу по спорном уговору број 7 -388 од 16.6.1995. године, јер тужени

није потписао овај уговор. Стога је одбијен тужиочев захтев за исплату обрачунате камате по том уговору, у износу од 166 344,07 динара, са припадајућом процесном каматом од 1.11.1996. године.

Другостепени суд је прихватио становиште првостепеног суда да између странака није дошло до закључења уговора, јер тужени није потписао уговор.

Правилно су низжестепени судови расправили спорни однос и за своје одлуке дали основане разлоге које прихвати и овај суд, па се ревидент упућује на исте.

Није основан навод ревизије да је до закључење уговора дошло пошто је тужилац био савесна страна, из разлога што је и сам тужилац приликом закључења уговора на формулару могао видети да нема потписа туженог, а да лице са којим закључује уговор има својство посредника.

Како посредник не може обавезати ни једну уговорну страну на извршење обавезе, јер према одредби члана 818. ЗОО посредник има само улогу посредовања у закључењу уговора, то ни у овом случају посредник није могао створити обавезу за туженог уколико се тужени са тим није сагласио. Очигледно је да се тужени није сагласио, а чим је сазнао за уплату на његов рачун повратио је средства тужиоцу.

(Пресуда Врховног суда Србије Прев. 54/01 од 7.3.2001. године). 23.08.01/љм

После истека рока за застарелост, признање дуга се може учинити само писменим путем.

Члан 366. Закона о облигационим односима.

Из образложења:

Првостепени суд је закључио да приговор није основан образложући да је поверио сведоцима Д. Т. који је у 1993. години био ВД директор и који је власнику тужиоца сведоку С. В. у 1993. години признао дуг чиме је дошло до прекида застарелости. При том је првостепени суд образложио да је то признање учинио на тај начин што је повериоцу односно сведоку С. В. нудио да се дуг измири испоруком других производа са којима је фабрика располагала, што овај није прихватио већ је тражио да се плаћање изврши новцем.

Другостепени суд је закључио да је Т. дао усмену изјаву, а пошто је потраживање застарело онда је било потребно да се даде писмена изјава, те је првостепену пресуду преиначио и тужбени захтев одбио пошто по становишту другостепеног суда није дошло до признање дуга.

Врховни суд налази да је због погрешне примене материјалног права првостепени суд пропустио да утврди одлучну чињеницу, а то је када је (кога датума) сведок В. водио разговоре са сведоком Т. који је у то време био ВД директор.

Наиме, првостепени суд закључује да је сведок Т. у 1993. години признао дуг, па је дошло до прекида застарелости.

Према одредби члана 387. став 2. ЗОО, признање дуга може се учинити повериоцу и усменом изјавом у времену док тече рок застаре. У овом случају то се могло учинити до 15.3.1993. године, односно до 15.4.1993. године, обзиром да је дуг делимично плаћен 15.4.1990. године. После протека рока за застарелост признање дуга се према одредби члана 366. ЗОО може учинити само писменим путем, јер то представља одрицање од застарелости. Како првостепени суд није утврдио у ком временском периоду су вођени разговори између сведока С. В. и сведока Т., односно кога датума су такви разговори вођени, то није поуздано утврђено да ли је у време признања потраживање већ било застарело или је признање дато у време кад још није истекао рок застарелости. Како од ове одлучне чињенице зависи и примена материјалног права, односно како првостепени суд због погрешне примене материјалог права није утврдио одлучну чињеницу када и кога датума је дошло до признања дуга, а време застарелости истиче 15.4.1993. године, то су обе пресуде укинуте и враћене првостепеном суду на поновно одлучивање.

(Из решења Врховног суда Србије Прев. 28/01 од 21.03.2001. године).

23.08.01/љм

Када су оснивачи уговором о оснивању утврдили шта уносе као свој улог у предузеће и своје обавезе извршили а предузеће уписано у регистар, онда се не може тражити да се утврди да је уговор без правног дејства.

Члан 378. Закона о предузећима.

Из образложења:

Из списка произилази: да је друготужени решењем Привредног суда у Београду Фи. број 13401/92 од 17.6.1992. године уписан као предузеће "СНК. Н... - Берза млека Д.О.О. Београд" чији су оснивачи предузеће "С. К." овде тужилац и предузеће "СНК Н... Д.О.О." из Инђије овде првотужени.

Преко судског вештака првостепени суд је утврдио да је тужени првог реда "СНК Н..." из Инђије дана 15.6.1992. године са свог рачуна уплатио у корист рачуна "Инвест банке Нови Сад" износ од 50 167 982,00 тадашњих динара и да је сврха дознаке био депозит за оснивачки улог. Друготужени, новоосновано предузеће, је код СДК филијале у Београду отворило дана 1.7.1992. године жиро рачун, те је "Инвест банка" из Новог сада извршила пренос депозита оснивачког улога у износу од 50 167 982,00 тадашњих динара у корист рачуна новооснованог предузећа овде друготуженог.

Тужилац је са своје стране унео као оснивачки улог магацински простор у улици Булевар револуције број 328, теретно возило марке "Застава", вагу "Техника максима", хладњак и писаћу машину.

Дакле, првостепени суд је утврдио да су и један и други оснивач извршили своје уговорне обавезе те да су унели оснивачке улоге у новоосновано предузеће овде друготуженог. Првостепени суд је одбио тужбени захтев за поништај уписа закључујући да је уговор о оснивању друготуженог предузећа био правно ваљан, да је и сада правно ваљан, да производи правно дејство моментом оснивања и уписа овог правног лица у судски регистар, те да је неоснован тужбени захтев тужиоца којим тражи да иступи као оснивач овог правног лица и да поврати оснивачки улог. Становиште првостепеног суда је да тужилац према одредби члана 387. Закона о предузећима може иступити из предузећа из оправданих разлога уз сагласност осталих чланова друштва, а ако се чланови друштва са ограниченим одговорношћу не сагласе са иступањем члана из друштва члан који иступа из друштва може против друштва покренути поступак пред надлежним судом. Дакле, како тужилац није поставио тужбени захтев у складу и према одредбама члана 387. Закона о предузећима, првостепени суд налази да тужбени захтев како га је тужилац поставио није основан.

Другостепени суд прихвати становиште првостепеног суда, с тим што додаје да је уговор о оснивању извршен, те се не може тражити утврђење правне неважности уговора о оснивању, као и да тужилац не може повратити свој оснивачки улог већ само може тражити накнаду свог улога.

Врховни суд налази да је правилно становиште нижестепених судова да тужбени захтев како је постављен није основан.

При том се ревидент упућује на разлоге првостепеног и другостепеног суда.

Није основан навод ревизије да се ради о непуноважном уговору о оснивању друготуженог предузећа од 8.6.1992. године. Напротив, нижестепени судови су правилно утврдили да уговор о оснивању предузећа има правне важности. Наime, када су оснивачи уговором о оснивању утврдили шта оснивачи уносе као свој улог у предузеће те када су те обавезе извршили и новоосновано предузеће уписано у регистар, а у његовој имовини се налазе ствари и новац које су оснивачи унели, онда се не може тражити да се утврди да је уговор без правног дејства када је уговор извршен.

Тужилац је могао тражити иступање из предузећа и то под условима из члана 387. Закона о предузећима, што и није предмет тужбеног захтева.

(Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 197/00 од 7.3.2001. године).

23.08.01/љм

Разрешени директор има право жалбе против решења о упису његовог брисања из судског регистра као лица овлашћеног за заступање.

Члан 52. Закона о поступку за упис у судски регистар

Из образложења:

Према одредби члана 32. Закона о поступку за упис у судски регистар пре доношења решења у судски регистар, регистарски суд испитује да ли су испуњени формални услови за упис предвиђени у одредби члана 33. Закона, као и да ли су испуњени материјални услови из члана 34. Закона, то јест да ли је упис у складу са законом и одредбама општинских аката. Упис у судски регистар има дејство према трећим лицима од дана уписа. Према одредби члана 52. Закона о поступку за упис у судски регистар, право на жалбу против решења у упис за судски регистар има учесник или друго правно лице које сматра да је решењем повређено његово право или на закону засновани интерес, а предлагач само када је захтев одбијен односно пријава одбачена. Директор предузећа је орган предузећа, а по самом закону и заступник предузећа (члан 63. Закона о предузећима, те постоји обавеза да се у судски регистар упише директор као заступник предузећа). При упису у судски регистар директора као заступника предузећа врши се упис и брисање ранијег директора, јер у предузећу не могу постојати два директора као органа предузећа, па ни два лица овлашћена за заступање. Сагласно одредби члана 32. Закона о поступку за упис у судски регистар, пре доношења решења о упису новог директора као лица овлашћеног за заступање и брисање ранијег директора као лице овлашћеног за заступање регистарски, суд је дужан да утврди да ли је одлука о именовању новог директора и разрешењу ранијег директора донета у складу са законом. При поступку за упис директора као лица овлашћеног за заступање регистарски суд не одлучује о томе ко је директор у предузећу, већ о лицу овлашћеном за заступање по основу избора, односно разрешења са функције директора, с обзиром на значај података уписаных у судски регистар и својство директора предузећа као заступника предузећа по самом закону у поступку за упис у судски регистар. Променом директора као лица овлашћеног за заступање одлучује се о правима разрешеног директора и новог директора да у поступку за упис у судски регистар по том својству буду уписаны као заступници предузећа. Сходно томе, а према одредби члана 52. став 1. Закона о поступку за упис у судски регистар, нови директор има право жалбе против решења којим је одбијен захтев предлагача за упис судски регистар, а разрешени директор има право жалбе против решења о упису његовог брисања из судског регистра као лица овлашћеног за заступање. Одредба члана 52. став 1. Закона о поступку за упис, да предлагач има право на жалбу против решења о упису у судски регистар само када је захтев одбијен односно пријава одбачена, незначи да право на жалбу немају друга лица у чијим правима и правном интересу се одлу-

чује у поступку уписа у судски регистар ако је захтев за упис у судски регистар директора као лица овлашћеног за заступање усвојен, тада предлагач нема правног интереса за подношење жалбе, али тада право на жалбу има директор, односно разрешено лице чије је име брисано из судског регистра.

Отуда је погрешно правно становиште првостепеног суда да бивши директор, односно лице чије је име брисано из судског регистра, нема правни интерес из разлога што се у конкретном случају не може сматрати лицем из члана 15. став 1. Закона о поступку за упис у судски регистар, којем је побијаним решењем повређено право или на закону заснован интерес. Напротив, у члану 15. истог закона дат је одговор на питање ко је учесник у поступку, према тој одредби учесник у поступку за упис је лице по чијем се предлогу покреће поступак за упис, лице о чијим се правима односно правним интересима одлучује у поступку, као и орган који је законом овлашћен да покрене поступак или да доцније ступи у поступак. С обзиром да је предметним уписом одлучивано о праву и правном интересу Д. П., дотадашњег директора предузећа очиглено да она има положај учесника у овом поступку и да има право да изјави жалбу на решење о брисању њеног права да заступа предузеће. Како је првостепени суд погрешно применио материјално право доносећи решење којим се одбације жалба Д. П., то је исто укинуто и предмет враћен првостепеном суду на настав поступка по жалби.

(Из решења Врховног суда Србије Пзз. 55/01 од 3.10.2001. године).

230801/љм

Власнички лист не представља исправу на основу које је треће лице дужно да изврши предају робе

Члан 467. ЗОО

Из образложења:

Из списка произлази да су тужилац и првотужени били у уговорном односу по коме се првотужени обавезао да тужиоцу испоручи 54 000 килограма грашка извозног квалитета а тужилац да плати накнаду -цену. Тужилац је обавезу из уговора извршио.

Тужилац је преузео грашак у количини од 36 600 килограма почетком новембра месеца 1995. године с тим да су камиони по уговору грашка вожени директно тужиочевом купшу у Солун (Грчка). Инокупац је факсом тужиоцу 15. новембра 1995. године рекламирао квалитет смрзнутог грашка, истичући да није добар и да није за људску употребу с тим што уз рекламију није достављен доказ о утврђеним недостајима на роби. Тужилац са своје стране није преузео никакве радије ради провере тачности из рекламије на квалитет испоручене робе. Факсом од 18. новембра 1995. године, инокупац је обавестио тужиоца да му приз-

наје 0,30 ДЕМ по једном килограму уместо уговорене цене од 0,94 ДЕМ по једном килограму грашка. Уговорену и плаћену количину грашка од 18 000 килограма тужени није испоручио тужиоцу.

Првостепени суд је обавезао првотуженог да тужиоцу испоручи 18 000 килограма грашка како се уговором обавезао и за коју му је тужилац исплатио цену.

Другостепени суд је прихватио становиште првостепеног суда, налазећи да обавеза туженог произилази из члана 467. став 1. Закона о облигационим односима.

Правилно су нижестепени судови расправили спорни однос и правилно применили материјално право са разлога датих у другостепеној пресуди на коју се ревидент упућује.

Није основан навод ревизије да су нижестепени судови погрешно применили одредбу члана 467. става 2. ЗОО када су закључили да власнички лист није исправа на основу које се сматра да је предаја ствари извршена.

Врховни суд налази да је другостепени суд правилно закључио да првотужени није извршио своју уговорну обавезу предајом власничког листа. Ово из разлога што власнички лист не представља исправу на основу које је треће лице дужно да изврши предају робе. То могу бити само законом установљене исправе као што су складишница, коносман, железнички товарни лист. Власнички лист нема такав значај у правном промету роба нити је било којим прописом прописано да власнички лист представља такву исправу на основу које је треће лице дужно да онемо ко преда власнички лист преда и робу. Отуда су нижестепени судови правилно закључили да тужени није извршио предају робе те да самим тим стоји његова обавеза да изврши уговор а на основу члана 124. ЗОО.

Како ревизија није основана то је одбијена као у изреци.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 579/00 од 24.1.2000. године).

230801/љм

Странка у поступку може бити физичко лице, као предузетник и власник радње, али не може бити радња

Члан 7. Закона о приватним предузетницима

Из образложења:

Првостепеном пресудом усвојен је тужбени захтев тужиоца бутик "Н..." из Крагујевца и обавезан тужени "З... б..." ДОО да тужиоцу на име накнаде штете исплати износ од 160 988,94 динара са законском затезном каматом, почев од 24.2.1997. године.

Другостепеном пресудом одбијена је жалба туженог и потврђена првостепена пресуда.

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

Против пресуде првостепеног суда и против пресуде другостепеног суда уложио је захтев за заштиту законитости Републичко јавно тужилаштво због битне повреде одредаба ЗПП и погрешне примене материјалног права са предлогом да се обе пресуде укину.

Испитујући побијање пресуде у смислу члана 386. у вези члана 408. ЗПП, Врховни суд Србије је нашао:

Да су захтев за заштиту законитости и ревизија туженог основани.

Основано се у захтеву за заштиту законитости и ревизији истиче да су нижестепене пресуде захваћене битном повредом из члана 354. став 2. тачка 10. ЗПП, на коју повреду и ревизијски суд пази по службеној дужности.

И првостепена и другостепена пресуда као тужиоца наводе бутик "Н..." из Крагујевца који нема својство правног лица, па не може бити странка у поступку.

Странка у поступку може бити предузетник као физичко лице и власник, односно ималац радње, односно бутика. Отуда странка у поступку може бити ималац радње као власник бутика, али не може бити само радња.

Са тих разлога су пресуде укинуте и враћене на поновно одлучивање.

Иначе није основан навод ревизије туженог да је за овај спор надлежан Општински суд, пошто се ради о физичком лицу. Ово из разлога што је предузетник по Закону о приватним предузетницима привредни субјект. Како је спор настао из међусобног привредног односа по члану 15. Закона о судовима за исти је надлежан привредни суд.

Није основан навод захтева за заштиту законитости да закупац није активно легитимисан да тражи штету која је настала на киоску који није његово власништво. Ово из разлога што он своју легитимацију извлачи из уговора о заступању, као уговорач који је закључио уговор са туженим. Овим уговором је закупац уговорио чување објекта - пословног простора и инвентара, па је отуда легитимисан да води спор против другог уговорача.

(Из решења Врховног суда Србије, Прев. 34/01 и Пзз. 2/01 од 7.2.2001. године).

230801/љМ

Прималац упута који је право на испуњење обавезе од стране трећетуженог као упућеника стекао на основу члана 1021. ЗОО није изгубио право да тражи испуњење од друготуженог као упутиоца .

Члан 1021. ЗОО.

Из образложења:

Из списка произилази да је тужилац тражио од туженика испоруку 192 500 килограма белог конзумног шећера и то солидарно, а пошто је са првотуженим био у купопродајном односу. Од друготуженог је цесијом пренето потраживање на тужиоца, које друготужени има у односу на трећетуженог. У односу на трећетуженог је имао асигнацију.

Првотужени је учинио неспорним чињенично стање да је са тужиоцем био у пословном односу из ког је проистекла обавеза првотуженог да тужиоцу испоручи шећер али је истакао да је новац уплатио друготуженом ради набавке шећера обзиром да је друготужени имао шећер на лагеру код трећетуженог. Друготужени је истицао да није био у пословном односу са тужиоцем, те је истакао недостатак пасивне легитимације, а то је учинио и трећетужени.

Првостепени суд је обавезао сва три туженика, налазећи да је првотужени дужан да изврши испоруку шећера на основу закљученог уговора о купопродаји у коме је он био продавац шећера, а тужилац му је уплатио купопродајну цену. Обавеза друготуженог заснована је на уговору о цесији који је дана 26.4.1993. године закључен између првотуженог као цедента, тужиоца као цесионара и друготуженог као цесуса којим уговором је првотужени уступио своје потраживање за испоруку 192 500 килограма шећера који има према друготуженим са чиме се друготужени сагласио и обавезао да спорну количину шећера испоручи до краја октобра 1993. године тужиоцу, што није учинио. У односу на трећетуженог првостепени суд налази да је трећетужени солидарни дужник, на основу тога што је друготужени проследио њему уплаћена новчана средства тужиоца и дао је налог трећетуженом да се спорна роба преда тужиоцу на располагање. Овај налог, према становишту суда, има карактер уговора о асигнацији који је трећетужени као што се види из потврде о власништву од 26.11.1994. године, прихватио и обавезао се том потврдом да ће тужиоцу као носиоцу права располагања односне количине шећера шећер и предати. Тужилац, као прималац упута, је право на испуњење обавезе од стране трећетуженог као упућеника стекао на основу члана 1021. ЗОО, али се друготужени као упутилац тиме није ослободио своје обавеза сагласно члану 1026. ЗОО по коме упут није исто што и испуњење обавезе, већ је потребно да упућеник обавезе и изврши обавезу, а уколико то не учини поверилац може захтевати и од упутиоца овде друготуженог да испуни оно што му дугује. Са тих разлога је првостепени суд обавезао сва три туженика да солидарно испуне обавезу испоруке 192 500 килограма белог конзумног шећера.

Другостепени суд је прихватио становиште првостепеног суда и одбио жалбе тужених. Против другостепене пресуде уложио је ревизију само трећетужени због битне повреде одредаба ЗПП и погрешне примене материјалног права. Врховни суд налази да није основана ревизија трећетуженог, те да су нижестепени судови спорни однос расправили правилном применом материјалног права.

Није основан навод ревизије да не постоји асигнациони однос, по коме трећетужени има обавезу испоруке шећера те да трећетужени није прихватио овај упут. Ово из разлога што је несумњиво да је друготужени дао налог трећетуженом да испоручи шећер тужиоцу. Трећетужени је овај налог прихватио на тај начин што је тужиоцу издао власничке листове односно потврду о власништву која је издана под бројем 4269 од 26.11.1994. године и то на име правног предходника тужиоца "Југометала" Београд, из чега произлази да је трећетужени прихватио упут и да је се са њим сагласио. Из тога произлази његова обавеза да тужиоцу испоручи ову количину шећера.

Правилно је првостепени суд обавезао трећетуженог на основу налога које му је издао друготужени, будући да се у односу на друготужени трећетужени појављује као продавац шећера, а пошто је друготужени извршио уплату шећера то је трећетужени био дужан да поступи по налогу друготуженог и да поступи по налогу који је прихватио издавањем потврде, као и да шећер испоручи тужиоцу а што није учинио. Стога је правилно обавезан и трећетужени на испоруку наведене количине шећера. Суд је ценио и остale наводе трећетуженог у ревизији па је нашао да нису основани. Како ревизија није основана, то је одбијена као у изреци.

(Из пресуде Врховног суда Србије Прев. 554/00 од 4.4.2001. године).

230801/љм

ПРАВНА ПРАКСА

*Снежана Вујиновић и Милица Дражић,
Министарство за рад и запошљавање*

Мишљења Министарства за рад и запошљавање

1. Закон о раду не предвиђа могућност допунског рада до једне трећине пуног радног времена.

Могућност допунског рада до једне трећине пуног радног времена није предвиђена Законом о раду, те се ступањем на снагу овог закона (21.12.2001. године), радно ангажовање запослених по овом основу не може да врши, с тим што се ово питање може уредити посебним законом (у области образовања, здравства и др.).

Радно ангажовање других лица за обновљање послова из делатности послодавца (без заснивања радног односа) могуће је закључивањем уговора о обављању привремених и повремених послова – најдуже 180 радних дана у календарској години.

Запослени који раде до једне трећине пуног радног времена, на основу уговора који су закључили у складу са раније важећим прописима, по ступању на снагу Закона о раду, могу да наставе да раде по овом основу до рока утврђеног уговором о допунском раду.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 011-00-6/02-02 од 14.1.2002.).

2. Повреде радних обавеза, као основ престанка радног односа морају да се утврде уговором о раду.

Законом о раду (“Службени гласник РС”, број 70/2001. и 73/2001.), у члану 101. прописани су оправдани разлози који се, између осталог, односе и на понашање запосленог, због којих послодавац може запосленом да откаже уговор о раду.

Отказом уговора о раду од стране послодавца, може да престане радни однос запосленом ако не поштује радну дисциплину, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца (члан 101. став 1. тачка 4) Закона). О томе да ли су се стекли услови за престанак радног односа по наведеном основу, у сваком конкретном случају, самостално одлучује послодавац.

У смислу члана 1. став 1. тачка 3) Закона, по основу повреда радних обавеза, запосленом може да се откаже уговор о раду под условом да је повреда радне обавезе утврђена уговором о раду и да постоји кривица запосленог за учинјену повреду.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 11-00-473/02-02 од 14.1.2002.).

3. Запослени који је навршио 40 година стажа осигурања, радни однос не може да престане ако нема навршених 65 година живота.

Законом о основама радних односа (“Сл. лист СРЈ”, број 29/96), у члану 66. став 1. тачка 1), прописано је да запосленом престаје радни однос по сили закона кад наврши 65 година живота или 40 година стажа осигурања, ако законом није друкчије одређено – даном достављања коначног решења запосленом.

Имајући у виду да је савезним законом предвиђена могућност да се законом (дакле, републичким законом) утврде други услови за престанак радног односа, Законом о раду (“Службени гласник РС”, бр. 70/2001. и 73/2001.), у члану 97. тачка 2, утврђено је да запосленом престаје радни однос кад наврши 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања ако се послодавац и запослени друкчије не споразумеју.

То значи, да запосленом који је навршио 40 година стажа осигурања, а нема навршених 65 година живота, радни однос не може да престане све до испуњења услова утврђених у члану 97. тачка 2) Закона о раду, односно до навршених 65 година живота, ако се послодавац и запослени не споразумеју да запослени и даље остане у радном односу.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 11-00-38/01-02 од 14.1.2002.).

4. У случају прерасподеле радног времена радно време у току недеље не може да буде дуже од 60 часова.

Према одредби члана 41. Закона о раду (“Службени гласник РС”, број 70/2001), послодавац може да изврши прерасподелу радног времена када то захтева потреба делатности, организација рада, боље коришћење средстава рада, рационалније коришћење радног времена и извршење одређеног посла у утврђеном року. У случају прерасподеле радног времена укупно радно време запосленог у току календарске године у просеку не може да буде дуже од пуног радног времена.

Напомињемо, да према одредби члана 42. Закона, у случају прерасподеле радног времена, радно време у току недеље не може да буде дуже од 60 часова. Ова одредба се примењује и у случају када је радна недеља, у смислу члана 40. закона, организована на другачији начин.

Код прерасподеле радног времена коришћење дневног и недељног одмора може се запосленом, у смислу одредбе члана 44. Закона, да одреди на други начин и у другом периоду, под условом да буде у обиму утврђеном законом и у периоду који не може бити дужи од 30 дана, с тим да одмор између два радна дана траје најмање 10 часова.

Према томе, при прерасподели радног времена треба да поступите у складу са наведеним одредбама закона.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 011-00-232/01-02 од 11.1.2002.).

5. Отписани зајам одобрен запосленом сматра се зарадом.

Према члану 39. Општег колективног уговора, запослени је дужан да врати одобрени зајам у одређеном року. Међутим, ако и поред тога послодавац запосленима одобрени зајам отпише, то се у смислу члана 81. став 3. Закона о раду, отписани зајам сматра зарадом. Наиме, у члану 81. став 3. Закона, прописано је: “зараду, у смислу става 1. овог члана, чини зарада коју је запослени остварио за обављени рад и време проведено у радном односу, увећана је зарада, накнада зараде и друга примања, осим накнаде трошкова из члана 98. и других примања из члана 90. став 1. Закона”.

Из наведених одредби Закона, произлази да се зарадом сматра све што послодавац исплати запосленом, осим:

- накнаде трошкова за долазак и одлазак са рада и службеног пута (члан 89);
- отпремнине код одласка у пензију, солидарне помоћи, јубиларне награде или помоћи у случају смрти запосленог или члана његове уже породице (члан 90. став 1.).

Сходно томе, уколико послодавац запосленима отпише зајам, отписани зајам има карактер другог примања које се сматра зарадом (члан 81. став 3.). У том слу-

чају, послодавац је дужан да на износ отписаног зајма плати обавезе (допринос и порез).

(Из Министарства за рад и запошљавање број 420-01-1/02-02 од 16.1.2002.).

6. У случају када је радна књижица уништена, дупликат радне књижице издаје се без претходног оглашавања изгубљене – уништене радне књижице.

Правилником о радној књижици (“Службени гласник РС”, број 17/97), између остalog, прописан је и начин издавања дупликата, односно друге радне књижице.

С обзиром да је у конкретном случају радна књижица уништена (изгорела), сматрамо да се нова радна књижица може да изда на начин и по поступку прописаним у чл. 30. и 31. правилника. Према наведеним одредбама правилника, дупликат радне књижице, на захтев имаоца изгубљене (уништене) радне књижице, издаје орган управе према месту запослења имаоца радне књижице, а за незапослено лице, према месту његовог пребивалишта. Како је у конкретном случају радна књижица уништена, то се дупликат радне књижице може да изда и на основу издатог уверења надлежног органа у којем сте у то време били у радном односу, без обавеза оглашавања изгубљене радне књижице.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 113-03-49/01-02 од 14.1.2002.)

7. У 2002. години запослени може да се упути на плаћено одсуство по основу прекида рада до којег је дошло без кривице запосленог.

Законом о раду (“Службени гласник РС”, бр. 70/2001 и 73/2001), у члану 173. прописано је да запослени коме је коначном одлуком надлежног органа, по основу престанка потребе за његовим радом, утврђено право на основу прописа који су важили до дана ступања на снагу овог закона, наставља да користи то право према тим прописима. У смислу наведене законске одредбе и запослени преузети у друштво “Застава запошљавање и образовање”, настављају да користе права утврђена на основу прописа који су важили пре ступања на снагу Закона о раду.

У члану 87. Закона о раду (“Службени гласник РС”, бр. 70/01 и 73/01), прописано је да запослени има право на накнаду зараде у висини 45% зараде коју би остварио да ради за време прекида рада до којег је дошло без кривице запосленог, најдуже 45 радних дана у календарској години.

С обзиром да Закон о раду на другачији начин уређује услове под којима запослени може да буде упућен на плаћено одсуство, то је послодавац дужан и да запослене, који се налазе на плаћеном одсуству у смислу члана 8а и 8б Општег колективног уговора, врати на рад са 31.12.2001. године. Од 1. јануара 2002. године, по-

слодавац може запослене да упути на плаћено одсуство само на основу члана 87. Закона о раду.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 132-02-3/02-02 од 8.1.2002.).

8. За обављање одређених послова може више пута да се заснује радни однос на одређено време, при чему укупно трајање не може бити дуже од 3 године.

Одредбама члана 23. Закона о раду (“Службени гласник РС”, број 70/2001), прописано је да радни однос на одређено време може да се заснује за обављање одређених послова само за период који непрекидно или са прекидима траје најдуже 3 године.

Под прекидом рада не сматра се прекид рада краћи од 30 радних дана.

Радни однос на одређено време, може да се заснује ради замене привремено одсутног запосленог до његовог повратка.

Према томе, Законом о раду нису утврђени случајеви када може да се заснује радни однос (осим случаја замене привремено одсутног запосленог), већ је утврђено само најдуже трајање радног односа на одређено време.

За обављање одређених послова може више пута да се заснује радни однос на одређено време, при чему укупно трајање не може бити дуже од 3 године. При рачунању овог рока сабира се трајање сваког радног односа на одређено време и њихов збир не може да износи више од 3 године. Када је размак између уговора о раду краћи од 30 радних дана, овај период се урачунава у максимално трајање радног односа на одређено време. Ако је послодавац нпр. закључио са запосленим уговор о раду на шест месеци, по истеку уговора о раду може са истим лицем поново да заснује радни однос за обављање одређених послова на одређено време. При томе, ако се нови уговор о раду закључује у периоду краћем од 30 радних дана од истека претходног уговора о раду, у максимално трајање овако заснованог радног односа урачунава се првих шест месеци радног односа, као и прекид рада (период између два уговора о раду).

(Из Министарства за рад и запошљавање број 011-00-34/2002-02 од 6.02.2002. год.).

9. Да ли је функција секретара општинског одбора Црвеног крста јавна функција, зависи како је одређено одредбама општег акта Црвеног крста, којима се уређује обављање ове функције.

Сагласност члану 63. став 1. тачка 3 Закона о раду (“Сл. гласник РС”, бр. 70/2001 и 73/2001), запосленом мирују права и обавезе које се стичу на раду и по основу рада, осим права и обавеза за које је законом, општим актом или уговором о раду друкчије одређено, ако одсуствује са рада због избора, основно именовања на функцију у државном органу, политичкој или синдикалној организацији или другу

јавну функцију чије вршење захтева да привремено престане да ради код посlodавца.

Према томе, Законом о раду утврђено је право запосленог на мiroвање radног односа због избора, односно именовања на јавну функцију чије вршење захтева да привремено престане да radi код посодавца. Наведеним законом није ureђено шта се сматра јавном функцијом.

Питање да ли је функција секретара општинског одбора Црвеног крста јавна функција, у смислу наведене одредбе закона, зависи од тога како је ureђено одредбама општег акта Црвеног крста, којима се ureђује обављање ове функције.

(Из Министарства за рад и запошљавање број
11-00-9/2002-02 од 5.02.2002. год.).

10. Прерасподела радног времена не сматра се прековременим радом и запослени нема право на увећану зараду, већ само на слободне дане.

Прековремени rad ureђen је чланом 37. Закона о раду ("Службени гласник РС", број 70/2001).

Запослени је дужан да radi дуже од пуног radног времена у случају више силе, iznenadnog повећања обима послана и када у одређеном року не може да заврши посао који није планиран.

Запослени може да radi прековремено најдуже четири часа дневно, односно 240 часова у календарској години. Послодавац је дужан запосленом да обезбеди одмор између два radна дана у трајању од најмање 12 часова непрекидно.

Одлуку о прековременом radу доноси послодавац.

Запослени има право на увећану зараду, а њена висина утврђује се општим актом или уговором о radу.

Када се radi о прерасподели radног времена, сагласно члану 41. до 46. Закона о radу, прерасподела може да се изврши када то захтева природа te делатности, организација radа, боље коришћење средстава radа, рационалније коришћење radног времена и извршење одређених послова у утврђеним роковима. Распоред radног времена може да се утврди тако да у одређеном временском периоду траје дуже, а у осталом краће од дневног radног времена код послодавца.

Из наведеног произлази да прерасподела radног времена по правилу се уна пред планира и uređuje распоред radног времена. Међутим, када су у питању послови који нису планирани, а неопходно је да се заврше у одређеном року, тада послодавац може да донесе одлуку о увођењу прековременог radа.

На основу евидентираних часова radа, који прелази број часова radа пуног radног времена, запослени остварују по основу прерасподеле radног времена слободне дане, одмор у току radа, дневни и недељни одмор у складу са законом.

Код извршене прерасподеле radног времена, radно време не може да траје дуже од 60 часова (члан 42. став 1.).

Прерасподела радног времена не сматра се прековременим радом и запослени нема право на увећану зараду, већ само на слободне дане.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 011-00-30/2002-02 од 4.02.2002. год.).

11. Надлежни орган у општем акту (правилником о раду или уговором о раду) може утврдити посебне услове за рад на одређеним пословима.

Према члану 13. Закона о раду ("Службени гласник РС", број 70/2001), поред општих услова за заснивање радног односа, актом послодавца утврђује се врста посла, стручна спрема и други посебни услови за рад на одређеним пословима.

Посебни услови за заснивање радног односа утврђују се законом и актом послодавца. Акт о условима за рад на одређеним пословима доноси директор и на исти се не тражи мишљење синдиката.

Према томе, надлежни орган у општем акту (правилником о раду или уговором о раду), може утврдити посебне услове за рад на одређеним пословима. У сваком конкретном случају зависно од потребе посла утврђују се посебни услови за рад на одређеним пословима.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 11-00-456/2001-02 од 11.02.2002. год.)

12. Запослена жена која због породиљског одсуства није искористила свој годишњи одмор у 2001. години (није користила ни први део годишњег одмора у трајању од 12 радних дана), нема право да тај одмор у целини користи у овој години (2002. години).

Према раније важећим одредбама Закона о радним односима ("Службени гласник РС", бр. 55/96 и 28/01), годишњи одмор се не може у целини преносити у наредну годину.

То значи да запослена, која због породиљског одсуства није користила свој годишњи одмор у календарској години (није могла да користи ни први део годишњег одмора у трајању од 12 радних дана), нема право да тај одмор у целини користи у овој години (2002. година).

(Из Министарства за рад и запошљавање број 132-04-9/2002-02 од 12.02.2002. год.)

13. Послодавац је дужан да прибави мишљење репрезентативног синдиката, у вези програма за решавање вишкова, уколико такав синдикат постоји.

Сагласно члану 137. Закона о раду (“Службени гласник РС”, бр. 70/2001 и 73/2001), репрезентативност синдиката, одређује се: 1) уписом у регистар, у складу са законом и другим прописом; 2) према броју чланова на основу приступница.

Послодавац који има у радном односу на неодређено време више од 50 запослених, а намерава да откаже уговор о раду за више од 10% од укупног броја запослених због технолошких, економских или организационих промена, дужан је да донесе програм решавања вишка запослених. На предлог програма за решавање вишка запослених послодавац је дужан да прибави мишљење репрезентативног синдиката (члан 115. Закона).

С обзиром на напред наведено, послодавац је дужан да прибави мишљење репрезентативног синдиката у вези програма за решавање вишкова, уколико такав синдикат постоји. Што се тиче обавезе послодавца да узме у обзир мишљење и предлоге синдиката, сматрамо да не постоји обавеза послодавца да прихвати предлоге и мишљење синдиката, већ само да их узме у обзир и обавести га у року који не може бити дужи од три месеца.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 011-00-63/2002-02 од 12.2.2002. год.)

14. Уговор о делу може да се закључи са физичким лицем, које не мора да има регистровану делатност.

1. Одредбама члана 126. став 1. Закона о раду (“Службени гласник РС”, број 70/2001), прописано је да послодавац може са одређеним лицем да закључи уговор о делу ради обављања послова који су ван делатности послодавца, а који имају за предмет самосталну израду или оправку одређене ствари, самостално извршење одређеног физичког или интелектуалног посла.

Према томе, уговор о делу може се закључити само за обављање послова ван делатности послодавца и то са физичким лицем. Лице које је закључило овакав уговор има право на накнаду у висини која је уговорена.

Уговор о делу може да се закључи са физичким лицем које не мора да има регистровану делатност.

(Из Министарства за рад и запошљавање број 11-00-435/2001-02 од 4.02.2002. год.)

UDK 347.7

YU ISSN 0354-3501

ПРАВО И ПРИВРЕДА

ЧАСОПИС ЗА ПРИВРЕДНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БРОЈ 1-4/2002./Година XXXIX
Београд

Главни и одговорни уредник
Мирко Васиљевић

Уредник
Мирољуб Пауновић

Редакција

Зоран Арсић, Влајко Брајић, Мирко Васиљевић, Радован Вукадиновић, Славољуб Вукичевић, Мирослав Врховшек, Драгољуб Драшковић, Ивица Јанковец, Милица Јањушевић (секретар), Бранко Љутић, Вера Марковић, Боса Ненадић, Мирослав Пауновић, Ратомир Слијепчевић, Александар Ђирић

Издавачки савет

Чедомир Богићевић, Јованка Бодирога, Миљко Ваљаревић, Михајло Велимировић, Мирослав Витез, Ратибор Грујић, Раде Јефтић, Ратомир Кашић, Горан Кљајевић, Нермина Љубовић, Мирослав Милетић, Јездимир Митровић, Милан Миљевић, Вера Нећак, Данило Пашајлић, Мирко Петровић, Витомир Поповић, Владимира Поповић, Дејан Поповић, Михаило Рулић, Драган Радоњић, Марко Рајчевић, Марко Стјенић, Миодраг Трајковић (председник), Славко Царић (заменик председника), Мирјана Џукавац

Издавач
УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ
Београд, Теразије 23/VII-701
тел./факс 3248-428
поштански фах 47

Технички уредник
Зоран Димић

Рачунарска припрема
Јелена и Зоран Димић
Светозара Марковића 2, Београд

Претплата за 2002. годину износи: правна лица - 5.100 динара,
физичка лица - 2.550 динара, иностранство - 100 УС \$

Претплата се врши на жиро рачун број: 40806-678-3-99933, уз назнаку:
Претплата за часопис „Право и привреда“

Излази ДВОМЕСЕЧНО

Штампа: ШИП „Никола Николић“
Микуша Гајевића 3, КРАГУЈЕВАЦ

НАРУЦБЕНИЦА

Овим се неопозиво претплаћујемо на _____ примерака часописа "ПРАВО И ПРИВРЕДА" за 2002. годину по цени од 5.100,00 динара за правна лица (2.550,00 за физичка лица, 100 USA \$ за иностранство) на име аконтације годишње претплате с тим да се претплата продужује и за следеће године, уколико се изричito-писмено не откаже пре истека текуће године.

Износ од _____ динара уплатићемо у законском року по пријему рачуна на жиро рачун број 40806-678-3-99933 УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ

Београд, Теразије 23/VII-701

Тел/факс 3248-428

Часопис слати на адресу:

са назнаком за _____ службу.

Молимо да ову наруџбеницу оверену и потписану од стране овлашћеног лица пошаљете на адресу
УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ, Београд, Теразије 23/VII-701
П. фах 47

Потпис наручнице

М.П.

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

<i>Младен Драшкић</i>	Ђутање као изјава прихвата	1
<i>Зоран Арсић</i>	Трошкови оснивања акционарског друштва ...	17
<i>Thomas N. Jersild</i>	Дужности компанијског директора: промене у праву Македоније	26
<i>Љубица М. Јалић</i>	Запосленост у процесу приватизације	41
<i>Мирослав Миљковић</i>	Незаконити и неоправдани престанак радног односа	60
<i>Боса Ненадић</i>	Неспојивост јавних и других функција са чланством у управном одбору привредних друштава	71
<i>Мирослав Врховићек</i>	Спорна питања код одузимања дозволе за рад и ликвидације појединачних банака	92
<i>Весна Џаџић</i>	Учествовање Антимонополске комисије у Регионалној иницијативи Пакта за стабилност "Политика и право конкуренције у земљама југоисточне Европе"	109
<i>Јелена С. Перовић</i>	Правни аспекти страних улагања	115
<i>Драгољуб Симоновић</i>	Закон о раду – раскид са прошлошћу	128
<i>Тамара Миленковић - Керковић</i>	Учешиће трећих страна према правном водичу УН за међународне контратрговинске трансакције	150
<i>Марко Милојевић</i>	Рани радови на развоју лека пре истицања важећег патента и повреда патента ("Roche - Bolar") у законодавствима неких централно и источно европских земаља	168
<i>Ана Ђорић</i>	Будимпештанска конвенција о уговору о превозу робе у унутрашњој пловидби – конвенција CMNI	181
<i>Мирослав Милетић</i>	Органи и општи акти организације за колективно остваривање ауторског и сродних права	193

МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

Међународна регулатива и упоредно право ...	209
Решавање међународних спорова	213
Прикази	214
Из домаћег права пословања	
са иностранством	219
За документацију	221

СУДСКА ПРАКСА*Vera Marković*

Сентенце из пресуда Врховног суда Србије 225

ПРАВНА ПРАКСА*Милица Дражић,
Снежана Вујиновић*Мишљења Министарства за рад, борачка
и социјална питања 240

LAW AND ECONOMY Number 1-4/2002. Year XXXIX

C O N T E N T**ARTICLES**

<i>Mladen Draškić</i>	Silence as Statement of Will in Legal Circulation	1
<i>Zoran Arsić</i>	Costs of Foundation of Company Limited by Shares	17
<i>Thomas N. Jersild</i>	Duties of Company Directors: the Developing Law in Macedonia	26
<i>Ljubica M. Zjalić</i>	Employment under Privatization Process	41
<i>Miroslav Miljković</i>	Illegal and Unjustified Termination of Labour Relationship.....	60
<i>Bosa Nenadić</i>	The Incompatibility of Public and Other Functions with Membership in Companies' Board of Governors	71
<i>Miroslav Vrhovšek</i>	Controversial Matters on Withdrawal of License and on Liquidation of Some Banks.....	92
<i>Vesna Džagić</i>	The Participation of Anti-monopoly Commission in the Regional Initiative of the Pact for Stability "Competition Policy and Law in South-East European Countries".....	109
<i>Jelena S. Perović</i>	Legal Aspects of Foreign Investments	115
<i>Dragoljub Simonović</i>	The Labour Act – A Cancellation with Past.....	128
<i>Tamara Milenković - Kerković</i>	Participation of Third Parties According the UN Legal Guide on International Business Transactions.....	150
<i>Marko Milojević</i>	The Medicinal Product Early Works before Expiration of the Valid Patent and the Patent Infringement in the Legislations of Certain CEECs.....	168
<i>Ana Đorić</i>	Budapest Convention on Contract of Carriage of Goods in Inland Navigation – Convention CMNI.....	181
<i>Miroslav Miletić</i>	The Organs and General Acts of an Organization for Collective Admistration of Copyright and Related Rights.	193
INTERNATIONAL BUSINESS LAW		
	International Regulation and Comparative Law	209
	Settlements of International Disputes	213
	Reviews	214
	Choice from Domestic Law on Foreign Trade.	219

For the Record.....	221
COURTE PRACTICE	
<i>Vera Marković</i>	
Pronouncements from the Judgements of the Supreme Court of Serbia	225
LEGAL PRACTICE	
<i>Snežana Vujičić and Milica Dražić</i>	
Opinions of the Ministry of Labour	240

**УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ
СР ЈУГОСЛАВИЈЕ И ЊЕГОВ ЧАСОПИС
"ПРАВО И ПРИВРЕДА"**

организују

**ЈЕДАНАЕСТИ КОНГРЕС
СУСРЕТ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ**

Време: 22-24. мај 2002. године

Место: Врњачка Бања - хотел "Звезда"

Основна тема: **НОВИ ПРОПИСИ И ЗАШТИТА ИНВЕСТИТОРА**

Уредник Конгреса: Проф. др Мирко Васиљевић

Тематске области:

- I ПРЕДУЗЕЋА
- II РАДНИ ОДНОСИ
- III ФИНАНСИЈСКО ТРЖИШТЕ
- IV ПОРЕЗИ
- V СТРАНА УЛАГАЊА
- VI ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА
- VII БАНКЕ
- VIII ОСИГУРАВАЈУЋЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ
- IX ПРИВАТИЗАЦИЈА
- X ПОСЛОВНО ПРАВО ЕУ
- XI ПОСЛОВНИ ОДНОСИ С ИНОСТРАНСТВОМ
- XII ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ
- XIII УГОВОРИ И СРЕДСТВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

ИНФОРМАЦИЈЕ И ПРИЈАВЕ:

Главни организатор: УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРЈ, Београд, Теразије 23/VII, тел/факс: 011/3248-428

Технички организатор: НОВИ АСТАКОС, Кумановска 2, Београд, тел. 4445157 тел/факс: 4441492

ОРГАНИЗАЦИОНИ ОДБОР

